

## DISSENTING OPINION OF JUDGE CANÇADO TRINDADE

## TABLE OF CONTENTS

	<i>Paragraphs</i>
I. <i>PROLEGOMENA</i>	1-5
II. PERMANENT COURT OF INTERNATIONAL JUSTICE AND INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE: COMPULSORY JURISDICTION REVISITED	6-36
1. The work on the PCIJ Statute of the Advisory Committee of Jurists (1920)	6-13
2. The debates of the Assembly of the League of Nations and subsidiary organs (1920)	14-26
3. The debates on the ICJ Statute of the United Nations Conference on International Organization and subsidiary organs (1945)	27-36
III. THE OPTIONAL CLAUSE OF COMPULSORY JURISDICTION: FROM THE PROFESSED IDEAL TO A DISTORTED PRACTICE	37-44
IV. THE OLD IDEAL OF AUTOMATISM OF COMPULSORY JURISDICTION OF THE HAGUE COURT	45-63
V. THE RELATIONSHIP OF THE OPTIONAL CLAUSE/COMPROMISSORY CLAUSES WITH THE NATURE AND SUBSTANCE OF THE CORRESPONDING TREATIES	64-78
VI. THE PRINCIPLE <i>UT RES MAGIS VALEAT QUAM PEREAT</i>	79-87
VII. THE COMPROMISSORY CLAUSE (ART. 22) OF THE UN CONVENTION ON THE ELIMINATION OF ALL FORMS OF RACIAL DISCRIMINATION (CERD): ELEMENTS FOR ITS PROPER INTERPRETATION AND APPLICATION	88-118
1. Ordinary meaning of Article 22 of the CERD Convention	92-96
2. <i>Travaux préparatoires</i> of Article 22 of the CERD Convention	97-109
3. The previous pronouncement by the Court on Article 22 of the CERD Convention: <i>Venire contra factum/Dictum proprium non valet</i>	110-118
VIII. TOWARDS PEACEFUL SETTLEMENT AND REALIZATION OF JUSTICE: VERIFICATION OF PRIOR ATTEMPTS OR EFFORTS OF NEGOTIATION	119-135
1. Permanent Court of International Justice	119-124
2. International Court of Justice	125-135
IX. TOWARDS PEACEFUL SETTLEMENT WITH THE REALIZATION OF JUSTICE UNDER HUMAN RIGHTS TREATIES	136-144

## OPINION DISSIDENTE DE M. LE JUGE CANÇADO TRINDADE

[Traduction]

## TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
I. INTRODUCTION	1-5
II. COUR PERMANENTE DE JUSTICE INTERNATIONALE ET COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE: LA COMPÉTENCE OBLIGATOIRE REVISITÉE	6-36
1. Les travaux du comité consultatif de juristes sur le Statut de la Cour permanente (1920)	6-13
2. Les débats de l'Assemblée de la Société des Nations et de ses organes subsidiaires (1920)	14-26
3. Les débats sur le Statut de la Cour de la Conférence des Nations Unies sur l'Organisation internationale et ses organes subsidiaires (1945)	27-36
III. LA CLAUSE FACULTATIVE D'ACCEPTATION DE LA JURIDICTION OBLIGATOIRE: D'UN IDÉAL PROFESSÉ À UNE PRATIQUE DÉNATURÉE	37-44
IV. LE VIEIL IDÉAL DE L'AUTOMATICITÉ DE LA JURIDICTION OBLIGATOIRE DE LA COUR DE LA HAYE	45-63
V. LE RAPPORT ENTRE LA CLAUSE FACULTATIVE/LÉS CLAUSES COMPROMISSOIRES ET LA NATURE ET LA TENUEUR DES TRAITÉS CORRESPONDANTS	64-78
VI. LE PRINCIPE <i>UT RES MAGIS VALEAT QUAM PEREAT</i>	79-87
VII. LA CLAUSE COMPROMISSOIRE (ART. 22) DE LA CONVENTION DES NATIONS UNIES SUR L'ÉLIMINATION DE TOUTES LES FORMES DE DISCRIMINATION RACIALE (CIEDR): ÉLÉMENTS EN PERMETTANT L'INTERPRÉTATION ET L'APPLICATION EN BONNE ET DUE FORME	88-118
1. Sens ordinaire de l'article 22 de la CIEDR	92-96
2. Travaux préparatoires de l'article 22 de la CIEDR	97-109
3. La décision antérieure de la Cour sur l'article 22 de la CIEDR: <i>venire contra factum/dictum proprium non valet</i>	110-118
VIII. VERS LE RÈGLEMENT PACIFIQUE ET LA RÉALISATION DE LA JUSTICE: VÉRIFICATION DES TENTATIVES OU EFFORTS PRÉALABLES DE NÉGOCIATION	119-135
1. La Cour permanente de Justice internationale	119-124
2. La Cour internationale de Justice	125-135
IX. VERS LE RÈGLEMENT PACIFIQUE DES DIFFÉRENDS ET LA RÉALISATION DE LA JUSTICE SUR LA BASE DE TRAITÉS RELATIFS AUX DROITS DE L'HOMME	136-144

X. THE LAW AND THE SUFFERINGS AND NEEDS OF PROTECTION OF THE POPULATION: <i>SUMMUM JUS, SUMMA INJURIA</i>	145-166
XI. HUMAN RIGHTS TREATIES AS LIVING INSTRUMENTS	167-185
XII. A RECAPITULATION: CONCLUDING OBSERVATIONS	186-196
XIII. EPILOGUE: AN OLD DILEMMA REVISITED, IN THE FRAMEWORK OF CONTEMPORARY <i>JUS GENTIUM</i>	197-214

\*

### I. PROLEGOMENA

1. I regret not to be able to follow the Court's majority in the decision which the Court has just adopted in the present Judgment on preliminary objections in the case concerning the *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation)*. My dissenting position encompasses the whole of the Court's reasoning, and its conclusions on the second preliminary objection and on jurisdiction, as well as its treatment of issues of substance and procedure raised before the Court. This being so, I care to leave on the records the foundations of my dissenting position, given the considerable importance that I attach to the issues raised by both Georgia and the Russian Federation in the *cas d'espèce*, bearing in mind the settlement of the dispute at issue ineluctably linked to the imperative of the *realization of justice* under a United Nations human rights treaty of the historical importance of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (hereinafter the CERD Convention).

2. I thus present with all care the foundations of my entirely dissenting position on the whole matter dealt with by the Court in the Judgment which it has just adopted, out of respect for, and zeal in, the exercise of the international judicial function, guided above all by the ultimate goal precisely of the *realization of justice*. To that effect, I shall dwell upon all the aspects concerning the dispute brought before the Court which forms the object of the present Judgment of the Court, in the hope of thus contributing to the clarification of the issues raised and to the progressive development of international law, in particular in the international adjudication by this Court of cases on the basis of universal human rights treaties.

3. My first line of considerations concerns the genesis of the compulsory jurisdiction of the Hague Court (PCIJ and ICJ), which in my view cannot pass unnoticed in the consideration of compromissory clauses such as the one of the CERD Convention (Art. 22). I shall next turn to the legislative history and development of the optional clause of compul-

X. LE DROIT ET LES SOUFFRANCES ET BESOINS DE PROTECTION DE LA POPULATION: <i>SUMMUM JUS, SUMMA INJURIA</i>	145-166
XI. LES TRAITÉS RELATIFS AUX DROITS DE L'HOMME EN TANT QU'INSTRUMENTS VIVANTS	167-185
XII. OBSERVATIONS FINALES, EN GUISE DE RÉCAPITULATIF	186-196
XIII. ÉPILOGUE: UN VIEUX DILEMME REVISITÉ, DANS LE CADRE DU <i>JUS GENTIUM</i> DES TEMPS MODERNES	197-214

\*

## I. INTRODUCTION

1. Je regrette de ne pas être en mesure de suivre la majorité des membres de la Cour au sujet de la décision que celle-ci vient d'adopter dans le présent arrêt sur les exceptions préliminaires en l'affaire relative à l'*Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie)*. Mon désaccord porte sur le raisonnement de la Cour dans son ensemble et sur ses conclusions concernant la deuxième exception préliminaire et la compétence, ainsi que sur la manière dont elle a traité les questions de fond et de procédure soulevées devant elle. Dans ces conditions, je tiens à ce que les motifs de mon opinion dissidente soient consignés, étant donné l'importance considérable que j'attache aux questions soulevées tant par la Géorgie que par la Fédération de Russie dans le cas d'espèce, sachant que le règlement du différend en question est inéluctablement lié à l'impératif de la *réalisation de la justice* en vertu d'un instrument des Nations Unies relatif aux droits de l'homme aussi important, historiquement, que la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (ci-après dénommée la «CIEDR»).

2. C'est donc avec le plus grand soin que j'expose les fondements de mon opinion radicalement dissidente sur l'ensemble de la question examinée par la Cour dans l'arrêt qu'elle vient de rendre, par respect et dévouement envers l'exercice de la fonction judiciaire internationale, guidé avant tout par l'objectif ultime, précisément, de la *réalisation de la justice*. A cette fin, je m'arrêterai sur tous les aspects du différend porté devant la Cour qui forme l'objet de l'arrêt que celle-ci vient d'adopter, dans l'espoir de contribuer ainsi à la clarification des questions soulevées et au développement progressif du droit international, tout particulièrement en ce qui concerne les décisions de la Cour dans les affaires relevant d'instruments universels relatifs aux droits de l'homme.

3. Je m'arrêterai pour commencer sur la genèse de la compétence obligatoire de la Cour de La Haye (c'est-à-dire de la Cour actuelle et de sa devancière), qui ne saurait à mon sens être passée sous silence lorsqu'on examine des clauses compromissaires comme celle qui figure à l'article 22 de la CIEDR. J'aborderai ensuite l'histoire et le développement législatifs

sory jurisdiction of the Hague Court (PCIJ and ICJ). This will lead me into the consideration of the relationship between the optional clause/compromissory clauses and the nature and substance of the corresponding treaties wherein they are enshrined.

4. Attention will thus be drawn to the principle *ut res magis valeat quam pereat*, before I turn to the elements for the proper interpretation and application of the compromissory clause (Art. 22) of the CERD Convention (encompassing its ordinary meaning, its *travaux préparatoires*, and the previous pronouncement of the Court itself on it). In considering, next, the ineluctable relationship between peaceful settlement and the realization of justice, particularly under human rights treaties, I shall dwell in particular, upon the question of the verification of prior attempts or efforts of negotiation, in the light of the relevant case law of the Hague Court (PCIJ and ICJ).

5. In sequence, I shall single out the concern of contemporary *jus gentium* with the sufferings and needs of protection of the population, an issue which, in my view, assumes a central position in the consideration of the present case concerning the *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*. This will lead me to a review of the evolutive interpretation of human rights treaties, such as the CERD Convention, regarded constantly in international case law and international legal doctrine as *living instruments*, so as to respond to new needs of protection of the human person, even in the most adverse circumstances. The path will then be paved for, last but not least, the presentation of my concluding observations, and my final reflections on an old dilemma that we keep on facing nowadays, in the light of contemporary *jus gentium*.

## II. PERMANENT COURT OF INTERNATIONAL JUSTICE AND INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE: COMPULSORY JURISDICTION REVISITED

### *1. The Work on the PCIJ Statute of the Advisory Committee of Jurists (1920)*

6. In June-July 1920, the Advisory Committee of Jurists appointed by the Council of the League of Nations to draft the Statute of the Permanent Court of International Justice (PCIJ) discussed at length the possibility of providing the PCIJ with compulsory jurisdiction<sup>1</sup>, so as to bring about a development in the system of international adjudication. The Committee considered a precise text on the compromissory clause, and

<sup>1</sup> Cf., on the proposed basis for discussion, CPJI/Comité consultatif de juristes, *Procès-verbaux des séances du comité* (16 June-24 July 1920), The Hague, Van Langenhuisen Brothers, 1920, p. 218. On a subsequent proposal (by Lord Phillimore) and amendment (by Mr. Hagerup), Annexes 2-3, pp. 252-253.

de la clause facultative de compétence obligatoire de la Cour de La Haye. J'en viendrai alors à l'examen des rapports entre clause facultative/clauses compromissoires et la nature et le fond des instruments dans lesquels elles sont énoncées.

4. Après avoir appelé l'attention sur le principe *ut res magis valeat quam pereat*, je m'intéresserai aux éléments permettant d'interpréter et d'appliquer correctement la clause compromissoire (art. 22) de la CIEDR (à savoir son sens ordinaire, ses travaux préparatoires et la décision précédente de la Cour elle-même à son sujet). En m'arrêtant ensuite sur les liens qui existent inévitablement entre règlement pacifique et réalisation de la justice, singulièrement en vertu d'instruments relatifs aux droits de l'homme, j'insisterai en particulier sur la question de la vérification des tentatives ou efforts de négociation antérieurs, à la lumière de la jurisprudence pertinente de la Cour de La Haye (CPJI et CIJ).

5. Je montrerai ensuite que les souffrances de la population et la protection dont elle a besoin sont les enjeux du *jus gentium* contemporain, question qui, à mon sens, est au cœur de l'examen de la présente affaire relative à l'*Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*. Cela me conduira à une analyse de la manière dont a évolué l'interprétation des instruments relatifs aux droits de l'homme, comme la CIEDR — toujours considérés dans la jurisprudence internationale et la doctrine internationale comme des instruments *vivants* propres à répondre à de nouveaux besoins de protection de l'être humain, même dans les circonstances les plus adverses. J'arriverai ainsi, et ce n'est pas là le moins important, à la présentation de mes observations et de ma réflexion finales sur un ancien dilemme qui continue de se poser à nous, à la lumière du *jus gentium* contemporain.

## II. COUR PERMANENTE DE JUSTICE INTERNATIONALE ET COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE : LA COMPÉTENCE OBLIGATOIRE REVISITÉE

### 1. *Les travaux du comité consultatif de juristes sur le Statut de la Cour permanente (1920)*

6. En juin-juillet 1920, le comité consultatif de juristes chargé par le Conseil de la Société des Nations d'élaborer le Statut de la Cour permanente de Justice internationale («la Cour permanente») débattit longuement de la possibilité de doter celle-ci d'une compétence obligatoire<sup>1</sup> de manière à faire évoluer le système judiciaire international. Le comité examina un texte précis pour la clause compromissoire et parvint rapidement

<sup>1</sup> En ce qui concerne la base de discussion proposée, voir Cour permanente de Justice internationale/comité consultatif de juristes, *Procès-verbaux des séances du comité* (16 juin-24 juillet 1920), La Haye, Van Langenhuysen Frères, 1920, p. 218. Sur une proposition ultérieure (de lord Phillimore) et un amendement (de M. Hagerup), voir annexes 2-3, p. 252-253.

soon reached consensus on the introduction of a rule whereby the PCIJ would be competent to hear certain disputes *without the need* of a previous (*ad hoc* or conventional) agreement between the contending parties.

7. Under the draft Statute, such compulsory jurisdiction virtually extended over all disputes of a “legal” nature, whereas consent would have still been required to bring other kinds of matters before the PCIJ. It was seemingly intended that the introduction of such system of compulsory jurisdiction in disputes of a “legal nature” would also extend to other cases in so far as they were covered by general or specific conventions between the (contending) parties. The discussion of drafts of a jurisdictional clause, since the 10th meeting of the Committee, kept in mind particularly Article 14 of Covenant of the League of Nations, which expressly referred to disputes “submitted” by the parties to the PCIJ<sup>2</sup>.

8. A proposal was advanced to the effect that the (PCIJ) Statute itself was to be used as a general instrument whereby States would provide their consent to jurisdiction; in a working draft proposed by Baron Descamps, a last paragraph was added to the effect that: “Any State subscribing to the present Act is considered as having agreed to settle by legal means all disputes [of a legal nature].”<sup>3</sup> Already at the 14th meeting of the Committee (held on 2 July 1920), compulsory jurisdiction had been generally accepted<sup>4</sup>. Moving on to the applicable law, the Committee then considered the inclusion of general principles in the list of legal sources applicable by the PCIJ.

9. Pursuant to Article 34 of the draft Statute, the PCIJ was to have jurisdiction (even without any special convention conferring it upon the Court) to hear and determine cases of a “legal nature” between member States of the League of Nations concerning: (a) the interpretation of a treaty; (b) any question of international law; (c) the existence of any fact which, if established, would constitute a breach of an international obligation; (d) the nature or extent of reparation to be made for the breach of an international obligation; (e) the interpretation of a sentence passed by the Court. This latter was also to take cognizance of all disputes of any kind which may be submitted to it on the basis of a general

<sup>2</sup> Article 14 of the Covenant reads:

“The Council shall formulate and submit to the Members of the League for adoption plans for the establishment of a Permanent Court of International Justice. The Court shall be competent to hear and determine any dispute of an international character which the parties thereto submit to it. The Court may also give an advisory opinion upon any dispute or question referred to it by the Council or by the Assembly.”

<sup>3</sup> CPJII/Comité consultatif de juristes, *Procès-verbaux des séances du comité*, op. cit. *supra* note 1, Annex 1, p. 272, and cf. amendment, in *ibid.*, Annex 5, pp. 277-278.

<sup>4</sup> Despite the concern — as to the applicable law — expressed by a couple of members; cf. *ibid.*, pp. 308-309 and 311.

à un consensus sur l'introduction d'une règle selon laquelle la Cour permanente serait compétente pour connaître de certains différends, *indépendamment de l'existence* d'un accord antérieur (*ad hoc* ou conventionnel) entre les parties adverses.

7. Le projet de statut prévoyait que cette compétence obligatoire s'étendrait à la totalité des différends de nature «juridique», alors que pour d'autres types de questions la Cour permanente ne pourrait être saisie sans l'assentiment des parties. L'intention des membres du comité semblait être que l'introduction d'un tel système de compétence obligatoire pour les différends de «nature juridique» s'étende aussi à d'autres affaires dans la mesure où elles relevaient d'accords généraux ou spécifiques entre les parties (adverses). Depuis la dixième séance du comité, la discussion sur la question d'une clause juridictionnelle se référait en particulier à l'article 14 du Pacte de la Société des Nations, qui faisait état expressément de différends «soumis» par les parties à la Cour permanente<sup>2</sup>.

8. Il fut proposé que le Statut (de la Cour permanente) lui-même soit l'instrument général par lequel les États donneraient leur assentiment à la compétence; dans un texte de travail proposé par le baron Descamps, un dernier paragraphe fut ajouté, qui précisait ce qui suit: «Tout Etat signataire du présent acte est considéré comme acceptant de résoudre juridictionnellement tout différend [de nature juridique].»<sup>3</sup> Dès la quatorzième séance du comité (tenue le 2 juillet 1920), la compétence obligatoire avait été généralement acceptée<sup>4</sup>. Passant au droit applicable, le comité se pencha alors sur la question des principes généraux à inclure dans la liste des sources juridiques applicables par la Cour permanente.

9. Conformément à l'article 34 du projet de Statut, la Cour permanente devait avoir compétence (même sans convention spéciale la lui donnant) pour connaître et décider des affaires de «nature juridique» — entre États Membres de la Société des Nations — qui avaient pour objet: *a*) l'interprétation d'un traité; *b*) tout point de droit international; *c*) la réalité de tout fait qui, s'il était établi, constituerait la violation d'un engagement international; *d*) la nature ou l'étendue de la réparation due pour la rupture d'un engagement international; *e*) l'interprétation d'une sentence rendue par la Cour. Cette dernière devait aussi connaître de tous différends, de quelque nature qu'ils fussent, qui lui étaient soumis en vertu

<sup>2</sup> L'article 14 du Pacte se lit comme suit:

«Le Conseil est chargé de préparer un projet de Cour permanente de Justice internationale et de le soumettre aux Membres de la Société. Cette Cour connaîtra de tous différends d'un caractère international que les parties lui soumettront. Elle donnera aussi des avis consultatifs sur tout différend ou tout point dont la saisira le Conseil ou l'Assemblée.»

<sup>3</sup> Cour permanente de Justice internationale/comité consultatif de juristes, *Procès-verbaux des séances du comité*, *op. cit. supra* note 1, annexe 1, p. 272, et voir amendement, *ibid.*, annexe 5, p. 277-278.

<sup>4</sup> En dépit de la préoccupation — quant au droit applicable — exprimée par quelques membres; voir *ibid.*, p. 308-309 et 311.



or particular convention between the parties. And, in the event of a dispute as to whether a certain case came within any of the aforementioned categories, the matter was to be settled by the decision of the Court<sup>5</sup>.

10. In the substantial debates of the Advisory Committee, of 2 July 1920, one of its members (E. Root), trying to restrain the prevailing view, stated that “the world was prepared to accept the compulsory jurisdiction of a Court which applied the universally recognized rules of international law”; however, he did not think that it was disposed to accept “the compulsory jurisdiction of a Court which would apply principles, differently understood in different countries”<sup>6</sup>. Accordingly, in his view, “the beginning must be modest”, with a “relatively limited jurisdiction”<sup>7</sup>. The President of the Advisory Committee (Baron Descamps) promptly retorted that Mr. Root’s statement that “principles of justice” allegedly varied from country to country

“might be partly true as to certain rules of secondary importance. But it is no longer true when it concerns the fundamental law of justice and injustice deeply engraved on the heart of every human being and which is given its highest and most authoritative expression in the legal conscience of civilized nations. That was the law which could not be disregarded by a judge, a law which in practice, whether it is wished to or not, a judge never would disregard.”<sup>8</sup>

11. Baron Descamps added that it would be incumbent upon the Judges of the PCIJ “to consider whether the dictates of their conscience were in agreement with the conception of justice of civilized nations”<sup>9</sup>. Another member of the Committee (B.C.J. Loder) also retorted to Mr. Root’s view, arguing that it had incurred into a “confusion” with “compulsory arbitration”, that “did not come within the competence of the Committee”, which was “concerned with the rules to be applied by the Court” (the PCIJ); B.C.J. Loder repeated that “all possible confusion between the question of compulsory arbitration and that of the rules to be applied by the Court must be avoided”<sup>10</sup>.

12. The Advisory Committee ended up by propounding the compulsory jurisdiction of the Hague Court (PCIJ). Its final Report stated that:

“the Committee did not intend to enable a party to avoid the jurisdiction of the Court by alleging that there was still some hope of settlement by diplomatic means.

.....

<sup>5</sup> Cf. *op. cit. supra* note 1, p. 729, the final Report, whereby the Committee finalized the draft Articles and appended a commentary thereto; and the preliminary version, in *ibid.*, p. 566.

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 308.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 309.

<sup>8</sup> *Ibid.*, pp. 310-311.

<sup>9</sup> *Ibid.*, p. 311.

<sup>10</sup> *Ibid.*, p. 311.

d'une convention, soit générale, soit spéciale, entre les parties. En cas de contestation sur le point de savoir si un différend rentrait, oui ou non, dans les catégories ci-dessus visées, la Cour décidait<sup>5</sup>.

10. Au cours des débats de fond tenus par le comité consultatif le 2 juillet 1920, l'un de ses membres (E. Root), tentant de modérer le sentiment général, fit observer que «le monde [était] préparé à accepter la juridiction obligatoire d'une cour qui appliquerait les règles universellement reconnues du droit international», mais qu'il ne le croyait pas disposé à accepter «la juridiction obligatoire d'une cour qui appliquerait des principes ... compris différemment selon les pays»<sup>6</sup>. A son avis, il fallait «commencer modestement», avec une «juridiction relativement restreinte»<sup>7</sup>. Le président du comité consultatif (le baron Descamps) répondit immédiatement que, lorsque M. Root disait que les «principes de justice» variaient avec les pays,

«cela [pouvait] être vrai, en partie, lorsqu'il s'agi[ssait] de certaines règles secondaires. Mais ce n'[était] plus vrai lorsqu'il s'agi[ssait] de la loi fondamentale du juste et de l'injuste, profondément gravée au cœur de tout être humain et qui rec[evait] son expression la plus haute et la plus autorisée dans la conscience juridique des peuples civilisés. C'[était] là une loi dont le juge ne [pouvait] faire abstraction, et dont en fait, qu'on le veuille ou non, il ne fera[it] jamais abstraction.»<sup>8</sup>

11. Le baron Descamps ajouta qu'il serait enjoint aux juges de la Cour permanente «de rechercher si les données de leur conscience se trouvaient en harmonie avec les diktats mêmes de la conscience juridique des peuples civilisés»<sup>9</sup>. Un autre membre du comité (B. C. J. Loder) répondit également à M. Root, faisant valoir qu'il y avait «confusion» avec l'«arbitrage obligatoire», qui n'était pas «de la compétence du comité», lequel se préoccupait des normes matérielles à appliquer par la Cour» (la Cour permanente s'entend); B. C. J. Loder répéta qu'il fallait éviter «toute confusion entre la question de l'arbitrage obligatoire et celle des normes à appliquer par la Cour»<sup>10</sup>.

12. Le comité consultatif se prononça finalement pour la juridiction obligatoire de la Cour de La Haye (Cour permanente). Voici ce qu'il disait dans son rapport final:

«il ne saurait entrer dans la pensée du comité de donner à une partie le droit d'éluider la juridiction de [la] Cour en alléguant que toute espérance de règlement par la voie diplomatique n'est pas encore perdue.

.....

<sup>5</sup> Voir *op. cit. supra* note 1, p. 729, le rapport final par lequel le comité a mis la dernière main au projet d'articles et y a joint un commentaire; et la version préliminaire, *ibid.*, p. 566.

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 308.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 309.

<sup>8</sup> *Ibid.*, p. 310-311.

<sup>9</sup> *Ibid.*, p. 311.

<sup>10</sup> *Ibid.*, p. 311.

The Court, after satisfying itself *in limine litis* that an attempt has been made to settle the case by diplomatic means, (. . .) shall deliver judgment under certain conditions. Article 34 consequently lays down that the Court may hear and determine, without any special convention, disputes between States which are members of the League of Nations if such disputes are of a legal nature (. . .).<sup>11</sup>

13. The Advisory Committee itself, commenting on this provision of the draft, noted that:

“in the opinion of the majority of the Committee, the grant of such powers, though perhaps not strictly in accordance with the letter of the Covenant, follows its spirit so exactly that it would seem a great pity, now that the Court is being definitely organized, not to complete the progress made by this last provision.

. . . . .

[T]he majority [of the Committee] recognized that the States forming the League of Nations, in constituting the Court, must give it a competence in cases of a legal nature, without any convention other than the constituent Statute of the Court.”<sup>12</sup>

Such was the position espoused by the Advisory Committee of Jurists, entrusted [by the Council of the League of Nations] with the historical task of drafting the Statute of the Hague Court in 1920. The Council itself, however, was to take a different position, opposed to the proposed compulsory jurisdiction of the PCIJ. The matter was then referred to the Assembly of the League of Nations.

## 2. *The Debates of the Assembly of the League of Nations and Subsidiary Organs (1920)*

14. At the I Assembly, in 1920, the question of the compulsory jurisdiction of the PCIJ was object of a careful debate; some of the members of the Advisory Committee of Jurists were present therein, in their capacities of delegates of their countries. By and large, in the Assembly debates that followed<sup>13</sup>, the proposed clause of compulsory jurisdiction of the

<sup>11</sup> *Op. cit. supra* note 1, pp. 726-727.

<sup>12</sup> Cf. *ibid.*, pp. 727-728. Cf. also the commentary, on this provision, by J. Brown Scott, in *The Project of a Permanent Court of International Justice and Resolutions of the Advisory Committee of Jurists — Report and Commentary*, Washington, 1920, p. 98:

“It would seem to follow that one of the parties could, in the absence of a separate and special convention or of special consent, lay the case before the Court, which is competent to receive it, and that the Court, being competent, could not only entertain the case, but could, at the request of the complaining State, proceed to decide it in the absence of the defendant State invited to appear before the Court.”

<sup>13</sup> Extensively reported in the League of Nations’ document: PCIJ, *Documents Concerning the Action Taken by the Council of the League of Nations under Article 14 of the Covenant*, Geneva, PCIJ, 1921, pp. 1 *et seq.*

Après s'être assurée que le litige a été l'objet d'une tentative de règlement par la voie diplomatique, la Cour, cette vérification faite *in limine litis*, statue, sous un certain nombre de conditions. L'article 34 déclare en conséquence que, entre Etats Membres de la Société des Nations, la Cour statue sans convention spéciale sur les différends d'ordre juridique... »<sup>11</sup>

13. Commentant cette disposition du projet de texte, le comité consultatif lui-même constatait ce qui suit :

« de l'avis de la majorité du comité, une telle attribution de compétence, bien qu'elle ne soit peut-être pas rigoureusement conforme aux termes du Pacte, est dans un tel accord avec son esprit qu'on ne comprendrait pas qu'au moment d'organiser définitivement la Cour on n'achevât pas, par ce dernier trait, le progrès qu'elle apporte.

. . . . .

La majorité [du comité] a reconnu que les Etats qui forment la Société des Nations doivent, en constituant la Cour, lui donner compétence dans le cas de litiges d'ordre juridique, sans autre convention que le Statut qui organise la Cour. »<sup>12</sup>

Telle était la position du comité consultatif de juristes auquel le Conseil de la Société des Nations avait confié la tâche historique d'élaborer le Statut de la Cour de La Haye en 1920. Cependant, le Conseil lui-même allait adopter une position différente et s'opposer à l'attribution d'une compétence obligatoire à la Cour. La question fut alors renvoyée devant l'Assemblée de la Société des Nations.

## 2. *Les débats de l'Assemblée de la Société des Nations et de ses organes subsidiaires (1920)*

14. A la première Assemblée, en 1920, la question de la compétence obligatoire de la Cour permanente fit l'objet d'un débat approfondi ; certains des membres du comité consultatif de juristes étaient présents en leur qualité de délégués de leur pays. Dans les débats de l'Assemblée qui suivirent<sup>13</sup>, le projet de clause de compétence obligatoire ne suscita généralement pas

<sup>11</sup> *Op. cit. supra* note 1, p. 726-727.

<sup>12</sup> Voir *ibid.*, p. 727-728. Voir aussi le commentaire sur cette disposition de J. Brown Scott dans *The Project of a Permanent Court of International Justice and Resolutions of the Advisory Committee of Jurists — Report and Commentary*, Washington, 1920, p. 98 :

« Il semblerait en découler que l'une des parties pourrait, en l'absence d'une convention distincte et spéciale ou d'un assentiment spécial, porter l'affaire devant la Cour, qui a compétence pour en connaître, et que la Cour, ayant compétence, pourrait non seulement entendre l'affaire mais aussi, à la demande de l'Etat demandeur, la juger en l'absence de l'Etat défendeur invité à comparaître devant elle. »

<sup>13</sup> Repris en grande partie dans le document de la Société des Nations *Documents au sujet de mesures prises par le Conseil de la Société des Nations aux termes de l'article 14 du Pacte*, Genève, Société des Nations/Cour permanente de Justice internationale, 1921, p. 1 et suiv.

PCIJ did not meet much enthusiasm on the part of most member States of the League, although some States endorsed it (cf. *infra*).

15. In particular, the originally proposed Article 34, then Article 36 in the final numbering of the draft Statute of the PCIJ, was doubted to be in conflict with the Covenant of the League; hence a Sub-Committee was established to study the issue, and to consider whether the Statute could serve as an instrument whereby States could express their consent to the PCIJ's jurisdiction<sup>14</sup>. The Sub-Committee acknowledged the controversy on the interpretation of the Covenant, but decided not to propose any amendment of the relevant Articles of the draft Statute<sup>15</sup>.

16. The negotiation deadlock was overcome thanks to a proposal by the Brazilian Delegate<sup>16</sup> (Raul Fernandes), who devised an alternate version of the jurisdictional clause, whereby parties to the Statute were free to adhere or not<sup>17</sup>; he then submitted a revised proposal focused on the possibility that States, which desired to extend the scope of compulsory jurisdiction of the Court, were permitted to do so by means of a declaration. This proposal setting forth the optional clause was then approved in the Assembly (8th Meeting), together with the whole draft Statute<sup>18</sup>.

17. The Norwegian Delegate (F. Hagerup), who — like R. Fernandes — had worked on the topic in the Advisory Committee, though noting with some regret that the *momentum* built by the Committee had been lost, in the debates of the Assembly welcomed the Brazilian amendment; he reminded the Assembly, however, that compulsory jurisdiction was in his view still in force even without recourse to the optional clause declaration, at least for “all matters specifically provided for in treaties and conventions in force”, as acknowledged by the amended jurisdictional clause<sup>19</sup>.

18. The main points made during the debates were reported in the minutes (*procès-verbaux*) of the Assembly's III Committee, in charge of the draft Statute of the PCIJ. In the debates of 24 November 1920 on compulsory jurisdiction, the delegate of Argentina (H. Pueyrredon) stated that if the PCIJ's “jurisdiction was not obligatory, the Court of Justice would (. . .) be merely an arbitration tribunal”<sup>20</sup>. The delegate of Brazil (R. Fernandes) strongly criticized the modifications made by the League's Council of the conclusions of the Advisory Committee of Jurists, and held that “[f]or legal questions the Court should have jurisdiction because the decisions of the Court are the application of law, and make law”<sup>21</sup>.

<sup>14</sup> *Op. cit. supra* note 13, pp. 91-92.

<sup>15</sup> Cf. *ibid.*, pp. 210-211, and cf. also p. 107, on relevant discussion in the Assembly.

<sup>16</sup> Cf. *ibid.*, Annex 49, at p. 222.

<sup>17</sup> Cf. *ibid.*, p. 107, and Annex 11, p. 168.

<sup>18</sup> *Ibid.*, p. 110.

<sup>19</sup> *Ibid.*, pp. 249-250.

<sup>20</sup> League of Nations, *Records of the I Assembly — Meetings of the III Committee (PCIJ/CPJI)*, Geneva, 1920, p. 285.

<sup>21</sup> *Ibid.*, p. 285.

beaucoup d'enthousiasme de la part d'une grande partie des Etats Membres de la Société, même si certains le soutenaient (voir ci-dessous).

15. On se demandait en particulier s'il n'y avait pas contradiction entre l'article 34 initialement proposé, devenu l'article 36 dans la numérotation finale du projet de Statut de la Cour permanente, et le Pacte de la Société des Nations; une sous-commission fut donc chargée d'examiner la question et de déterminer si le Statut pouvait être un instrument par lequel les Etats exprimeraient leur assentiment à la compétence de la Cour permanente<sup>14</sup>. La sous-commission prit acte de la controverse sur l'interprétation du Pacte, mais elle décida de ne pas proposer d'amendement aux articles pertinents du projet de Statut<sup>15</sup>.

16. Les négociations sortirent de l'impasse grâce à une proposition du délégué du Brésil<sup>16</sup> (Raul Fernandes), qui élaborait une autre version de la clause juridictionnelle permettant aux parties au Statut d'adhérer à l'un ou l'autre des deux textes<sup>17</sup>; il présenta ensuite une proposition révisée qui visait à laisser aux Etats désireux d'élargir le cadre de la compétence obligatoire la faculté de le faire par une déclaration. Cette proposition qui énonçait la clause facultative fut alors approuvée par l'Assemblée (huitième séance), ainsi que le projet de Statut dans son ensemble<sup>18</sup>.

17. Le délégué de la Norvège (F. Hagerup), qui, comme R. Fernandes, avait examiné la question au sein du comité consultatif, nota non sans regret que l'élan donné par les travaux du comité avait été perdu au cours des débats de l'Assemblée, tout en se félicitant de l'amendement du Brésil; il rappela toutefois à l'Assemblée qu'à son sens la compétence obligatoire restait établie, même sans le recours à la déclaration, du moins pour «tous les cas spécialement prévus dans les traités et conventions en vigueur», comme le montrait la clause juridictionnelle modifiée<sup>19</sup>.

18. Les principales questions examinées au cours des débats furent consignées dans les procès-verbaux de la Troisième Commission de l'Assemblée, chargée du projet de Statut de la Cour permanente. Au cours de la discussion tenue le 24 novembre 1920 sur la question de la compétence obligatoire, le délégué de l'Argentine (H. Pueyrredon) déclara que, «si la juridiction de la Cour de Justice n'était pas obligatoire, cette Cour ne serait qu'un tribunal d'arbitrage»<sup>20</sup>. Le délégué du Brésil (R. Fernandes) critiqua vivement les modifications apportées par le Conseil aux conclusions du comité consultatif de juristes, estimant que, «dans les questions d'ordre juridique, la juridiction de la Cour s'imposait, puisque les décisions de la Cour étaient l'application du droit et créaient le droit»<sup>21</sup>.

<sup>14</sup> *Op. cit. supra* note 13, p. 91-92.

<sup>15</sup> Voir *ibid.*, p. 210-211, et aussi p. 107, sur les débats de l'Assemblée à ce sujet.

<sup>16</sup> Voir *ibid.*, annexe 49, p. 222.

<sup>17</sup> Voir *ibid.*, p. 107, et annexe 11, p. 168.

<sup>18</sup> *Ibid.*, p. 110.

<sup>19</sup> *Ibid.*, p. 249-250.

<sup>20</sup> Société des Nations, *Actes de la première Assemblée — Séances de la Troisième Commission (Cour permanente de Justice internationale)*, Genève, 1920, p. 285.

<sup>21</sup> *Ibid.*, p. 285.

19. Likewise, the delegate of Panama (H. Arias) thought that “the compulsory jurisdiction could well be maintained”, and “the parties should be obliged to bring the case before the Court if they had not agreed to submit it to arbitration or to enquiry by the Council”<sup>22</sup>. In the same line of thinking, the delegate of Portugal (A. Costa) endorsed the Advisory Committee’s support of compulsory jurisdiction; he argued that:

“the Covenant imposed recourse to the Court as an obligation, being inspired by the principle, contrary to that held by Bismarck, that ‘right goes before might’. The League of Nations had undertaken the task of preventing war. The only means of effecting this was obligatory recourse to justice. If a Court with obligatory jurisdiction could not be established, the League was dead. (. . .) The League of Nations would gain strength by admitting the principle of the adaptation of the Covenant to the needs of humanity. Moreover, a Permanent Court without compulsory jurisdiction would not only contradict the great treaties of peace which conferred this jurisdiction upon it in special cases; it would also constitute a mere repetition of the Hague Court of Arbitration.”<sup>23</sup>

20. The delegate of South Africa (Lord Robert Cecil), however, introduced doubts into that debate, by arguing that the will or consent of the parties should prevail (rather than compulsory jurisdiction), as the Court’s judgments “would not be enforced” if they “concerned vital interests” of the States<sup>24</sup>. The Norwegian delegate (F. Hagerup) sharply disagreed with Lord Robert Cecil’s “reservation of vital interests”, and “regretted that the Council had not been able to adopt the point of view of the Jurists’ Committee”<sup>25</sup>. The delegate of the Netherlands (B.C.J. Loder) also regretted the “misunderstanding between the Jurist’s Committee and the Council”, and held that “the establishment of compulsory jurisdiction was exactly the step forward which should be made, and the step desired by the Covenant”<sup>26</sup>; yet, to keep on insisting to take this step further would run “the risk of bringing about disagreement between different Powers and thus of failing to achieve any result” at all<sup>27</sup>.

21. In the continuing debates, of 26 November 1920, the strong criticism came this time from the delegate of Belgium (H. Lafontaine), to whom the principle of compulsory jurisdiction was, by then (in 1920),

“considered as the only means of emerging from the situation created by the war. The resistance to the application of the principle was due

<sup>22</sup> *Op. cit. supra* note 20, p. 286.

<sup>23</sup> *Ibid.*, pp. 287-288.

<sup>24</sup> *Ibid.*, p. 287.

<sup>25</sup> *Ibid.*, p. 289.

<sup>26</sup> *Ibid.*, p. 288.

<sup>27</sup> *Ibid.*, p. 288.

19. De même, pour le délégué du Panama (H. Arias), «on pourrait bien maintenir la juridiction obligatoire», et «oblig[er] les parties à porter leurs différends devant la Cour, si elles ne s'étaient pas mises d'accord pour les soumettre à l'arbitrage ou à l'enquête du Conseil»<sup>22</sup>. Dans le même esprit, le délégué du Portugal (A. Costa) fit sien le soutien du comité consultatif à la compétence obligatoire :

«le Pacte établit l'obligation d'avoir recours à la Cour, en s'inspirant du principe contraire à celui de Bismarck : «le droit prime la force». La Société des Nations s'est donné la tâche d'empêcher la guerre. Le seul moyen, c'est le recours obligatoire à la Justice. Si l'on ne peut constituer une cour avec compétence obligatoire, la Société est morte... La Société des Nations gagnerait en force si elle admettait que le Pacte doit s'adapter aux nécessités humaines. Du reste, une Cour permanente sans compétence obligatoire sera non seulement en contradiction avec les grands traités de paix qui lui confèrent cette compétence dans des cas spéciaux, mais fera double emploi avec la Cour d'arbitrage de La Haye.»<sup>23</sup>

20. Le délégué de l'Afrique du Sud (lord Robert Cecil) instilla toutefois le doute dans le débat en faisant valoir que la volonté ou l'assentiment des parties devait l'emporter (sur la compétence obligatoire), étant donné que «les sanctions (de la Cour) ne seraient pas appliquées», si le différend «mettait en jeu des intérêts vitaux»<sup>24</sup>. Le délégué de la Norvège (F. Hagerup) marqua son vif désaccord avec lord Robert Cecil au sujet de la «réserve pour les intérêts vitaux», et «regrett[a] que le Conseil n'ait pu s'associer à la manière de voir du comité de juristes»<sup>25</sup>. Le délégué des Pays-Bas (B. C. J. Loder) regretta lui aussi «le malentendu» entre le comité de juristes et le Conseil, estimant que «l'établissement de la compétence obligatoire était justement le pas en avant à faire, et le pas désiré par le Pacte»<sup>26</sup>; pourtant, aller plus loin risquerait à son avis «de faire naître un désaccord entre diverses puissances et de n'aboutir à aucun résultat»<sup>27</sup>.

21. Pendant la suite des débats, le 26 novembre 1920, ce fut au tour du délégué de la Belgique (H. Lafontaine) de se livrer à une critique sévère. Selon lui, à l'époque (en 1920), le principe de la juridiction obligatoire était considéré

«comme le seul moyen de sortir de la situation créée par la guerre. L'opposition à la réalisation de ce principe [était] due à un double

<sup>22</sup> *Op. cit. supra* note 20, p. 286.

<sup>23</sup> *Ibid.*, p. 287-288.

<sup>24</sup> *Ibid.*, p. 287.

<sup>25</sup> *Ibid.*, p. 289.

<sup>26</sup> *Ibid.*, p. 288.

<sup>27</sup> *Ibid.*, p. 288.



to the two fetishes of unanimity and sovereignty. (. . .) The only admissible sovereignty was that of justice. (. . .) The Covenant bore the imprint of the fact that its authors were inspired by the fetishes of vital interests and honour, but at least these two expressions were not to be found in the Covenant, and this in itself constituted an element of progress.”<sup>28</sup>

22. Insisting on his criticism, the delegate of Belgium (H. Lafontaine) saw “a contradiction in Article 14 of the Covenant, in that it provided for a real Court of Justice to which, however, the parties would have recourse only if they both agreed to do so”<sup>29</sup>. The delegate of the British Empire (Sir Cecil Hurst), however, did not think that the draftsmen of the Covenant had the intention to establish a Court with compulsory jurisdiction; he beheld as the “true solution”, if arbitration did not succeed, “to induce States to conclude mutual treaties” foreseeing recourse to a Court<sup>30</sup>. This was the way, in his view, to overcome “the hesitation of some States to accept universal compulsory jurisdiction”<sup>31</sup>. H. Lafontaine expressed some skepticism, in reply to the proposal of Sir Cecil Hurst<sup>32</sup>.

23. In the remaining debates on the matter, of 1 and 13 December 1920, the delegate of Greece (N. Politis) remarked that, since it seemed “impossible to accept the idea of compulsion”, which “could not be imposed upon minds which had not spontaneously accepted it”, the solution appeared to be “to establish a network of separate conventions extending the jurisdiction of the Court”<sup>33</sup>. For his part, the delegate of Switzerland (Max Huber) suggested the possibility of adoption of a convention for compulsory arbitration<sup>34</sup>. The delegate of Colombia (F. J. Urrutia) stated that:

“The principle of compulsory arbitration is not only a principle of international justice; it is a democratic principle, since it is the logical result of the legal equality of States. It is deeply rooted in the history, traditions and institutions of the American peoples.”<sup>35</sup>

24. In the same line of thinking, the Peruvian delegate (M. H. Cornejo) stated that “Peru has always defended compulsory arbitration”, and

<sup>28</sup> *Op. cit. supra* note 20, p. 292.

<sup>29</sup> *Ibid.*, p. 293.

<sup>30</sup> *Ibid.*, pp. 293-294.

<sup>31</sup> *Ibid.*, p. 294.

<sup>32</sup> *Ibid.*, p. 294.

<sup>33</sup> Société des Nations/CPJI, *Documents au sujet de mesures prises par le Conseil de la Société des Nations aux termes de l'article 14 du Pacte et de l'adoption par l'Assemblée du Statut de la Cour permanente*, Geneva, SdN/CPJI, 1920, p. 142.

<sup>34</sup> *Ibid.*, p. 142.

<sup>35</sup> *Ibid.*, pp. 241-242.

fétichisme : celui de l'unanimité et celui de la souveraineté... La seule souveraineté admissible [était] celle de la justice... Le pacte [portait] l'empreinte du double fétichisme qui avait inspiré ses auteurs, celui des intérêts vitaux et celui de l'honneur. Ces deux expressions ne se [trouvaient] pas, il est vrai, dans le Pacte, ce qui [était] déjà un progrès». <sup>28</sup>

22. Allant encore plus loin dans la critique, le délégué de la Belgique (H. Lafontaine) voyait «une contradiction dans l'article 14 du Pacte», qui «constituait une cour de justice véritable, mais les parties n'y [auraient] cependant recours que si elles [étaient] d'accord pour le faire»<sup>29</sup>. Cependant, le délégué de l'Empire britannique (sir Cecil Hurst) ne croyait pas pour sa part que l'intention des rédacteurs du Pacte eût été de créer une cour ayant compétence obligatoire; à son sens, la «vraie solution» si l'arbitrage échouait était «d'inciter les Etats à conclure entre eux des traités mutuels» prévoyant le recours à une cour<sup>30</sup>. C'était à son avis le seul moyen de surmonter «les hésitations de quelques Etats à accepter l'arbitrage obligatoire universel»<sup>31</sup>. C'est pourquoi H. Lafontaine exprima le scepticisme que lui inspirait la proposition de sir Cecil Hurst<sup>32</sup>.

23. Au cours des derniers débats sur la question, les 1<sup>er</sup> et 13 décembre 1920, le délégué de la Grèce (N. Politis) releva que, puisqu'il semblait «impossible d'accepter l'idée d'obligation» qui ne pourrait être «imposée» à des esprits qui ne l'auraient pas spontanément acceptée», la solution semblait être «d'établir tout un système de conventions séparées qui étendraient la juridiction de la Cour»<sup>33</sup>. Pour sa part, le délégué de la Suisse (Max Huber) proposa l'adoption d'une convention établissant l'arbitrage obligatoire<sup>34</sup>. Le délégué de la Colombie (F. J. Urrutia) déclara ce qui suit :

«Le principe de l'arbitrage obligatoire n'est pas seulement un principe de justice internationale, mais aussi un principe démocratique, étant donné qu'il découle de l'égalité juridique des Etats. Il a de profondes racines dans l'histoire, dans les traditions et dans les institutions des peuples américains.»<sup>35</sup>

24. Dans le même esprit, le délégué du Pérou (M. H. Cornejo) déclara que le Pérou [avait] toujours défendu l'arbitrage obligatoire», et releva

<sup>28</sup> *Op. cit. supra* note 20, p. 292.

<sup>29</sup> *Ibid.*, p. 293.

<sup>30</sup> *Ibid.*, p. 293-294.

<sup>31</sup> *Ibid.*, p. 294.

<sup>32</sup> *Ibid.*, p. 294.

<sup>33</sup> *Documents au sujet de mesures prises par le Conseil de la Société des Nations aux termes de l'article 14 du Pacte et de l'adoption par l'Assemblée du Statut de la Cour permanente*, Genève, Société des Nations/Cour permanente de Justice internationale, 1920, p. 142.

<sup>34</sup> *Ibid.*, p. 142.

<sup>35</sup> *Ibid.*, p. 241-242.

remarked that “Latin America, by a very great majority, perhaps unanimously, desires compulsory jurisdiction and the reign of peace”<sup>36</sup>. Likewise, the delegate of Cuba (Mr. de Aguero) observed that:

“although the principle of compulsory jurisdiction is not included in the resolution of the III Committee, we will vote for that resolution. We understand the saying of the Latin philosopher: *natura non fecit saltus*. Perfection cannot be attained in a moment from that which does not as yet exist. The laws of evolution govern all things. We must begin by building a little chapel, and in the course of time the League of Nations will be able to build a cathedral.”<sup>37</sup>

To the same effect, the delegate of Switzerland (Mr. Motta) added that the setting up of a tribunal with compulsory jurisdiction “would have been the ideal, but the present state of human society is still unfavourable to its realization. (. . .) Article 36, however imperfect it may be, will be the starting-point of a great movement towards freedom, out of which will arise universal compulsory jurisdiction”<sup>38</sup>.

25. For his part, the delegate of Bolivia (Mr. Tamayo) expressed support for “the just, humane and truthful principle of compulsory arbitration”; anything short of that, he added, amounted to “promising us justice for tomorrow”, and “not giving it us today”<sup>39</sup>. And the delegate of Portugal (A. Costa) insisted on his view that Articles 12-15 of the Covenant “implied the principle of compulsory jurisdiction for the International Court of Justice”, and he added, with a premonitory tone:

“When we realize the necessity of remaining faithful to the declarations of the preamble to the Covenant and of declaring ourselves on the question of compulsory jurisdiction, we shall be forced to accept compulsion. The tribunal we are going to found will then be provided with compulsory jurisdiction, which will be admitted by all the Members of the League of Nations. Such is my wish. I accept the institution of a Permanent Court of International Justice because I have confidence in the future. If we are not to reach the end of which I have spoken, we are deceiving ourselves. The tribunal will disappear, and with it the League of Nations, if, to settle their disputes, the Members of the League are still at liberty to resort to war.”<sup>40</sup>

26. The compromise solution was the optional clause, proposed by the Brazilian delegate (Raul Fernandes), as pointed out by the *rapporteur* of the III Committee (F. Hagerup), in his Report on the discussions of the Committee, in respect of what was to become Article 36 the Statute of the

<sup>36</sup> *Op. cit. supra* note 33, p. 244.

<sup>37</sup> *Ibid.*, pp. 246-247.

<sup>38</sup> *Ibid.*, p. 249.

<sup>39</sup> *Ibid.*, p. 248.

<sup>40</sup> *Ibid.*, p. 246.

que «l'Amérique latine, à une très grande majorité, à l'unanimité peut-être, [voulait] la justice obligatoire et le règne de la paix»<sup>36</sup>. De même, le délégué de Cuba (M. de Agüero) indiqua ce qui suit :

«bien que le principe de la compétence obligatoire ne soit pas inscrit dans la résolution de la Troisième Commission, nous voterons ses conclusions; nous comprenons la phrase du philosophe latin *natura non fecit saltus*; on ne saurait passer de ce qui n'existe pas encore à une œuvre parfaite. En toute chose, interviennent les lois de l'évolution. Il faut commencer par élever une petite chapelle et, avec le temps, la Société des Nations sera en mesure de construire une cathédrale.»<sup>37</sup>

Toujours dans cet esprit, le délégué de la Suisse (M. Motta) ajouta que la création d'un tribunal doté d'une compétence obligatoire «eût été l'idéal, mais la situation actuelle de la société humaine s'oppos[ait] encore à sa réalisation ... L'article 36, si imparfait [fût]-il, sera[it] le point de départ du grand mouvement libérateur d'où sortira[it] la juridiction obligatoire universelle.»<sup>38</sup>

25. Pour sa part, le délégué de la Bolivie (M. Tamayo) exprima son appui aux «idées de justice, de bonté et de vérité que représent[ait] l'arbitrage obligatoire»; toute compétence facultative, ajouta-t-il, reviendrait à «une promesse de justice et non pas à la justice elle-même»<sup>39</sup>. Le délégué du Portugal (A. Costa) souligna qu'à son avis les articles 12 à 15 du Pacte «entraîn[aient] pour la Cour internationale de Justice le principe de la compétence obligatoire», ajoutant, de façon prémonitoire :

«Quand on constatera la nécessité d'être fidèle aux déclarations du préambule et de se prononcer sur la compétence obligatoire, on sera forcé de la reconnaître. Ainsi, le tribunal que nous allons fonder sera doté de la compétence obligatoire et elle sera admise par tous les membres de la Société des Nations. Tel est le vœu que j'exprime. J'accepte l'institution de la Cour permanente de Justice internationale parce que j'ai confiance en l'avenir. Si nous ne devons pas aboutir comme je l'ai dit, nous nous dupérons nous-mêmes. Le tribunal disparaîtrait et, avec lui, la Société des Nations si, pour régler leurs différends, les Membres de la Société pouvaient encore recourir à la guerre.»<sup>40</sup>

26. La clause facultative proposée par le délégué du Brésil (Raul Fernandes) représentait donc la solution de compromis, comme le releva le rapporteur de la Troisième Commission (F. Hagerup) dans son rapport sur les débats de celle-ci au sujet de ce qui allait devenir l'article 36 du

<sup>36</sup> *Op. cit. supra* note 33, p. 244.

<sup>37</sup> *Ibid.*, p. 246-247.

<sup>38</sup> *Ibid.*, p. 249.

<sup>39</sup> *Ibid.*, p. 248.

<sup>40</sup> *Ibid.*, p. 246.

PCIJ<sup>41</sup>. Furthermore, the Norwegian delegate (F. Hagerup), in the concluding discussions of 13 December 1920, deemed it fit to state, in support of compulsory jurisdiction, that:

“There are already in existence a large number of conventions which provide for compulsory jurisdiction. I am happy to pay tribute here to the important part played by the States of South America in this movement. They deserve a large share of the credit for the extension of the idea. (. . .) [T]he States of Europe have also not been behindhand. Several of them, including some great powers, have concluded a number of treaties which set up compulsory jurisdiction. (. . .) I wish to emphasize here how highly desirable it would be for all States, which are bound by treaties providing for compulsory jurisdiction in a general way, to modify them so that this jurisdiction shall henceforth devolve upon the Court which we are about to set up. Such an attitude will greatly help to extend the Court’s jurisdiction. I have already in my first speech pointed out the importance of the motion of the Brazilian delegation, (. . .) according to which States which desire to extend the scope of compulsory jurisdiction are permitted to do so by means of a simple declaration. (. . .) I have been, from the outset, a champion of the principle of compulsory jurisdiction. I can accept wholeheartedly the proposal now presented.”<sup>42</sup>

3. *The Debates on the ICJ Statute of the United Nations Conference on International Organization and Subsidiary Organs (1945)*

27. In the new era inaugurated with the creation of the United Nations, on the occasion of the UN Conference on International Organization, a Committee of Jurists was appointed in 1945 to review the PCIJ Statute in view of the adoption of the Statute of the new International Court of Justice (ICJ). The Committee of Jurists entrusted a Subcommittee to draft the text of, in particular, Article 36 (on compulsory jurisdiction). On 14 April 1945 the Subcommittee reported:

“The Subcommittee, having given careful consideration to the various proposals that had been presented as well as to the views previously expressed by the different delegates before the Committee of Jurists, unanimously agreed upon the following:

“The Court, being the principal judicial organ of the United Nations, should possess definite jurisdiction, if not in all cases, at least in those cases which are peculiarly susceptible of judicial settlement, namely, legal disputes.

It may be recalled that as far back as 1920 compulsory jurisdiction was proposed by the Committee of Jurists which

<sup>41</sup> Cf. *op. cit. supra* note 33, p. 222.

<sup>42</sup> *Ibid.*, p. 250.

Statut de la Cour permanente<sup>41</sup>. Concluant les débats le 13 décembre 1920, le délégué de la Norvège (F. Hagerup) tint à ajouter ce qui suit :

«Il existe déjà un grand nombre de conventions établissant la juridiction obligatoire. Je suis heureux de reconnaître ici la grande part que les Etats d'Amérique du Sud ont prise à ce mouvement. C'est à eux que revient le grand mérite de l'extension de cette idée... [L]es Etats d'Europe ne sont pas restés en arrière non plus. Plusieurs d'entre eux, même de grandes puissances, ont conclu un certain nombre de traités établissant la juridiction obligatoire... Je tiens précisément à souligner ici combien il sera hautement désirable que tous les Etats liés par des traités prévoyant la juridiction obligatoire en général les modifient dans un sens tel que cette juridiction soit désormais dévolue à la Cour que nous allons établir. Cette orientation étendra dans une large mesure la compétence de la Cour. J'ai déjà signalé dans mon premier discours l'importance de la proposition de la délégation brésilienne, ... suivant laquelle il est laissé aux Etats désireux d'élargir le cadre de la juridiction obligatoire la faculté de le faire par une simple déclaration... [J]'ai été dès le début partisan du principe de la juridiction obligatoire. C'est ce qui me permet d'adopter de grand cœur le projet présenté actuellement.»<sup>42</sup>

### 3. *Les débats sur le Statut de la Cour de la Conférence des Nations Unies sur l'Organisation internationale et ses organes subsidiaires (1945)*

27. La fondation de l'Organisation des Nations Unies inaugura une nouvelle ère. A l'occasion de la Conférence des Nations Unies sur l'Organisation internationale, un comité de juristes fut nommé en 1945 et chargé d'analyser le Statut de la Cour permanente en vue de l'adoption du Statut de la nouvelle Cour internationale de Justice (ci-après «la Cour»). Ce comité confia à un sous-comité le soin d'élaborer, entre autres, le texte de l'article 36 (sur la compétence obligatoire). Le 14 avril 1945, ce sous-comité fit rapport comme suit :

«Le sous-comité, ayant examiné attentivement les diverses propositions qui avaient été présentées ainsi que les vues précédemment exprimées par les différents délégués devant le comité de juristes, est convenu à l'unanimité de ce qui suit :

«La Cour, en sa qualité d'organe judiciaire principal des Nations Unies, devrait être dotée d'une compétence bien définie, sinon dans tous les cas, du moins dans ceux qui se prêtent particulièrement à un règlement judiciaire, à savoir les différends de nature juridique.

On se souviendra que dès 1920 le comité de juristes qui a élaboré le Statut existant avait proposé le principe de la compétence

<sup>41</sup> Voir *op. cit. supra* note 33, p. 222.

<sup>42</sup> *Ibid.*, p. 250.

drafted the existing Statute. The Governments were not prepared at that time to accept the proposal and the result was the adoption of what is known as the optional clause.

The exercise of compulsory jurisdiction by the Court will promote the rule of law among nations. Public opinion throughout the world is strongly in favour of conferring on the Court compulsory jurisdiction.”<sup>43</sup>

28. Moreover, the Subcommittee recalled that consensus among jurists was in place at least since the 1920 negotiations, and that 45 out of 51 States had already accepted the optional clause. Shortly afterwards, on 19 April 1945, the Subcommittee further reported on the matter that:

“The question of compulsory jurisdiction was debated at the time of the initial preparation of the Statute of the Court. Admitted by the Advisory Committee of Jurists, in 1920, compulsory jurisdiction was rejected in the course of the examination of the draft Statute by the League of Nations to yield place, on the successful initiative of a Brazilian jurist, to an optional clause permitting the States to accept in advance the compulsory jurisdiction of the Court in a domain delimited by Article 36. This debate has been resumed and very many delegations have made known their desire to see the compulsory jurisdiction of the Court affirmed by a clause inserted in the revised Statute so that, as the latter is to become an integral part of the United Nations Charter, the compulsory jurisdiction of the Court would be an element of the International Organization which it is proposed to institute at the San Francisco Conference. Judging from the preferences thus indicated, it does not seem doubtful that the majority of the Committee was in favour of compulsory jurisdiction, but it has been noted that, in spite of this predominant sentiment, it did not seem certain, nor even probable, that all the nations whose participation in the proposed International Organization appears as necessary, were now in a position to accept the rule of compulsory jurisdiction, and that the Dumbarton Oaks Proposals did not seem to affirm it; some, while retaining their preferences in this respect, thought that the counsel of prudence was not to go beyond the procedure of the optional clause inserted in Article 36, which has opened the way to the progressive adoption, in less than 10 years, of compulsory jurisdiction by many States which in 1920 refused to subscribe to it. Placed on this basis, the problem was found to assume a political character, and the Committee thought that it should defer it to the San Francisco Conference.

---

<sup>43</sup> UN, *Documents of the United Nations Conference on International Organization (UNCIO)*, Vol. XIV (UN Committee of Jurists), San Francisco, 1945, doc. Jurist-43, G/33, of 14 April 1945, pp. 286-287.

obligatoire. Les gouvernements n'étant pas prêts à l'époque à accepter cette proposition, la clause dite facultative a été adoptée.

L'exercice de la compétence obligatoire par la Cour favorisera le respect du droit entre les nations. L'opinion publique dans le monde entier soutient sans réserve le principe de la compétence obligatoire de la Cour. »<sup>43</sup>

28. De plus, le sous-comité rappela que le consensus s'était fait entre les juristes au moins depuis les négociations de 1920, et que quarante-cinq des cinquante et un Etats avaient déjà accepté la clause facultative. Peu après, le 19 avril 1945, le sous-comité fit de nouveau rapport sur la question :

« La question de la juridiction obligatoire a été débattue dès la préparation initiale du Statut de la Cour. Admise par le comité consultatif de juristes en 1920, la juridiction obligatoire a été écartée au cours de l'examen du projet de Statut par la Société des Nations pour faire place, sur l'initiative fructueuse d'un jurisconsulte brésilien, à une clause facultative permettant aux Etats d'accepter par avance la juridiction obligatoire de la Cour dans un domaine délimité par l'article 36. Ce débat a été repris et de très nombreuses délégations ont fait connaître leur désir de voir consacrer la juridiction obligatoire de la Cour par une clause insérée dans le Statut révisé en sorte que, celui-ci devant devenir partie intégrante de la Charte des Nations Unies, la juridiction obligatoire de la Cour serait un élément de l'organisation internationale qu'on se propose d'instituer à la conférence de San Francisco. A s'en tenir aux préférences ainsi marquées, il ne paraît pas douteux que la majorité de la Commission était en faveur de la juridiction obligatoire. Mais il a été relevé que, malgré ce sentiment prédominant, il ne paraissait pas certain, ni même probable, que toutes les Nations dont la participation à l'organisation internationale projetée apparaît comme nécessaire fussent dès maintenant en situation d'accepter la règle de la juridiction obligatoire et que le projet de Dumbarton Oaks ne paraissait pas la consacrer ; certains, tout en conservant leurs préférences à cet égard, ont estimé que la prudence conseillait de ne pas dépasser le procédé de la clause facultative insérée dans l'article 36 et qui a ouvert la voie à l'adoption progressive, en moins de dix ans, de la juridiction obligatoire par de nombreux Etats qui, en 1920, se refusaient à y souscrire. Placé sur ce terrain, le problème s'est trouvé revêtir un caractère politique et la Commission a estimé qu'elle devait le déférer à la conférence de San Francisco.

<sup>43</sup> Nations Unies, *Documents de la Conférence des Nations Unies sur l'Organisation internationale (CNUOI)*, San Francisco, 1945, vol. XIV (comité de juristes), doc. Jurist-43, G/33, du 14 avril 1945, p. 286-287.



The suggestion was made by the Egyptian Delegation to seek a provisional solution in a system which, while adopting compulsory jurisdiction as the compulsory rule, would permit each State to escape it by a reservation. Rather than accept this view, the Committee has preferred to facilitate the consideration of the question by submitting two texts as suggestions rather than as a recommendation.

One is submitted in case the Conference should not intend to affirm in the Statute the compulsory jurisdiction of the Court, but only to open the way for it by offering the States, if they did not think it apropos, acceptance of an optional clause on this subject. This text reproduces Article 36 of the Statute with an addition in case the United Nations Charter should make some provision for compulsory jurisdiction.

The second text, also based on Article 36 of the Statute, establishes compulsory jurisdiction directly without passing through the channel of an option which each State would be free to take or not take. Thus it is simpler than the preceding one. It has even been pointed out that it would be too simple. The Committee, however, thought that the moment has not yet come to elaborate it further and see whether the compulsory jurisdiction thus established should be accompanied by some reservations, such as one concerning differences belonging to the past, one concerning disputes which have arisen in the present war, or those authorized by the General Arbitration Act of 1928. If the principle enunciated by this second text were accepted, it could serve as a basis for working out such provisions applying the principle which it enunciates with such modifications as might be deemed opportune.

Some delegations desired to see inserted in Article 36 (1) the specific statement that the jurisdiction of the Court extends to 'justiciable' matters or those 'of a legal nature' which the parties might submit to it. Objections were made to the insertion of such a specific statement in a provision covering the case in which the jurisdiction of the Court depends on the agreement of the parties. Some refused to restrict in this way the jurisdiction of the Court. Fears were also expressed regarding difficulties in interpretation which such a provision might cause, whereas practice has not shown any serious difficulties in the application of Article 36 (1). So it was not changed as indicated."<sup>44</sup>

29. In the light of the aforementioned, the Subcommittee proposed, on the occasion, a revision of the aforementioned Article 36, to be read as follows:

"1. The jurisdiction of the Court comprises all cases which the parties refer to it and all matters especially provided for in the Charter of the United Nations and in treaties and conventions in force.

---

<sup>44</sup> *UNCIO*, Vol. XIV (UN Committee of Jurists), doc. Jurist-61 (rev.), of 19 April 1945, pp. 667-668.

La suggestion a été faite par la délégation égyptienne de chercher une solution transactionnelle dans un système qui, posant la règle de la juridiction obligatoire, permettrait à chaque Etat de l'écartier par une réserve. Plutôt que d'entrer dans cette voie, la Commission a préféré faciliter l'examen de la question en présentant deux textes pour mémoires plutôt qu'à titre de propositions.

L'un est présenté pour le cas où la Conférence n'entendrait pas consacrer dans le Statut la compétence obligatoire de la Cour mais seulement ouvrir la voie à celle-ci en offrant aux Etats d'accepter, s'ils le jugent à propos, une clause facultative à ce sujet. Ce texte reproduit l'article 36 du Statut avec une addition pour le cas où la Charte des Nations Unies viendrait à faire quelque place à la juridiction obligatoire.

Le second texte, s'inspirant aussi de l'article 36 du Statut, établit directement la juridiction obligatoire sans passer par la voie d'une option que chaque Etat serait libre de faire ou de ne pas faire. Aussi est-il plus simple que le précédent. On a même relevé qu'il serait trop simple. La Commission a cependant pensé que le moment n'était pas encore venu de l'élaborer davantage et de rechercher si la juridiction obligatoire ainsi établie devrait s'accompagner de quelques réserves, telles que celle des différends appartenant au passé, celle des contestations nées au cours de la présente guerre, ou celles autorisées par l'Acte général d'arbitrage de 1928. Si le principe qu'énonce ce second texte était admis, celui-ci pourrait servir de base pour élaborer telles dispositions mettant en application le principe qu'il énonce avec les aménagements qui pourraient être jugés opportuns.

Certaines délégations avaient le désir de voir insérer dans l'article 36, paragraphe 1, la précision que la compétence de la Cour s'étend aux affaires «justiciables», ou «d'ordre juridique», que les parties lui soumettront. Des objections ont été faites à l'insertion d'une telle précision dans une disposition visant le cas où la saisine de la Cour dépend de l'accord des parties. Certains se sont refusés à restreindre ainsi la compétence de la Cour. Des craintes se sont aussi élevées au sujet des difficultés d'interprétation que ferait naître une telle disposition alors que la pratique n'a pas révélé de sérieuses difficultés pour l'application de l'article 36, paragraphe 1. Aussi n'a-t-il pas été modifié dans le sens indiqué.»<sup>44</sup>

29. A la lumière de ce qui précède, le sous-comité proposa une revision de l'article 36 susmentionné, pour qu'il se lise comme suit :

«1. La compétence de la Cour s'étend à toutes les affaires que les parties lui soumettront, ainsi qu'à tous les cas spécialement prévus dans la Charte des Nations Unies et dans les traités et conventions en vigueur.

<sup>44</sup> CNUOI, vol. XIV (comité de juristes), doc. Jurist-61 rev., du 19 avril 1945, p. 667-668.

2. The members of the United Nations and States parties to the Statute recognize as among themselves the jurisdiction of the Court as compulsory *ipso facto* and without special agreement in all or any of the classes of legal disputes concerning:

- (a) the interpretation of a treaty;
- (b) any question of international law;
- (c) the existence of any fact which, if established, would constitute a breach of an international obligation;
- (d) the nature or extent of the reparation to be made for the breach of an international obligation.

3. In the event of a dispute as to whether the Court has jurisdiction, the matter is settled by decision of the Court.”<sup>45</sup>

30. After further consideration, the Committee of Jurists acknowledged that this solution could prove unpalatable in the Assembly, and then provided this latter with two alternative texts for Article 36 of the Statute: one set forth the clause on compulsory jurisdiction, whereas the other retained the mechanism of the optional clause<sup>46</sup>. The two alternative texts were submitted to the IV Committee, which came to the conclusion that the mechanism of the optional clause declaration was more likely to meet the general agreement of the States parties; it discarded the alternate text, though acknowledging that the willingness to establish the ICJ’s compulsory jurisdiction had prevailed within the Committee of Jurists<sup>47</sup>.

31. The support expressed, on distinct occasions, at the beginning of the eras of both the League of Nations (1920) and of the United Nations (1945), just reviewed, for the compulsory jurisdiction of the Hague Court, should not pass unnoticed, or be forgotten, in our days, at this beginning of the second decade of the twenty-first century. In this respect, the debates of the UN Committee of Jurists, of 12-13 April 1945, were particularly illuminating. On the occasion, the delegate of Brazil (A. Camillo de Oliveira) began the discussions on draft Article 36 by stating that: “the time is right to make an amendment to this Article so that the jurisdiction of the Court be obligatory for all categories of disputes enumerated in the Article”<sup>48</sup>. He added that, since 1920, when the optional clause was inserted, “the idea of making the Court’s jurisdiction obligatory had greatly advanced”<sup>49</sup>.

<sup>45</sup> *UNCIO*, Vol. XIV (Committee of Jurists), doc. Jurist-43, G/33, of 14 April 1945, p. 287.

<sup>46</sup> Cf. *UNCIO*, «Report on Draft of Statute of an International Court of Justice Referred to in Chapter VII of the Dumbarton Oaks Proposals» (*rapporteur*, Jules Basdevant), Vol. XIV, 1945, pp. 821 and 839-842.

<sup>47</sup> Cf. *UNCIO*, «Compte-rendu du sous-comité IV/1 sur l’article 36 du Statut de la Cour internationale de Justice», Vol. XIII, 1945, pp. 562-565.

<sup>48</sup> *UNCIO*, 1945, Vol. XIV (Committee of Jurists), doc. Jurist-34, G/25, of 12 April 1945, p. 146.

<sup>49</sup> *Ibid.*, p. 147.

2. Les Membres des Nations Unies et Etats parties au Statut reconnaissent comme obligatoire entre eux, de plein droit et sans convention spéciale, la compétence de la Cour sur toutes ou quelques-unes des catégories de différends d'ordre juridique ayant pour objet :

- a) l'interprétation d'un traité;
- b) tout point de droit international;
- c) la réalité de tout fait qui, s'il était établi, constituerait la violation d'un engagement international;
- d) la nature ou l'étendue de la réparation due pour la rupture d'un engagement international.

3. En cas de contestation sur le point de savoir si la Cour est compétente, la Cour décide.»<sup>45</sup>

30. Après un nouvel examen, le comité de juristes reconnut que cette solution risquait d'être mal accueillie par l'Assemblée et lui présenta donc deux variantes pour l'article 36 du Statut: l'une énonçait la clause de compétence obligatoire alors que l'autre conservait le mécanisme de la clause facultative<sup>46</sup>. Ces deux textes furent présentés à la commission IV, qui conclut que le mécanisme de la clause facultative avait plus de chances de rallier l'accord général des Etats parties; elle écarta donc l'autre variante tout en reconnaissant que le souhait de voir instaurer la compétence obligatoire de la Cour l'emportait au sein du comité de juristes<sup>47</sup>.

31. L'appui exprimé, à diverses occasions — au moment de la création de la Société des Nations (1920) comme de celle de l'Organisation des Nations Unies (1945), ainsi qu'on vient de le voir —, pour la compétence obligatoire de la Cour de La Haye ne devrait pas passer inaperçu ni être oublié aujourd'hui, au début de la deuxième décennie du XXI<sup>e</sup> siècle. Les débats du comité de juristes des Nations Unies tenus les 12 et 13 avril 1945 furent particulièrement révélateurs à ce propos. Voici comment le délégué du Brésil (A. Camillo de Oliveira) ouvrit le débat sur le projet d'article 36: «le moment est bien choisi pour apporter un amendement à cet article afin que la compétence de la Cour soit obligatoire pour toutes les catégories de différends qui y sont énumérées»<sup>48</sup>, avant d'ajouter que, depuis que la clause facultative avait été insérée en 1920, «l'idée de doter la Cour d'une compétence obligatoire avait considérablement progressé»<sup>49</sup>.

<sup>45</sup> *CNUOI*, vol. XIV (comité de juristes), doc. Jurist-43, G/33, du 14 avril 1945, p. 287.

<sup>46</sup> Voir *CNUOI*, «Rapport sur le projet de Statut de la Cour internationale de Justice visée au chapitre VII des propositions de Dumbarton Oaks» (rapporteur, Jules Basdevant), vol. XIV, p. 821 et 839-842.

<sup>47</sup> Voir *CNUOI*, «Compte rendu du sous-comité IV/1 sur l'article 36 du Statut de la Cour internationale de Justice», vol. XIII, p. 562-565.

<sup>48</sup> *CNUOI*, vol. XIV (comité de juristes), doc. Jurist-34, G/25, du 12 avril 1945, p. 146.

<sup>49</sup> *Ibid.*, p. 147.

32. In the same sense, the delegate of China (Wang Chung-hui) stated that “the exercise of compulsory jurisdiction by the Court would promote the rule of law in international society”<sup>50</sup>. On his turn, the delegate of Turkey (C. Bilsel) declared that he “supported the thesis of the Brazilian and Chinese delegates with regard to the revision of Article 36”, which he regarded as “one of the most important Articles in the Statute”<sup>51</sup>. And the delegate of Turkey added that:

“the time had come to accept the idea of compulsory international justice. The idea of international justice (. . .) has clearly progressed (. . .). The Committee of Jurists had proposed compulsory jurisdiction of the Court but (. . .) the Council of the League had not agreed, and (. . .) the Assembly had compromised through the optional clause. (. . .) The establishment of compulsory jurisdiction of the Court would represent a great step forward in international justice.”<sup>52</sup>

33. Further support to the Court’s compulsory jurisdiction came from the delegate of Uruguay (J. A. Mora Otero), who stated that, having “heard with satisfaction the different points of view endorsing compulsory jurisdiction”, he thought that “the Court of International Justice should be competent to have jurisdiction in any international dispute that has not been resolved by any other pacific means”<sup>53</sup>. Yet, like what had happened in 1920 (cf. *supra*), also in 1945 compulsory jurisdiction had its opponents. The delegate of the [then] Soviet Union (USSR, N. V. Novikov) declared that “such compulsory jurisdiction was absolutely unacceptable to his Government”<sup>54</sup>.

34. And, for his part, the delegate of the United States (G. H. Hackworth) pondered, as Chairman, that he “should not like to see this group so sharply divided”; he then warned that, “if the signature of the Statute should involve *ipso facto* the acceptance of the compulsory jurisdiction of the Court, some States would find it difficult to become a party to the Statute”<sup>55</sup>. The IV Commission (Judicial Organization) of the 1945 San Francisco Conference was duly informed of this “sharp division of opinion” among participating States on the question of the compulsory jurisdiction of the Court, and the I Committee then decided to retain the optional clause by 31 votes to 14<sup>56</sup>.

35. Despite the support expressed for compulsory jurisdiction, “[c]oncerns were raised, however, that pursuing the realization of this ideal

<sup>50</sup> *UNCIO*, *op. cit supra* note 48, p. 147.

<sup>51</sup> *Ibid.*, p. 148.

<sup>52</sup> *Ibid.*, p. 149.

<sup>53</sup> *UNCIO*, 1945, Vol. XIV (Committee of Jurists), doc. Jurist-66 (34), G/53, of 19 April 1945 (*corrigendum*), p. 161.

<sup>54</sup> *Ibid.*, doc. Jurist-40, G/30, of 13 April 1945, p. 166.

<sup>55</sup> *Ibid.*, p. 164.

<sup>56</sup> *UNCIO*, 1945, Vol. XIII (Commission IV — Judicial Organization), 1945, pp. 390-392.

32. Dans le même esprit, le délégué de la Chine (Wang Chung-hui) jugea «l'exercice d'une compétence obligatoire par la Cour favorable au respect du droit dans la société internationale»<sup>50</sup>. Le délégué de la Turquie (C. Bilsel) se rallia ensuite à la thèse des délégués du Brésil et de la Chine pour ce qui était de la revision de l'article 36, qu'il considérait comme «l'un des articles les plus importants du Statut»<sup>51</sup>. Et il ajouta :

«le moment est venu d'accepter l'idée d'une justice internationale obligatoire. L'idée de justice internationale ... a manifestement progressé... Le comité de juristes avait proposé l'attribution d'une compétence obligatoire à la Cour mais ... le Conseil de la Société des Nations n'avait pas souscrit à ce principe et ... l'Assemblée avait trouvé un compromis sous la forme de la clause facultative... L'établissement de la compétence obligatoire de la Cour serait un progrès considérable dans la justice internationale.»<sup>52</sup>

33. Le principe de la compétence obligatoire de la Cour fut également soutenu par le délégué de l'Uruguay (J. A. Mora Otero), qui, après avoir «entendu avec satisfaction les différents points de vue favorables à ce principe», déclara que «la Cour internationale de Justice devait pouvoir connaître de tout différend international qui n'avait pas été résolu par tout autre moyen pacifique»<sup>53</sup>. Pourtant, en 1945 comme en 1920 (voir ci-dessus), le principe de la compétence obligatoire avait ses opposants. Le délégué de [ce qui était alors] l'Union Soviétique (URSS, N. V. Novikov) annonça qu'«une telle compétence obligatoire était absolument inacceptable pour son gouvernement»<sup>54</sup>.

34. Pour sa part, le délégué des Etats-Unis (G. H. Hackworth), s'exprimant en sa qualité de président, indiqua qu'il «regretterait une division si profonde de ce groupe», mais avertit que, «si la signature du Statut impliquait *ipso facto* l'acceptation de la compétence obligatoire de la Cour, il serait difficile à certains Etats de devenir parties au Statut»<sup>55</sup>. La commission IV (organisation judiciaire) de la conférence de San Francisco de 1945 fut dûment informée de cette «profonde divergence de vues» entre les Etats participants sur la question de la compétence obligatoire de la Cour, et la commission I décida alors de conserver la clause facultative par trente et une voix contre quatorze<sup>56</sup>.

35. Malgré l'appui exprimé en faveur de la compétence obligatoire, «[l]a crainte s'est toutefois manifestée qu'en poursuivant la réalisation de cet

<sup>50</sup> CNUOI, *op. cit supra* note 48, p. 147.

<sup>51</sup> *Ibid.*, p. 148.

<sup>52</sup> *Ibid.*, p. 149.

<sup>53</sup> CNUOI, vol. XIV (comité de juristes), doc. Jurist-66 (34), G/53, du 19 avril 1945 (*corrigendum*), p. 161.

<sup>54</sup> *Ibid.*, doc. Jurist-40, G/30, du 13 avril 1945, p. 166.

<sup>55</sup> *Ibid.*, p. 164.

<sup>56</sup> CNUOI, vol. XIII (commission IV, organisation judiciaire), 1945, p. 390-392.

would jeopardize the possibility of achieving general agreement on both the Statute of the Court and the Charter itself<sup>57</sup>. Accordingly, as reported on 31 May 1945, “the system of optional jurisdiction seems more likely at the moment to receive general support”<sup>58</sup>. It had become clear that the collegiality of participating States was not yet prepared in 1945, like a quarter of a century earlier (1920), to accept compulsory jurisdiction for the Hague Court. Once again, in this particular case, inertia prevailed, to the detriment of the full realization of justice.

36. Shortly before the 1945 San Francisco Conference, M. O. Hudson had recalled that Article 36 of the Statute of the PCIJ had, in 1920, been “the result of the greatest contest waged in the creation of the Court”, given that, at least within the 1920 Committee of Jurists, the view prevailed, in succeeding preliminary projects, to confer on the PCIJ “a broad compulsory jurisdiction”<sup>59</sup>. The compromise subsequently found was the optional clause proposed by Raul Fernandes (Brazil), drafted later<sup>60</sup>. And, one and a half decade after the 1945 San Francisco Conference, R. P. Anand pointed out that by then it had become clear that “[t]he most common method of accepting the compulsory jurisdiction of the Court [was] through the acceptance of jurisdictional clauses in multilateral or bilateral treaties”<sup>61</sup>. Yet, “commentators on the Court and governmental experts” remained “reluctant to acknowledge” the relevance of such compromissory clauses as “a basis for the Court’s compulsory jurisdiction”<sup>62</sup>. The emphasis continued to be laid on the optional clause of Article 36 (2) of the Statute (even in the Court’s *Yearbooks*), despite the fact that “the greater part of the Court’s compulsory jurisdiction” was derived from the compromissory clauses themselves<sup>63</sup>.

### III. THE OPTIONAL CLAUSE OF COMPULSORY JURISDICTION: FROM THE PROFESSED IDEAL TO A DISTORTED PRACTICE

37. As a result of those prolonged debates of 1920, the ingenuous formula of Article 36 (2) of the Statute — of the PCIJ, and, later on, also the ICJ — was adopted, overcoming the difference between those who supported the prompt recognition of the compulsory jurisdiction of the future PCIJ, and those — the representatives of the more powerful States — who opposed that, objecting that one had gradually to come to trust

<sup>57</sup> *UNCIO*, 1945, Vol. XIII (Commission IV — Judicial Organization), 1945, doc. 702-IV/1/55, of 31 May 1945, p. 564 [translation by the Registry].

<sup>58</sup> *Ibid.*, p. 563 [translation by the Registry].

<sup>59</sup> M. O. Hudson, *The Permanent Court of International Justice, 1920-1942 — A Treatise*, N.Y., MacMillan Co., 1943, p. 190.

<sup>60</sup> *Ibid.*, pp. 192-193.

<sup>61</sup> R. P. Anand, *Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice*, New Delhi/Bombay, Asia Publishing House, 1961, p. 134.

<sup>62</sup> *Ibid.*, p. 139.

<sup>63</sup> *Ibid.*, pp. 139-140.

idéal on compromettrait les possibilités de rallier l'accord général tant au Statut de la Cour qu'à la Charte elle-même»<sup>57</sup>. En conséquence, comme indiqué le 31 avril 1945, «le système de juridiction facultative semble actuellement plus susceptible de réunir l'adhésion générale»<sup>58</sup>. Il était devenu clair que, collégalement, les Etats participants n'étaient pas encore prêts en 1945, comme un quart de siècle plus tôt (1920), à accepter le principe de la compétence obligatoire pour la Cour de La Haye. Une fois de plus, dans ce cas, l'inertie l'emporta, au détriment de la pleine réalisation de la justice.

36. Peu avant la conférence de San Francisco de 1945, M. O. Hudson avait rappelé que l'article 36 du Statut de la Cour permanente était, en 1920, «le résultat du plus grand combat mené lors de la création de la Cour», étant donné que, du moins au sein du comité de juristes de 1920, le désir dominait, dans les projets préliminaires successifs, d'attribuer «une large compétence obligatoire» à la Cour permanente<sup>59</sup>. Le compromis trouvé par la suite fut la clause facultative proposée par Raul Fernandes (Brésil), rédigée ultérieurement<sup>60</sup>. Quinze ans après la conférence de San Francisco de 1945, R. P. Anand fit observer qu'il était clairement apparu que «la méthode la plus courante d'accepter la compétence obligatoire de la Cour [était] d'accepter les clauses juridictionnelles des traités multilatéraux ou bilatéraux»<sup>61</sup>. Pourtant, «les commentateurs de la Cour et les experts gouvernementaux» demeuraient «peu enclins à reconnaître» la pertinence de telles clauses compromissaires comme «bases de la compétence obligatoire de la Cour»<sup>62</sup>. L'accent restait mis sur la clause facultative du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut (même dans les *Annuaire*s de la Cour), bien que «la plus grande partie de la compétence obligatoire de la Cour» découlât des clauses compromissaires elles-mêmes<sup>63</sup>.

### III. LA CLAUSE FACULTATIVE D'ACCEPTATION DE LA JURIDICTION OBLIGATOIRE: D'UN IDÉAL PROFESSÉ À UNE PRATIQUE DÉNATURÉE

37. Les longs débats qui eurent lieu en 1920 aboutirent à l'adoption de l'ingénieux libellé du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut — de la Cour permanente, puis de la Cour —, qui permit de surmonter la divergence entre partisans et détracteurs d'une reconnaissance rapide de la juridiction obligatoire de la future Cour permanente, les seconds — à savoir les représentants des Etats les plus puissants — objectant que cette instance

<sup>57</sup> *CNUOI*, vol. XIII (commission IV, organisation judiciaire), 1945, doc. 702-IV/1/55, du 31 mai 1945, p. 564.

<sup>58</sup> *Ibid.*, p. 563.

<sup>59</sup> M. O. Hudson, *The Permanent Court of International Justice, 1920-1942 - A Treatise*, New York, MacMillan Co., 1943, p. 190.

<sup>60</sup> *Ibid.*, p. 192-193.

<sup>61</sup> R. P. Anand, *Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice*, New Delhi/Bombay, Asia Publishing House, 1961, p. 134.

<sup>62</sup> *Ibid.*, p. 139.

<sup>63</sup> *Ibid.*, p. 139-140.



the international tribunal to be created, before conferring upon it compulsory jurisdiction *tout court*. The Statute, approved on 13 December 1920, entered into force on 1 September 1921<sup>64</sup>.

38. At that time, the decision that was taken constituted the initial step that, during the period of 1921-1940, contributed to attract the acceptance of the compulsory jurisdiction — under the optional clause — of the PCIJ by a total of 45 States<sup>65</sup>. The formula of Raul Fernandes<sup>66</sup>, firmly supported by the Latin-American States<sup>67</sup>, was incorporated into the Statute of the PCIJ; it was intended to pave the way for further development towards compulsory jurisdiction, and served its purpose in the following two decades.

39. Subsequently, at the San Francisco Conference of 1945, the possibility was contemplated to take a step forward, with an eventual automatic acceptance of the compulsory jurisdiction of the new ICJ. Nevertheless, the great powers — in particular the Soviet Union and the United States — were opposed to this evolution, sustaining the retention, in the Statute of the new ICJ, of the same “optional clause of compulsory jurisdiction” of the Statute of 1920 of the predecessor PCIJ. The *rappor-teur* of the Commission of Jurists of 1945, Jules Basdevant, pointed out that, although the majority of the members of the Commission favoured the automatic acceptance of the compulsory jurisdiction, there was no political will at the Conference (and nor in the Dumbarton Oaks proposals) to take this step forward<sup>68</sup>.

<sup>64</sup> For an account of the approval of the Statute, cf., *inter alia*, J. C. Witenberg, *L'organisation judiciaire, la procédure et la sentence internationales. Traité pratique*, Paris, Pedone, 1937, pp. 22-23; L. Gross, “Compulsory Jurisdiction under the Optional Clause: History and Practice”, *The International Court of Justice at a Crossroads* (ed. L. F. Damrosch), Dobbs Ferry/N.Y., ASIL/Transnational Publs., 1987, pp. 20-21.

<sup>65</sup> Cf. the account of a Judge of the old PCIJ, M. O. Hudson, *International Tribunals — Past and Future*, Washington, Carnegie Endowment for International Peace/Brookings Institution, 1944, pp. 76-78. That total of 45 States represented, in reality, a high proportion, at that epoch, considering that, at the end of the 1930s, 52 States were members of the League of Nations (of which the old PCIJ was not part, distinctly from the ICJ, which is the main judicial organ of the United Nations, and whose Statute forms an organic whole with the UN Charter itself).

<sup>66</sup> In his book of memories published in 1967, Raul Fernandes revealed that the Committee of Jurists of 1920 was faced with the challenge of establishing the basis of the jurisdiction of the PCIJ and, at the same time, of safeguarding and reaffirming the principle of the juridical equality of the States; cf. R. Fernandes, *Nonagésimo Aniversário — Conferências e Trabalhos Esparsos*, Vol. I, Rio de Janeiro, M.R.E., 1967, pp. 174-175.

<sup>67</sup> J.-M. Yepes, “La contribution de l'Amérique latine au développement du droit international public et privé”, 32 *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye* (1930), p. 712; F.-J. Urrutia, “La codification du droit international en Amérique”, 22 *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye* (1928), pp. 148-149; and cf., more recently, S. A. Alexandrov, *Reservations in Unilateral Declarations Accepting the Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice*, Dordrecht, Nijhoff, 1995, pp. 7-8.

<sup>68</sup> Cf. the account of R. P. Anand, *Compulsory Jurisdiction . . .*, *op. cit. supra* note 61, pp. 38-46; and cf. also, on the issue, S. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court*, Vol. I, Leyden, Sijthoff, 1965, pp. 32-36; Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6th ed., Oxford University Press, 2003, pp. 677-678; O. J. Lissitzyn, *The*

devait gagner progressivement la confiance des Etats avant de se voir conférer une juridiction obligatoire tout court. Le Statut, approuvé le 13 décembre 1920, entra en vigueur le 1<sup>er</sup> septembre 1921<sup>64</sup>.

38. Cette décision marqua la première étape d'un processus qui, entre 1921 et 1940, allait conduire quarante-cinq Etats à accepter la juridiction obligatoire de la Cour permanente par le biais de déclarations faites en vertu de la clause facultative<sup>65</sup>. La formule de Raul Fernandes<sup>66</sup>, fermement soutenue par les Etats latino-américains<sup>67</sup>, avait été incorporée dans le Statut de la Cour permanente; visant à ouvrir la voie à de nouveaux progrès vers la juridiction obligatoire, elle remplit son office durant les vingt années qui suivirent.

39. En 1945, à la conférence de San Francisco, il fut envisagé de franchir une nouvelle étape par une acceptation automatique, à plus ou moins brève échéance, de la juridiction obligatoire de la Cour internationale de Justice nouvellement créée. Les grandes puissances — et, en particulier, l'Union soviétique et les Etats-Unis d'Amérique —, opposées à pareille évolution, défendaient cependant l'idée que soit conservée, dans le Statut de la Cour, la « clause facultative de juridiction obligatoire » qui figurait dans celui, adopté en 1920, de sa devancière. Ainsi que le précisa le rapporteur de la commission de juristes de 1945, Jules Basdevant, quoique la majorité des membres de la commission fussent partisans de l'acceptation automatique de la juridiction obligatoire, il n'y eut pas, à la conférence (ni dans les propositions de Dumbarton Oaks), de volonté politique pour franchir le pas<sup>68</sup>.

<sup>64</sup> Pour un compte rendu de l'approbation du Statut, voir notamment J. C. Witenberg, *L'organisation judiciaire, la procédure et la sentence internationales. Traité pratique*, Paris, Pedone, 1937, p. 22-23; L. Gross, « Compulsory Jurisdiction under the Optional Clause: History and Practice », *The International Court of Justice at a Crossroads* (dir. publ., L. F. Damrosch), Dobbs Ferry/New York, ASIL/Transnational Publs., 1987, p. 20-21.

<sup>65</sup> Voir le récit d'un juge de la Cour permanente, M. O. Hudson, *International Tribunals — Past and Future*, Washington, Carnegie Endowment for International Peace/Brookings Institution, 1944, p. 76-78. Ces quarante-cinq Etats représentaient en réalité à l'époque une grande majorité d'Etats, puisque, à la fin des années 1930, la Société des Nations (dont la Cour permanente ne faisait pas partie, à la différence de la Cour, qui est l'organe judiciaire principal de l'Organisation des Nations Unies et dont le Statut forme un tout organique avec la Charte des Nations Unies elle-même) comptait cinquante-deux membres.

<sup>66</sup> Dans ses mémoires publiés en 1967, Raul Fernandes révéla que le comité de juristes de 1920 s'était trouvé confronté à l'épineux problème consistant à établir les bases de la juridiction de la Cour permanente tout en garantissant et en réaffirmant le principe de l'égalité juridique des Etats; voir R. Fernandes, *Nonagésimo Aniversário — Conferências e Trabalhos Esparsos*, vol. I, Rio de Janeiro, M.R.E., 1967, p. 174-175.

<sup>67</sup> J.-M. Yepes, « La contribution de l'Amérique latine au développement du droit international public et privé », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 32 (1930), p. 712; F.-J. Urrutia, « La codification du droit international en Amérique », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 22 (1928), p. 148-149; et, plus récemment, S. A. Alexandrov, *Reservations in Unilateral Declarations Accepting the Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice*, Dordrecht, Nijhoff, 1995, p. 7-8.

<sup>68</sup> Voir le récit de R. P. Anand, *Compulsory Jurisdiction...*, op. cit. supra note 61, p. 38-46; voir également, sur cette question, S. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court*, vol. I, Leyde, Sijthoff, 1965, p. 32-36; Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6<sup>e</sup> éd., Oxford University Press, 2003, p. 677-678; O. J. Lissitzyn, *The*

40. Consequently, the same formulation of 1920, which corresponded to a conception of international law of the beginning of the twentieth century, was maintained in the present Statute of the ICJ. Due to the intransigent position of the more powerful States, a unique opportunity was lost to overcome the lack of automatism of the international jurisdiction and to foster a greater development of the compulsory jurisdiction of the international tribunal. It may be singled out that all this took place at the level of purely inter-State relations. The formula of the optional clause of compulsory jurisdiction (of the ICJ) which exists today, is nothing more than a scheme of the 1920s, stratified in time<sup>69</sup>, and which, rigorously speaking, no longer corresponds to the needs of the international *contentieux* not even of a purely inter-State dimension<sup>70</sup>.

41. And several of the States which have utilized it, have made a distorted use of it, denaturalizing it, in introducing restrictions which militate against its *rationale* and deprive it of all efficacy. In reality, almost two-thirds of the declarations of acceptance of the aforementioned clause have been accompanied by limitations and restrictions which have rendered them “practically meaningless”<sup>71</sup>. One may, thus, seriously question whether the optional clause keeps on serving the same purpose which inspired it at the epoch of the PCIJ. Curiously enough, not until more recently did the compromissory clauses, pertaining to the compulsory jurisdiction of the ICJ, begin to attract greater attention in expert writing.

42. The rate of acceptance of the optional clause in the era of the ICJ is proportionally inferior to that of the epoch of its predecessor, the PCIJ. Furthermore, throughout the years, the possibility opened by the optional clause of acceptance of the jurisdiction of the international tribunal became, in fact, object of excesses on the part of some States, which only accepted the compulsory jurisdiction of the ICJ in their own terms, with all kinds of limitations<sup>72</sup>. Thus, it is not at all surprising that, already by

---

*International Court of Justice*, N.Y., Carnegie Endowment for International Peace, 1951, pp. 61-64.

<sup>69</sup> For expressions of pessimism as to the practice of States under that optional clause, at the end of the 1970s, cf. J. G. Merrills, “The Optional Clause Today”, 50 *British Yearbook of International Law* (1979), pp. 90-91, 108, 113 and 116.

<sup>70</sup> Regretting (as former President of the ICJ) that this outdated position has insulated the Hague Court from the great *corpus* of contemporary international law, cf. R. Y. Jennings, “The International Court of Justice after Fifty Years”, 89 *American Journal of International Law* (1995), p. 504.

<sup>71</sup> G. Weissberg, “The Role of the International Court of Justice in the United Nations System: The First Quarter Century”, *The Future of the International Court of Justice* (ed. L. Gross), Vol. I, Dobbs Ferry N.Y., Oceana Publs., 1976, p. 163; and, on the feeling of frustration that this generated, cf. *ibid.*, pp. 186-190. Cf. also *Report on the Connally Amendment — Views of Law School Deans, Law School Professors, International Law Professors* (compiled under the auspices of the Committee for Effective Use of the International Court by Repealing the Self-Judging Reservation), New York, [1961], pp. 1-154.

<sup>72</sup> Some of them gave the impression that they thus accepted that aforementioned optional clause in order to sue other States before the ICJ, trying, however, to avoid themselves to be sued by other States; J. Soubeyrol, “Validité dans le temps de la déclara-

40. C'est donc la formule de 1920, qui correspondait à une conception du droit international remontant au début du XX<sup>e</sup> siècle, qui fut reprise dans le Statut de la présente Cour. Une occasion unique de dépasser l'absence d'automatisme du recours à cette instance internationale par une étape décisive vers la juridiction obligatoire avait ainsi été manquée, en raison de la position intransigeante des Etats les plus puissants. Il convient de préciser que tous ces débats se déroulèrent au niveau purement inter-étatique. La formule actuelle de la clause facultative de juridiction obligatoire (de la Cour) n'est donc rien de plus qu'un mécanisme remontant aux années 1920, figé dans le temps<sup>69</sup>, et qui, en toute rigueur, ne correspond plus aux besoins du contentieux international, y compris sur le plan strictement interétatique<sup>70</sup>.

41. Et nombre d'Etats qui ont fait usage de cette clause l'ont fait de manière abusive, la dénaturant en l'assortissant de restrictions qui vont à l'encontre de sa propre logique et la privent de toute efficacité. De fait, près des deux tiers des déclarations d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour ont été assorties de réserves et autres limites, qui les ont rendues « pratiquement inopérantes »<sup>71</sup>. Aussi est-il permis de se demander si la clause facultative continue de jouer le rôle qui lui avait été assigné à l'époque de la Cour permanente. Chose curieuse à cet égard, ce n'est que très récemment que les clauses compromissaires prévoyant la juridiction obligatoire de la Cour ont commencé à susciter davantage d'intérêt dans la doctrine.

42. La part des Etats ayant accepté la juridiction de la Cour internationale de Justice en application de la clause facultative est inférieure à ce qu'elle était à l'époque de sa devancière, la Cour permanente de Justice internationale. De surcroît, la possibilité d'accepter la juridiction obligatoire de la Cour offerte par cette clause a, au fil des ans, donné lieu à des abus de la part de certains Etats, qui ne l'ont acceptée qu'à leurs propres conditions, en l'assortissant de restrictions de toute nature<sup>72</sup>. Il n'est donc

---

*International Court of Justice*, New York, Carnegie Endowment for International Peace, 1951, p. 61-64.

<sup>69</sup> A la fin des années 1970, J. G. Merrills a exprimé des vues pessimistes concernant la pratique des Etats en application de cette clause facultative dans « The Optional Clause Today », *British Yearbook of International Law*, vol. 50 (1979), p. 90-91, 108, 113 et 116.

<sup>70</sup> Voir R. Y. Jennings, « The International Court of Justice after Fifty Years », *American Journal of International Law*, vol. 89 (1995), p. 504, qui, en tant qu'ancien président de la Cour, déplore le fait que cette position dépassée a isolé celle-ci de l'important *corpus* du droit international contemporain.

<sup>71</sup> G. Weissberg, « The Role of the International Court of Justice in the United Nations System: The First Quarter Century », *The Future of the International Court of Justice* (dir. publ., L. Gross), vol. I, Dobbs Ferry New York, Oceana Publs., 1976, p. 163; au sujet des désillusions que ce phénomène a entraînées, voir en outre *ibid.*, p. 186-190. Voir également *Report on the Connally Amendment — Views of Law School Deans, Law School Professors, International Law Professors* (rapport publié sous les auspices du comité pour une utilisation effective de la Cour internationale par la suppression du système des réserves discrétionnaires), New York, [1961], p. 1-154.

<sup>72</sup> Certains d'entre eux ont ainsi donné l'impression qu'ils n'acceptaient cette clause facultative que dans le but d'attirer d'autres Etats devant la Cour tout en s'efforçant de ne pas l'être eux-mêmes; J. Soubeyrol, « Validité dans le temps de la déclaration d'accep-

the mid-1950s, one began to speak openly of a *decline* of the optional clause<sup>73</sup>.

43. In their classic studies on the basis of the international jurisdiction, C. W. Jenks and C. H. M. Waldock warned, already in the decades of the fifties and the sixties, as to the grave problem presented by the insertion, by the States, of all kinds of limitations and restrictions in their instruments of acceptance of the optional clause of compulsory jurisdiction (of the ICJ)<sup>74</sup>. Although those limitations had never been foreseen in the formulation of the optional clause, States, in the face of such a legal vacuum, have felt, nevertheless, “free” to insert them. Such excesses have undermined, in a contradictory way, the basis itself of the system of international compulsory jurisdiction.

44. Those excesses occurred precisely because, in elaborating the Statute of the new ICJ, one failed to follow the evolution of the international community. One abandoned the very basis of the compulsory jurisdiction of the ICJ to an outdated voluntarist conception of international law, which had prevailed at the beginning of the last century, despite the warnings of lucid jurists of succeeding generations as to its harmful consequences to the conduction of international relations. Yet, a considerable part of the legal profession continued to stress the overall importance of individual State *consent*, regrettably putting it well above the imperatives of the realization of justice at international level.

#### IV. THE OLD IDEAL OF AUTOMATISM OF COMPULSORY JURISDICTION OF THE HAGUE COURT

45. As well pointed out in a classic study on the matter, the instruments of acceptance of the contentious jurisdiction of an international tribunal should be undertaken “on terms which ensure a reasonable meas-

---

tion d'acceptation de la juridiction obligatoire”, 5 *Annuaire français de droit international* (1959), pp. 232-257, esp. p. 233.

<sup>73</sup> C. H. M. Waldock, “Decline of the Optional Clause”, 32 *British Yearbook of International Law* (1955-1956), pp. 244-287. And, on the origins of this decline, cf. the dissenting opinion of Judge Guerrero in the *Norwegian Loans* case (Judgment of 6 July 1857), *I.C.J. Reports 1957*, pp. 69-70.

<sup>74</sup> Examples of such excesses have been the objections of domestic jurisdiction (*domestic jurisdiction/compétence nationale exclusive*) of States, the foreseeing of withdrawal at any moment of the acceptance of the optional clause, the foreseeing of subsequent modification of the terms of acceptance of the clause, and the foreseeing of insertion of new reservations in the future; cf. C. W. Jenks, *The Prospects of International Adjudication*, London, Stevens, 1964, p. 108, and cf. pp. 113, 118 and 760-761; C. H. M. Waldock, “Decline of the Optional Clause”, *op. cit. supra* note 73, p. 270; and for criticisms of those excesses, cf. A. A. Cançado Trindade, “The Domestic Jurisdiction of States in the Practice of the United Nations and Regional Organisations”, 25 *International and Comparative Law Quarterly* (1976), pp. 744-751.

guère surprenant que, dès le milieu des années 1950, on ait commencé à parler ouvertement d'un déclin de la clause facultative<sup>73</sup>.

43. Dans les études classiques qu'ils ont consacrées aux fondements de la juridiction internationale, C. W. Jenks et C. H. M. Waldock ont, dès les années 1950 et 1960, appelé l'attention sur le grave problème que constitue l'insertion, par les Etats, de réserves et de limites de toute nature dans leurs instruments d'acceptation de la juridiction obligatoire (de la Cour)<sup>74</sup>. Bien que le libellé de la clause facultative ne prévoie pas la possibilité de formuler pareilles limites, les Etats ont, face à ce vide juridique, jugé qu'ils étaient «libres» de le faire. Contraire au système de la juridiction obligatoire sur plan international, cette pratique abusive en a ébranlé le fondement même.

44. Si ces abus se sont produits, c'est précisément parce qu'il n'avait pas été tenu compte, dans l'élaboration du Statut de la Cour nouvellement créée, de l'évolution de la communauté internationale. Le fondement même de la juridiction obligatoire de la Cour a ainsi été perdu de vue au profit d'une conception volontariste dépassée du droit international qui avait prévalu au début du siècle dernier et ce, alors même que plusieurs générations de juristes avisés avaient mis en garde contre les conséquences dommageables de cette conception pour la conduite des relations internationales. Il est vrai que, dans le même temps, d'autres juristes, fort nombreux, continuaient de mettre l'accent sur l'importance que revêt, en règle générale, le *consentement* des Etats, plaçant celui-ci bien au-dessus des impératifs de réalisation de la justice au niveau international.

#### IV. LE VIEIL IDÉAL DE L'AUTOMATICITÉ DE LA JURIDICTION OBLIGATOIRE DE LA COUR DE LA HAYE

45. Ainsi que cela a été fort bien exposé dans une étude classique sur le sujet, les instruments d'acceptation de la compétence contentieuse d'une juridiction internationale devraient satisfaire «à des conditions garantis-

tation de la juridiction obligatoire», *Annuaire français de droit international*, vol. 5 (1959), p. 232-257 et, en particulier, p. 233.

<sup>73</sup> C. H. M. Waldock, «Decline of the Optional Clause», *British Yearbook of International Law*, vol. 32 (1955-1956), p. 244-287. En ce qui concerne les origines de ce déclin, voir également l'opinion dissidente du juge Guerrero dans l'affaire relative à *Certains emprunts norvégiens* (arrêt du 6 juillet 1957), *C.I.J. Recueil 1957*, p. 69-70.

<sup>74</sup> Parmi ces abus, on peut citer les exceptions fondées sur la compétence nationale exclusive des Etats et le fait de prévoir la possibilité de retirer à tout moment l'acceptation faite en vertu de la clause facultative, la possibilité de modifier ultérieurement les termes de cette acceptation ou encore la possibilité d'insérer de nouvelles réserves dans le futur; voir C. W. Jenks, *The Prospects of International Adjudication*, Londres, Stevens, 1964, p. 108, et p. 113, 118 et 760-761; C. H. M. Waldock, «Decline of the Optional Clause», *op. cit. supra* note 73, p. 270; pour une critique de ces abus, voir A. A. Cançado Trindade, «The Domestic Jurisdiction of States in the Practice of the United Nations and Regional Organisations», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 25 (1976), p. 744-751.

ure of stability in the acceptance of the jurisdiction of the Court”<sup>75</sup>, that is, in the terms expressly provided for in the corresponding treaties themselves, necessarily bearing in mind their nature and substance. As pointed out by C. W. Jenks almost half a century ago, the foundation of compulsory jurisdiction is, ultimately, the confidence in the rule of law at international level<sup>76</sup>. While full confidence is still lacking, not much progress is bound to be achieved in the present domain of international jurisdiction. In the last 90 years, the advances in this particular domain could have been much greater if State practice would not have undermined the purpose which inspired the creation of mechanisms of compulsory jurisdiction (optional clause and compromissory clauses) for the PCIJ and the ICJ, so as to achieve the submission to law of State strategic interests underlying international disputes, and so as to secure the development in the realization of justice at international level.

46. The time has come to overcome definitively the regrettable lack of automatism of the international jurisdiction, after decades of operation of the Hague Court. With the distortions of State practice on the matter, States face today a dilemma which should have been overcome a long time ago: either they return to the voluntarist conception of international law, abandoning for good the hope in the primacy of law over what they regard as their own strategic interests<sup>77</sup>, or else they retake and achieve with determination the ideal of construction of an international community with greater cohesion and institutionalization in the light of law and in search of justice.

47. The plea for compulsory jurisdiction has been duly expressed in expert writing over the last nine decades, since the adoption of the PCIJ Statute. Shortly after the completion in 1920 of the work of the League’s

<sup>75</sup> C. W. Jenks, *The Prospects of International Adjudication*, *op. cit. supra* note 74, pp. 760-761.

<sup>76</sup> *Ibid.*, pp. 101, 117, 757, 762 and 770.

<sup>77</sup> Cf. a warning of Ch. de Visscher, *Aspects récents du droit procédural de la Cour internationale de Justice*, Paris, Pedone, 1966, p. 204; and cf. also L. Delbez, *Les principes généraux du contentieux international*, Paris, LGDJ, 1962, pp. 68, 74 and 76-77. For subsequent criticisms by two former Presidents of the ICJ of the unsatisfactory and bad use made by the States of the mechanism of the optional clause (of the compulsory jurisdiction of the ICJ) of the Statute of the Court, cf. R. Y. Jennings, “The International Court of Justice . . .”, *op. cit. supra* note 70, p. 495; and E. Jiménez de Aréchaga, “International Law in the Past Third of a Century”, 159 *Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye* (1978), pp. 154-155, And cf. further criticisms by H. W. Briggs, “Reservations to the Acceptance of Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice”, 93 *Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye* (1958), p. 273. And cf., in general, J. Sicault, “Du caractère obligatoire des engagements unilatéraux en droit international public”, 83 *Revue générale de droit international public* (1979), pp. 633-688.

sant un degré de stabilité raisonnable dans la reconnaissance de [cette compétence]»<sup>75</sup>, c'est-à-dire aux conditions expressément énoncées par les traités correspondants eux-mêmes, en gardant nécessairement à l'esprit la nature et la teneur de ces instruments. Ainsi que C. W. Jenks l'a précisé il y a près de cinquante ans, la juridiction obligatoire repose, en dernière analyse, sur la confiance dans la primauté du droit à l'échelle internationale<sup>76</sup>. Tant que cette confiance ne sera pas totale, on ne saurait s'attendre à ce que de réels progrès soient réalisés en la matière. Au cours de ces quatre-vingt-dix dernières années, on aurait pu assister à des avancées bien plus importantes si la pratique des Etats n'avait pas mis à mal le but qui a présidé à la création des mécanismes d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour permanente puis de la Cour (clause facultative et clauses compromissaires) et, partant, progresser dans la voie de la soumission au droit des intérêts stratégiques des Etats qui sous-tendent les différends internationaux et de la réalisation de la justice sur le plan international.

46. Après tant d'années de fonctionnement de la Cour de La Haye, le moment est venu de dépasser définitivement la regrettable absence d'automatisme de la juridiction internationale. Compte tenu des errements de la pratique des Etats en la matière, ceux-ci se trouvent en effet aujourd'hui face à un dilemme qui aurait dû être résolu depuis longtemps : soit ils en reviennent à la conception volontariste du droit international, renonçant une fois pour toutes à l'espoir de la primauté du droit sur ce qu'ils considèrent comme leurs intérêts stratégiques<sup>77</sup>, soit ils poursuivent de nouveau avec détermination l'idéal d'édification d'une communauté internationale caractérisée par une cohésion et une institutionnalisation plus importantes, reposant sur le droit et guidée par la quête de la justice.

47. Au cours de ces quatre-vingt-dix dernières années, c'est-à-dire depuis l'adoption du Statut de la Cour permanente, certains auteurs n'ont pas manqué d'appeler à l'instauration de la juridiction obligatoire. Ainsi,

<sup>75</sup> C. W. Jenks, *The Prospects of International Adjudication*, *op. cit. supra* note 74, p. 760-761.

<sup>76</sup> *Ibid.*, p. 101, 117, 757, 762 et 770.

<sup>77</sup> Voir la mise en garde de Ch. De Visscher dans *Aspects récents du droit procédural de la Cour internationale de Justice*, Paris, Pedone, 1966, p. 204; voir également L. Delbez, *Les principes généraux du contentieux international*, Paris, LGDJ, 1962, p. 68, 74 et 76-77. Pour des critiques ultérieures de l'utilisation insatisfaisante et abusive par les Etats du mécanisme de la clause facultative (de juridiction obligatoire de la Cour) énoncée dans le Statut — critiques formulées par deux anciens présidents de la Cour —, voir R. Y. Jennings, «The International Court of Justice...», *op. cit. supra* note 70, p. 495; et E. Jiménez de Aréchaga, «International Law in the Past Third of Century», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 159 (1978), p. 154-155. D'autres critiques ont été exprimées par H. W. Briggs, «Reservations to the Acceptance of Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 93 (1958), p. 273. Voir également, d'une manière générale, J. Sicault, «Du caractère obligatoire des engagements unilatéraux en droit international public», *Revue générale de droit international public*, vol. 83 (1979), p. 633-688.



Advisory Committee of Jurists, B. C. J. Loder published an essay in which he commented that:

“There was a desire in the world that justice should be obtainable, and for that reason the organ [the PCIJ] was created. Its members are *judges*, not amiable *compositeurs*. The words ‘compulsory jurisdiction’ mean that the plaintiff can summon the defending party without previous agreement between the two, even *against* the latter’s will, and the Court is, therefore, competent and even bound to adjudicate, whether the offending party puts in an appearance or not.

The answer to *that* question is given in the very name ‘Court of Justice’. The peculiar characteristic of a Court of Justice, in contrast with one of arbitration, is that the competency of the judges is not derived from the voluntary agreement of the disputing parties, but from elsewhere. (. . .) [I]t is from the very nature of the Court itself that the compulsory jurisdiction is derived.”<sup>78</sup>

48. B. C. J. Loder, who was promptly to become — by mid-February 1922 — the first President of the PCIJ, expanded on the point he made in his account:

“Although on the one hand it was perceived that the opposition of the Council to the proposal of the Committee of Jurists should be respected, on the other hand it would not do to overlook the wishes of the great majority, for they saw in compulsory jurisdiction the only guarantee of enforcing justice. The condition for a satisfactory solution was to find a compromise between these two views.

The honour of having found this is due to the delegate from Brazil, Senhor Fernandes, one of the ten jurists, a man as sagacious as he is energetic. To cast this solution into a form acceptable to everybody was the task of the Sub-Commission of the III Committee.

Everything is now embodied in a new Article 36.”<sup>79</sup>

49. Shortly afterwards, in a monograph published in 1924, Nicolas Politis, in recalling the historical development from private justice to public justice, advocated the evolution, at international level, from optional justice to compulsory justice<sup>80</sup>. Two decades later, in another monograph, N. Politis again pondered that the “*règles du droit des gens peuvent, moyennant certaines conditions, faire l’objet d’un contrôle*

<sup>78</sup> B. C. J. Loder, “The Permanent Court of International Justice and Compulsory Jurisdiction”, 2 *British Yearbook of International Law* (1921-1922), pp. 11-12.

<sup>79</sup> *Ibid.*, p. 24.

<sup>80</sup> Cf. N. Politis, *La justice internationale*, Paris, Librairie Hachette, 1924, pp. 7-255, esp. pp. 193-194 and 249-250.

peu après l'achèvement, en 1920, des travaux du comité consultatif de juristes de la Société des Nations, B. C. J. Loder publiait un article dans lequel il indiquait ce qui suit :

«Le monde aspirait à la réalisation de la justice, et c'est pourquoi cet organe [la Cour permanente] a été créé. Ses membres sont des *juges*, et non de simples conciliateurs. L'expression «juridiction obligatoire» signifie que le requérant peut attirer le défendeur en justice sans qu'il y ait entre eux d'accord préalable, et ce, même *contre* la volonté de ce dernier; la Cour a donc compétence pour statuer — et elle est même tenue de le faire —, que la partie contrevenante compareisse ou non.

La réponse à *cette* question réside dans le nom «Cour de Justice» lui-même. En effet, ce qui caractérise une cour de justice, par opposition à un tribunal d'arbitrage, c'est que la compétence des juges ne découle pas de l'accord volontaire des parties au différend, mais d'une autre source ... [C]'est de la nature même de la Cour que découle la juridiction obligatoire.»<sup>78</sup>

48. B. C. J. Loder, qui allait bientôt — à la mi-février 1922 — devenir le premier président de la Cour permanente, poursuivait comme suit :

«Même si, d'un côté, il apparaissait que l'opposition du Conseil à la proposition formulée par le comité de juristes devait être prise en compte, il était, d'un autre côté, exclu de méconnaître les souhaits de la grande majorité des Etats, qui considéraient la juridiction obligatoire comme la seule garantie que la justice serait mise en œuvre. Aussi convenait-il, pour parvenir à une solution satisfaisante, de trouver un compromis entre ces deux positions.

C'est au délégué du Brésil, M. Fernandes — l'un des dix juristes —, homme aussi sage qu'énergique, que revient l'honneur d'être parvenu à trouver ce compromis; c'est à la sous-commission de la Troisième Commission qu'il incombait d'énoncer cette solution sous une forme acceptable aux yeux de tous.

Le nouvel article 36 en est l'aboutissement.»<sup>79</sup>

49. Peu de temps après, dans une monographie publiée en 1924, Nicolas Politis, rappelant la transformation historique de la justice privée en justice publique, plaida en faveur du passage, sur le plan international, de la justice facultative à la justice obligatoire<sup>80</sup>. Vingt ans plus tard, dans une nouvelle monographie, il soutint de nouveau que les «règles du droit des gens p[ouvaient], moyennant certaines conditions, faire l'objet d'un

<sup>78</sup> B. C. J. Loder, «The Permanent Court of International Justice and Compulsory Jurisdiction», *British Yearbook of International Law*, vol. 2 (1921-1922), p. 11-12.

<sup>79</sup> *Ibid.*, p. 24.

<sup>80</sup> Voir N. Politis, *La justice internationale*, Paris, Librairie Hachette, 1924, p. 7-255 et, plus particulièrement, p. 193-194 et 249-250.

juridictionnel”<sup>81</sup>. At the time of the adoption of the ICJ Statute in 1945 — like at that of the adoption of the Statute of its predecessor the PCIJ in 1920 — a key issue remained that of compulsory jurisdiction. To that end, both Courts, the PCIJ and the ICJ, had a wide horizon before themselves, and beheld the optional clause as well as compromissory clauses as basis for compulsory jurisdiction.

50. Shortly after the adoption of the ICJ Statute, E. Hambro suggested that compromissory clauses in multilateral and bilateral treaties were “probably” the “most common way” for acceptance of the compulsory jurisdiction of the ICJ<sup>82</sup>. A couple of years later, in the early 1950s, the point was made that one could envisage a “voluntary” acceptance of such compulsory jurisdiction in so far as the ICJ Statute itself had been “voluntarily accepted”; that was the moment of expression of consent, and the Court retained the power and duty to address *motu proprio* the issue of jurisdiction, and interpretation ought to await the jurisprudential construction of the Court<sup>83</sup>.

51. Throughout the 1950s, for half a decade (1954-1959), the issue of the compulsory jurisdiction of the ICJ was examined by the Institut de droit international. In its Aix-en-Provence (1954) and Granada (1956) sessions, the discussions (*rapporteur*, P. Guggenheim) centred on the elaboration of a model clause of compulsory jurisdiction of the ICJ<sup>84</sup>. At the end of that exercise, in 1956, the Institut adopted a recommendation to States and international organizations to adopt, in the elaboration of multilateral or bilateral treaties, a clause conferring jurisdiction (along the lines it indicated) upon the ICJ in any dispute relating to the interpretation or application of those treaties<sup>85</sup>.

52. In its Amsterdam (1957) and Neuchâtel (1959) sessions, the debates at the Institut (*rapporteur*, C. W. Jenks) focused attention on the larger topic of compulsory jurisdiction of international courts and tribunals (encompassing judicial and arbitral instances)<sup>86</sup>. At the end of that new

<sup>81</sup> N. Politis, *La morale internationale*, N.Y., Brentano's, 1944, p. 67. And he added: “A la différence des profits de l'injustice et de l'illégalité, qui, s'ils peuvent être rapides, ne sont pas assurés de durer, ceux de la justice et de la légalité, sans doute plus lents, sont certainement plus durables”; *ibid.*, pp. 161-162.

<sup>82</sup> E. Hambro, “Some Observations on the Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice”, 25 *British Yearbook of International Law* (1948), p. 153.

<sup>83</sup> R. C. Lawson, “The Problem of the Compulsory Jurisdiction of the World Court”, 46 *American Journal of International Law* (1952), pp. 234 and 238, and cf. pp. 219, 224 and 227.

<sup>84</sup> Cf. reports and following debates in: 45 *Annuaire de l'Institut de droit international* (1954)-I, pp. 310-406; and *ibid.*, Vol. 46 (1956), pp. 178-264.

<sup>85</sup> Cf. *ibid.*, Vol. 46 (1956), pp. 360-361.

<sup>86</sup> Cf. reports and following observations and debates in: *ibid.*, Vol. 47 (1957)-I, pp. 34-322; and *ibid.*, Vol. 48 (1959)-II, pp. 55-177.

contrôle juridictionnel»<sup>81</sup>. Au moment de l'adoption du Statut de la Cour, en 1945 — comme lors de l'adoption de celui de sa devancière, en 1920 —, la question de la juridiction obligatoire occupait une place centrale. A cette fin, un large éventail de possibilités se présentait à ces deux instances, qui choisirent de fonder la juridiction obligatoire sur la clause facultative et les clauses compromissaires.

50. Peu après l'adoption du Statut de la Cour, E. Hambro indiqua que, selon lui, les clauses compromissaires énoncées dans des traités multilatéraux et bilatéraux constituaient «probablement» le «moyen le plus courant» d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour<sup>82</sup>. Quelques années plus tard, au début des années 1950, fut avancée l'idée que cette juridiction obligatoire pouvait être considérée comme ayant été acceptée «volontairement», dès lors que le Statut de la Cour lui-même avait été «volontairement accepté»; c'est à ce moment-là que les Etats avaient exprimé leur consentement, la Cour conservant la faculté et le devoir d'examiner *motu proprio* la question de sa compétence. Encore ce point demandait-il à être éclairci par la construction jurisprudentielle de la Cour<sup>83</sup>.

51. Dans les années 1950, la question de la juridiction obligatoire de la Cour fut examinée par l'Institut de droit international pendant cinq ans (1954-1959). Au cours des sessions d'Aix-en-Provence (1954) et de Grenade (1956), les discussions (rapporteur, P. Guggenheim) furent essentiellement consacrées à l'élaboration d'une clause modèle de compétence obligatoire de la Cour<sup>84</sup>. A la fin de cet exercice, en 1956, l'Institut adopta une résolution recommandant aux Etats et aux organisations internationales d'insérer, lors de l'élaboration de conventions internationales, multilatérales ou bilatérales, une clause conférant compétence obligatoire (selon le modèle indiqué) à la Cour dans tout différend relatif à l'interprétation ou à l'application de ces conventions<sup>85</sup>.

52. Durant les sessions d'Amsterdam (1957) et de Neuchâtel (1959), les débats de l'Institut (rapporteur, C. W. Jenks) furent consacrés au sujet plus général de la compétence obligatoire des cours et tribunaux internationaux (ce qui englobait les instances judiciaires et arbitrales)<sup>86</sup>. A la fin

<sup>81</sup> N. Politis, *La morale internationale*, New York, Brentano's, 1944, p. 67. Et N. Politis d'ajouter: «A la différence des profits de l'injustice et de l'illégalité, qui, s'ils peuvent être rapides, ne sont pas assurés de durer, ceux de la justice et de la légalité, sans doute plus lents, sont certainement plus durables»; *ibid.*, p. 161-162.

<sup>82</sup> E. Hambro, «Some Observations on the Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice», *British Yearbook of International Law*, vol. 25 (1948), p. 153.

<sup>83</sup> R. C. Lawson, «The Problem of the Compulsory Jurisdiction of the World Court», *American Journal of International Law*, vol. 46 (1952), p. 234 et 238; voir également p. 219, 224 et 227.

<sup>84</sup> Voir les rapports et les débats auxquels ceux-ci ont donné lieu dans *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 45 (1954)-I, p. 310-406; et *ibid.*, vol. 46 (1956), p. 178-264.

<sup>85</sup> Voir *ibid.*, vol. 46 (1956), p. 360-361.

<sup>86</sup> Voir les rapports et les observations et débats auxquels ceux-ci ont donné lieu dans *ibid.*, vol. 47 (1957)-I, p. 34-322; et *ibid.*, vol. 48 (1959)-II, p. 55-177.

exercise, in 1959 the Institut adopted a resolution in support of the compulsory jurisdiction of international courts and tribunals. In its preamble, noting with concern that the evolution of compulsory jurisdiction was already lagging behind the needs of international justice, the resolution pondered that “submission to law” (“*respect du droit*”) through acceptance of compulsory jurisdiction was “an essential complement to the renunciation of recourse to force in international relations”<sup>87</sup>.

53. In order to overcome such an unsatisfactory situation, the resolution *inter alia* called for the development of the practice of insertion into general treaties or conventions of a clause, binding on all States parties, of submission of disputes relating to the interpretation or application of such treaties or conventions to international courts and tribunals, thus fostering greater acceptance of compulsory jurisdiction, in particular of the ICJ<sup>88</sup>. In its operative part, the 1959 resolution of the Institut provided that:

“With a view to ensuring the effective application and the uniform interpretation of general conventions, it is important to maintain and develop the practice of inserting in such conventions a clause, binding on all the parties, which makes it possible to submit disputes relating to the interpretation or application of the convention either to the International Court of Justice by unilateral application or to another international court or arbitral tribunal.”<sup>89</sup>

54. The Institut’s resolution was thinking of the future, in the light — above all — of the imperatives of international justice. This remained a concern, in the years to follow, of those devoted to the study of the matter at issue. Thus in an monograph published the following year (1960), for example, B. V. A. Röling observed that “[i]nternational courts and tribunals consummated the incorporation of the standard of civilization in international law by holding that non-compliance with it involved international responsibility”<sup>90</sup>.

55. Subsequently, by the end of the sixties, despite the alleged “decline” of the optional clause of the ICJ Statute (cf. *supra*), one decade after the adoption by the Institut de droit international (in 1959) of the aforementioned resolution, C. W. Jenks wrote that:

“The problem of compulsory jurisdiction (. . .) remains one of the central problems of world organization. (. . .) A larger measure

<sup>87</sup> “[U]n complément essentiel à la renonciation au recours à la force dans les relations internationales”; cited in: 48 *Annuaire de l’Institut de droit international* (1959)-II, p. 358.

<sup>88</sup> Cf. *ibid.*, pp. 358-359.

<sup>89</sup> Paragraph 4 of the aforementioned resolution; cited in: *ibid.*, pp. 360-361 [*translation by the Registry*].

<sup>90</sup> B. V. A. Röling, *International Law in an Expanded World*, Amsterdam, Djambatan N.V., 1960, p. 39.

de ce nouvel exercice, en 1959, l'Institut adopta une résolution soutenant la compétence obligatoire des cours et tribunaux internationaux. Dans le préambule de ce texte, constatant avec inquiétude que le développement de cette compétence était déjà gravement en retard sur les besoins de la justice internationale, il précisait que le « respect du droit », par l'acceptation de la compétence obligatoire, était « un complément essentiel à la renonciation au recours à la force dans les relations internationales »<sup>87</sup>.

53. Afin de remédier à cette situation insatisfaisante, la résolution préconisait notamment de développer la pratique consistant à insérer dans les conventions générales une clause, obligatoire pour toutes les parties, qui permette de soumettre les différends relatifs à l'interprétation ou à l'application de ces conventions à des cours et tribunaux internationaux, favorisant ainsi une acceptation plus large de la juridiction obligatoire et notamment de celle de la Cour<sup>88</sup>. Ainsi, dans son dispositif, la résolution de 1959 prévoyait ce qui suit :

« Afin d'assurer l'application effective et l'unité d'interprétation des conventions générales, il importe de maintenir et de développer la pratique consistant à insérer dans ces conventions une clause, obligatoire pour toutes les parties, qui permette de saisir la Cour internationale de Justice par voie de requête unilatérale ou de soumettre à une autre instance judiciaire ou arbitrale les différends relatifs à l'interprétation ou à l'application de la convention ... »<sup>89</sup>

54. Cette résolution de l'Institut de droit international était tournée vers l'avenir, au regard — avant tout — des impératifs de la justice internationale. Dans les années qui suivirent, l'objectif ainsi énoncé demeura au centre des préoccupations des auteurs qui se consacraient à ces questions. Ainsi, dans une monographie publiée l'année suivante (1960), B. V. A. Röling indiqua que « [l]es juridictions internationales parachevaient l'incorporation du critère de civilisation dans le droit international en considérant que l'inobservation de ce critère mettait en cause la responsabilité internationale des Etats »<sup>90</sup>.

55. Par la suite, à la fin des années 1960 — soit dix ans après l'adoption (en 1959) par l'Institut de droit international de la résolution susmentionnée —, et en dépit du prétendu « déclin » de la clause facultative contenue dans le Statut de la Cour (voir ci-dessus), C. W. Jenks fit observer ce qui suit :

« La question de la juridiction obligatoire ... reste l'un des problèmes essentiels de l'organisation du monde ... Une juridiction obli-

<sup>87</sup> *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 48 (1959)-II, p. 358.

<sup>88</sup> Voir *ibid.*, p. 358-359.

<sup>89</sup> Paragraphe 4 de la résolution susmentionnée; cit. dans *ibid.*, p. 360-361.

<sup>90</sup> B. V. A. Röling, *International Law in an Expanded World*, Amsterdam, Djambatan N.V., 1960, p. 39.

of compulsory jurisdiction remains a fundamental element in the progress of the rule of law among nations. (. . .) The progress of compulsory jurisdiction presupposes a parallel progress of the substantive law in adjusting itself to the changing needs of a changing society.”<sup>91</sup>

56. Contemporary international law counts on multilateral conventions — as aptly pointed out by Kéba Mbaye in the late eighties — that safeguard the “vital interests” not of States, but of humankind; this being so, and given their importance,

“it is perfectly justified that the States which are members of a given community, and to which the provisions of the said convention are applicable, be allowed to take action in order to conduct a sort of objective monitoring aimed at safeguarding the interests in question”<sup>92</sup>.

The “*intérêt pour agir*” would then develop in the rhythm of evolution of the organized international society itself, which has general interests of its own, generating duties on the part of States *vis-à-vis* itself<sup>93</sup>. This would amount to going beyond individual State consent, when fundamental human rights — of concern to the international community as a whole — are at stake.

57. Compromissory clauses (existing for many years, in both the PCIJ and ICJ eras)<sup>94</sup>, inserted into numerous treaties, by conferring jurisdiction on international tribunals such as the Hague Court to settle disputes concerning their interpretation and application, have contributed (when ever properly interpreted and applied) to a broader acceptance of compulsory jurisdiction. From the start, compromissory clauses were in fact regarded as a means towards attaining compulsory jurisdiction.

58. As they were inserted, e.g., already in the inter-war period in the first half of the twentieth century, in the minorities and the mandates treaties for their interpretation and application, the PCIJ soon had the occasion to pronounce upon them (cf. *infra*), having pursued a teleological approach. The ICJ, likewise, has not interpreted compromissory clauses strictly, so as to achieve the peaceful settlement of the disputes at issue<sup>95</sup>. The fact is that, although consent could be expressed in distinct

<sup>91</sup> C. W. Jenks, *The World beyond the Charter*, London, G. Allen and Unwin, 1969, p. 166.

<sup>92</sup> Kéba Mbaye, “L’*intérêt pour agir* devant la Cour internationale de Justice”, 209 *Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye* (1988), p. 271 [translation by the Registry].

<sup>93</sup> *Ibid.*, pp. 340-341.

<sup>94</sup> Cf., on such compromissory clauses, e.g., H. M. Cory, *Compulsory Arbitration of International Disputes*, N.Y., Columbia University Press, 1932 [reprint 1972], Chap. VI, pp. 160-191.

<sup>95</sup> L. B. Sohn, “Settlement of Disputes relating to the Interpretation and Application of Treaties”, 150 *Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye* (1976), pp. 234, 245-249 and 256. Of more than 4,800 treaties registered with the League

gatoire plus étendue demeure l'un des facteurs essentiels du progrès de la primauté du droit sur le plan international ... Le développement de la juridiction obligatoire suppose un développement parallèle des règles de droit, qui doivent s'adapter aux nouvelles attentes d'une société en mutation.»<sup>91</sup>

56. Ainsi que Kéba Mbaye le précisa à juste titre à la fin des années 1980, le droit international contemporain repose sur des conventions multilatérales qui permettent de préserver les «intérêts vitaux» non des Etats, mais de l'humanité; dès lors, et compte tenu de l'importance de ces intérêts,

«il est parfaitement justifié qu'il soit permis aux Etats membres d'une collectivité déterminée, et auxquels les prescriptions de ladite convention sont applicables, d'agir dans le but d'une sorte de contrôle objectif ayant pour finalité de sauvegarder les intérêts en question»<sup>92</sup>.

L'«intérêt pour agir» évoluerait alors au rythme des mutations de la société internationale elle-même, laquelle, en tant qu'ensemble organisé, a des intérêts généraux propres qui créent pour les Etats des devoirs envers elle<sup>93</sup>. Cela conduirait — lorsque sont en jeu des droits de l'homme fondamentaux, qui intéressent la communauté internationale dans son ensemble — à dépasser le consentement individuel des Etats.

57. Les clauses compromissoires (qui existent depuis fort longtemps, puisqu'elles remontent à l'ère de la Cour permanente)<sup>94</sup>, insérées dans de nombreux traités, ont, en conférant compétence à des juridictions internationales telles que la Cour de La Haye pour régler les différends relatifs à l'interprétation et à l'application de ces instruments, contribué (lorsqu'elles ont été convenablement interprétées et appliquées) à une acceptation plus large de la juridiction obligatoire. Dès le départ, ces clauses furent considérées comme un moyen d'atteindre cet objectif.

58. Etant donné qu'elles furent notamment insérées, dès la période de l'entre-deux-guerres, dans les traités relatifs aux minorités et aux mandats — aux fins de l'interprétation et de l'application de ces instruments —, la Cour permanente, qui avait opté pour une approche téléologique, ne tarda pas à être amenée à se prononcer sur ces clauses (voir ci-dessous). La présente Cour n'en fit pas non plus une interprétation stricte pour parvenir à un règlement pacifique des différends qui lui étaient soumis<sup>95</sup>.

<sup>91</sup> C. W. Jenks, *The World beyond the Charter*, Londres, G. Allen and Unwin, 1969, p. 166.

<sup>92</sup> Kéba Mbaye, «L'intérêt pour agir devant la Cour internationale de Justice», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 209 (1988), p. 271.

<sup>93</sup> *Ibid.*, p. 340-341.

<sup>94</sup> Au sujet de ces clauses compromissoires, voir notamment H. M. Cory, *Compulsory Arbitration of International Disputes*, New York, Columbia University Press, 1932 (rééd. 1972), chap. VI, p. 160-191.

<sup>95</sup> L. B. Sohn, «Settlement of Disputes Relating to the Interpretation and Application of Treaties», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 150 (1976), p. 245-249 et 256. Parmi les plus de 4800 instruments enregistrés auprès de



ways (*ante hoc*, *ad hoc*, or *post hoc*), States came to accept treaties containing compromissory clauses, with the underlying hope to count on compulsory jurisdiction<sup>96</sup>, thus enhancing the rule of law also at international level.

59. Despite the initial high expectations, State practice was to disclose incongruities as well, and hesitations at times to accept unqualified compulsory jurisdiction in inter-State disputes, though there seems to be an increasing awareness of the need to have recourse to judicial settlement of disputes<sup>97</sup>. A more systematic inclusion in treaties and invocation of such jurisdictional clauses would contribute much further to widen the scope of compulsory jurisdiction, on a world-wide basis<sup>98</sup>, providing that such clauses are appropriately interpreted and applied. Such expansion is bound to occur to the extent that States realize that it is ultimately in their own interest, and in the common or general interest, to have their disputes normally settled by judicial means. This latter is the most perfected way of peaceful settlement, for all that it affords: preexisting rules, rigour and juridical security.

60. Compulsory jurisdiction is, ultimately, an expression of the rule of law at international level, conducive to a more cohesive international legal order inspired and guided by the imperative of the realization of justice. Despite all the attention that the matter at issue attracted from jurists of succeeding generations, and all the advances achieved, it seems, however, that there is still a long way to go to attain the ideal of automatism of compulsory jurisdiction in the inter-State *contentieux*, at least when fundamental human rights are at stake. This old ideal should not be despised or minimized by the static partisans of State sovereignty: there is nothing more invincible than an ideal that has not been attained, it passes from one generation to another, it is always present in the minds of lucid jurists, even if forming a minority, waiting for the conjunction of stars for it to be attained. Compulsory jurisdiction is, in fact, no longer an academic dream, it has already become a reality in a few legal regimes.

---

of Nations (period 1920-1946) and 12,500 treaties registered with the United Nations in its first three decades (period 1946-1976), some 4,000 included compromissory clauses, so as to avoid the need to resort to and reach a special *compromis* after a dispute had arisen; *ibid.*, pp. 259 and 268.

<sup>96</sup> R. Szafarz, *The Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice*, Dordrecht, Nijhoff, 1993, pp. 4, 31-32, 83 and 86, and cf. pp. 25 and 94.

<sup>97</sup> Cf. R. P. Anand, "Enhancing the Acceptability of Compulsory Procedures of International Dispute Settlement", 5 *Max Planck Yearbook of United Nations Law* (2001), pp. 5-7, 11, 15 and 19.

<sup>98</sup> C. W. Jenks, *The Prospects . . .*, *op. cit. supra* note 74, p. 761, and cf. pp. 109 and 111.

De fait, bien que le consentement pût être exprimé de diverses manières (*ante hoc*, *ad hoc* ou *post hoc*), les Etats en vinrent à conclure des traités contenant des clauses compromissaires dans l'espoir de pouvoir s'en remettre à la juridiction obligatoire<sup>96</sup>, faisant ainsi progresser la primauté du droit également sur le plan international.

59. En dépit de ces importantes attentes initiales, la pratique des Etats allait toutefois aussi révéler certaines incongruités et, parfois, certaines hésitations à accepter une juridiction obligatoire inconditionnelle à l'égard des différends interétatiques, et ce, alors même que les Etats paraissaient de plus en plus conscients de la nécessité de recourir au règlement pacifique de ces différends<sup>97</sup>. L'inclusion plus systématique de pareilles clauses juridictionnelles dans les traités et leur invocation contribueraient pourtant très largement à étendre le champ de la juridiction obligatoire à travers le monde<sup>98</sup>, à condition que lesdites clauses soient convenablement interprétées et appliquées. Une telle évolution se produira nécessairement si les Etats s'aperçoivent qu'il est, en définitive, dans leur propre intérêt — aussi bien que dans l'intérêt commun ou général — que le règlement de leurs différends soit, généralement, assuré par des moyens judiciaires. Il s'agit en effet — compte tenu de tous les avantages qu'elle présente: règles préexistantes, rigueur et sécurité judiciaire — de la forme la plus aboutie de règlement pacifique.

60. En dernière analyse, la juridiction obligatoire est l'expression de la primauté du droit au niveau international; elle favorise l'émergence d'un ordre juridique international plus cohérent, inspiré et guidé par l'impératif de réalisation de la justice. En dépit de toute l'attention que cette question a retenue de la part de plusieurs générations de juristes, et malgré les progrès, il semble toutefois que beaucoup reste à faire pour atteindre l'idéal de l'automaticité de la juridiction obligatoire dans le contentieux interétatique, au moins lorsque sont en cause des droits de l'homme fondamentaux. Les tenants d'une souveraineté étatique immuable seraient cependant mal avisés de dédaigner ou de minimiser ce vieil idéal; rien n'est plus fort qu'un idéal qui n'a pas été réalisé, se transmet de génération en génération et reste toujours présent à l'esprit des juristes lucides — même s'ils sont minoritaires —, jusqu'à ce que tous les éléments soient réunis pour qu'il puisse l'être. La juridiction obligatoire n'est d'ailleurs plus un rêve théorique; elle est déjà devenue réalité dans certains régimes juridiques.

---

la Société des Nations (entre 1920 et 1946) et les 12 500 traités enregistrés auprès de l'Organisation des Nations Unies au cours de ses trente premières années d'existence (entre 1946 et 1976), quelque 4000 contenaient des clauses compromissaires de sorte à ne pas devoir parvenir à un accord spécial (compromis) après qu'un différend s'est fait jour; *ibid.*, p. 259 et 268.

<sup>96</sup> R. Szafarz, *The Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice*, Dordrecht, Nijhoff, 1993, p. 4, 31-32, 83 et 86; voir également p. 25 et 94.

<sup>97</sup> Voir R. P. Anand, «Enhancing the Acceptability of Compulsory Procedures of International Dispute Settlement», *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 5 (2001), p. 5-7, 11, 15 et 19.

<sup>98</sup> C. W. Jenks, *The Prospects...*, *op. cit. supra* note 74, p. 761; voir également p. 109 et 111.

61. International jurisdiction is becoming, in our days, an imperative of the contemporary international legal order itself, and compulsory jurisdiction responds to a need of the international community in our days; although this latter has not yet been fully achieved, some advances have been made in the last decades<sup>99</sup>. The Court of Justice of the European Communities provides one example of supranational compulsory jurisdiction, though limited to community law or the law of integration. The European Convention on Human Rights, after the entry into force of Protocol No. 11 on 1 November 1998, affords another conspicuous example of automatic compulsory jurisdiction. The International Criminal Court is the most recent example in this regard; although other means were contemplated throughout the *travaux préparatoires* of the 1998 Rome Statute (such as cumbersome “opting in” and “opting out” procedures), in the end, compulsory jurisdiction prevailed, with no need for further expression of consent on the part of States parties to the Rome Statute. This was a significant decision, enhancing international jurisdiction.

62. The system of the 1982 UN Convention on the Law of the Sea, in its own way, moves beyond the traditional regime of the optional clause of the ICJ Statute. It allows States parties to the Convention the option between the International Tribunal for the Law of the Sea, or the ICJ, or else arbitration (Art. 287); despite the exclusion of certain matters, the Convention succeeds in establishing a compulsory procedure containing coercitive elements; the specified choice of procedures at least secures law-abiding settlement of disputes under the UN Law of the Sea Convention<sup>100</sup>. In addition to the advances already achieved to this effect, reference could also be made to recent endeavours in the same sense<sup>101</sup>.

<sup>99</sup> H. Steiger, “Plaidoyer pour une juridiction internationale obligatoire”, in *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century — Essays in Honour of K. Skubiszewski* (ed. J. Makarczyk), The Hague, Kluwer, 1996, pp. 818, 821-822 and 832. And cf. R. St. John MacDonald, “The New Canadian Declaration of Acceptance of the Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice”, 8 *Canadian Yearbook of International Law* (1970), pp. 21, 33 and 37. In support of the need for “a system of general compulsory and binding dispute settlement procedures”, cf. further M. M. T. A. Brus, *Third Party Dispute Settlement in an Interdependent World*, Dordrecht, Nijhoff, 1995, p. 182.

<sup>100</sup> L. Cafisch, “Cent ans de règlement pacifique des différends interétatiques”, 288 *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye* (2001), pp. 365-366 and 448-449; J. Allain, “The Future of International Dispute Resolution — The Continued Evolution of International Adjudication”, in *Looking Ahead: International Law in the 21st Century* (Proceedings of the 29th Annual Conference of the Canadian Council of International Law, Ottawa, October 2000), The Hague, Kluwer, 2002, pp. 61-62.

<sup>101</sup> One such example is found in the proposals for a draft protocol to the American Convention on Human Rights, which I prepared as *rapporteur* of the IACtHR, which *inter*

61. La juridiction internationale s'impose aujourd'hui comme un impératif de l'ordre juridique international lui-même; quant à son caractère obligatoire, il répond à un besoin de la communauté internationale. Quoique cette juridiction obligatoire n'ait pas encore été complètement réalisée, certaines avancées ont été accomplies au cours de ces dernières décennies<sup>99</sup>. A cet égard, la Cour de justice des Communautés européennes constitue un exemple de juridiction obligatoire supranationale, bien que limitée au droit communautaire et au droit de l'intégration. Depuis l'entrée en vigueur, le 1<sup>er</sup> novembre 1998, du protocole n° 11, la convention européenne des droits de l'homme représente un autre exemple notable de juridiction obligatoire automatique. La Cour pénale internationale en est l'exemple le plus récent; même si d'autres moyens ont été envisagés tout au long des travaux préparatoires du statut de Rome de 1998 (tels que le système malcommode des formules d'«acceptation expresse» et d'«exclusion expresse»), la juridiction obligatoire a fini par l'emporter, sans qu'il soit nécessaire que les Etats parties au traité de Rome expriment de nouveau leur consentement. Il s'agit d'une décision importante, qui a fait progresser la juridiction internationale.

62. Le système mis en place par la convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982 va, à sa manière, au-delà du régime classique de la clause facultative contenue dans le Statut de la Cour. Il permet aux Etats parties à la convention de choisir entre le recours au Tribunal international du droit de la mer, à la Cour ou à l'arbitrage (art. 287). Bien que certaines questions soient exclues de ce système, la convention a permis de mettre en place une procédure obligatoire assortie d'éléments coercitifs; le choix proposé entre ces différents recours assure au moins un règlement des différends dans le respect des règles énoncées par la convention des Nations Unies sur le droit de la mer<sup>100</sup>. Outre les progrès ainsi réalisés, on pourrait aussi signaler d'autres initiatives allant dans le même sens<sup>101</sup>.

<sup>99</sup> H. Steiger, «Plaidoyer pour une juridiction internationale obligatoire», dans *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century — Essays in Honour of K. Skubiszewski* (dir. publ., J. Makarczyk), La Haye, Kluwer, 1996, p. 818, 821-822 et 832. Voir également R. St. John MacDonald, «The New Canadian Declaration of Acceptance of the Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice», *Canadian Yearbook of International Law*, vol. 8 (1970), p. 21, 33 et 37. A l'appui de la nécessité d'«un système de procédures générales obligatoires et contraignantes de règlement des différends», voir également M. M. T. A. Brus, *Third Party Dispute Settlement in an Interdependent World*, Dordrecht, Nijhoff, 1995, p. 182.

<sup>100</sup> L. Caflisch, «Cent ans de règlement pacifique des différends interétatiques», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 288 (2001), p. 365-366 et 448-449; J. Allain, «The Future of International Dispute Resolution — The Continued Evolution of International Adjudication», dans *Looking Ahead: International Law in the 21st Century* (Actes de la 29<sup>e</sup> conférence annuelle du Conseil canadien de droit international, Ottawa, octobre 2000), La Haye, Kluwer, 2002, p. 61-62.

<sup>101</sup> A titre d'exemple, on mentionnera les propositions en vue de l'élaboration d'un projet de protocole à la convention américaine des droits de l'homme, que j'ai formulées en

63. These illustrations suffice to disclose that compulsory jurisdiction is already a reality, at least in some circumscribed domains of international law, as indicated above. International compulsory jurisdiction is, by all means, a juridical possibility. If it has not yet been attained on a world-wide level, in the inter-State *contentieux*, this cannot be attributed to an absence of juridical viability, but rather to misperceptions of its role, or simply to a lack of conscience as to the need to widen its scope. Compulsory jurisdiction is a manifestation of the recognition that international law, more than voluntary, is indeed *necessary*.

#### V. THE RELATIONSHIP OF THE OPTIONAL CLAUSE/COMPROMISSORY CLAUSES WITH THE NATURE AND SUBSTANCE OF THE CORRESPONDING TREATIES

64. Neither the optional clause, nor compromissory clauses, can be properly considered outside the framework of compulsory jurisdiction. This latter is what is aimed at. Hence the attention that I devote to the matter in this dissenting opinion, in the present case concerning the *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*. Moreover, compromissory clauses are to be further considered, in their ordinary meaning, also *in their relationship with the nature and substance of the corresponding treaties* wherein they are enshrined. The acknowledgement of the special nature of human rights treaties has much contributed to this hermeneutic exercise. Advances, to the benefit of human beings, have here been achieved due to the impact of the international law of human rights upon public international law.

65. Despite the undeniable advances experienced or attained by the ideal of compulsory jurisdiction in the domain of the international law of human rights, the picture appears somewhat distinct in the sphere of purely inter-State relations: it is hard to escape the assessment that, herein, compulsory jurisdiction has made a rather modest progress in recent decades. Contemporary international law itself has slowly, but gradually evolved, at least putting limits to the manifestations of a State

---

*alia* advocates an amendment to Article 62 of the American Convention so as to render the jurisdiction of the IACtHR in contentious matters automatically compulsory upon ratification of the Convention. Cf. A. A. Cançado Trindade, *Informe: Bases para un Proyecto de Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para Fortalecer Su Mecanismo de Protección*, Vol. II, 2nd ed., San José, Costa Rica, Inter-American Court of Human Rights, 2003, pp. 1-64.

63. Ces exemples suffisent à montrer que la juridiction obligatoire est d'ores et déjà une réalité — du moins dans certains domaines particuliers du droit international, qui ont été rappelés ci-dessus. Du point de vue juridique, la juridiction internationale obligatoire constitue donc, de toute évidence, une possibilité. Si elle n'a pas encore été instaurée à l'échelle mondiale dans le domaine du contentieux interétatique, ce n'est donc nullement dû au fait qu'elle ne serait pas juridiquement viable, mais à des erreurs d'interprétation quant à son rôle ou, tout simplement, à une prise de conscience insuffisante de la nécessité d'étendre son champ d'application. La juridiction obligatoire traduit la reconnaissance du caractère *nécessaire*, et non simplement volontaire, du droit international.

#### V. LE RAPPORT ENTRE LA CLAUSE FACULTATIVE/LES CLAUSES COMPROMISSOIRES ET LA NATURE ET LA TENEUR DES TRAITÉS CORRESPONDANTS

64. Ni la clause facultative ni les clauses compromissaires ne peuvent être dûment examinées en dehors du cadre de la juridiction obligatoire. Celle-ci constitue en effet l'objectif à atteindre. C'est pourquoi j'y consacre une aussi grande attention dans la présente opinion dissidente en l'affaire relative à l'*Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*. De plus, les clauses compromissaires doivent être également examinées, selon leur sens ordinaire, *en fonction de leur rapport avec la nature et la teneur des traités correspondants* dans lesquels elles sont énoncées. La reconnaissance de la nature particulière des traités relatifs aux droits de l'homme a grandement contribué à cet exercice d'interprétation. A cet égard, certaines avancées ont, pour le plus grand bénéfice des êtres humains, été réalisées grâce à l'influence qu'exerce le droit international des droits de l'homme sur le droit international public.

65. En dépit des avancées incontestables qu'a connues — ou permis de réaliser — l'idéal de la juridiction obligatoire dans le domaine du droit international des droits de l'homme, il n'en va pas tout à fait de même dans le champ des relations purement interétatiques, où force est en effet de constater que la juridiction obligatoire n'a guère progressé au cours de ces dernières décennies. Le droit international contemporain lui-même a suivi une évolution lente mais progressive, ce qui a au moins permis

---

qualité de rapporteur de la Cour interaméricaine des droits de l'homme et dans lesquelles il est notamment préconisé de modifier l'article 62 dudit instrument afin de rendre la compétence contentieuse de la Cour interaméricaine des droits de l'homme automatiquement obligatoire dès ratification de la convention. Voir A. A. Cançado Trindade, *Informe: Bases para un Proyecto de Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para Fortalecer su Mecanismo de Protección*, vol. II, 2<sup>e</sup> éd., San José, Costa Rica, Cour interaméricaine des droits de l'homme, 2003, p. 1-64.

voluntarism, which revealed itself as belonging to another era<sup>102</sup>. The point cannot pass unnoticed here, as the present case concerning the *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*, opposing Georgia to the Russian Federation before this Court, concerns the compromissory clause enshrined in a human rights treaty.

66. The methodology of interpretation of human rights treaties<sup>103</sup>, which will be addressed in the following paragraphs, bears in mind, and is guided by, the rules of treaty interpretation enunciated in Articles 31-33 of the two Vienna Conventions on the Law of Treaties (of 1969 and 1986). The general rule of treaty interpretation (Article 31 (1)) comprises the elements of good faith, the text, the context, and the object and purpose of the treaty at issue. Whenever the interpretation — pursuant to Article 31 — leads to a manifestly unreasonable result, leaving the meaning ambiguous or obscure, Article 32 provides that resort can be made to supplementary means of interpretation, such as recourse to the *travaux préparatoires*<sup>104</sup>.

67. In addressing the interpretation of human rights treaties, in my separate opinion in the Judgment (of 31 January 2006) of the Inter-American Court of Human Rights (IACtHR) in the case of the *Massacre of Pueblo Bello*, concerning Colombia, I deemed it fit to ponder that:

“The organs of international supervision of human rights, without departing from the canons of the general rule of interpretation of treaties (Article 31 (1) of the two Vienna Conventions on the Law of Treaties, 1969 and 1986), have developed a teleological interpretation, with emphasis on the fulfilment of the object and purpose of human rights treaties, as the most appropriate to secure an effective protection of those rights. Ultimately, underlying the aforementioned general rule of interpretation set forth in the two Vienna Conventions

<sup>102</sup> When this outlook still prevailed to some extent, in a classic book published in 1934, Georges Scelle, questioning it, pointed out that the self-attribution of discretionary competence to the rulers, and the exercise of functions according to the criteria of the power-holders themselves, were characteristics of a not much evolved, imperfect, and still almost anarchical international society; G. Scelle, *Précis de droit des gens — Principes et systématique*, Part II, Paris, Rec. Sirey, 1934 (reed. 1984), pp. 547-548. And cf., earlier on, to the same effect, L. Duguit, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, Vol. I, Paris, A. Fontemoing Ed., 1901, pp. 122-131 and 614.

<sup>103</sup> As can be inferred from the vast international case law in this respect, analysed in detail in: A. A. Cançado Trindade, *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI*, 2nd rev. ed., Santiago/Mexico/Buenos Aires/Barcelona, Editorial Jurídica de Chile, 2006, pp. 17-60.

<sup>104</sup> Article 33 adds directives as to the interpretation of treaties concluded in two or more languages.

de fixer des limites aux manifestations du volontarisme des Etats, lequel s'est révélé appartenir à une période révolue<sup>102</sup>. Cela doit être relevé ici, puisque la présente affaire relative à l'*Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, qui oppose la Géorgie à la Fédération de Russie, a trait à la clause compromissaire contenue dans un traité relatif aux droits de l'homme.

66. La méthode d'interprétation des traités relatifs aux droits de l'homme<sup>103</sup>, qui sera examinée dans les paragraphes ci-après, a pour fil conducteur les règles en matière d'interprétation des traités énoncées aux articles 31 à 33 des deux conventions de Vienne sur le droit des traités (de 1969 et de 1986). La règle générale (le paragraphe 1 de l'article 31) comprend la bonne foi, le libellé, le contexte ainsi que l'objet et le but du traité en cause. Lorsque l'interprétation faite en vertu de l'article 31 aboutit à un résultat manifestement déraisonnable, laissant le sens ambigu ou obscur, l'article 32 prévoit qu'il peut être fait appel à des moyens complémentaires d'interprétation, et notamment le recours aux travaux préparatoires<sup>104</sup>.

67. Dans le cadre de l'examen de la question de l'interprétation des traités relatifs aux droits de l'homme auquel je me suis livré dans mon opinion individuelle jointe à l'arrêt (du 31 janvier 2006) de la Cour interaméricaine des droits de l'homme en l'affaire du *Massacre de Pueblo Bello*, qui concernait la Colombie, j'ai jugé utile de préciser ce qui suit :

« Les organes de surveillance en matière de droits de l'homme ont, sans s'écarter des grands principes régissant l'interprétation des traités (paragraphe 1 de l'article 31 des deux conventions de Vienne sur le droit des traités de 1969 et de 1986), élaboré une interprétation téléologique mettant l'accent sur la réalisation de l'objet et du but des traités relatifs aux droits de l'homme comme moyen le plus approprié de garantir la protection effective de ces droits. C'est qu'en effet, en dernière analyse, le principe, largement étayé par la jurispru-

<sup>102</sup> Dans un ouvrage de référence publié en 1934 dans lequel il critiquait cette doctrine — à l'époque encore relativement dominante —, Georges Scelle estimait que le fait que les détenteurs du pouvoir s'attribuaient à eux-mêmes une compétence discrétionnaire et qu'ils exerçaient leurs fonctions selon des critères établis par eux-mêmes était caractéristique d'une société internationale peu évoluée, imparfaite et encore quasiment anarchique; G. Scelle, *Précis de droit des gens — Principes et systématique*, partie II, Paris, Rec. Sirey, 1934 (rééd. 1984), p. 547-548; voir également, dans le même sens, l'ouvrage plus ancien de L. Duguit, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, vol. I (dir. publ., A. Fontemoing), Paris, 1901, p. 122-131 et 614.

<sup>103</sup> Telle que découlant de l'abondante jurisprudence internationale en la matière, qui fait l'objet d'une analyse approfondie dans: A. A. Cançado Trindade, *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI*, 2<sup>e</sup> éd. rév., Santiago/Mexico/Buenos Aires/Barcelona, Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 17-60.

<sup>104</sup> L'article 33 y ajoute les règles concernant l'interprétation des traités conclus en deux ou plusieurs langues.



(Article 31 (1)) is the principle, which counts on wide jurisprudential support, whereby one ought to secure to the conventional provisions their appropriate effects (the so-called *effet utile*). This principle — *ut res magis valeat quam pereat* —, whereby the interpretation is to secure appropriate effects to a treaty, has, in the domain of human rights, assumed particular importance in the determination of the wide scope of the conventional obligations of protection<sup>105</sup>.

Such interpretation is, in effect, that which most faithfully reflects the special nature of human rights treaties, the objective character of the obligations which they stipulate, and the autonomous meaning of the concepts enshrined therein (distinct from the corresponding concepts in the framework of the national legal systems). As human rights treaties incorporate concepts with an autonomous meaning, ensuing from jurisprudential evolution, and as the object and purpose of human rights treaties are distinct from the classic treaties (as they pertain to the relations between the State and the persons under its jurisdiction), the classic postulates of interpretation of treaties in general adjust themselves to this new reality.”<sup>106</sup> (Paras. 50-51.)

68. Accordingly, the interpretation of human rights treaties — *victim-oriented* as such treaties are — tends, quite understandably and correctly in my perception, to place greater weight on the realization of their object and purpose, so as to secure protection to human beings (cf. *infra*), the ostensibly weaker party. Significantly, and in the same line of reasoning, the methodology of interpretation of human rights treaties encompasses, in my understanding, all the provisions of those treaties, taken as a whole, comprising not only the *substantive ones* (on the protected rights) but *also the procedural ones*, those that *regulate the mechanisms of international protection*, including — in historical perspective — the compromissory clauses conferring jurisdiction upon international human rights tribunals.

<sup>105</sup> A. A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, Vol. II, Porto Alegre/Brazil, S.A. Fabris Ed., 1999, pp. 32-33 and 192.

<sup>106</sup> *Ibid.*, pp. 32-34; and cf. also R. Bernhardt, “Thoughts on the Interpretation of Human Rights Treaties”, in *Protecting Human Rights: The European Dimension — Studies in Honour of G. J. Wiarda* (eds. F. Matscher and H. Petzold), Cologne, C. Heymanns, 1988, pp. 66-67 and 70-71; Erik Suy, “Droit des traités et droits de l’homme”, in *Völkerrecht als Rechtsordnung Internationale Gerichtsbarkeit Menschenrechte — Festschrift für H. Mosler* (eds. R. Bernhardt et alii), Berlin, Springer-Verlag, 1983, pp. 935-947; J. Velu and R. Ergec, *La Convention européenne des droits de l’homme*, Brussels, Bruylant, 1990, p. 51.

dence, selon lequel il convient de s'assurer que les dispositions conventionnelles produisent les effets appropriés (ce qu'on appelle l'effet utile) est sous-jacent à la règle générale d'interprétation susmentionnée, telle qu'énoncée dans les deux conventions de Vienne (au paragraphe 1 de l'article 31). Ce principe — *ut res magis valeat quam pereat* — selon lequel un traité doit être interprété de telle sorte qu'il produise les effets appropriés s'est vu conférer, dans le domaine des droits de l'homme, une importance particulière aux fins de déterminer la portée étendue des obligations conventionnelles visant à la protection de ces droits<sup>105</sup>.

De fait, cette interprétation est celle qui reflète le plus fidèlement la nature spéciale des traités relatifs aux droits de l'homme, la dimension objective des obligations qu'ils énoncent et le caractère autonome des notions qui y sont consacrées (à la différence des notions correspondantes dans le cadre des systèmes juridiques nationaux). Dès lors que les traités relatifs aux droits de l'homme contiennent des notions qui ont un caractère autonome, lequel découle de l'évolution jurisprudentielle, et que l'objet et le but de ces traités sont différents de ceux des traités classiques (puisque ils ont trait aux rapports entre l'Etat et les personnes qui relèvent de sa juridiction), les principes généraux classiques en matière d'interprétation des traités s'adaptent à cette réalité nouvelle.»<sup>106</sup> (Par. 50-51.)

68. En conséquence, dans le cadre de l'interprétation des traités relatifs aux droits de l'homme — qui privilégient *l'intérêt des victimes* —, il est en général accordé, selon moi à juste titre, une importance toute particulière à la réalisation de l'objet et du but de ces instruments, afin d'assurer la protection des êtres humains (voir ci-dessous), c'est-à-dire, de toute évidence, la partie la plus faible. Chose importante, et dans le même ordre d'idées, la méthode d'interprétation des traités relatifs aux droits de l'homme englobe, à mon sens, toutes les dispositions contenues dans ces instruments, considérés comme un ensemble, et s'étend non seulement aux *dispositions de fond* (relatives aux droits protégés) mais *aussi aux dispositions d'ordre procédural*, à savoir celles qui *régissent les mécanismes de protection internationale*, y compris — dans une perspective historique — les clauses compromissaires conférant compétence aux juridictions internationales relatives aux droits de l'homme.

<sup>105</sup> A. A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. II, Porto Alegre/Brésil, S.A. Fabris Ed., 1999, p. 32-33 et 192.

<sup>106</sup> *Ibid.*, p. 32-34; voir également R. Bernhardt, «Thoughts on the Interpretation of Human Rights Treaties», dans *Protecting Human Rights: The European Dimension — Studies in Honour of G. J. Wiarda* (dir. publ., F. Matscher et H. Petzold), Cologne, C. Heymanns, 1988, p. 66-67 et 70-71; Erik Suy, «Droit des traités et droits de l'homme», *Völkerrecht als Rechtsordnung Internationale Gerichtsbarkeit Menschenrechte — Festschrift für H. Mosler* (dir. publ., R. Bernhardt et al.), Berlin, Springer-Verlag, 1983, p. 935-947; J. Velu et R. Ergéc, *La convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1990, p. 51.

69. Thus, to refer to notorious examples, the original optional clauses of acceptance of the contentious jurisdiction of both the European Court of Human Rights (prior to Protocol No. 11 of the European Convention)<sup>107</sup> and the Inter-American Court of Human Rights in contentious matters found inspiration initially in the model of the old optional clause of compulsory jurisdiction of the Statute of the Hague Court (PCIJ and ICJ, Article 36 (2)). Despite the common origin, in search of the realization of the ideal of international justice, the *rationale* of the application of the optional clause has been interpreted in distinct ways, on the one hand in inter-State litigation, and on the other hand in that of human rights, at intra-State level.

70. In the former, considerations of contractual equilibrium between the parties, of reciprocity, of procedural balance in the light of the juridical equality of the sovereign States have prevailed to date; in the latter, there has been a primacy of considerations of *ordre public*, of the collective guarantee exercised by all the States parties, of the accomplishment of a common goal, superior to the individual interests of each Contracting Party<sup>108</sup>. One can hardly make abstraction of the nature and substance of a treaty when considering the optional clause, or else the compromissory clause, enshrined therein.

71. The present case before this Court concerns the *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*, one of the pioneering general human rights treaties of the United Nations era, which preceded in time even the two UN Covenants on Human Rights of 1966. Adopted on 21 December 1965 and opened for signature on 7 March 1966, the CERD Convention promptly entered into force on 4 January 1969. The *punctum pruriens iudicii*, at this stage of the present case, is the proper understanding of the compromissory clause (Article 22) of the CERD Convention. I thus deem it fit to recall that, in my separate opinion in the recent *Ahmadou Sadio Diallo* case (*Guinea v.*

<sup>107</sup> Protocol No. 11 to the European Convention on Human Rights entered into force on 1 November 1998. On the original optional clause (Art. 46) of the European Convention, cf. Council of Europe/Conseil de l'Europe, *Collected Edition of the 'Travaux préparatoires' of the European Convention on Human Rights/Recueil des travaux préparatoires de la Convention européenne des droits de l'homme*, Vol. IV, The Hague, Nijhoff, 1977, pp. 200-201 and 266-267; and Vol. V, The Hague, Nijhoff, 1979, pp. 58-59.

<sup>108</sup> The two aforementioned international human rights tribunals have found themselves under the duty to preserve the integrity of the regional conventional systems of protection of human rights as a whole. In their common understanding, it would be inadmissible to subordinate the operation of the respective conventional mechanisms of protection to restrictions not expressly authorized by the European and American Conventions, imposed by the States parties in their instruments of acceptance of the optional clauses of compulsory jurisdiction of the two Courts (Article 62 of the American Convention, and Article 46 of the European Convention before Protocol No. 11). This would not only immediately affect the efficacy of the operation of the conventional mechanism of protection at issue, but, furthermore, it would fatally impede its possibilities of future development.

69. Ainsi, pour mentionner des exemples bien connus, les clauses facultatives initiales d'acceptation de la juridiction contentieuse de la Cour européenne des droits de l'homme (avant l'adoption du protocole n° 11 à cette convention)<sup>107</sup> et de la Cour interaméricaine des droits de l'homme étaient inspirées de l'ancienne clause facultative de juridiction obligatoire contenue dans le Statut de la Cour de La Haye (paragraphe 2 de l'article 36 du Statut de la Cour permanente et de la présente Cour). En dépit de cette origine commune, la logique qui sous-tend l'application de la clause facultative a, aux fins de réaliser l'idéal de justice internationale, fait l'objet d'une interprétation différente en ce qui concerne le contentieux interétatique et en ce qui concerne le contentieux des droits de l'homme au niveau intra-étatique.

70. Dans le premier cas, certaines considérations relatives à l'équilibre contractuel entre les parties, à la réciprocité et à l'équilibre procédural découlant de l'égalité juridique des Etats souverains ont, jusqu'à présent, prévalu; dans le second, ce sont des considérations ayant trait à l'ordre public, à la garantie collective exercée par l'ensemble des Etats parties et à la réalisation d'un objectif commun, supérieur aux intérêts particuliers des parties contractantes<sup>108</sup>, qui l'ont emporté. Aussi est-il difficile de faire abstraction de la nature et de la teneur d'un traité lorsqu'on examine la clause facultative ou les clauses compromissaires qui y sont insérées.

71. La présente espèce porte sur l'*Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, l'un des instruments généraux relatifs aux droits de l'homme qui a ouvert la voie à l'action des Nations Unies en la matière, puisqu'il est même antérieur aux deux pactes de 1966. Adoptée le 21 décembre 1965 et ouverte à la signature le 7 mars 1966, la CIEDR est entrée en vigueur dès le 4 janvier 1969. A ce stade de la présente espèce, le *punctum pruriens iudicii* est de bien comprendre la clause compromissoire (énoncée à l'article 22) de cette convention. A cet égard, je rappellerai que, dans l'exposé de mon opinion individuelle joint à l'arrêt récemment rendu en l'affaire *Ahmadou*

<sup>107</sup> Le protocole n° 11 à la convention européenne des droits de l'homme est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> novembre 1998. Au sujet de la clause facultative initiale (art. 46) de cette convention, voir Conseil de l'Europe, *Recueil des travaux préparatoires de la convention européenne des droits de l'homme*, vol. IV, La Haye, Nijhoff, 1977, p. 266-267; et vol. V, La Haye, Nijhoff, 1979, p. 58-59.

<sup>108</sup> Les deux juridictions internationales relatives aux droits de l'homme susmentionnées ont jugé qu'il leur incombait de préserver l'intégrité de leurs systèmes conventionnels régionaux respectifs de protection des droits de l'homme dans leur ensemble. Selon elles, il serait inadmissible d'assortir l'application des mécanismes conventionnels de protection en question de restrictions qui ne seraient pas expressément autorisées par les conventions européenne et américaine ou formulées par les Etats parties dans leurs instruments d'acceptation de la juridiction obligatoire des deux cours (article 62 de la convention américaine et article 46 de la convention européenne avant l'adoption du protocole n° 11). Non seulement cela nuirait directement à l'efficacité de ces mécanismes conventionnels de protection, mais cela entraverait inmanquablement les progrès futurs dans l'application de ces mécanismes.

*Democratic Republic of the Congo* (*Merits, Judgment, I.C.J. Reports 2010 (II)*, p. 729), I had the occasion to dwell upon the hermeneutics of human rights treaties (paras. 82-92), given that the parties had invoked two other treaties of the kind, namely, the 1996 UN Covenant on Civil and Political Rights and the 1981 African Charter on Human and Peoples' Rights.

72. My reflections developed therein are likewise pertinent for the consideration of the point at issue in the present case. In my separate opinion in the *Ahmadou Sadio Diallo* case, I pondered in that respect that human rights treaties:

“go beyond the realm of purely inter-State relations. When one comes to the interpretation of treaties, one is inclined to resort, at first, to the general provisions enshrined in Articles 31-33 of the two Vienna Conventions on the Law of Treaties (of 1969 and 1986, respectively), and in particular to the combination under Article 31 of the elements of the ordinary meaning of the terms, the context, and the object and purpose of the treaties at issue.

One then promptly finds that, in practice, while in traditional international law there has been a marked tendency to pursue a rather restrictive interpretation which gives as much precision as possible to the obligations of States parties, in the international law of human rights, somewhat distinctly, there has been a clear and special emphasis on the element of the object and purpose of the treaty, so as to ensure an effective protection (*effet utile*) of the guaranteed rights, without detracting from the general rule of Article 31 of the two Vienna Conventions on the Law of Treaties. In effect, whilst in general international law the elements for the interpretation of treaties evolved primarily as guidelines for the process of interpretation by States parties themselves, human rights treaties, in their turn, have called for an interpretation of their provisions bearing in mind the essentially *objective* character of the obligations entered into by States parties: such obligations aim at the protection of human rights and not at the establishment of subjective and reciprocal rights for the States parties.

.....

The interpretation and application of human rights treaties have indeed been guided by considerations of a superior general interest or *ordre public* which transcend the individual interests of contracting parties. (. . .) [T]hose treaties are distinct from treaties of the classic type which incorporate restrictively reciprocal concessions and compromises; human rights treaties, in turn, prescribe obligations of an essentially objective character, implemented collectively, and are endowed with mechanisms of supervision of their own.

.....

*Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo) (fond, arrêt, C.I.J. Recueil 2010 (II), p. 729)*, j'ai eu l'occasion d'examiner en détail la question de l'interprétation des traités relatifs aux droits de l'homme (par. 82-92), étant donné que les parties à cette affaire avaient invoqué deux autres instruments de cette nature, à savoir le pacte des Nations Unies relatif aux droits civils et politiques de 1966 et la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples de 1981.

72. Les réflexions que j'ai exposées dans cette opinion sont également pertinentes aux fins de l'examen de cette question en la présente espèce. En l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo*, j'ai ainsi indiqué que, selon moi, le respect des traités relatifs aux droits de l'homme

«déborde le domaine des relations purement interétatiques. En matière d'interprétation des traités, on est enclin à recourir en premier lieu aux dispositions générales des articles 31 à 33 des deux conventions de Vienne sur le droit des traités (1969 et 1986 respectivement) et en particulier aux éléments de l'article 31 concernant le sens ordinaire des termes, le contexte et l'objet et le but des traités visés.

Ce faisant, l'on ne tarde pas à constater que dans la pratique, alors que le droit international traditionnel tend de façon marquée vers une interprétation assez restrictive qui vise à préciser le plus possible les obligations des Etats parties, le droit international des droits de l'homme, en revanche, met nettement l'accent sur l'objet et le but du traité pour garantir une protection effective (*effet utile*) des droits garantis, sans pour autant s'écarter de la règle générale énoncée à l'article 31 des deux conventions de Vienne sur le droit des traités. En réalité, bien qu'en droit international général les éléments d'interprétation des traités aient été principalement élaborés en vue de servir d'orientations pour l'interprétation des traités par les Etats parties, les dispositions des traités relatifs aux droits de l'homme exigent une interprétation essentiellement *objective* des obligations souscrites par les Etats parties: ces obligations ont pour but de protéger les droits de l'homme et non d'établir les droits subjectifs et réciproques des Etats parties.

.....

L'interprétation et l'application des traités relatifs aux droits de l'homme ont été effectivement guidées par des considérations liées à l'intérêt général supérieur au à l'ordre public, qui transcendent les intérêts individuels des Etats contractants... [C]es traités se distinguent des traités du type classique qui intègrent des concessions et des compromis restrictifs réciproques; les traités des droits de l'homme prescrivent au contraire des obligations d'un caractère essentiellement objectif, mises en œuvre collectivement, et sont dotés de mécanismes de suivi propres.

.....

The converging case law [of the ECHR and the IACtHR] to this effect has generated the common understanding (. . .) that human rights treaties, moreover, are endowed with a special nature (as distinguished from multilateral treaties of the traditional type); that human rights treaties have a normative character and that their terms are to be autonomously interpreted; that in their application one ought to ensure an effective protection (*effet utile*) of the guaranteed rights; and that permissible restrictions (limitations and derogations) to the exercise of guaranteed rights are to be restrictively interpreted.

Furthermore, [it has] propounded the *autonomous* interpretation of provisions of human rights treaties, by reference to the respective domestic legal systems. (. . .) Moreover, the dynamic or *evolutive* interpretation of the respective human rights Conventions (the temporal dimension) has been followed by both the European and the Inter-American Courts, so as to fulfill the evolving needs of protection of the human being.

There is (. . .) a converging case law of the Inter-American and European Courts of Human Rights — and indeed of other human rights international supervisory organs — on the fundamental issue of the proper interpretation of human rights treaties, naturally ensuing from the overriding identity of the object and purpose of those treaties.

General international law itself bears witness of the principle (subsumed under the general rule of interpretation of Article 31 of the two Vienna Conventions on the Law of Treaties) whereby the interpretation is to enable a treaty to have appropriate effects. In the present domain of protection, international law has been made use of in order to improve and strengthen — and never to weaken or undermine — the safeguard of recognized human rights (in pursuance of the principle *pro persona humana, pro victima*). The specificity of the international law of human rights finds expression not only in the interpretation of human rights treaties in general but also in the interpretation of specific provisions of those treaties.

Both the European and the Inter-American Courts of Human Rights have rightly set limits to State voluntarism, have safeguarded the integrity of the respective human rights conventions and the primacy of considerations of *ordre public* over the ‘will’ of individual States, have set higher standards of State behaviour and established some degree of control over the interposition of undue restrictions by States, and have reassuringly enhanced the position of individuals as subjects of the international law of human rights, with full procedural capacity. In so far as the basis of their jurisdiction in contentious matters is concerned, eloquent illustrations can be found of their firm

La jurisprudence convergente [de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour interaméricaine des droits de l'homme] dans ce domaine a fait naître ... l'idée commune que les traités relatifs aux droits de l'homme sont empreints d'un caractère spécial (par comparaison avec les traités multilatéraux du type traditionnel); ces traités sont de caractère normatif et leurs termes doivent être interprétés de façon autonome; leur application doit viser à ce que soient effectivement protégés (*effet utile*) les droits garantis; et les restrictions permises (limitations et dérogations) de l'exercice des droits garantis doivent être interprétées de façon restrictive.

.....

De plus, [elle a] fait avancer l'interprétation autonome des dispositions des traités relatifs aux droits de l'homme par rapport aux systèmes juridiques internes des Etats... En outre, les Cours européenne et interaméricaine ont adopté une interprétation dynamique ou évolutive de leurs conventions relatives aux droits de l'homme (la dimension temporelle) pour faire face aux besoins changeants en matière de protection de la personne humaine.

.....

Il existe ... une jurisprudence convergente des Cours interaméricaine et européenne des droits de l'homme — et d'ailleurs d'autres organes internationaux de surveillance des droits de l'homme — sur la question fondamentale de la bonne interprétation des traités relatifs aux droits de l'homme, qui découle naturellement de l'identité déterminante de l'objet et du but de ces traités.

Le droit international général lui-même témoigne du principe (subsumé dans la règle générale d'interprétation de l'article 31 des deux conventions de Vienne sur le droit des traités) selon lequel l'interprétation vise à donner à un traité les effets appropriés. Dans le domaine de protection qui nous occupe, le droit international a été utilisé pour améliorer et renforcer — et jamais pour affaiblir ou miner — les garanties des droits de l'homme reconnues (selon le principe *pro persona humana, pro victima*). La spécificité du droit international des droits de l'homme trouve son expression non seulement dans l'interprétation des traités relatifs aux droits de l'homme en général, mais également dans l'interprétation de dispositions spécifiques de ces traités.

Tant la Cour européenne que la Cour interaméricaine des droits de l'homme ont, à juste titre, établi des limites au volontarisme des Etats, préservé l'intégrité des conventions relatives aux droits de l'homme relevant de leurs domaines respectifs et la primauté des considérations d'ordre public sur la «volonté» des Etats, fixé des normes supérieures de comportement des Etats, freiné dans une certaine mesure l'imposition de restrictions indues par les Etats et renforcé de façon rassurante la situation de l'individu en tant que sujet du droit international des droits de l'homme, doté de la pleine capacité procédurale. En ce qui concerne la base de leur juridiction en



stand in support of the integrity of the mechanisms of protection of the two respective regional Conventions.” (*I.C.J. Reports 2010 (II)*, pp. 755-759, paras. 82-86 and 88-90.)

73. The relationship between the *nature* of human rights treaties such as the CERD Convention and the interpretation and application of corresponding compromissory clauses (such as that of Article 22 of the CERD Convention) were object of attention in the course of the proceedings in the present case concerning the *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*, opposing Georgia to Russia before this Court. Thus, at the end of the public sitting held on 17 September 2010, I deemed it fit to put to the two contending Parties the following question:

“A votre avis, la nature des traités relatifs aux droits de l’homme tels que la Convention CERD (régissant des relations au niveau *intra-étatique*) a-t-elle des conséquences ou une incidence sur l’interprétation et l’application des clauses compromissaires qu’ils contiennent?”

Pour préserver l’équilibre linguistique de la Cour, je pose ma question aux deux Parties aussi en anglais, l’autre langue officielle de la Cour.

In your understanding, does the nature of human rights treaties such as the CERD Convention (regulating relations at *intra-State* level) have a bearing or incidence on the interpretation and application of a compromissory clause contained therein?”<sup>109</sup>

74. The contending Parties, in a commendable spirit of procedural cooperation, promptly provided the Court with their respective answers to my question. The claimant State, Georgia, presented the following written response to my question:

“Georgia recognizes that — like many international human rights instruments — the CERD Convention regulates relations between the State and the citizen at the *intra-State* level, i.e., the relations between a State and its own citizens, as with apartheid. (It also regulates actions taken by a State with respect to those located in other States.) In this respect, the international human rights movement from the Universal Declaration on Human Rights onwards reflected a genuinely new development in international law, and one that has since taken root. The purpose of multilateral treaties of this kind, of which the CERD was the first, was to build upon earlier declarations and make human rights scrutiny and enforcement effective at the international level, including by means of dispute settlement.

As the Court has recognized, this new development was capable of

<sup>109</sup> CR 2010/11, of 17 September 2010, pp. 35-36.

matière contentieuse, on peut trouver des illustrations éloquentes de leurs prises de position fermes en faveur de l'intégrité des mécanismes de protection des deux conventions régionales.» (*C.I.J. Recueil 2010 (II)*, p. 755-759, par. 82-86 et 88-90.)

73. Le rapport entre la *nature* des traités relatifs aux droits de l'homme tels que la CIEDR et l'interprétation et l'application des clauses compromissaires correspondantes (telles que celle qui est énoncée à l'article 22 de la CIEDR) a été examiné en cours d'instance en la présente affaire relative à l'*Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, opposant la Géorgie à la Russie. Ainsi, à la fin de l'audience publique tenue le 17 septembre 2010, j'ai jugé utile de poser aux deux Parties la question suivante :

«A votre avis, la nature des traités relatifs aux droits de l'homme tels que la CIEDR (régissant des relations au niveau intra-étatique) a-t-elle des conséquences ou une incidence sur l'interprétation et l'application des clauses compromissaires qu'ils contiennent ?

Pour préserver l'équilibre linguistique de la Cour, je pose ma question aux deux Parties aussi en anglais, l'autre langue officielle de la Cour :

In your understanding, does the nature of human rights treaties such as the CERD Convention (regulating relations at *intra-State* level) have a bearing or incidence on the interpretation and application of a compromissory clause contained therein?»<sup>109</sup>

74. Dans un louable esprit de coopération procédurale, les Parties ont rapidement répondu à ma question. Ainsi, le demandeur — la Géorgie — a présenté à la Cour la réponse écrite suivante :

«La Géorgie reconnaît que, comme de nombreux autres instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, la CIEDR régit les relations entre l'Etat et le citoyen au niveau intra-étatique, c'est-à-dire les relations entre l'Etat et ses propres nationaux, comme dans le cas de l'apartheid. (Elle régit aussi les mesures prises par un Etat vis-à-vis de ceux de ses nationaux qui se trouvent dans d'autres Etats.) A cet égard, depuis la Déclaration universelle des droits de l'homme, le mouvement international en faveur des droits de l'homme traduit une évolution réellement nouvelle en droit international, une évolution qui a depuis lors pris racine. Le but des traités multilatéraux de ce type était, sur la base des déclarations antérieures, de rendre l'examen de la situation des droits de l'homme et la mise en œuvre des prescriptions en la matière plus efficaces au niveau international, y compris au moyen de mécanismes de règlement des différends.

Comme la Cour l'a reconnu, cette évolution nouvelle pouvait affecter

<sup>109</sup> CR 2010/11, du 17 septembre 2010, p. 35-36.

affecting the interpretation of a compromissory clause. In its 1996 judgment on preliminary objections in the *Bosnia Genocide* case the Court referred no less than three times to the special nature of the Genocide Convention as a universal human rights instrument in order to found its jurisdiction *ratione personae*, *ratione materiae*, *ratione temporis* under Article IX of that Convention. More recently, in relation to other cases, it has been noted that the Court has ‘looked beyond the strictly inter-State dimension’, indicating — correctly in Georgia’s view — an expansive approach to jurisdictional matters in order to safeguard the underlying values of the treaty at issue. Thus, because human rights treaties regulate the relations between the State and its own citizens, a compromissory clause should not be limited to matters covered by traditional international law, e.g., in the field of diplomatic protection. It would likewise be incorrect to treat the interpretation and application of a human rights treaty as a matter confined exclusively to the advisory function of the supervisory body in question — as the Court in *South West Africa, Second Phase*, made clear in relation to the Mandate and the role of the Permanent Mandates Commission. Relatedly, human rights-type protections may survive change of sovereignty or change of supervisory regime which merely bilateral interstate provisions may not survive.

Georgia’s approach to the interpretation of Article 22 is further reinforced by the Court’s established jurisprudence on *erga omnes* rights and obligations, in the *Barcelona Traction* case. It is noteworthy that the Court gave as an example of *erga omnes* norms the basic rights of the human person, including explicitly the protection against racial discrimination, along with the prohibition of slavery and genocide. The legal consequences of breaches of *erga omnes* norms has since been further clarified by the Court and incorporated by the International Law Commission in its Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, particularly in Articles 48 and 54, acknowledging the standing of all members of the international community to invoke the responsibility of the State for breach of *erga omnes* norms.

The character of human rights treaties — in particular their non-synallagmatic character — provides a reason for the broad interpretation of compromissory clauses, and not for their narrow or restrictive interpretation. In the present case this provides a further reason for rejecting the Russian Federation’s view that Article 22 is subordinated to Article 11.”<sup>110</sup>

---

<sup>110</sup> GR 2010/19, of 24 September 2010, pp. 3-4.

ter l'interprétation d'une clause compromissaire. Dans son arrêt de 1996 sur les exceptions préliminaires en l'affaire du *Génocide en Bosnie*, la Cour a mentionné pas moins de trois fois le caractère particulier de la convention sur le génocide en tant qu'instrument universel relatif aux droits de l'homme pour fonder sa compétence *ratione personae*, *ratione materiae* et *ratione temporis* au regard de l'article IX de la Convention. Plus récemment, en relation avec d'autres affaires, on a relevé que la Cour avait «regardé au-delà de la dimension strictement interétatique», pour indiquer — à juste titre selon la Géorgie — une conception large des questions juridictionnelles afin de préserver les valeurs sur lesquelles repose le traité en cause. Ainsi, parce que les traités relatifs aux droits de l'homme régissent les relations entre l'Etat et ses propres nationaux, une clause compromissaire ne doit pas être limitée aux questions envisagées par le droit international traditionnel, par exemple dans le domaine de la protection diplomatique. Il serait de même incorrect de traiter l'interprétation et l'application d'un traité relatif aux droits de l'homme comme une question exclusivement limitée à la fonction consultative de l'organe de supervision en question — ainsi que la Cour l'a indiqué s'agissant du mandat et du rôle de la commission permanente des mandats dans l'affaire du *Sud-Ouest africain, deuxième phase*. De manière similaire, des protections du type droits de l'homme peuvent survivre à un changement de souveraineté ou un changement de régime de supervision qui peut être fatal à des relations interétatiques uniquement bilatérales.

L'approche géorgienne de l'interprétation de l'article 22 est encore renforcée par la jurisprudence établie de la Cour en ce qui concerne les droits et obligations *erga omnes* dans l'affaire de la *Barcelona Traction*. Il est remarquable que la Cour ait cité comme exemple de normes *erga omnes* les droits fondamentaux de la personne humaine, y compris, expressément, la protection contre la discrimination raciale, de même que contre la pratique de l'esclavage et le génocide. Les conséquences juridiques des manquements à des obligations *erga omnes* ont depuis lors été encore explicitées par la Cour, et incorporées par la Commission du droit international dans ses articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite, en particulier les articles 48 et 54, reconnaissant que tous les membres de la communauté internationale ont un intérêt à invoquer la responsabilité de l'Etat pour manquement à des normes *erga omnes*.

En raison de la nature des traités relatifs aux droits de l'homme, en particulier leur caractère non synallagmatique, il convient d'interpréter les clauses compromissaires largement, et non de manière étroite ou restrictive. Dans la présente affaire, c'est là une raison supplémentaire de rejeter l'opinion de la Fédération de Russie selon laquelle l'article 22 est subordonné à l'article 11.»<sup>110</sup>

<sup>110</sup> Document GR 2010/19, du 24 septembre 2010, p. 3-4.

75. For its part, the respondent State, the Russian Federation, presented the following written response to my question:

“As a multi-ethnic State, the Russian Federation acknowledges and values the specific character of the CERD Convention as a treaty imposing upon member States obligations primarily to be performed at the intra-State level.

This specific character is, in many respects, reflected in the CERD’s unique implementation and enforcement mechanism to which Article 22 specifically makes reference. This mechanism provides for reporting obligations on the part of the States parties, which allows the Committee to supervise the domestic practices of the contracting parties.

It equally establishes, through the Articles 11 to 13 procedure, a form of collective guarantee of respect for the Convention by the States parties, to be ensured by an inter-State complaint and conciliation procedure under the auspices of the Committee. No special acceptance of this procedure is needed; the ratification by a State of the Convention makes this procedure automatically applicable, and the procedure is mandatory so far as concerns any respondent State. Thus the contracting parties, alongside the Committee, become guarantors of the enforcement of the Convention.

Most notably, the Individual Complaint Procedure of Article 14 of CERD (which the Russian Federation has accepted since 1 October 1991) underlines the intra-State character of the CERD Convention in that it enables individuals themselves to take action vis-à-vis contracting parties when the individual believes that there has been a violation of rights protected by CERD.

The specific importance of individual intra-State rights guaranteed by CERD is also reflected in the practice of the CERD Committee, i.e., in its development of an urgent procedure to provide for the protection of individual rights guaranteed by CERD when these are most endangered.

The Convention also contains implementation procedures of a more traditional character (when compared with general international law) in the form of inter-State dispute settlement before the International Court of Justice under Article 22 CERD, which necessarily falls to be interpreted and applied in the context of CERD’s other implementation procedures. Hence, and as also follows from the express language used in the provision, the rights under Article 22 only come into play once a matter arising under CERD has crystallized into an inter-State dispute and when, moreover, the disputant parties have not been able to settle the dispute by inter-State negotiations and by the procedures provided for in Articles 11-13 CERD.

Further, as follows from the combination of the subject-matter, as well as the intra- and inter-State features of CERD, the obligations

75. Le défendeur — la Fédération de Russie — a, quant à lui, présenté la réponse écrite suivante :

« En tant qu'Etat multiethnique, la Fédération de Russie a conscience du caractère spécifique de la CIEDR au sens où il s'agit d'un traité qui impose aux Etats membres des obligations qui doivent avant tout être appliquées au niveau intra-étatique, et elle y attache une grande importance.

Cette spécificité trouve, à bien des égards, son expression dans le mécanisme de mise en œuvre et d'exécution tout à fait particulier auquel l'article 22 fait expressément référence. Dans le cadre de ce mécanisme, les Etats parties sont tenus de présenter des rapports, ce qui permet au Comité de superviser les pratiques internes des parties contractantes.

Ce mécanisme instaure également, par la procédure interétatique de plainte et de conciliation sous les auspices du Comité prévue aux articles 11 à 13, une forme de garantie collective du respect de la Convention par les Etats parties. Cette procédure ne doit faire l'objet d'aucune acceptation spéciale; la ratification de la Convention par un Etat la rend automatiquement applicable, et elle s'impose à tout Etat défendeur. Les parties contractantes deviennent ainsi, aux côtés du Comité, garants de l'exécution de la Convention.

Quant à la procédure de plainte individuelle énoncée à l'article 14 de la CIEDR (que la Fédération de Russie a acceptée le 1<sup>er</sup> octobre 1991), on notera qu'elle souligne le caractère intra-étatique de la Convention en ce qu'elle permet à des personnes d'agir elles-mêmes contre des parties contractantes lorsqu'elles considèrent qu'il y a eu violation de certains droits protégés par la Convention.

L'importance particulière que revêtent les droits individuels intra-étatiques garantis par la CIEDR se reflète également dans la pratique du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, qui a mis en place une procédure d'urgence visant à assurer la protection de ces droits lorsqu'ils sont particulièrement menacés.

La Convention contient par ailleurs un mécanisme de mise en œuvre plus classique (au regard du droit international général) sous la forme d'un règlement des différends interétatiques devant la Cour internationale de Justice en vertu de l'article 22, qu'il faut nécessairement interpréter et appliquer en tenant compte des autres procédures de mise en œuvre qu'elle établit. Par conséquent, et ainsi que cela ressort également des termes exprès employés dans cette disposition, les droits visés à l'article 22 n'entrent en jeu que lorsqu'une question qui s'est fait jour en vertu de la CIEDR s'est cristallisée en un différend interétatique et lorsque, de surcroît, les parties à ce différend n'ont pas été en mesure de le régler par des négociations interétatiques et par les procédures énoncées aux articles 11 à 13 de la Convention.

En outre, ainsi que cela résulte conjointement de l'objet de la CIEDR et de ses dimensions intra- et interétatique, les obligations

under the Convention are of an *erga omnes* nature. This also has a bearing on the interpretation and application of Article 22 of the Convention and of the procedures expressly provided for in this Convention to which Article 22 refers. As the Russian Federation stated in its Preliminary Objections, '[t]he *erga omnes* character of the obligations instituted therein [in CERD] is reflected in the procedures established by the Convention to deal with the inter-State complaints, which involve the other parties to the Convention'.

This interpretation of Article 22 CERD takes full account of the specific intra-State character of the CERD convention aimed at protecting human rights of individuals."<sup>111</sup>

76. These responses were followed by another round of written comments by the two contending Parties. Thus, in its comments on the Russian Federation's written response to my question, Georgia stated:

"Georgia notes that Russia's written response does not directly address the question raised by Judge Cançado Trindade. Georgia observes that there is nothing in Russia's response to contradict or undermine Georgia's response to the question put, namely, that '[t]he character of human rights treaties — in particular their non-synallagmatic character — provides a reason for the broad interpretation of compromissory clauses, and not for their narrow or restrictive interpretation'.

To the contrary, Russia's response recognizes that the obligations under the Convention are not to be performed exclusively at the intra-State level; that the Convention adopts 'a form of collective guarantee of respect' for its provisions; and that 'the obligations under the Convention are of an *erga omnes* nature'.

These statements by Russia acknowledge that the Convention was intended to serve as an effective instrument for eliminating the scourge of racial (including ethnic) discrimination in all its forms. In that regard, they support Georgia's position on the interpretation of Article 22. Recourse to the Court under that Article is a principle means by which States may enforce the Convention's provisions against other States, and thereby make the Convention more effective. To read *preconditions* on the seisin of the Court into Article 22, in a manner that contradicts the plain meaning of the text, as Russia proposes, would frustrate the object and purpose of the Convention: it would render access to the Court impossible for all practical purposes, and diminish the Court's role as a means for timely enforcement of the Convention's *erga omnes* obligations."<sup>112</sup>

77. For its part, the Russian Federation presented the following comment on Georgia's written response to my question:

<sup>111</sup> GR 2010/20, of 24 September 2010, pp. 4-5.

<sup>112</sup> GR 2010/21, of 1 October 2010, pp. 2-3.

qu'elle établit ont un caractère *erga omnes*. Cela a également une incidence sur l'interprétation et l'application de l'article 22 et des procédures expressément prévues dans la Convention auxquelles cet article fait référence. Ainsi que la Fédération de Russie l'a indiqué dans ses exceptions préliminaires, «[l]e caractère *erga omnes* des obligations y énoncées [dans la CIEDR] ressort des procédures prévues dans la Convention pour régler les litiges entre Etats, qui impliquent les autres parties contractantes».

Cette interprétation de l'article 22 de la CIEDR tient pleinement compte du caractère intra-étatique qui fait la spécificité de cette convention en ce qu'elle vise à protéger les droits de l'homme individuels.»<sup>111</sup>

76. Ces réponses ont été suivies par un tour d'observations écrites des deux Parties. Ainsi, dans ses observations sur la réponse écrite de la Fédération de Russie à ma question, la Géorgie a indiqué ce qui suit :

«La Géorgie relève que dans sa réponse écrite la Russie ne répond pas directement à la question posée par M. le juge Cançado Trindade. Elle fait observer qu'il n'y a rien dans la réponse de la Russie qui contredise ou affaiblisse sa propre réponse à la question, à savoir que, «[e]n raison de la nature des traités relatifs aux droits de l'homme, en particulier leur caractère non synallagmatique, il convient d'interpréter les clauses compromissoires largement, et non de manière étroite ou restrictive».

La Russie reconnaît au contraire dans sa réponse que les obligations imposées par la Convention ne doivent pas être exécutées exclusivement au niveau intra-étatique, que la Convention adopte «une forme de garantie collective du respect» de ses dispositions et que «les obligations qu'elle établit ont un caractère *erga omnes*».

Ce faisant, la Russie reconnaît que la Convention a été conçue comme un instrument efficace pour éliminer le fléau de la discrimination raciale (y compris ethnique) sous toutes ses formes. A cet égard, elle étaye la position de la Géorgie en ce qui concerne l'interprétation de l'article 22. La saisine de la Cour en vertu de cet article est un des principaux moyens pour les Etats de donner effet aux dispositions de la Convention contre d'autres Etats, et de rendre ainsi la Convention plus efficace. Lire, dans les dispositions de l'article 22, des *conditions préalables* à la saisine de la Cour, à l'encontre du sens ordinaire du texte, comme le propose la Russie, serait contraire à l'objet et au but de la Convention : cela reviendrait à rendre l'accès à la Cour, à toutes fins utiles, impossible, et réduirait le rôle assigné à la Cour, à savoir celui d'un moyen de faire exécuter en temps voulu les obligations *erga omnes* énoncées dans la Convention.»<sup>112</sup>

77. La Fédération de Russie a, pour sa part, présenté les observations suivantes sur la réponse écrite de la Géorgie à ma question :

<sup>111</sup> GR 2010/20, du 24 septembre 2010, p. 4-5.

<sup>112</sup> GR 2010/21, du 1<sup>er</sup> octobre 2010, p. 2-3.



“As set out in further detail in its own answer to the question asked by Judge Cançado Trindade, the Russian Federation fully accepts the *erga omnes* nature of the rights protected by human rights treaties, including CERD.

With respect to the interpretation of compromissory clauses contained in such treaties, the Russian Federation likewise accepts that these are special in nature in that any State party thereto may bring a dispute concerning a breach of those obligations by another State party before the Court. However, that does not mean that the specific pre-conditions to jurisdiction in the given compromissory clause may be bypassed, or that the compromissory clause should be interpreted entirely in isolation from the relevant context, which may (and, in this case, does) comprise inter-related dispute settlement mechanisms within the treaty itself.

As the Court has already had occasion to emphasize,

“‘the *erga omnes* character of a norm and the rule of consent to jurisdiction are two different things’ (*East Timor (Portugal v. Australia)*, *Judgment*, *I.C.J. Reports 1995*, p. 102, para. 29), and (. . .) the mere fact that rights and obligations *erga omnes* may be at issue in a dispute would not give the Court jurisdiction to entertain that dispute.

The same applies to the relationship between peremptory norms of general international law (*jus cogens*) and the establishment of the Court’s jurisdiction: the fact that a dispute relates to compliance with a norm having such a character, which is assuredly the case with regard to the prohibition of genocide, cannot of itself provide a basis for the jurisdiction of the Court to entertain that dispute. Under the Court’s Statute that jurisdiction is always based on the consent of the parties.

As it recalled in its Order of 10 July 2002, the Court has jurisdiction in respect of States only to the extent that they have consented thereto (*Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*, *Provisional Measures, Order of 10 July 2002*, *I.C.J. Reports 2002*, p. 241, para. 57). When a compromissory clause in a treaty provides for the Court’s jurisdiction, that jurisdiction exists only in respect of the parties to the treaty who are bound by that clause and within the limits set out therein (*ibid.*, p. 245, para. 71).”

This is also true in respect of CERD. And neither the interest in the protection of the rights protected by CERD nor, more generally, the interests of international justice would be served by violation of this fundamental principle.

In the present case, Article 22 of CERD strikes a deliberate and fair balance between the (compulsory) jurisdiction of the Court on the one hand and the (preliminary) mandatory inter-State conciliation by the CERD Committee deliberately instituted by the Convention

«Ainsi qu'exposé plus avant dans sa propre réponse à la question posée par le juge Cançado Trindade, la Fédération de Russie reconnaît pleinement le caractère *erga omnes* des droits protégés par les traités relatifs aux droits de l'homme, dont la CIEDR fait partie.

S'agissant de l'interprétation des clauses compromissaires contenues dans ces traités, la Fédération de Russie reconnaît de même que celles-ci revêtent un caractère spécial, en ce sens que n'importe quel Etat partie peut traduire un autre Etat partie devant la Cour pour violation des obligations énoncées dans un tel instrument. Cela ne signifie pas pour autant que les conditions préalables à la compétence qui sont spécifiquement établies dans la clause compromissoire concernée puissent être contournées ou que, pour interpréter cette clause, il faille l'isoler complètement du contexte pertinent, qui peut (comme ici) lui associer certains mécanismes de règlement des différends prévus au sein du traité lui-même.

Comme la Cour a déjà eu l'occasion de le souligner :

««l'opposabilité *erga omnes* d'une norme et la règle du consentement à la juridiction sont deux choses différentes» (*Timor oriental (Portugal c. Australie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1995, p. 102, par. 29), et ... le seul fait que des droits et obligations *erga omnes* seraient en cause dans un différend ne saurait donner compétence à la Cour pour connaître de ce différend.

Il en va de même quant aux rapports entre les normes impératives du droit international général (*jus cogens*) et l'établissement de la compétence de la Cour : le fait qu'un différend porte sur le respect d'une norme possédant un tel caractère, ce qui est assurément le cas de l'interdiction du génocide, ne saurait en lui-même fonder la compétence de la Cour pour en connaître. En vertu du Statut de la Cour, cette compétence est toujours fondée sur le consentement des parties.

Comme elle l'a rappelé dans son ordonnance du 10 juillet 2002, la Cour n'a de juridiction à l'égard des Etats que dans la mesure où ceux-ci y ont consenti (*Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002)* (*République démocratique du Congo c. Rwanda*), mesures conservatoires, ordonnance du 10 juillet 2002, C.I.J. Recueil 2002, p. 241, par. 57). Lorsque sa compétence est prévue dans une clause compromissoire contenue dans un traité, cette compétence n'existe qu'à l'égard des parties au traité qui sont liées par ladite clause, dans les limites stipulées par celle-ci (*ibid.*, p. 245, par. 71).»

Cela vaut également dans le cas de la CIEDR. Violer ce principe fondamental ne servirait ni la sauvegarde des droits protégés par la CIEDR ni, plus généralement, les intérêts de la justice internationale.

Dans la présente affaire, l'article 22 de la CIEDR assure le juste équilibre recherché entre la compétence (obligatoire) de la Cour d'une part et, de l'autre, le mécanisme (préliminaire) de conciliation obligatoire entre Etats, via le Comité pour l'élimination de la discrimi-

on the other. This in turn reflects the balance to be achieved between the breadth of the category of potential claimant States under Article 22 (given the *erga omnes* nature of obligations under CERD) and the interests of respondent States in only appearing before the Court once disputes have been crystallised and the requisite attempts at settlement have failed.

The CERD Committee has the primary role as to the implementation and supervision of CERD including through the settlement of eventual disputes between States parties. The fact that the Convention provides for a possibility of seizing the Court should not be interpreted to the detriment of the Committee's vital functions.

Lessening the role of the CERD Committee would certainly neither be in line with the intentions of the drafters of CERD, nor would it contribute to preserving the special nature of human rights treaties in general, nor that of CERD in particular."<sup>113</sup>

78. As can be seen from the above, in the present case concerning the *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*, the contending Parties themselves have duly taken into account the nature of the human rights treaty at issue, the CERD Convention, though deriving distinct consequences from their respective arguments. One can simply not make abstraction of the nature and substance of a human rights treaty in addressing a compromissory clause contained therein. The general rule of interpretation of treaties (Article 31 of the two Vienna Conventions on the Law of Treaties, of 1969 and 1986) contains elements that are to be taken into account by the Court (cf. *infra*), giving proper weight to the one — that of the object and purpose of the treaty — which will secure the *proper effects* to the treaty at issue, i.e., that will render it truly effective (cf. *infra*), keeping in mind that superior values and fundamental human rights are at stake.

#### VI. THE PRINCIPLE *UT RES MAGIS VALEAT QUAM PEREAT*

79. Underlying the aforementioned general rule of treaty interpretation (cf. para. 66, *supra*), contained in Article 31 (1) of the two Vienna Conventions on the Law of Treaties (of 1969 and 1986), is the principle *ut res magis valeat quam pereat*, which corresponds to the so-called *effet utile* (sometimes called the principle of effectiveness). By virtue of this principle, widely supported by case law, States parties to human rights treaties ought to secure to the conventional provisions *the appropriate effects* at the level of their respective domestic legal orders. Such principle, as I

<sup>113</sup> GR 2010/22, of 1 October 2010, pp. 3-4.

mination raciale créé par la Convention. Cela reflète aussi l'équilibre à atteindre entre le grand nombre d'Etats susceptibles de saisir la Cour en vertu de l'article 22 (étant donné le caractère *erga omnes* des obligations prévues dans la Convention) et l'intérêt des Etats défendeurs à n'estimer devant elle qu'une fois que le différend s'est cristallisé et que les tentatives de règlement requises ont échoué.

C'est au Comité pour l'élimination de la discrimination raciale qu'il incombe au premier chef de mettre en œuvre les dispositions de la CIEDR et d'en surveiller l'exécution, notamment en réglant les différends éventuels entre les Etats parties. Le fait que la Convention ménage une possibilité de saisir la Cour ne doit pas être interprété d'une manière portant atteinte aux fonctions essentielles du Comité.

Réduire le rôle du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale ne serait certainement pas conforme aux intentions des rédacteurs de la CIEDR, et ne contribuerait pas davantage à préserver la spécificité des traités relatifs aux droits de l'homme en général et de la CIEDR en particulier.»<sup>113</sup>

78. Il ressort de ce qui précède que les Parties à la présente affaire relative à l'*Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale* ont elles-mêmes dûment pris en compte la nature du traité relatif aux droits de l'homme en cause, à savoir la CIEDR, tirant cependant des conséquences différentes de leurs argumentations respectives. Il est en effet tout simplement impossible de faire abstraction de la nature et de la teneur d'un traité relatif aux droits de l'homme lorsqu'on examine la clause compromissoire qui y est énoncée. La règle générale d'interprétation des traités (l'article 31 des deux conventions de Vienne sur le droit des traités de 1969 et de 1986) contient les éléments que la Cour doit prendre en compte (voir ci-dessous), l'un d'entre eux — l'objet et le but du traité — devant se voir accorder suffisamment de poids pour garantir que le traité en question produira ses *effets appropriés*, c'est-à-dire rendre cet instrument réellement effectif (voir ci-dessous) en gardant à l'esprit que des valeurs supérieures et les droits de l'homme fondamentaux sont en jeu.

## VI. LE PRINCIPE *UT RES MAGIS VALEAT QUAM PEREAT*

79. La règle générale d'interprétation susmentionnée (voir par. 66, ci-dessus), contenue dans le paragraphe 1 de l'article 31 des deux conventions de Vienne sur le droit des traités (de 1969 et 1986), repose sur le principe *ut res magis valeat quam pereat*, qui correspond au principe dit de l'effet utile. En vertu de ce principe, largement étayé par la jurisprudence, les Etats parties à des instruments relatifs aux droits de l'homme doivent veiller à ce que les dispositions conventionnelles aient *les effets voulus* sur leurs ordres juridiques internes respectifs. Ce principe, comme

<sup>113</sup> Document GR 2010/22, du 1<sup>er</sup> octobre 2010, p. 3-4.

have already pointed out (para. 68, *supra*), applies not only in relation to *substantive* norms of human rights treaties (that is, those which provide for the protected rights), but also in relation to *procedural* norms, in particular those relating to the right of individual petition and to the acceptance of the compulsory jurisdiction in contentious matters of the international judicial organs of protection. Such conventional norms, essential to the efficacy of the system of international protection, ought to be interpreted and applied in such a way as to render their safeguards truly practical and effective, bearing in mind the special character or nature of the human rights treaties and their collective implementation. Such has been, as I have already indicated (para. 72, *supra*), the approach pursued in practice by the ECHR and the IACtHR.

80. May I, at this stage, recall a couple of examples of concrete cases wherein both the ECHR and the IACtHR had the occasion to pronounce themselves to this effect. In its judgment on preliminary objections (of 23 March 1995) in the case of *Loizidou v. Turkey*, for example, the ECHR warned that, in the light of the letter and the spirit of the European Convention, the possibility cannot be inferred of restrictions to the optional clause relating to the recognition of the contentious jurisdiction of the ECHR<sup>114</sup>. In the domain of the international protection of human rights, there are no “implicit” limitations to the exercise of the protected rights; and the limitations set forth in the treaties of protection ought to be restrictively interpreted. The optional clause of compulsory jurisdiction of the international tribunals of human rights does not admit limitations other than those expressly contained in the human rights treaties at issue. And, as the IACtHR has also stated, it could not be at the mercy of limitations not foreseen therein and invoked by the States parties for reasons or vicissitudes of domestic order<sup>115</sup>.

81. The clause pertaining to the compulsory jurisdiction of international human rights tribunals constitutes, in my view, a fundamental clause (*cláusula pétrea*) of the international protection of the human being, which does not admit any restrictions other than those expressly

<sup>114</sup> Article 46 of the European Convention, prior to the entry into force, on 1 November 1998, of Protocol No. 11 to the European Convention. Moreover, the ECHR referred to the fundamentally distinct context in which international tribunals operate, the ICJ being “a free-standing international tribunal which has no links to a standard-setting treaty such as the Convention”; cf. European Court of Human Rights (ECHR), case of *Loizidou v. Turkey* (preliminary objections), Strasbourg, C.E., Judgment of 23 March 1995, p. 25, para. 82, and cf. p. 22, para. 68. On the prevalence of the conventional obligations of the States parties, cf. also the Court’s *obiter dicta* in its previous decision, in the *Belilos v. Switzerland* case (1988).

<sup>115</sup> Cf. IACtHR, case of *Castillo Petruzzi and Others v. Peru* (preliminary objections), judgment of 4 September 1998, Series C, No. 41, concurring opinion of Judge A. A. Cançado Trindade, paras. 36 and 38.

je l'ai déjà relevé (par. 68, ci-dessus), s'applique non seulement aux normes *de fond* des instruments relatifs aux droits de l'homme (autrement dit à celles qui concernent les droits protégés), mais aussi aux normes *de procédure*, en particulier celles ayant trait au droit de recours individuel et à l'acceptation de la compétence obligatoire des organes judiciaires internationaux de protection dans les affaires contentieuses. Ces normes conventionnelles, qui sont essentielles pour assurer l'efficacité du système de protection international, devraient être interprétées et appliquées de sorte à donner une utilité pratique réelle aux garanties qu'elles énoncent, compte tenu du caractère ou de la nature particulière des instruments relatifs aux droits de l'homme et de leur application collective. Telle a été, comme je l'ai déjà dit (par. 72, ci-dessus), la démarche suivie par la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour interaméricaine des droits de l'homme.

80. Permettez-moi à ce stade de rappeler quelques exemples d'affaires concrètes dans lesquelles et la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) et la Cour interaméricaine des droits de l'homme (CIDH) ont eu l'occasion de se prononcer en ce sens. Dans son arrêt sur les exceptions préliminaires (du 23 mars 1995) en l'affaire *Loizidou c. Turquie*, par exemple, la Cour européenne des droits de l'homme fait observer que la lettre et l'esprit de la convention européenne ne permettent pas de conclure à l'existence de restrictions à la clause facultative relative à la reconnaissance de la juridiction contentieuse de la Cour<sup>114</sup>. Dans le domaine de la protection internationale des droits de l'homme, il n'existe pas de limitations «implicites» à l'exercice des droits protégés; et les limites énoncées dans les traités de protection devraient être interprétées de manière restrictive. La clause facultative de compétence obligatoire des cours internationales des droits de l'homme n'admet pas de limitations autres que celles qui sont expressément énoncées dans les instruments considérés. Et, comme l'a également relevé la CIDH, elle ne saurait être à la merci de limites qui n'y sont pas prévues et que les Etats parties invoquent en raison de problèmes d'ordre interne<sup>115</sup>.

81. La clause relative à la compétence obligatoire des cours internationales des droits de l'homme est, à mon avis, un élément fondamental (*cláusula pétrea*) de la protection internationale de l'être humain, qui n'admet d'autres restrictions que celles expressément prévues dans les instruments

<sup>114</sup> Article 46 de la convention européenne, avant l'entrée en vigueur, le 1<sup>er</sup> novembre 1998, du protocole 11 y relatif. De plus, la Cour a relevé le contexte fondamentalement différent dans lequel les cours internationales opèrent, la Cour internationale de Justice étant «une cour internationale séparée, sans lien avec un instrument normatif comme la convention»; voir Cour européenne des droits de l'homme, affaire *Loizidou c. Turquie* (exceptions préliminaires), Strasbourg, C.E., arrêt du 23 mars 1995, p. 25, par. 82, et p. 22, par. 68. Sur le caractère généralisé des obligations conventionnelles des Etats parties, voir aussi les *obiter dicta* de la Cour dans sa décision antérieure, en l'affaire *Belilos c. Suisse* (1988).

<sup>115</sup> Voir CIDH, affaire *Castillo Petruzzi et autres c. Pérou* (exceptions préliminaires), arrêt du 4 septembre 1998, série C n° 41, opinion individuelle du juge A. A. Cançado Trindade, par. 36 et 38.

provided for in the human rights treaties at issue. This has been so established by the IACtHR in its judgments on competence in the cases of the *Constitutional Tribunal* and *Ivcher Bronstein v. Peru* (of 24 September 1999)<sup>116</sup>. The permissiveness of the insertion of limitations, not foreseen in the human rights treaties, in an instrument of acceptance of an optional clause of compulsory jurisdiction<sup>117</sup>, represents a regrettable historical distortion of the original conception of such clause, in my view unacceptable in the field of the international protection of the rights of the human person.

82. Any understanding to the contrary would fail to ensure that the human rights treaty at issue has the appropriate effects (*effet utile*) in the domestic law of each State party. The IACtHR's decision in the case of *Hilaire v. Trinidad and Tobago* (preliminary objections, judgment of 1 September 2001) was clear: the modalities of acceptance, by a State party to the American Convention on Human Rights, of the contentious jurisdiction of the IACtHR, are expressly stipulated in Article 62 (1) and (2)<sup>118</sup>, and are not simply illustrative, but quite *precise*<sup>119</sup>, not authorizing States parties to interpose any other conditions or restrictions (*numerus clausus*).

<sup>116</sup> IACtHR, case of the *Constitutional Tribunal* (competence), judgment of 24 September 1999, Series C, No. 55, p. 44, para. 35; IACtHR, case of *Ivcher Bronstein* (competence), judgment of 24 September 1999, Series C, No. 54, p. 39, para. 36.

<sup>117</sup> Exemplified by State practice under Article 36 (2) of the ICJ Statute (*supra*).

<sup>118</sup> Article 62 (1) and (2) of the American Convention on Human Rights provides that:

“A State party may, upon depositing its instrument of ratification or adherence to this Convention, or at any subsequent time, declare that it recognizes as binding, *ipso facto*, and not requiring special agreement, the jurisdiction of the Court on all matters relating to the interpretation or application of this Convention.

Such declaration may be made unconditionally, on the condition of reciprocity, for a specified period, or for specific cases. It shall be presented to the Secretary-General of the Organization, who shall transmit copies thereof to the other member States of the Organization and to the Secretary of the Court.”

Thus, according to Article 62 (2) of the Convention, the acceptance, by a State party, of the contentious jurisdiction of the IACtHR, can be made in four modalities, namely: (a) unconditionally; (b) on the condition of reciprocity; (c) for a specified period; and (d) for specific cases. Those, and only those, are the modalities of acceptance of the contentious jurisdiction of the IACtHR foreseen and authorized by Article 62 (2) of the Convention.

<sup>119</sup> According to Article 62 (2) of the Convention, the acceptance, by a State party, of the contentious jurisdiction of the IACtHR, can be made in four modalities, namely: (a) unconditionally; (b) on the condition of reciprocity; (c) for a specified period; and (d) for specific cases. Those, and only those, are the modalities of acceptance of the contentious jurisdiction of the IACtHR foreseen and authorized by Article 62 (2) of the Convention, which does not authorize the States parties to interpose any other conditions or restrictions (*numerus clausus*).

de protection des droits de l'homme considérés. La Cour interaméricaine des droits de l'homme l'a établi dans ses arrêts (compétence) sur la *Cour constitutionnelle* et *Ivcher Bronstein c. Pérou* (du 24 septembre 1999)<sup>116</sup>. Le laisser-faire que représente l'insertion de limitations, qui ne sont pas prévues dans les instruments relatifs aux droits de l'homme, dans un instrument d'acceptation d'une clause facultative de compétence obligatoire<sup>117</sup> représente une distorsion historique regrettable de la conception originale de pareille clause, qui est à mon sens inacceptable dans le domaine de la protection internationale des droits de l'être humain.

82. Toute autre interprétation ne permettrait pas de garantir que l'instrument de protection des droits de l'homme en question a l'effet utile voulu dans le droit interne de chaque Etat partie. La décision de la CIDH en l'affaire *Hilaire c. Trinité-et-Tobago* (exceptions préliminaires, arrêt du 1<sup>er</sup> septembre 2001) était claire : les modalités d'acceptation, par un Etat partie à la convention américaine relative aux droits de l'homme, de la juridiction contentieuse de la Cour sont expressément énoncées aux paragraphes 1 et 2 de l'article 62<sup>118</sup> ; elles ne sont pas données à titre purement indicatif, mais sont au contraire très *précises*<sup>119</sup>, et elles n'autorisent les Etats parties à ajouter aucune autre condition ou restriction (*numerus clausus*).

<sup>116</sup> CIDH, affaire de la *Cour constitutionnelle* (compétence), arrêt du 24 septembre 1999, série C n° 55, p. 44, par. 35 ; CIDH, affaire *Ivcher Bronstein* (compétence), arrêt du 24 septembre 1999, série C n° 54, p. 39, par. 36.

<sup>117</sup> Par exemple, la pratique des Etats en vertu du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut de la Cour internationale de Justice (ci-dessus).

<sup>118</sup> Aux termes des paragraphes 1 et 2 de l'article 62 de la convention américaine relative aux droits de l'homme :

« Tout Etat partie peut, au moment du dépôt de son instrument de ratification ou d'adhésion à la présente convention, ou à tout autre moment ultérieur, déclarer qu'il reconnaît comme obligatoire, de plein droit et sans convention spéciale, la compétence de la Cour pour connaître de toutes les espèces relatives à l'interprétation ou à l'application de la convention.

La déclaration peut être faite inconditionnellement, ou sous condition de réciprocité, ou pour une durée déterminée, ou à l'occasion d'espèces données. Elle devra être présentée au secrétaire général de l'Organisation, lequel en donnera copie aux autres Etats Membres de l'Organisation et au greffier de la Cour. »

Ainsi, en vertu du paragraphe 2 de l'article 62 de la convention, un Etat partie peut accepter la juridiction contentieuse de la CIDH selon quatre modalités, à savoir : *a*) inconditionnellement ; *b*) sous condition de réciprocité ; *c*) pour une durée déterminée ; *d*) à l'occasion d'espèces données. Telles sont les seules modalités d'acceptation de la juridiction contentieuse de la Cour prévues et autorisées par le paragraphe 2 de l'article 62 de la convention.

<sup>119</sup> En vertu du paragraphe 2 de l'article 62 de la convention, un Etat partie peut accepter la juridiction contentieuse de la Cour selon quatre modalités, à savoir : *a*) inconditionnellement ; *b*) sous condition de réciprocité ; *c*) pour une durée déterminée ; *d*) à l'occasion d'espèces données. Telles sont les seules modalités d'acceptation de la juridiction contentieuse de la Cour prévues et autorisées par le paragraphe 2 de l'article 62 de la convention, qui ne permet pas aux Etats parties d'ajouter toute autre condition ou restriction (*numerus clausus*).



83. In my concurring opinion in the aforementioned *Hilaire v. Trinidad and Tobago* case, I saw it fit to ponder that:

“In this matter, it cannot be sustained that what is not prohibited, is permitted. This posture would amount to the traditional — and surpassed — attitude of the *laisser-faire, laisser-passer*, proper to an international legal order fragmented by the voluntarist State subjectivism, which in the history of law has ineluctably favoured the more powerful ones. *Ubi societas, ibi jus* . . . At this beginning of the twenty-first century, in an international legal order wherein one seeks to affirm superior common values, among considerations of international *ordre public*, as in the domain of the international law of human rights, it is precisely the opposite logic which ought to apply: *what is not permitted, is prohibited*.

If we are really prepared to extract the lessons of the evolution of international law in a turbulent world throughout the twentieth century, (. . .) we cannot abide by an international practice which has been subservient to State voluntarism, which has betrayed the spirit and purpose of the optional clause of compulsory jurisdiction, to the point of entirely denaturalizing it, and which has led to the perpetuation of a world fragmented into State units which regard themselves as final arbiters of the extent of the contracted international obligations, at the same time that they do not seem truly to believe in what they have accepted: the international justice.” (Paras. 24-25.)

84. To bear in mind the three component elements of the general rule of interpretation *bona fides* of treaties — text in the current meaning, context, and object and purpose of the treaty — set forth in Article 31 (1) of the two Vienna Conventions on the Law of Treaties (of 1969 and 1986), requires also to keep in mind the *nature* of the treaty wherein that clause (optional or compromissory) for compulsory jurisdiction appears. This corresponds to the “context”, precisely the second component element of the general rule of interpretation of treaties set forth in Article 31 of the two Vienna Conventions on the Law of Treaties<sup>120</sup>.

<sup>120</sup> In the *Hilaire v. Trinidad and Tobago* case (*supra*), the IACtHR had duly done so, in stressing the special character of the human rights treaties (paras. 94-97). Likewise, the IACtHR has kept constantly in mind the third component element of that general rule of interpretation, namely, the “object and purpose” of the treaty at issue, the American Convention on Human Rights (paras. 82-83 and 88). As I saw it fit to point out, in this respect, in my separate opinion in the case *Blake v. Guatemala* (reparations, 1999) before the IACtHR:

“In so far as human rights treaties are concerned, one is to bear always in mind the objective character of the obligations enshrined therein, the autonomous meaning (in relation to the domestic law of the States) of the terms of such treaties, the collective guarantee underlying them, the wide scope of the obligations of protection and the restrictive interpretation of permissible restrictions. These elements converge in sustaining the integrity of human rights treaties, in seeking the fulfilment of their object and purpose, and, accordingly, in establishing limits to State voluntarism.” (Paras. 32-33.)

83. Dans mon opinion individuelle en l'affaire susmentionnée *Hilaire c. Trinité-et-Tobago*, j'ai jugé bon de relever ce qui suit :

« A ce sujet, on ne peut faire valoir que ce qui n'est pas prohibé est autorisé. Ce serait le *laisser-faire, laisser-passer*, attitude traditionnelle et dépassée caractéristique d'un ordre juridique international fragmenté par le subjectivisme volontariste des Etats qui, dans l'histoire du droit, a inévitablement favorisé les plus puissants. *Ubi societas, ibi jus...* En ce début du XXI<sup>e</sup> siècle, dans un ordre juridique international où l'on s'efforce d'affirmer des valeurs communes supérieures, au milieu de considérations d'ordre public international, comme dans le domaine du droit international des droits de l'homme, c'est précisément la logique opposée qui devrait s'appliquer : *ce qui n'est pas autorisé est prohibé*.

Si nous voulons véritablement tirer les leçons du droit international pendant cette période turbulente que fut le XX<sup>e</sup> siècle ... nous ne pouvons accepter une pratique internationale soumise au volontarisme des Etats, qui a trahi l'esprit et le but de la clause facultative de compétence obligatoire, au point de la dénaturer entièrement — et qui a perpétué la fragmentation du monde en unités étatiques qui se considèrent comme les arbitres finals de la portée des obligations internationales contractées tout en ne semblant pas croire véritablement en ce qu'elles ont accepté : la justice internationale. » (Par. 24-25.)

84. Pour tenir compte des trois éléments composant la règle générale d'interprétation de bonne foi des traités — texte pris dans son sens ordinaire, dans son contexte et à la lumière de son objet et de son but — énoncés au paragraphe 1 de l'article 31 des deux conventions de Vienne sur le droit des traités (de 1969 et 1986), il faut aussi tenir compte de la *nature* du traité dans lequel figure cette clause (facultative ou compromissaire) de compétence obligatoire. Cela correspond au « contexte », à savoir au deuxième élément de la règle générale d'interprétation des traités énoncé à l'article 31 des deux conventions de Vienne sur le droit des traités<sup>120</sup>.

<sup>120</sup> En l'affaire *Hilaire c. Trinité-et-Tobago* (ci-dessus), la CIDH en avait dûment tenu compte, en soulignant le caractère particulier des instruments relatifs aux droits de l'homme (par. 94-97). De même, elle a toujours gardé à l'esprit le troisième élément de cette règle générale d'interprétation, à savoir « l'objet et le but » du traité en question, la convention américaine relative aux droits de l'homme (par. 82-83 et 88). Comme j'ai jugé bon de le relever à ce propos dans mon opinion individuelle en l'affaire *Blake c. Guatemala* (réparations, 1999) portée devant la CIDH :

« Dans la mesure où des instruments relatifs aux droits de l'homme sont concernés, il faut toujours avoir présent à l'esprit le caractère objectif des obligations qui y sont énoncées, le sens autonome (par rapport au droit interne des Etats) des termes de ces instruments, la garantie collective qui les sous-tend, la large portée des obligations de protection et l'interprétation restrictive des limitations possibles. Ensemble, ces éléments maintiennent l'intégrité des instruments relatifs aux droits de l'homme, en visant la réalisation de leur objet et de leur but et, en conséquence, en mettant des limites au volontarisme des Etats. » (Par. 32-33.)

85. The IACtHR, by means of the judgments on preliminary objections in the cases of *Hilaire, Benjamin, and Constantine*, as well as its earlier judgments on competence in the cases of the *Constitutional Tribunal* and *Ivcher Bronstein*, safeguarded the integrity of the American Convention on Human Rights, remained master of its own jurisdiction and acted in accordance with the high responsibilities accorded to it by the American Convention on Human Rights<sup>121</sup>. The same can be said of the ECHR, by means of its aforementioned judgment on preliminary objections in the case *Loizidou v. Turkey*, in so far as the European Convention on Human Rights is concerned. Thus, those two tribunals, in their converging case law on the question at issue, have given a worthy contribution to the strengthening of the international jurisdiction and to the realization of the old ideal of international justice<sup>122</sup>. Moreover, they have contributed to the creation of an international *ordre public* based upon the respect for human rights in all circumstances.

86. The two aforementioned international human rights tribunals, by correctly resolving basic jurisdictional issues raised in the cases referred to above, have aptly made use of the techniques of public international law in order to strengthen their respective jurisdictions of protection of the rights of the human person. They have decisively safeguarded the integrity of the mechanisms of protection of the American and European Conventions on Human Rights. The two tribunals at issue have helped to develop and achieve the aptitude of international law to regulate effi-

---

<sup>121</sup> In its judgment in the case of *Hilaire v. Trinidad and Tobago*, the IACtHR rightly observed that, if restrictions interposed in the instrument of acceptance of its contentious jurisdiction were accepted, in the terms proposed by the respondent State in the *cas d'espèce*, not expressly foreseen in Article 62 of the American Convention, this would lead to a situation in which it would have "as first parameter of reference the Constitution of the State and only subsidiarily the American Convention", a situation which would "bring about a fragmentation of the international legal order of protection of human rights and would render illusory the object and purpose of the American Convention" (para. 93).

And as I concluded in my own concurring opinion in *Hilaire v. Trinidad and Tobago* before the IACtHR,

"The time has come to consider, in particular, in a future protocol of amendments to the procedural part of the American Convention on Human Rights, aiming at strengthening its mechanism of protection, the possibility of an amendment to Article 62 of the American Convention, in order to render such clause also *mandatory*, in conformity with its character of fundamental clause (*cláusula pétrea*), thus establishing the *automatism* of the jurisdiction of the Inter-American Court of Human Rights. There is pressing need for the old ideal of the permanent international compulsory jurisdiction to become reality also in the American continent, in the present domain of protection, with the necessary adjustments in order to face its reality of human rights and to fulfil the growing needs of effective protection of the human being." (Para. 39.)

<sup>122</sup> A. A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, Vol. III, Porto Alegre/Brazil, S.A. Fabris Ed., 2003, Chaps. XV-XVI, pp. 60-83 and 147-168.

85. La CIDH, par ses arrêts sur les exceptions préliminaires dans les affaires *Hilaire*, *Benjamin* et *Constantine*, ainsi que ses arrêts antérieurs sur la compétence dans les affaires de la *Cour constitutionnelle* et *Ivcher Bronstein*, a sauvegardé l'intégrité de la convention américaine relative aux droits de l'homme, est restée maîtresse de sa propre juridiction et a agi conformément aux hautes responsabilités que lui confère cette convention<sup>121</sup>. La CEDH a fait de même par son arrêt susmentionné sur les objections préliminaires en l'affaire *Loizidou c. Turquie*, dans la mesure où la convention européenne des droits de l'homme est concernée. Dans leurs jurisprudences convergentes sur la question à l'examen, ces deux cours ont donc apporté une précieuse contribution au renforcement de la juridiction internationale et à la réalisation du vieil idéal de justice internationale<sup>122</sup>. Elles ont en outre contribué à la création d'un ordre public international fondé sur le respect des droits de l'homme en toutes circonstances.

86. En résolvant avec discernement des questions juridictionnelles fondamentales soulevées dans les affaires susmentionnées, la CEDH et la CIDH ont fait bon usage des techniques du droit international public pour renforcer leurs compétences respectives en matière de protection des droits de la personne humaine. Elles ont sauvegardé de manière décisive l'intégrité des mécanismes de protection des conventions américaine et européenne des droits de l'homme. Elles ont contribué à développer et à établir l'aptitude du droit international à régler efficacement des

<sup>121</sup> Dans son arrêt en l'affaire *Hilaire c. Trinité-et-Tobago*, la CIDH a fait observer à juste titre que, si les restrictions apportées à l'instrument d'acceptation de sa juridiction contentieuse étaient acceptées, dans les termes proposés par l'Etat défendeur dans le cas d'espèce, restrictions qui ne sont pas expressément prévues à l'article 62 de la convention américaine, il en résulterait une situation dans laquelle «le premier paramètre de référence serait la Constitution de l'Etat et, subsidiairement seulement, la convention américaine», ce qui conduirait à «une fragmentation de l'ordre juridique international dans le domaine de la protection des droits de l'homme et rendrait illusoire l'objet et le but de la convention» (par. 93).

Comme je l'ai conclu dans ma propre opinion individuelle en l'affaire *Hilaire c. Trinité-et-Tobago*,

«Le moment est venu d'envisager, en particulier dans un futur protocole portant modification des dispositions procédurales de la convention américaine relative aux droits de l'homme en vue d'en renforcer le mécanisme de protection, la possibilité d'un amendement à l'article 62 visant à rendre cette clause également *obligatoire*, conformément à son caractère de clause fondamentale (*cláusula pética*), établissant ainsi l'*automatisme* de la juridiction de la Cour interaméricaine des droits de l'homme. Il est urgent que le vieil idéal de compétence internationale obligatoire permanente devienne réalité sur le continent américain aussi, dans ce domaine de protection, avec les ajustements nécessaires pour tenir compte de la réalité des droits de l'homme dans cette région et répondre à la nécessité croissante d'assurer une protection efficace à l'être humain.» (Par. 39.)

<sup>122</sup> A. A. Cañado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. III, Porto Alegre/Brésil, S.A. Fabris Ed., 2003, chap. XV-XVI, p. 60-83 et 147-168.

ciently relations which have specificity of their own — at *intra-State*, rather than *inter-State*, level. The unity and effectiveness of public international law itself can be measured precisely by its aptitude to regulate legal relations in distinct contexts with equal adequacy.

87. When one comes to human rights treaties, the required attention to the observance of the principle *ut res magis valeat quam pereat* appears particularly compelling, so as to secure the effective protection of the guaranteed rights enshrined in the treaty at issue. This applies to the CERD Convention, as in the *cas d'espèce* before the ICJ, and to all other human rights treaties. If it were not so, their object and purpose would not be fulfilled, with harmful consequences in the present domain of protection of the human person, where considerations of a superior order (international *ordre public*) have primacy over State voluntarism. When we enter into the *terra nova* of the settlement of human rights disputes in the framework of the classic inter-State *contentieux*, we cannot lose sight of the fact that we are here also moving resolutely from *jus dispositivum* to *jus cogens*<sup>123</sup>.

VII. THE COMPROMISSORY CLAUSE (ART. 22)  
OF THE UN CONVENTION ON THE ELIMINATION OF ALL FORMS  
OF RACIAL DISCRIMINATION (CERD):  
ELEMENTS FOR ITS PROPER INTERPRETATION AND APPLICATION

88. Keeping the above considerations in mind, the way is paved for turning attention now to the compromissory clause of the CERD Convention. Article 22 of that Convention provides that:

“Any dispute between two or more States parties with respect to the interpretation or application of this Convention, which is not settled by negotiation or by the procedures expressly provided for in this Convention, shall, at the request of any of the parties to the dispute, be referred to the International Court of Justice for decision, unless the disputants agree to another mode of settlement.”

89. The view advanced by the Court's majority in the present Judgment (para. 140), whereby Article 22 of the CERD Convention would subordinate the jurisdiction of this Court to the procedures set out in the CERD Convention itself (Part II, Arts. 11-12), in addition to engagement in prior negotiations, as “preconditions” to be fulfilled by a State party

---

<sup>123</sup> Cf., to this effect, my intervention in the debates of 12 March 1986 of the Vienna Conference on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations: UN, *United Nations Conference on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations (Vienna, 1986)* — *Official Records*, Vol. I, N.Y., UN, 1995, pp. 187-188 (intervention by A. A. Cançado Trindade).

relations qui ont leur propre spécificité — au niveau intra-étatique plutôt qu'interétatique. L'unité et l'efficacité du droit public international peuvent se mesurer précisément à son aptitude à régler les relations juridiques avec la même justesse dans des contextes différents.

87. Lorsqu'il s'agit des instruments relatifs aux droits de l'homme, la nécessité de porter attention au respect du principe *ut res magis valeat quam pereat* semble particulièrement impérieuse pour assurer la protection efficace des droits garantis dans l'instrument considéré. Cela vaut pour la CIEDR, comme dans le cas d'espèce dont la Cour est saisie, de même que pour tous les autres traités relatifs aux droits de l'homme. Sinon, leur objet et leur but ne seraient pas réalisés, ce qui aurait des conséquences néfastes pour la protection de la personne humaine, domaine dans lequel des considérations d'ordre supérieur (ordre public international) priment le volontarisme des Etats. Lorsque nous abordons la *terra nova* du règlement des différends relatifs aux droits de l'homme dans le cadre des contentieux classiques entre Etats, nous ne pouvons perdre de vue que, ce faisant, nous passons résolument du *jus dispositivum* au *jus cogens*<sup>123</sup>.

VII. LA CLAUSE COMPROMISSOIRE (ART. 22) DE LA CONVENTION DES NATIONS UNIES SUR L'ÉLIMINATION DE TOUTES LES FORMES DE DISCRIMINATION RACIALE (CIEDR): ÉLÉMENTS EN PERMETTANT L'INTERPRÉTATION ET L'APPLICATION EN BONNE ET DUE FORME

88. A la lumière de ce qui précède, je m'intéresserai maintenant à la clause compromissoire de la CIEDR. Aux termes de l'article 22 de la Convention:

«Tout différend entre deux ou plusieurs Etats parties touchant l'interprétation ou l'application de la présente Convention qui n'aura pas été réglé par voie de négociation ou au moyen des procédures expressément prévues par ladite Convention sera porté, à la requête de toute partie au différend, devant la Cour internationale de Justice pour qu'elle statue à son sujet, à moins que les parties au différend ne conviennent d'un autre mode de règlement.»

89. Dans le présent arrêt (par. 140), la majorité des membres de la Cour donne une interprétation particulièrement stricte et rigide de la clause compromissoire: l'article 22 de la Convention subordonnerait la compétence de la Cour aux procédures énoncées dans la Convention elle-même (partie II, art. 11-12), ainsi qu'à la tenue de négociations préa-

<sup>123</sup> Voir à ce propos mon intervention, le 12 mars 1986, dans le débat de la conférence de Vienne sur le droit des traités entre Etats et organisations internationales ou entre organisations internationales: Nations Unies, *Conférence des Nations Unies sur le droit des traités entre Etats et organisations internationales ou entre organisations internationales (Vienne, 1986)*, documents officiels, vol. I, New York, Nations Unies, 1995, p. 187-188 du texte anglais (intervention de A. A. Cançado Trindade).

before it may have recourse to this Court, is a particularly strict and rigorous one. It purports to establish rigid “preconditions”, rendering access to this Court particularly difficult. This view, contrary to what the Court’s majority tries to argue, in my understanding finds no support in the Court’s own *jurisprudence constante*, nor in the legislative history of the CERD Convention, and is in conflict with the approach recently espoused by the Court itself in its Order of 15 October 2008 in the present case concerning the *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination* (cf. *infra*).

90. Six decades ago, in its Advisory Opinion on the *Competence of the General Assembly for the Admission of a State to the United Nations* (of 3 March 1950), this Court deemed it necessary to recall that:

“the first duty of a tribunal which is called upon to interpret and apply the provisions of a treaty, is to endeavour to give effect to them in their natural and ordinary meaning in the context in which they occur”<sup>124</sup>.

Only when the words, in their natural and ordinary meaning, were “ambiguous” or were to “lead to an unreasonable result” — the ICJ added — *only then* the Court was to resort to “other methods of interpretation”, seeking to ascertain “what the parties really did mean when they used these words”<sup>125</sup>.

91. Although the circumstances of the present case do not in my view require such an exercise, given the importance of the principle *ut res magis valeat quam pereat* (Section VI, *supra*) as well as the relationship of the compromissory clause of Article 22 with the nature and substance of the CERD Convention (Section V, *supra*), I shall in any case undertake it, in order to substantiate further my dissenting position, as, in my understanding, neither the ordinary meaning of Article 22 nor its *travaux préparatoires* support the Court’s majority position in the present Judgment.

#### 1. Ordinary Meaning of Article 22 of the CERD Convention

92. The Court’s majority position as to the ordinary meaning of Article 22 of the CERD Convention, advanced in the earlier Order of 15 October 2008 in the present case, and relied upon in this respect on the general rule of interpretation of Article 31 (1) of the 1969 Vienna Convention on the Law of the Treaties, was quite clear. The Court then stated that:

“the phrase ‘any dispute (. . .) which is not settled by negotiation or by the procedure expressly provided for in this Convention’ does

<sup>124</sup> *I.C.J. Reports 1950*, p. 8 (emphasis added).

<sup>125</sup> *Ibid.*, p. 8.

lables, comme «conditions préalables» devant être remplies par un Etat partie avant toute saisine. Cette interprétation vise à établir des «conditions préalables» rigides rendant l'accès à la Cour particulièrement difficile. Contrairement à ce que la majorité des membres de la Cour tente de faire valoir, elle n'est à mon avis aucunement étayée, ni par la jurisprudence constante de la Cour elle-même, ni par la genèse de la CIEDR, et elle est contradictoire avec la décision récente de la Cour elle-même dans son ordonnance du 15 octobre 2008 en la présente affaire, concernant l'*Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale* (voir ci-dessous).

90. Il y a soixante ans, dans son avis consultatif sur la *Compétence de l'Assemblée générale pour l'admission d'un Etat aux Nations Unies* (du 3 mars 1950), la présente Cour a jugé nécessaire de rappeler que :

«le premier devoir d'un tribunal, appelé à interpréter et à appliquer les dispositions d'un traité, est de s'efforcer de donner effet, selon leurs sens naturel et ordinaire, à ces dispositions prises dans leur contexte»<sup>124</sup>.

Si les mots, lorsqu'on leur attribuait leur signification naturelle et ordinaire, étaient équivoques ou conduisaient à des résultats déraisonnables — ajoutait la Cour —, c'était alors, et *alors seulement*, que la Cour devait rechercher «par d'autres méthodes d'interprétation ce que les parties avaient en réalité dans l'esprit quand elles se sont servies des mots dont il s'agissait»<sup>125</sup>.

91. A mon avis, les circonstances de la présente affaire n'exigent pas pareille procédure, mais, étant donné l'importance du principe *ut res magis valeat quam pereat* (section VI, ci-dessus) et les rapports de la clause compromissaire énoncée à l'article 22 avec la nature et le fond de la CIEDR (section V, ci-dessus), j'en userai quand même afin d'asseoir plus solidement mon opinion dissidente, car, à mon avis, ni le sens ordinaire de l'article 22 ni ses travaux préparatoires n'étaient les vues de la majorité des membres de la Cour dans le présent arrêt.

### 1. Sens ordinaire de l'article 22 de la CIEDR

92. La position majoritaire quant au sens ordinaire de l'article 22 de la CIEDR, exprimée dans l'ordonnance du 15 novembre 2008 en la présente affaire, et qui reposait sur la règle générale d'interprétation énoncée au paragraphe 1 de l'article 31 de la convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, était très claire. Voici ce que disait la Cour :

«la formule «[t]out différend ... qui n'aura pas été réglé par voie de négociation ou au moyen des procédures expressément prévues» par

<sup>124</sup> C.I.J. Recueil 1950, p. 8 (les italiques sont de moi).

<sup>125</sup> *Ibid.*, p. 8.



not, on its plain meaning, suggest that formal negotiations in the framework of the Convention or recourse to the procedure referred to in Article 22 thereof constitute preconditions to be fulfilled before the seisin of the Court” (*I.C.J. Reports 2008*, p. 388, para. 114).

Such plain meaning of the text of Article 22 of the CERD Convention, as acknowledged by the Court itself, is further confirmed by the context, as well as the object and purpose of the CERD Convention. It is, furthermore, in harmony with the Court’s *jurisprudence constante* on the matter. For reasons which escape my comprehension, the Court’s majority reverted its position in the present Judgment, into a diametrically opposed one (cf. item 3 *infra*, paras. 110-118).

93. In effect, Article 22 is located in Part III of the CERD Convention, dealing with the settlement of disputes concerning the interpretation and application of the Convention as a whole. Article 11, located in Part II of the CERD Convention, establishes a special complaints procedure, which is not mandatory. The location of Article 22 in a part of the Convention distinct from that which governs the functioning of the Committee (Part II) is thus not without relevance, and should not pass unnoticed. A brief analysis of the special complaints procedure contained in Article 11 of the CERD Convention indicates that Article 22 of the CERD Convention is not to be read as requiring prior “exhaustion” of the procedures set forth in Articles 11 and 12 of the CERD Convention, as an alleged “precondition” to the Court’s jurisdiction.

94. It may be recalled that Article 11 (1) of the CERD Convention establishes a distinct procedure that allows a State party to bring to the attention of the CERD Committee its concerns as to acts or omissions of another State party. The language provides that a State party “may” (not “shall”) invoke this procedure if it wishes to do so; this makes it clear that it is not required to refer to this procedure for any further purpose. The language is clearly not mandatory, and this is not the only indication to this effect.

95. It is noteworthy, moreover, that Article 11 (2) of the CERD Convention, which deals with the right to return to the CERD Committee “if the matter is not adjusted”, is subject to two procedural conditions, namely: (a) the right must be exercised within six months from the receipt by the receiving State of the initial communication to the Committee; and (b) the Committee must have determined that the matter has not been adjusted to the satisfaction of both Parties, either by bilateral negotiations or by any other procedure open to them. In case these two conditions were not met, the State concerned could not go back to the CERD Committee.

96. This confirms that, when the draftsmen of the CERD Convention considered it necessary to establish a procedural condition, they clearly did so, leaving no margin or room for further interpretation or doubts. If

la Convention, prise dans son sens naturel, ne donne pas à penser que la tenue de négociations formelles au titre de la Convention ou le recours aux procédures visées à l'article 22 constituent des conditions préalables auxquelles il doit être satisfait avant toute saisine de la Cour» (*C.I.J. Recueil 2008*, p. 388, par. 114).

Le sens naturel du texte de l'article 22 de la Convention, comme la Cour le reconnaît elle-même, est encore confirmé par le contexte, ainsi que par l'objet et le but de la CIEDR. Il est en outre en harmonie avec la jurisprudence constante de la Cour sur la question. Pour des raisons qui échappent à mon entendement, la majorité de la Cour est revenue sur sa position dans le présent arrêt et en a adopté une autre qui lui est diamétralement opposée (voir point 3 ci-dessous, par. 110-118).

93. En effet, l'article 22 se trouve dans la partie III de la Convention, qui traite du règlement des différends touchant l'interprétation et l'application de la Convention dans son ensemble. L'article 11, qui se trouve dans la partie II, établit une procédure de plainte spéciale qui n'est pas obligatoire. Si l'article 22 figure dans une partie de la Convention distincte de celle qui régit le fonctionnement du Comité (partie II), ce n'est donc pas le fait du hasard et ne devrait pas passer inaperçu. Une brève analyse de la procédure de plainte spéciale énoncée à l'article 11 de la CIEDR montre que l'article 22 ne doit pas être interprété comme exigeant l'«épuisement» préalable des procédures prévues aux articles 11 et 12 de la Convention, en tant que «condition préalable» à la compétence de la Cour.

94. On se souvient peut-être que le paragraphe 1 de l'article 11 de la CIEDR établit une procédure distincte permettant à un Etat partie d'appeler l'attention du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale sur les actes ou omissions d'un autre Etat partie. Il est dit dans cet article qu'un Etat partie «peut» appeler l'attention du Comité (et non qu'il appelle l'attention du Comité) s'il le souhaite; cela montre bien que l'Etat partie n'est pas dans l'obligation d'avoir recours à cette procédure à des fins ultérieures. Le texte n'a rien d'impératif, et ce n'est pas là la seule indication dans ce sens.

95. De plus, il est intéressant de noter que, en son paragraphe 2, l'article 11 de la Convention, qui traite du droit de soumettre à nouveau la question au Comité «si [elle] n'est pas réglée», énonce deux conditions de procédure, à savoir: *a)* ce droit doit être exercé dans un délai de six mois à compter de la date de réception de la communication originale du Comité par l'Etat destinataire; et *b)* le Comité doit avoir déterminé que la question n'est pas réglée à la satisfaction des deux Etats, par voie de négociations bilatérales ou par toute autre procédure qui serait à leur disposition. Si ces deux conditions n'ont pas été réunies, l'Etat concerné ne peut saisir à nouveau le Comité de la question.

96. Cela confirme que, lorsque les rédacteurs de la CIEDR ont jugé nécessaire d'élaborer une condition de procédure, ils l'ont manifestement fait sans laisser la moindre place à une autre interprétation ou au doute.

no such condition was clearly set forth, it could not at all be simply inferred, as that would not be in conformity with the nature and substance of the CERD Convention, a *victim-oriented* human rights treaty, and would clearly militate against the fulfilment of its object and purpose. This discloses the ordinary meaning of Article 22 of the CERD Convention.

## 2. Travaux préparatoires of Article 22 of the CERD Convention

97. The drafting of the CERD Convention was accomplished, in a relatively short time (1964-1965), as a result of the collaboration between the [former] Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, the [former] Commission on Human Rights, and the III Committee of the General Assembly. At an early stage of the debates in the Sub-Commission, the key issue of implementation was the provision for a reporting mechanism by the draft Convention, as the main measure envisaged by the draftsmen. As a supplementary choice for States parties, the draft Convention contemplated the establishment of a Fact-Finding and Conciliation Committee to assist interested States parties in seeking friendly settlement of disputes concerning the interpretation or application of the Convention<sup>126</sup>. These other means for States parties to reach friendly settlement were additional measures of implementation which would help to render the draft Convention “more effective”<sup>127</sup>.

98. No discussion took place on measures of implementation at the Commission on Human Rights<sup>128</sup>. In turn, discussions were held at the III Committee of the General Assembly, focusing on the innovative measures of implementation, and more particularly on the right of individual petition, one of the most debated issues of the entire CERD Convention.

<sup>126</sup> This resulted from the proposal of the delegate of the Philippines (Mr. Inglés), at the 427th meeting of the Sub-Commission. He considered that the settlement of disputes involving human rights did not always lend itself to strictly judicial procedure (reporting mechanism), and, aiming at the facilitation of the implementation of the Convention, the possibility of friendly settlement of disputes was proposed (Conciliation Committee), as an alternative means of implementation; cf. UN doc. E/CN.4/Sub.2/SR.427, pp. 11-17; UN Economic and Social Council [ECOSOC], *Draft International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination — Proposed Measures of Implementation* (Mr. Inglés), UN doc. E/CN.4/Sub.2/L.321 of 17 January 1964, p. 1.

<sup>127</sup> UN/Commission on Human Rights, *Report on the 20th session* (17 February-18 March 1964), *ECOSOC Official Records — 37th session*, Supplement No. 8, doc. E/3873, p. 10, para. 18; UN/Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, *Report of the 16th Session* (13-31 January 1964), UN doc. E/CN.4/873, pp. 51-57.

<sup>128</sup> Cf. UN/Commission on Human Rights, *Report on the 20th session*, (17 February-18 March 1964), *ECOSOC Official Records — 37th Session*, Supplement No. 8, doc. E/3873, pp. 66-67.

Puisqu'une condition de cette nature n'a pas été clairement énoncée, elle ne saurait résulter d'une déduction, étant donné qu'elle ne serait pas conforme à la nature et au fond de la Convention, instrument des droits de l'homme orienté vers les victimes, et qu'elle empêcherait manifestement la réalisation de son objet et de son but. Cela montre bien le sens ordinaire de l'article 22 de la CIEDR.

## 2. Travaux préparatoires de l'article 22 de la CIEDR

97. La CIEDR a été rédigée en relativement peu de temps (1964-1965), grâce à la collaboration de l'ex-sous-commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités, l'ex-Commission des droits de l'homme et la Troisième Commission de l'Assemblée générale. Dès le début des débats à la sous-commission, la principale mesure envisagée par les rédacteurs dans le domaine essentiel de la mise en œuvre fut une disposition prévoyant l'établissement de rapports. Le projet de convention offrait un choix supplémentaire aux Etats parties, à savoir la création d'un comité d'enquête et de conciliation chargé d'aider les Etats parties intéressés à régler à l'amiable les différends touchant l'interprétation ou l'application de la Convention<sup>126</sup>. Ces moyens de règlement à l'amiable mis à la disposition des Etats parties étaient d'autres mesures d'application qui « renforceraient l'efficacité du projet de convention »<sup>127</sup>.

98. La Commission des droits de l'homme n'a pas débattu des mesures d'application<sup>128</sup>. Des débats ont alors eu lieu à la Troisième Commission de l'Assemblée générale, qui portaient essentiellement sur des mesures d'application novatrices, et plus particulièrement sur le droit de recours individuel, l'une des questions les plus discutées dans tout l'examen

<sup>126</sup> Cette proposition venait du représentant des Philippines (M. Inglés), à la 427<sup>e</sup> séance de la sous-commission. Considérant que le règlement des différends relatifs aux droits de l'homme ne se prêtait pas toujours à une procédure strictement judiciaire (mécanisme de rapports), et pour faciliter l'application de la Convention, celui-ci a proposé la possibilité d'un règlement à l'amiable des différends (comité de conciliation) comme autre moyen d'application; voir Nations Unies, doc. E/CN.4/Sub.2/SR.427, p. 12-14; Nations Unies, Conseil économique et social, *Projet de convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale — Mesures proposées de mise en œuvre* (M. Inglés), Nations Unies, doc. E/CN.4/Sub.2/L.321 du 17 janvier 1964, p. 1.

<sup>127</sup> Nations Unies, Commission des droits de l'homme, *Rapport sur les travaux de la vingtième session* (17 février-18 mars 1964), Conseil économique et social, *Documents officiels — trente-septième session*, supplément n° 8, doc. E/3873, p. 10 (du texte anglais), par. 18; Nations Unies, sous-commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités, *Rapport sur les travaux de la seizième session* (13-31 janvier 1964), Nations Unies, doc. E/CN.4/873, p. 51-57 (du texte anglais).

<sup>128</sup> Voir Nations Unies, Commission des droits de l'homme, *Rapport sur les travaux de la vingtième session* (17 février-18 mars 1964), Conseil économique et social, *Documents officiels — trente-septième session*, supplément n° 8, doc. E/3873, p. 66-67 (du texte anglais).

No reference to the conditions of exercise of jurisdiction by the ICJ or the eventual relationship between the latter and the CERD Convention's special procedures can be inferred from the records of the III Committee. Solely the question of whether States could access unilaterally to the ICJ (Philippine proposal<sup>129</sup>, as well as interventions by the Canadian<sup>130</sup>, Italian<sup>131</sup> and Belgian<sup>132</sup> delegates) or whether common consent of the relevant States was needed to bring disputes arising out of the CERD Convention (Ghana's proposal<sup>133</sup>, and Polish amendment<sup>134</sup> supported by Ukrania<sup>135</sup>, USSR<sup>136</sup> and Tanzania<sup>137</sup>) was discussed.

99. The Officers of the III Committee submitted a draft clause VIII on settlement of disputes (among the final clauses of the draft Convention) on 15 October 1965<sup>138</sup>, and, at last, the III Committee also considered a "Three-Power amendment" submitted by Ghana, Mauritania and the Philippines, pertaining to the procedures referred to in the draft Convention<sup>139</sup> (as presented by Ghana<sup>140</sup>). The focus of the delegates and draftsmen seemed to be on the implementation measures already contained in the draft Convention, rather than on the role of the ICJ and the circumstances of its seizure. Those last proposals were adopted without in-depth discussions on this subject.

100. States did not devote to these last proposals the attention they required (in so far as the issue of the seizure of the ICJ is concerned), before they became Article 22 of the CERD Convention, as it stands now. The Court's majority itself concedes, in the present Judgment (para. 142) in the case concerning the *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*, that

<sup>129</sup> UN/G.A., *Proposal by the Philippines: Proposed Articles relating to Measures of Implementation*, UN doc. A/C.3/L.1221, of 11 October 1965, pp. 1ss.

<sup>130</sup> UN/G.A. III Committee, *Summary Record of the 1367th Meeting*, UN doc. A/C.3/SR.1367, p. 453, para. 25.

<sup>131</sup> *Ibid.*, p. 454, para. 39.

<sup>132</sup> *Ibid.*, p. 454, para. 40.

<sup>133</sup> UN/G.A., *Proposal by Ghana: Revised Amendments to document A/C.3/L.1221*, of 12 November 1965, pp. 1ss.

<sup>134</sup> UN/G.A., *Poland: Amendments to the Suggestions for Final Clauses Submitted by the Officers of the III Committee*, UN doc. A/C.3/L.1237, of 15 October 1965, pp. 1ss.

<sup>135</sup> *Op. cit. supra* note 130, p. 453, para. 27.

<sup>136</sup> *Ibid.*, p. 454, para. 33.

<sup>137</sup> *Ibid.*, p. 454, para. 36.

<sup>138</sup> UN/G.A., *Suggestions for Final Clauses Submitted by the Officers of the III Committee*, UN doc. A/C.3/L.1237, of 15 October 1965, pp. 1ss.

<sup>139</sup> UN doc. A/C.3/L.1313, in UN/G.A., *XXth Session — Official Records, Annexes: Report of the III Committee*, UN doc. A/6181, of 18 December 1965, pp. 1ss.

<sup>140</sup> *Op. cit. supra* note 130, p. 453, para. 29.

de la Convention. Les comptes rendus de la Troisième Commission ne contiennent aucune référence aux conditions dans lesquelles la Cour devrait exercer sa compétence ou à leurs rapports avec les procédures spéciales énoncées dans la CIEDR. La seule question examinée a été celle de savoir si les Etats pouvaient adhérer unilatéralement à la Cour (proposition des Philippines<sup>129</sup> et interventions des représentants du Canada<sup>130</sup>, de l'Italie<sup>131</sup> et de la Belgique<sup>132</sup>), ou si le consentement commun des Etats concernés était nécessaire pour saisir la Cour de différends touchant à la Convention (proposition du Ghana<sup>133</sup> et amendement de la Pologne<sup>134</sup> appuyé par l'Ukraine<sup>135</sup>, l'URSS<sup>136</sup> et la Tanzanie<sup>137</sup>).

99. Le bureau de la Troisième Commission présenta un projet de clause VIII sur le règlement des différends (parmi les clauses finales du projet de convention) le 15 octobre 1965<sup>138</sup> et, finalement, la Troisième Commission examina aussi un «amendement des trois puissances» présenté par le Ghana, la Mauritanie et les Philippines, concernant les procédures énoncées dans le projet de convention<sup>139</sup> (tel que présenté par le Ghana)<sup>140</sup>. Les délégués et les rédacteurs du texte semblaient se préoccuper surtout des mesures d'application déjà prévues dans le projet de convention, et non du rôle de la Cour et des conditions de sa saisine. Ces dernières propositions furent adoptées sans qu'il y ait eu de discussion approfondie à leur sujet.

100. Les Etats n'ont pas consacré toute l'attention voulue à ces dernières propositions (pour ce qui concerne la question de la saisine de la Cour), avant qu'elles deviennent l'article 22 de la CIEDR sous sa forme actuelle. La majorité de la Cour elle-même concède dans le présent arrêt (par. 142), relatif à l'*Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, que la discussion

<sup>129</sup> Assemblée générale des Nations Unies, *Proposition des Philippines: projet d'articles concernant les mesures de mise en œuvre*, Nations Unies, doc. A/C.3/L.1221 du 11 octobre 1965, p. 1 et suiv.

<sup>130</sup> Assemblée générale des Nations Unies, Troisième Commission, *Compte rendu analytique de la 1367<sup>e</sup> séance*, Nations Unies, doc. A/C.3/SR.1367, p. 485, par. 25.

<sup>131</sup> *Ibid.*, p. 486, par. 39.

<sup>132</sup> *Ibid.*, p. 487, par. 40.

<sup>133</sup> Assemblée générale des Nations Unies, *Proposition du Ghana: amendements révisés au document A/C.3/L.1221*, du 12 novembre 1965, p. 1 et suiv.

<sup>134</sup> Assemblée générale des Nations Unies, *Pologne: amendements aux suggestions relatives aux clauses finales présentées par le bureau de la Troisième Commission*, Nations Unies, doc. A/C.3/L.1237 du 15 octobre 1965, p. 1 et suiv.

<sup>135</sup> *Op. cit. supra* note 130, p. 485, par. 27.

<sup>136</sup> *Ibid.*, p. 486, par. 33.

<sup>137</sup> *Ibid.*, p. 486, par. 36.

<sup>138</sup> Assemblée générale des Nations Unies, *Suggestions relatives aux clauses finales présentées par les membres du bureau de la Troisième Commission*, Nations Unies, doc. A/C.3/L.1237 du 15 octobre 1965, p. 1 et suiv.

<sup>139</sup> Nations Unies, doc. A/C.3/L.1313, dans Assemblée générale des Nations Unies, *Documents officiels — vingtième session*, annexes: *Rapport de la Troisième Commission*, Nations Unies, doc. A/6181 du 18 décembre 1965, p. 1 et suiv.

<sup>140</sup> *Op. cit. supra* note 130, p. 485, par. 29.

there was very little and unsatisfactory discussion of what was to become Article 22 of the CERD Convention. Its recorded legislative history contains no indication of a *mens legis* to the effect of subordinating the ICJ jurisdiction to the satisfaction of mandatory “preconditions”.

101. I find it surprising, if not extraordinary, that the Court’s majority, having admitted this, then moved on to its “conclusion” (para. 142), looking rather like a *prêt-à-porter*, that Article 22 of the CERD Convention “imposes preconditions” to be complied with (para. 148), before a State could refer a dispute to the ICJ thereunder. The fact is that there is no conclusive indication to that effect in the *travaux préparatoires* of the CERD Convention, nor is there any statement as to the existence of a resolutive obligation incumbent upon States parties, to do all they can to settle their disputes previously by negotiation, before they can seize the ICJ. Resort to negotiation was generally referred to as a factual *effort* or *attempt* only, rather than as a resolutive obligation.

102. The very fact that proceedings were instituted before the ICJ militates strongly against the assumption or conclusion that the dispute could have been resolved by prior negotiations between the contending Parties. In the aforementioned discussions of the III Committee on the last proposals for the draft final clause VIII of the draft Convention (which led to Article 22 of CERD Convention), the delegate of Canada (R. St. John Macdonald), for example, stated that:

“Any party to a dispute over the interpretation or application of the Convention should be able to bring the matter before the Court, for the Convention was being prepared under United Nations auspices and the Court was the Organization’s principal juridical organ. Moreover, clause VIII allowed parties to a dispute considerable latitude.”<sup>141</sup>

Drawing attention to “the flexibility of the Article’s terms”, he added that his delegation “hoped” that: “it would be possible to confer in advance on the Court a measure of jurisdiction in regard to matters connected with the Convention”<sup>142</sup>.

103. On his turn, the Representative of Italy (F. Capotorti) began by observing that international law allowed for consent to be given for submission of a dispute to the Court either “by any or by all the parties”, and either “upon ratification of the Convention” or “when a particular dispute arose”. He warned that “[c]onsent of States would be much more difficult to obtain when a dispute already existed than when the Convention was opened for signature”. His position was, thus, that:

<sup>141</sup> *Op. cit. supra* note 130, p. 453, para. 25.

<sup>142</sup> *Ibid.*, p. 453, paras. 25 and 28.

sur ce qui devait devenir l'article 22 de la Convention fut brève et peu satisfaisante. L'histoire législative de la CIEDR ne contient aucune indication de *mens legis* tendant à subordonner la compétence de la Cour internationale à la satisfaction de «conditions préalables» à caractère obligatoire.

101. Il me paraît surprenant, pour ne pas dire extraordinaire, que la majorité de la Cour, en connaissance de cause, parvienne ensuite à la «conclusion» (par. 142) — relevant du prêt-à-porter — que l'article 22 de la CIEDR «impose des conditions préalables» qui doivent être satisfaites (par. 148) avant qu'un Etat puisse saisir la Cour d'un différend. Le fait est qu'il n'y a ni indication probante à cet effet dans les travaux préparatoires de la Convention, ni la moindre déclaration quant à l'existence d'une obligation catégorique incombant à tous les Etats parties de faire tout ce qui est en leur pouvoir pour régler leurs différends par voie de négociation, avant même de saisir la Cour. Le recours à la négociation n'était généralement évoqué que d'une manière factuelle, comme un *effort* ou une *tentative* par exemple, et non comme une obligation catégorique.

102. Le fait même que la Cour a été saisie milite fortement contre l'hypothèse ou la conclusion selon laquelle le différend aurait pu être réglé par voie de négociations préalables entre les Parties. Dans les débats susmentionnés de la Troisième Commission sur les dernières propositions relatives au projet de clause finale VIII du projet de Convention (qui a conduit à l'article 22 de la CIEDR), le représentant du Canada (R. St. John Macdonald), par exemple, déclara ce qui suit :

«Toute partie à un différend touchant l'interprétation ou l'application de la Convention devrait pouvoir porter l'affaire devant la Cour, car la Convention a été préparée sous les auspices des Nations Unies et la Cour est l'organe judiciaire principal des Nations Unies. D'ailleurs, la clause VIII laisse une grande latitude aux parties à un différend.»<sup>141</sup>

Appelant l'attention sur «la flexibilité des termes de l'article», le représentant du Canada ajouta que sa délégation «espérait» qu'«il serait possible de conférer à l'avance à la Cour une certaine juridiction en ce qui concerne les questions relatives à la Convention»<sup>142</sup>.

103. A son tour, le représentant de l'Italie (F. Capotorti) commença par relever qu'en vertu du droit international un différend pouvait être soumis à la Cour avec le consentement soit «de l'une des parties, soit de toutes», et soit «au moment de la ratification de la Convention», soit «lorsque le différend survient». Il fit observer qu'«il sera[it] beaucoup plus difficile d'obtenir le consentement des Etats lorsqu'un différend exist[erait] qu'au moment où la Convention [serait] ouverte à la signature». A son avis :

<sup>141</sup> *Op. cit. supra* note 130, p. 485, par. 25.

<sup>142</sup> *Ibid.*, p. 485, par. 25 et 28.



“The Committee should adopt a practical approach and decide which method was more in accord with the spirit of the Convention and would ensure the most satisfactory settlement of disputes relating to the Convention.”<sup>143</sup>

104. The issue of State consent, in sum, could be raised, in his view, at the appropriate moment, namely, upon ratification of the Convention, and not subsequently, when a particular dispute arose. In the same discussions, the delegate of Trinidad and Tobago (Mr. Ince) remarked, in respect of the draft final clause VIII, that the draft CERD Convention was “being drawn in a spirit of goodwill”, and one should thus “facilitate reference of cases to the Court”<sup>144</sup>. To the same effect, the delegate of Belgium (Mr. Cochaux) stated that:

“The Court was an important international organ whose role in settling disputes connected with the present draft Convention — an instrument created by the United Nations — should not be belittled”<sup>145</sup>.

105. The (amended) draft final clause VIII, which was to become Article 22 of the CERD Convention, was then adopted, as a whole, by the III Committee, by 70 votes to 9, with 8 abstentions<sup>146</sup>. The language used by some delegates, in the debates preceding its adoption, does not at all imply or suggest that recourse to this Court was regarded as subordinated to the other settlement procedures of the CERD Convention, or to any “preconditions”. Shortly after that voting took place, the delegate of Ghana (Mr. Lamptey), further to his previous statement (which the Court’s majority saw it fit to single out in the present Judgment, para. 142), added an interpretative declaration as to his position, to the effect that his delegation had “accepted the compulsory jurisdiction of the Court in the case of certain specific Conventions”, and that it attached “much importance” to the CERD Convention<sup>147</sup>.

106. I cannot thus detect on what basis did the Court’s majority, in the present Judgment in the case concerning the *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*, reach its decision as to the ordinary meaning and scope of Article 22 of the CERD Convention. The view of the Court’s majority that the *travaux préparatoires* of the CERD Convention “do not suggest a different conclusion from that at which the Court has already arrived through the main method of ordinary meaning interpretation” (para. 147, *in fine*) simply begs the question, and does not resist closer examination.

107. Moreover, as we have just seen, there were clearly those, in the drafting history of the CERD Convention, who were sensitive to the

<sup>143</sup> *Op. cit. supra* note 140, p. 454, para. 39.

<sup>144</sup> *Ibid.*, pp. 454-455, para. 41.

<sup>145</sup> *Ibid.*, p. 454, para. 40.

<sup>146</sup> *Ibid.*, p. 455, para. 41.

<sup>147</sup> *Ibid.*, p. 455, para. 42.

«[L]a Commission devrait adopter une attitude pratique et décider quelle méthode [serait] la plus conforme à l'esprit de la Convention et assurera[it] le mieux le règlement des différends auxquels [la Convention] pourrait donner lieu.»<sup>143</sup>

104. En bref, le représentant de l'Italie était d'avis que la question du consentement des Etats pouvait être soulevée au moment approprié, à savoir au moment de la ratification de la Convention et non pas ultérieurement, lorsqu'un différend particulier surgissait. Au cours du même débat, le représentant de la Trinité-et-Tobago (M. Ince) fit observer au sujet du projet de clause finale VIII «qu'un esprit de bonne volonté» présidait à l'élaboration du projet de CIEDR et qu'il fallait donc «faciliter le renvoi à la Cour»<sup>144</sup>. De même, pour le délégué de la Belgique (M. Cochaux):

«La Cour [était] un organe international important dont le rôle dans le règlement des différends se rapportant au présent projet de Convention — un instrument créé par l'Organisation des Nations Unies — ne [devait] pas être amoindri.»<sup>145</sup>

105. Le projet (modifié) de clause finale VIII, qui devait devenir l'article 22 de la Convention, fut ensuite adopté dans son ensemble par la Troisième Commission, par soixante-dix voix contre neuf, avec huit abstentions<sup>146</sup>. Les déclarations de certains représentants au cours du débat qui précéda le vote n'impliquent en rien ni ne donnent à penser que la saisine de la Cour était considérée comme dépendant des autres procédures de règlement prévues dans la Convention ou de toute «condition préalable». Peu après le vote, le représentant du Ghana (M. Lamptey), qui avait déjà fait une déclaration (que la majorité de la Cour a jugé bon de mettre en évidence dans le présent arrêt, par. 142), ajouta une déclaration interprétative selon laquelle sa délégation «accept[ait] la juridiction obligatoire de la Cour dans le cas de certaines conventions» et attachait une «grande importance» à la CIEDR<sup>147</sup>.

106. Dans le présent arrêt en l'affaire de l'*Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, je ne vois donc pas sur quelle base la majorité de la Cour est arrivée à sa décision au sujet du sens ordinaire et de la portée de l'article 22 de la Convention. Son avis selon lequel les travaux préparatoires de la Convention «ne suggèrent ... pas une conclusion différente de celle à laquelle [la Cour] est parvenue par la méthode principale de l'interprétation selon le sens ordinaire» (fin du paragraphe 147) élude tout simplement la question et ne résiste pas à un examen plus poussé.

107. De plus, comme nous venons de le voir, certains rédacteurs de la Convention souhaitaient manifestement que le texte tienne compte des

<sup>143</sup> *Op. cit. supra* note 130, p. 486, par. 39.

<sup>144</sup> *Ibid.*, p. 487, par. 41.

<sup>145</sup> *Ibid.*, p. 487, par. 40.

<sup>146</sup> *Ibid.*, p. 487, par. 41.

<sup>147</sup> *Ibid.*, p. 487, par. 42.

regulation of social relations under the CERD Convention, and who favoured possible recourse to the ICJ<sup>148</sup> without “preconditions”. In my perception, in the present Judgment on preliminary objections, the position of the Court’s majority as to Article 22 of the CERD Convention does not stand.

108. The “conclusion” drawn by the Court’s majority is not, in my perception, supported or “confirmed” by an attentive analysis of the *travaux préparatoires* of the CERD Convention. The so-called “preconditions” in Article 22, allegedly to be fulfilled prior to the recourse to the ICJ, are rather, in my perception, newly-proposed — if not imposed — obstacles to the fulfilment of the object and purpose of the CERD Convention, which, furthermore, fail to take in due account the nature and substance of the CERD Convention, a core human rights treaty of considerable importance in the history of the United Nations itself. In my understanding they are, in sum, unwarranted obstacles to access to justice at international level.

109. The whole construction of the present Judgment of the Court in respect of the second preliminary objection does not seem to rest on a sound reasoning, and appears to me without foundation. Article 22 does not use any conditional language (“if”) in its wording. It limits itself to stating that a dispute which is not settled by negotiation or by the procedures expressly provided for in CERD, *shall* be referred to the ICJ for decision. It is a statement of pure verification of facts, and nowhere is there a “precondition” implied or suggested in its wording, and certainly not in its spirit.

### 3. *The Previous Pronouncement by the Court on Article 22 of the CERD Convention: Venire Contra Factum/Dictum Proprium Non Valet*

110. We have seen that Article 22 of the CERD Convention stipulates that a State party may unilaterally refer a dispute to the Court if that dispute “is not settled by negotiation”, but this does not establish any express obligation, in the form of a “precondition”, to engage in such negotiation. As already noted *by the ICJ itself*, in its recent Order on Provisional Measures (of 15 October 2008), these words describe a state of fact, so that the function of the Court is limited to determining whether the dispute is not settled. In the same paragraph where the Court stated

---

<sup>148</sup> Suffice it to recall here the positions taken by two learned jurists, Ronald St. John Macdonald and Francesco Capotorti (cf. *supra*). Years later, the former drew attention to the evolving teleological interpretation of the UN Charter itself, whilst the latter singled out judicial settlement (including recourse to the ICJ) as the best means to resolve disputes pertaining to the safeguard of human rights. Cf., respectively: R. St. John Macdonald, “A Short Note on the Interpretation of the Charter of the United Nations by the International Court of Justice”, in *Liber Amicorum Judge S. Oda* (eds. N. Ando *et alii*), The Hague, Kluwer, 2002, p. 182; F. Capotorti, “Cours général de droit international public”, 248 *Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye* (1994), p. 107.

relations sociales et étaient favorables à la possibilité de saisir la Cour<sup>148</sup> sans «condition préalable». Je suis d'avis que, dans le présent arrêt sur les exceptions préliminaires, l'interprétation que la majorité des membres de la Cour donne de l'article 22 de la CIEDR ne tient pas.

108. La «conclusion» à laquelle est parvenue la majorité de la Cour n'est pas, à mon sens, appuyée ou «confirmée» par une analyse attentive des travaux préparatoires de la Convention. Les «conditions préalables» énoncées à l'article 22 et qui devraient être remplies avant la saisine de la Cour ne sont à mon avis que des obstacles nouvellement proposés — voire imposés — à la réalisation de l'objet et du but de la Convention qui, de plus, ne tiennent pas compte de la nature et du fond de la CIEDR, instrument fondamental de défense des droits de l'homme qui revêt une importance considérable dans l'histoire des Nations Unies elles-mêmes. En bref, ce sont à mon avis des obstacles injustifiés à l'accès à la justice au niveau international.

109. Rien dans la structure du présent arrêt de la Cour relatif à la deuxième exception préliminaire ne semble reposer sur un raisonnement solide et ne paraît fondé. L'article 22 ne contient pas de conditionnel («si»). Il se borne à indiquer que tout différend qui n'aura pas été réglé par voie de négociation ou au moyen des procédures expressément prévues par la Convention *sera* porté devant la Cour pour qu'elle statue à son sujet. Ces termes expriment simplement des faits et il n'est question nulle part, pas même implicitement, d'une «condition préalable» dans la lettre et à plus forte raison dans l'esprit de la Convention.

### 3. *La décision antérieure de la Cour sur l'article 22 de la CIEDR:* venire contra factum/dictum proprium non valet

110. Nous avons vu que l'article 22 de la CIEDR dispose qu'un Etat partie peut unilatéralement porter devant la Cour un différend qui «n'aura pas été réglé par voie de négociation», ce qui n'établit pas une obligation expresse, sous la forme d'une «condition préalable» d'engager de telles négociations. Comme l'a déjà noté *la Cour elle-même*, dans sa récente ordonnance en indication de mesures conservatoires (du 15 octobre 2008), ces mots traduisent un état de fait, de sorte que le rôle de la Cour se limite à déterminer si le différend est ou non réglé. Dans le paragraphe où cette

<sup>148</sup> Il suffit de rappeler ici la position de deux juristes éminents, Ronald St. John Macdonald et Francesco Capotorti (voir ci-dessus). Des années plus tard, le premier a appelé l'attention sur l'évolution de l'interprétation téléologique de la Charte des Nations Unies elle-même, tandis que le second voyait dans le règlement judiciaire (y compris la saisine de la Cour) le meilleur moyen de régler les différends touchant à la protection des droits de l'homme. Voir, respectivement: R. St. John Macdonald, «A Short Note on the Interpretation of the Charter of the United Nations by the International Court of Justice», dans *Liber Amicorum Judge S. Oda* (dir. publ., N. Ando *et al.*), La Haye, Kluwer, 2002, p. 182; F. Capotorti, «Cours général de droit international public», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 248 (1994), p. 107.

that no precondition was needed, the Court added that “Article 22 does suggest that some attempt should have been made by the Claimant Party to initiate, with the Respondent Party, discussions on issues that would fall under CERD” (*I.C.J. Reports 2008*, p. 388, para. 114).

111. However, these negotiations do not constitute a formal requirement for the Court to exercise its jurisdiction. This approach can also be inferred from the Court’s longstanding practice, and there is no reason to depart from it, as that would create juridical uncertainty, in the understanding of States, as to the circumstances in which the Court would exercise its jurisdiction. Of particular importance is the Court’s judgment in the case of *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States)* (*Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1984*), where the Court ruled that, since there had in fact been no settlement of the dispute between the parties, the requirements of the compromissory clause (Article XXXIV (2) of the 1956 Treaty of Friendship, Commerce and Navigation) were satisfied, since the dispute was clearly one which was not satisfactorily adjusted by diplomatic means (cf. *infra*).

112. In sum, and as the Court held in its Order on provisional measures of 15 October 2008 in the present case concerning the *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*, Article 22 of the CERD Convention does not, on its plain meaning, suggest that formal negotiations in the framework of the CERD Convention or recourse to the procedure referred to in Article 22 thereof constitute “preconditions” to be fulfilled before the seisin of the Court (*I.C.J. Reports 2008*, p. 388, para. 114). This was the timely clarification made by the Court in its Order of 15 October 2008, which now, in the present Judgment, was incomprehensibly made dead letter by the Court itself (Judgment, para. 129), which thus ran against and deconstructed its own *res interpretata*.

113. It is widely known that, in international legal procedure, once a contending party has asserted a position as to a given issue before an international tribunal, it can no longer attempt to avail itself of an orientation to the opposite sense (as warned by international case law itself<sup>149</sup>): *allegans contraria non audiendus est*. This basic principle of procedural law is valid for countries of *droit civil* (by virtue of the doctrine going back to classic Roman law, *venire contra factum proprium non valet*, developed on the basis of considerations of equity, *aequitas*) as well as for countries of *common law* (by virtue of the institution of estoppel<sup>150</sup>, proper of the Anglo-Saxon juridical tradition). In any case, it could not

<sup>149</sup> Cf., e.g., Ch. De Visscher, *De l'équité dans le règlement arbitral ou judiciaire des litiges de droit international public*, Paris, Pedone, 1972, pp. 49-52.

<sup>150</sup> Cf., *inter alia*, e.g., Ian Sinclair, “Estoppel and Acquiescence”, in *Fifty Years of the International Court of Justice — Essays in Honour of R. T. Jennings* (eds. V. Lowe and M. Fitzmaurice), Cambridge University Press, 1996, pp. 104-120; Ch. Vallée, “Quelques observations sur l’estoppel en droit des gens”, 77 *Revue générale de droit international public* (1973), pp. 949-999.

dernière indique qu'il n'y a pas de condition préalable à satisfaire, elle ajoute «l'article 22 donne en revanche à penser que la Partie demanderesse doit avoir tenté d'engager, avec la Partie défenderesse, des discussions sur des questions pouvant relever de la CIEDR» (*C.I.J. Recueil 2008*, p. 388, par. 114).

111. Toutefois, ces négociations ne constituent pas une obligation formelle avant toute saisine de la Cour. C'est aussi ce qui ressort de la pratique traditionnelle de la Cour, et rien ne justifie qu'elle s'en écarte car il en résulterait une incertitude juridique dans l'esprit des Etats quant aux circonstances dans lesquelles la Cour exerce sa compétence. L'arrêt de la Cour en l'affaire *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)* (compétence et recevabilité, arrêt, *C.I.J. Recueil 1984*) revêt une importance particulière: la Cour y a conclu que, aucun règlement de différend n'étant effectivement intervenu entre les parties, les conditions posées dans la clause compromissoire (article XXIV, paragraphe 2, du traité d'amitié, de commerce et de navigation de 1956) étaient remplies puisqu'il était clair que ce différend ne pourrait être réglé d'une manière satisfaisante par la voie diplomatique (voir ci-dessous).

112. En bref, et comme la Cour l'a décidé dans son ordonnance en indication de mesures conservatoires du 15 octobre 2008 en la présente affaire relative à l'*Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, l'article 22 de la CIEDR, pris dans son sens naturel, ne donne pas à penser que la tenue de négociations formelles au titre de la CIEDR ou le recours aux procédures visées à l'article 22 constituent «des conditions préalables» auxquelles il doit être satisfait avant toute saisine de la Cour (*C.I.J. Recueil 2008*, p. 388, par. 114). Telle était la clarification que la Cour a faite fort à propos dans son ordonnance du 15 octobre 2008 et qu'elle rend aujourd'hui lettre morte dans le présent arrêt, ce qui est incompréhensible, va à l'encontre de sa propre *res interpretata* et la réduit à néant (arrêt, par. 129).

113. Chacun sait que, dans la procédure internationale, lorsque l'une des parties en présence a fait connaître sa position sur une question donnée devant une cour internationale, elle ne peut plus tenter d'en faire valoir une autre qui va dans le sens opposé (comme l'indique la jurisprudence internationale elle-même<sup>149</sup>): *allegans contraria non audiendus est*. Ce principe fondamental du droit procédural vaut pour les pays de tradition civiliste (en vertu de la théorie qui remonte au droit romain classique, *venire contra factum proprium non valet*, élaborée sur la base de considérations d'équité, *aequitas*) comme pour les pays de *common law* (en vertu de l'institution de l'*estoppel*<sup>150</sup>, propre à la tradition juridique anglo-

<sup>149</sup> Voir, par exemple, Ch. de Visscher, *De l'équité dans le règlement arbitral ou judiciaire des litiges de droit international public*, Paris, Pedone, 1972, p. 49-52.

<sup>150</sup> Voir entre autres, par exemple, Ian Sinclair, «Estoppel and Acquiescence», dans *Fifty Years of the International Court of Justice — Essays in Honour of R. T. Jennings* (dir. publ., V. Lowe et M. Fitzmaurice), Cambridge University Press, 1996, p. 104-120; Ch. Vallée, «Quelques observations sur l'estoppel en droit des gens», *Revue générale de droit international public*, vol. 77 (1973), p. 949-999.

be otherwise, so as to preserve the confidence and the principle of *bona fides* which ought always to prevail in the international legal procedure.

114. With all the more reason, the same reasoning would apply as to positions already taken by an international tribunal *as to the law*, quite a distinct issue from its *prima facie* findings *as to the facts*. Positions *as to the law* cannot be simply changed at the tribunal's free will, shortly afterwards, to the diametrically opposite direction! This would generate a sense of juridical insecurity, that would surely undermine the credibility of the work of an international tribunal, and even more so when its jurisdiction is exercised on the basis of a human rights treaty. *Venire contra factum proprium non valet*, and, perhaps even more forcefully, *venire contra dictum proprium non valet*. In my perception, the Court's considerations in paragraph 129 of the present Judgment do not at all stand: they clash with a basic principle of international procedural law, deeply rooted in legal thinking.

115. There is no *requirement* that the negotiations between Georgia and the Russian Federation include an *express reference* to the CERD Convention. It is sufficient for the subject-matter of the dispute at issue to have been discussed, brought to the attention of each other. In light of the evidence put to the Court, Georgia has sought to discuss with Russia matters falling within the scope of the CERD Convention, in the conflicts affecting ethnic Georgians in South Ossetia and Abkhazia.

116. Finally, with regard to the question whether the previous engagement in negotiations and recourse to the procedures expressly provided for in the CERD Convention (referred to in Article 22) are cumulative or alternative, the conjunction "or" indicates that the draftsmen of the CERD Convention clearly considered "negotiation" or "the procedures expressly provided for in this Convention" as *alternatives*. The Court could well — and should — have discarded any doubts that could persist on this point; instead, it deliberately preferred to abstain from pronouncing (para. 183) on this aspect of the controversy raised before it. Instead of clarifying the point, of saying what the law is (*juris dictio*), it felt there was "no need" to do so.

117. The purpose of multilateral treaties like the CERD Convention, of human rights treaties, is to render human rights scrutiny and enforcement effective at the international level, including by means of dispute settlement. In its *jurisprudence constante*, for example, the ECHR has stressed that the object and purpose of human rights treaties (such as the European Convention) requires that their provisions be interpreted and applied so as to make their safeguards "practical and effective"<sup>151</sup>. The same applies to the CERD Convention, as a core human rights treaty of the United Nations.

---

<sup>151</sup> Cf., to this effect, e.g., ECHR, case *Artico v. Italy*, judgment of 13 May 1980, para. 33; ECHR, case *Soering v. United Kingdom*, judgment of 7 July 1989, para. 87; ECHR, case *Rantsev v. Cyprus and Russia*, judgment of 7 January 2010, para. 275.

saxonne). Quoi qu'il en soit, il ne pourrait en être autrement si l'on veut préserver la confiance et le principe de *bona fides* qui devrait toujours l'emporter dans la procédure internationale.

114. Le même raisonnement s'appliquerait à fortiori aux décisions déjà adoptées par une cour internationale *quant au droit* — question très différente de celle de ses conclusions *prima facie quant aux faits*. La Cour ne peut tout simplement pas modifier à son gré des décisions qu'elle a prises *quant au droit* et adopter peu de temps après une position diamétralement opposée ! Il en résulterait un sentiment d'insécurité juridique qui ne pourrait que nuire à la crédibilité du travail d'une cour internationale, encore plus lorsque sa compétence s'exerce sur la base d'un instrument relatif aux droits de l'homme. *Venire contra factum proprium non valet* et, peut-être encore davantage, *venire contra dictum proprium non valet*. A mon sens, les considérations de la Cour énoncées au paragraphe 129 du présent arrêt ne tiennent absolument pas : elles sont contraires à un principe fondamental du droit procédural international, profondément enraciné dans la pensée juridique.

115. Rien *n'impose* que les négociations entre la Géorgie et la Fédération de Russie incluent une *référence expresse* à la CIEDR. Il suffit que la question du différend ait été débattue entre les Parties, portée à leur attention. A la lumière des éléments de preuve présentés à la Cour, la Géorgie a cherché à discuter avec la Russie de questions relevant de la Convention dans le cadre des conflits qui causaient un préjudice aux Géorgiens de souche en Ossétie du Sud et en Abkhazie.

116. Enfin, s'agissant de la question de savoir si l'ouverture préalable de négociations et le recours aux procédures expressément prévues par la Convention (évoquées à l'article 22) sont cumulatives ou alternatives, la conjonction «ou» indique que les rédacteurs de la CIEDR considéraient manifestement «la négociation» ou «les procédures expressément prévues par la Convention» comme *alternatives*. La Cour pouvait — et aurait dû — dissiper tout doute pouvant subsister sur ce point ; au lieu de quoi elle a délibérément choisi de s'abstenir de se prononcer (par. 183) sur cet aspect de la controverse. Elle n'a pas jugé nécessaire d'éclaircir ce point, de dire ce qu'est le droit (*juris dictio*).

117. Les instruments multilatéraux de défense des droits de l'homme comme la CIEDR ont pour objectif de rendre la surveillance des droits de l'homme et leur application efficaces au niveau international, y compris par le règlement des différends. Dans sa jurisprudence constante, par exemple, la Cour européenne des droits de l'homme a souligné que l'objet et le but des instruments relatifs aux droits de l'homme (comme la convention européenne) exigent que leurs dispositions soient interprétées et appliquées de manière à rendre les garanties qui y sont énoncées «pratiques et efficaces»<sup>151</sup>. Il en est de même de la CIEDR, instrument essentiel de défense des droits de l'homme des Nations Unies.

<sup>151</sup> Voir à ce propos, par exemple, CEDH, affaire *Artico c. Italie*, arrêt du 13 mai 1980, par. 33 ; CEDH, affaire *Soering c. Royaume-Uni*, arrêt du 7 juillet 1989, par. 87 ; CEDH, affaire *Rantsev c. Chypre et Russie*, arrêt du 7 janvier 2010, par. 275.



118. In the present case, due weight should have been given to the consideration, in the preamble of the CERD Convention (para. 1), that all Member States of the United Nations have pledged themselves to take action, in co-operation with the Organization, for the achievement of one of the purposes of the United Nations, which is “to promote and encourage universal respect for and observance of human rights” for all, without distinction of any kind, keeping in mind the proclamation, by the 1948 Universal Declaration of Human Rights, that all human beings are born free and equal in dignity and rights (Art. 1).

VIII. TOWARDS PEACEFUL SETTLEMENT AND REALIZATION OF JUSTICE:  
VERIFICATION OF PRIOR ATTEMPTS  
OR EFFORTS OF NEGOTIATION

1. *Permanent Court of International Justice*

119. The Permanent Court of International Justice (PCIJ), in its *jurisprudence constante*, approached prior attempts or efforts of negotiation as a factual element to be taken into account in the process of judicial settlement of disputes submitted to its cognizance. It has never ascribed to this factual element the character of a “precondition” that would have to be fully satisfied, for the exercise of its jurisdiction. Thus, in a celebrated passage of its Judgment (of 30 August 1924), in the case of the *Mavrommatis Palestine Concessions* case (Judgment No. 2), the PCIJ stated that:

“Negotiations do not of necessity always presuppose a more or less lengthy series of notes and dispatches; it may suffice that a discussion should have been commenced, and this discussion may have been very short; this will be the case if a deadlock is reached, or if finally a point is reached at which one of the parties definitely declares himself unable, or refuses, to give way, and there can therefore be no doubt that *the dispute cannot be settled by diplomatic negotiation.*”<sup>152</sup>

120. The PCIJ added, in the same *Mavrommatis Palestine Concessions* case (1924), that “it would be incompatible with the flexibility which should characterize international relations to require the two Governments to reopen a discussion which has in fact already taken place” (*P.C.I.J., Series A, No. 2*, p. 15). In case of an eventual objection *in limine litis* to its jurisdiction, the PCIJ further stated that the Court: “is at liberty to adopt the principle which it considers best calculated to ensure the administration of justice, most suited to procedure before an international tribunal and most in conformity with the fundamental principles of international law” (*ibid.*, p. 16).

121. Shortly afterwards, in its Judgment (of 25 August 1925), in the

<sup>152</sup> *P.C.I.J., Series A, No. 2*, p. 13; emphasis added.

118. Dans la présente affaire, il aurait fallu accorder l'importance voulue au préambule de la Convention (par. 1), qui dispose que tous les Etats Membres se sont engagés à agir, en coopération avec l'Organisation, en vue d'atteindre l'un des buts des Nations Unies, à savoir «développer et encourager le respect universel et effectif des droits de l'homme» pour tous, sans distinction d'aucune sorte, en ayant à l'esprit que, en son article premier, la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 proclame que tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits.

VIII. VERS LE RÈGLEMENT PACIFIQUE ET LA RÉALISATION DE LA JUSTICE :  
VÉRIFICATION DES TENTATIVES  
OU EFFORTS PRÉALABLES DE NÉGOCIATION

1. *La Cour permanente de Justice internationale*

119. La Cour permanente de Justice internationale (ci-après la «Cour permanente»), dans sa jurisprudence constante, a appréhendé les tentatives ou les efforts préalables de négociation comme une donnée factuelle à prendre en considération dans le cadre du processus de règlement judiciaire des différends portés devant elle. Elle n'en a jamais fait une «condition préalable» devant être pleinement remplie pour qu'elle puisse exercer sa compétence. Ainsi, dans un célèbre passage de son arrêt (du 30 août 1924) en l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine* (arrêt n° 2), la Cour permanente a déclaré :

«Une négociation ne suppose pas toujours et nécessairement une série plus ou moins longue de notes et de dépêches; ce peut être assez qu'une conversation ait été entamée; cette conversation a pu être très courte: tel est le cas si elle a rencontré un point mort, si elle s'est heurtée finalement à un *non possumus* ou à un *non volumus* péremptoire de l'une des parties et qu'ainsi il est apparu avec évidence que le *différend n'est pas susceptible d'être réglé par une négociation diplomatique.*»<sup>152</sup>

120. La Cour permanente a ajouté, toujours dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine* (1924), qu'«il serait peu compatible avec la souplesse qui doit caractériser les relations internationales d'obliger ces gouvernements à renouveler une discussion qui a déjà eu lieu en fait» (*C.P.J.I. série A n° 2*, p. 15). En cas d'exception d'incompétence présentée *in limine litis*, indiqua-t-elle aussi, elle «[était] libre d'adopter la règle qu'elle consid[érait] comme la plus appropriée à la bonne administration de la justice, à la procédure devant un tribunal international, et la plus conforme aux principes fondamentaux du droit international» (*ibid.*, p. 16).

121. Peu après, dans son arrêt (du 25 août 1925) en l'affaire relative à

<sup>152</sup> *C.P.J.I. série A n° 2*, p. 13; les italiques sont de moi.

case concerning *Certain German Interests in Polish Upper Silesia* (Judgment No. 6), the PCIJ again rejected any formalistic approach, in pointing out that: “the Court cannot allow itself to be hampered by a mere defect of form, the removal of which depends solely on the Party concerned” (*P.C.I.J., Series A, No. 6*, p. 14).

The PCIJ added, in the same case, that “the Court’s jurisdiction cannot depend solely on the wording of the Application” (*ibid.*, p. 15).

122. In the same line of thinking, in its Judgment (of 26 July 1927), in the *Factory at Chorzów* case (Jurisdiction, Judgment No. 8), the PCIJ again dismissed a self-restrained outlook of the compromissory clause, which would unduly reduce its scope. The PCIJ warned:

“To say (. . .) that the *clause compromissoire* (. . .) must now be restrictively interpreted (. . .), would be contrary to the fundamental conceptions by which the movement in favour of general arbitration has been characterized.” (*P.C.I.J., Series A, No. 8*, p. 22.)

The PCIJ refused to infer “a contrary intention” of the parties limiting its jurisdiction; such a reliance on “a difference of opinion” between the parties as to “the interpretation or application of a Convention, it concluded, “instead of settling a dispute once and for all, would leave open the possibility of further disputes” (*ibid.*, p. 25).

123. The position taken by the PCIJ, to the effect that recourse to negotiations has never been a “precondition” to seize it, had prompt repercussions in the juridical circles of those days. Shortly after the aforementioned decisions of the PCIJ, even those who kept on favouring prior negotiations and beholding judicial settlement as an *ultimum remedium*, were led to agree that by “negotiations” one had in mind, more specifically, “attempts” of friendly settlement by diplomatic negotiations<sup>153</sup> as a matter of *courtoisie internationale*<sup>154</sup>. By no means was it meant to be a “precondition”; it sufficed that one party had attempted — unsuccessfully — to negotiate. They were led to concede that the PCIJ was master of its own jurisdiction, and was entitled to decide the way it did (above the thesis sustained by the contending parties), “nullifying” that “precondition”, despite the fact that international jurisdiction was “subsidiary”<sup>155</sup>.

124. To the nostalgics of the past, who kept on privileging diplomatic

<sup>153</sup> “[A]n attempt at amicable settlement by diplomatic means”; or else “amicable means of settlement were attempted”; and still, “a precondition which must be attempted . . .”; cited in N. Kaasik, *op. cit. infra* note 154, pp. 67 and 69 (emphasis added). [*Translation by the Registry.*]

<sup>154</sup> N. Kaasik, “La clause de négociations diplomatiques dans le droit international positif et dans la jurisprudence de la Cour permanente de Justice internationale”, 14 *Revue de droit international et de législation comparée* (1933), p. 94.

<sup>155</sup> Cf. *op. cit. supra* note 154, pp. 90-92 and 94-95.

*Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise* (arrêt n° 6), la Cour permanente a une nouvelle fois rejeté toute approche formaliste, en faisant observer qu'«[elle] ne pourrait s'arrêter à un défaut de forme qu'il dépendrait de la seule Partie intéressée de faire disparaître» (*C.P.J.I. série A n° 6*, p. 14).

Et d'ajouter, dans la même affaire, que «[s]a compétence ... ne saurait dépendre seulement de la manière dont la requête est formulée» (*ibid.*, p. 15).

122. Dans le même ordre d'idées, la Cour permanente, dans son arrêt (du 26 juillet 1927) en l'affaire relative à l'*Usine de Chorzów* (compétence, arrêt n° 8), a une fois encore refusé de s'enfermer dans une vision restrictive de la clause compromissoire, ce qui en aurait indûment réduit la portée. Elle a formulé la mise en garde suivante :

«Dire que la clause compromissoire ... doit maintenant recevoir une interprétation restrictive ... serait se mettre en contradiction avec les conceptions fondamentales qui ont caractérisé le mouvement en faveur de l'arbitrage général.» (*C.P.J.I. série A n° 8*, p. 22.)

La Cour permanente a refusé d'inférer une «intention contraire» des parties qui aurait eu pour effet de limiter sa compétence; faire ainsi fond sur «une divergence» entre les parties quant à «l'interprétation ou l'application de la convention» — conclut-elle —, «au lieu de vider définitivement un différend, laisserait la porte ouverte à de nouveaux litiges» (*ibid.*, p. 25).

123. Cette position adoptée par la Cour permanente, à savoir que le recours à des négociations n'avait jamais constitué une «condition préalable» à sa saisine, fit rapidement des émules dans les cercles juridiques de l'époque. Peu après les décisions susmentionnées, même ceux qui demeureraient partisans des négociations préalables et qui voyaient le règlement judiciaire comme un ultime recours en vinrent à admettre que, par le terme «négociations», il convenait plus précisément d'entendre des «tentatives» de règlement amiable au moyen de négociations diplomatiques<sup>153</sup>, pour des raisons de courtoisie internationale<sup>154</sup>. Il ne devait en aucun cas s'agir d'une «condition préalable»; il suffisait qu'une partie ait tenté — en vain — de négocier. Les intéressés finirent par concéder que la Cour permanente était maîtresse de sa propre compétence, et qu'elle était fondée à statuer en ce sens (au-delà des thèses avancées par les parties en litige), en «annula[n]t» cette «condition préalable», en dépit du fait que la compétence internationale revêtait un caractère «subsidiare»<sup>155</sup>.

124. Aux nostalgiques, qui continuaient de privilégier les négociations

<sup>153</sup> «[U]ne tentative de solution amiable par la voie diplomatique»; ou «les moyens de règlement amiables ont été tentés»; ou encore «un moyen préalable qui doit être tenté»; N. Kaasik, *op. cit. infra* note 154, p. 67 et 69 (les italiques sont de moi).

<sup>154</sup> N. Kaasik, «La clause de négociations diplomatiques dans le droit international positif et dans la jurisprudence de la Cour permanente de Justice internationale», *Revue de droit international et de législation comparée*, vol. 14 (1933), p. 94.

<sup>155</sup> Voir *op. cit. supra* note 154, p. 90-92 et 94-95.

negotiations and resisted the advent of judicialization, Maurice Bourquin lucidly retorted that Article 36 of the Hague Court's Statute has never subordinated a legal action to a prior attempt of diplomatic settlement. How to prove that negotiations were "sufficiently utilized"? This notion was imprecise and relative, and any rigid formula would be "unacceptable", as each case had its own circumstances. In his view, diplomatic negotiations may be useful, but it is wiser to have a "nuancée" approach to them; the "negative attitude" of one of the parties would suffice to allow the other to lodge the case with the Hague Court, even if the exchange of views had a very short duration. It so happened, pondered M. Bourquin, that: "diplomatic discussions are outside the context of the law: (. . .) the claims which arise there are inspired solely by considerations of expediency"<sup>156</sup>.

## 2. International Court of Justice

125. For its part, the International Court of Justice (ICJ), in its Judgment on preliminary objections (of 21 December 1962) in the *South West Africa* cases (*Ethiopia and Liberia v. South Africa*), in dismissing the [third] preliminary objection, drew attention to the importance of "the well-being and development of the inhabitants of the mandated territory" (*I.C.J. Reports 1962*, p. 344), and dismissed the argument that "any broad interpretation of the compulsory jurisdiction in question would be incompatible with Article 22 of the Covenant" (*ibid.*, p. 343). The ICJ added that:

"It is immaterial and unnecessary to enquire what the different and opposing views were which brought about the deadlock in the past negotiations in the United Nations, since the present phase calls for determination of only the question of jurisdiction. The fact that a deadlock was reached in the collective negotiations in the past and the further fact that both the written pleadings and oral arguments of the Parties in the present proceedings have clearly confirmed the continuance of this deadlock, compel a conclusion that no reasonable probability exists that further negotiations would lead to a settlement." (*Ibid.*, p. 345.)

126. And the ICJ, having invoked the *obiter dictum* of the PCIJ in the *Mavrommatis Palestine Concessions* case (*supra*), concluded likewise, on this particular issue, that "there is no reason" why each of the parties "should go through the formality and pretence of direct negotiation with the common adversary State after they have already fully participated in

<sup>156</sup> M. Bourquin, "Dans quelle mesure le recours à des négociations diplomatiques est-il nécessaire avant qu'un différend puisse être soumis à la juridiction internationale?", in *Hommage d'une génération de juristes au Président Basdevant*, Paris, Pedone, 1960, p. 52, and cf. pp. 45, 47-48, 52 and 54-55. [*Translation by the Registry.*]

diplomatiques et résistaient à l'essor du règlement judiciaire, Maurice Bourquin rétorqua avec perspicacité que l'article 36 du Statut de la Cour de La Haye n'avait jamais subordonné l'institution d'une action en justice à une tentative préalable de règlement diplomatique. Comment prouver que les négociations avaient été «suffisamment utilisées»? Il s'agissait là d'une notion imprécise et relative, et toute formule rigide serait «inacceptable», chaque affaire ayant ses circonstances propres. Si les négociations diplomatiques pouvaient se révéler utiles, selon M. Bourquin, il était toutefois plus sage d'adopter une approche «nuancée» à leur égard; l'«attitude négative» de l'une des parties suffirait à permettre à l'autre de porter une affaire devant la Cour de La Haye, même si l'échange de vues n'avait que très peu duré. Il arrivait d'ailleurs, ajouta M. Bourquin, que «des controverses diplomatiques se situent en dehors du droit; ... les prétentions qui s'y font jour s'inspirent uniquement de considérations d'opportunité»<sup>156</sup>.

## 2. La Cour internationale de Justice

125. Pour sa part, dans son arrêt (du 21 décembre 1962) sur les exceptions préliminaires dans les affaires du *Sud-Ouest africain (Ethiopie et Libéria c. Afrique du Sud)*, la Cour internationale de Justice («la Cour»), en rejetant la troisième exception préliminaire, a appelé l'attention sur l'importance du «bien-être et [du] développement des habitants du territoire sous mandat» (*C.I.J. Recueil 1962*, p. 344), et rejeté l'argument selon lequel «toute interprétation large de la juridiction obligatoire en question serait incompatible avec l'article 22 du Pacte» (*ibid.*, p. 343). La Cour a ajouté :

«Il est sans pertinence et inutile de rechercher quelles thèses différentes et opposées ont conduit les négociations des Nations Unies dans une impasse, étant donné qu'au stade actuel il ne s'agit que de trancher la question de compétence. Le fait que dans le passé les négociations collectives aient abouti à une impasse et le fait que les écritures et les plaidoiries des Parties dans la présente procédure aient clairement confirmé que cette impasse demeure obligent à conclure qu'il n'est pas raisonnablement permis d'espérer que de nouvelles négociations puissent aboutir à un règlement.» (*Ibid.*, p. 345.)

126. Ayant invoqué l'*obiter dictum* de sa devancière dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine* (ci-dessus), la Cour a elle aussi conclu, sur cette question particulière, qu'il «n'y a aucune raison» que chacune des parties «se conforme au formalisme et aux faux-semblants d'une négociation directe avec l'Etat auquel [elle] s'oppos[e] s[i] elle a] déjà

<sup>156</sup> M. Bourquin, «Dans quelle mesure le recours à des négociations diplomatiques est-il nécessaire avant qu'un différend puisse être soumis à la juridiction internationale?», *Hommage d'une génération de juristes au président Basdevant*, Paris, Pedone, 1960, p. 52, et voir p. 45, 47-48, 52 et 54-55.

the collective negotiations with the same State in opposition” (*I.C.J. Reports 1962*, p. 346). In the Court’s view,

“it is not so much the form of negotiation that matters as the attitude and views of the Parties on the substantive issues of the question involved. So long as both sides remain adamant, (. . .) there is no reason to think that the dispute can be settled by further negotiations between the Parties.” (*Ibid.*)

127. One decade later, in the case of the *Appeal Relating to the Jurisdiction of the ICAO Council (India v. Pakistan)*, the ICJ faced with the question of lawful action, yet “prejudicial”, causing “injustice or hardship” to another party under the treaties at issue (*Judgment, I.C.J. Reports 1972*, p. 58, para. 20), found that the various objections raised to its own competence could not be sustained (*ibid.*, pp. 60-61, paras. 25-26). Subsequently, in the *Fisheries Jurisdiction case (Federal Republic of Germany v. Iceland) (Jurisdiction of the Court, Judgment, I.C.J. Reports 1973)*, the ICJ pondered that:

“in the present case, the object and purpose of the 1961 Exchange of Notes, and therefore the circumstances which constituted an essential basis of the consent of both parties to be bound by the agreement embodied therein, had a much wider scope. That object and purpose was not merely to decide upon the Icelandic claim to fisheries jurisdiction up to 12 miles, but also to provide a means whereby the parties might resolve the question of the validity of any further claims.” (*I.C.J. Reports 1973*, pp. 61-62, para. 32.)

128. The ICJ then found that the jurisdictional obligation imposed in the 1961 Exchange of Notes remained applicable, and concluded that:

“The compromissory clause enabled either of the parties to submit to the Court any dispute between them relating to an extension of Icelandic fisheries jurisdiction in the waters above its continental shelf beyond the 12-mile limit. The present dispute is exactly of the character anticipated in the compromissory clause of the Exchange of Notes. Not only has the jurisdictional obligation not been radically transformed in its extent; it has remained precisely what it was in 1961.” (*Ibid.*, p. 65, para. 43.)

129. Over a decade later, in the case of the *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran) (Judgment, I.C.J. Reports 1980)*, the ICJ pointed out that:

“when the United States filed its Application on 29 November 1979, its attempts to negotiate with Iran in regard to the overrunning of its Embassy and detention of its nationals as hostages had reached a deadlock, owing to the refusal of the Iranian Government to enter

pleinement participé aux négociations collectives avec cet Etat adverse» (*C.I.J. Recueil 1962*, p. 346). De l'avis de la Cour :

«ce qui importe en la matière ce n'est pas tant la forme des négociations que l'attitude et les thèses des Parties sur les aspects fondamentaux de la question en litige. Tant que l'on demeure inébranlable de part et d'autre ... il n'y a aucune raison qui permette de penser que le différend soit susceptible d'être réglé par de nouvelles négociations entre les Parties.» (*Ibid.*)

127. Dix ans plus tard, dans l'affaire de l'*Appel concernant la compétence du Conseil de l'OACI (Inde c. Pakistan)*, la Cour, face à la question d'une action licite mais «préjudiciable», qui causait «une injustice ou un préjudice» à la partie adverse dans le cadre des traités en cause (*arrêt, C.I.J. Recueil 1972*, p. 58, par. 20), a conclu que les différentes exceptions opposées à sa propre compétence ne pouvaient être accueillies (*ibid.*, p. 60-61, par. 25-26). Par la suite, dans l'affaire de la *Compétence en matière de pêcheries (République fédérale d'Allemagne c. Islande) (compétence de la Cour, arrêt, C.I.J. Recueil 1973)*, la Cour a estimé que :

«en l'espèce l'objet et le but de l'échange de notes de 1961, et par suite les circonstances qui constituaient une base essentielle du consentement des parties à être liées par l'accord qu'il contenait, avaient une portée beaucoup plus large. Il s'agissait non seulement de trancher la prétention du Gouvernement islandais d'étendre sa compétence en matière de pêcheries à une distance de 12 milles mais encore de fournir un moyen permettant aux parties de régler entre elles la question de la validité de toute prétention ultérieure.» (*C.I.J. Recueil 1973*, p. 61-62, par. 32.)

128. La Cour a ensuite conclu que l'obligation juridictionnelle imposée dans l'échange de notes de 1961 demeurerait applicable, et que :

«La clause compromissoire autorisait l'une ou l'autre partie à porter devant [elle] tout différend qui surviendrait entre elles au sujet d'un élargissement de la juridiction de l'Islande sur les pêcheries dans les eaux recouvrant le plateau continental au-delà de la limite de 12 milles. Le différend actuel est exactement du genre de ceux que la clause compromissoire de l'échange de notes envisageait. Non seulement l'obligation juridictionnelle ne s'est pas radicalement transformée dans sa portée mais encore elle est restée précisément ce qu'elle était en 1961.» (*Ibid.*, p. 65, par. 43.)

129. Plus de dix ans après, dans l'affaire relative au *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran (Etats-Unis d'Amérique c. Iran) (arrêt, C.I.J. Recueil 1980)*, la Cour a indiqué que :

«lorsque les Etats-Unis [avaient] déposé leur requête du 29 novembre 1979, leurs tentatives de négociations avec l'Iran au sujet de l'invasion de leur ambassade et de la détention de leurs ressortissants en otages avaient abouti à une impasse, le Gouvernement de l'Iran



into any discussion of the matter. In consequence, there existed at that date not only a dispute but, beyond any doubt, a ‘dispute (. . .) not satisfactorily adjusted by diplomacy’ within the meaning of Article XXI, paragraph 2, of the 1955 Treaty; and this dispute comprised, *inter alia*, the matters that are the subject of the United States’ claims under that Treaty.” (*I.C.J. Reports 1980*, p. 27, para. 51.)

130. Shortly afterwards, in its judgment on jurisdiction and admissibility in the case of *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States)*, the ICJ upheld the view that it did “not necessarily follow that, because a State has not expressly referred in negotiations with another State to a particular treaty as having been violated by conduct of that other State, it is debarred from invoking a compromissory clause in that treaty”, namely, the 1956 Treaty of Friendship, Commerce and Navigation between Nicaragua and the United States (*I.C.J. Reports 1984*, p. 428, para. 83). Having invoked the aforementioned *obiter dictum* of the PCIJ in the case of *Certain German Interests in Polish Upper Silesia*, the ICJ concluded on this particular issue that:

“Accordingly, the Court finds that, to the extent that the claims in Nicaragua’s Application constitute a dispute as to the interpretation or the application of the Articles of the Treaty of 1956 (. . .), the Court has jurisdiction under that Treaty to entertain such claims.” (*Ibid.*, p. 429, para. 83.)

131. In the same 1984 Judgment in the *Nicaragua v. United States* case, the ICJ, in asserting its own jurisdiction, discarded any pretence of erecting a “rule” of “prior exhaustion of international remedies” (in the form of regional negotiations), by an inadequate and groundless analogy with the rule of exhaustion of local or domestic remedies<sup>157</sup>. In the Court’s words,

“the Court is unable to accept either that there is any requirement of prior exhaustion of regional negotiating processes as a precondition to seizing the Court; or that the existence of the Contadora process constitutes in this case an obstacle to the examination by the Court of the Nicaraguan Application and judicial determination in due course of the submissions of the Parties in the case. The Court is therefore unable to declare the Application inadmissible, as requested by the United States, on any of the grounds it has advanced as requiring such a finding.” (*Ibid.*, pp. 440-441, para. 108.)

<sup>157</sup> For a criticism of that pretence of unwarranted analogy, in support of the Court’s decision on jurisdiction and admissibility in that case, cf. A. A. Cançado Trindade, “Nicarágua v. Estados Unidos (1984): Os Limites da Jurisdição ‘Obrigatória’ da Corte Internacional de Justiça e as Perspectivas de Solução Judicial de Controvérsias Internacionais”, 37-38 *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional* (1983-1986), pp. 71-96.

ayant refusé toute discussion. Il existait donc à cette date non seulement un différend mais, sans aucun doute, «un différend ... qui ne [pouvait] pas être réglé d'une manière satisfaisante par la voie diplomatique» au sens de l'article XXI, paragraphe 2, du traité de 1955; et ce différend portait notamment sur les matières faisant l'objet des demandes présentées par les Etats-Unis en vertu de ce traité.» (*C.I.J. Recueil 1980*, p. 27, par. 51.)

130. Peu après, dans son arrêt sur la compétence et la recevabilité en l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, la Cour a confirmé que, «parce qu'un Etat ne s'est pas expressément référé, dans des négociations avec un autre Etat, à un traité particulier qui aurait été violé par la conduite de celui-ci, il n'en découle pas nécessairement que le premier ne serait pas admis à invoquer la clause compromissoire dudit traité», à savoir le traité d'amitié, de commerce et de navigation conclu en 1956 par le Nicaragua et les Etats-Unis (*C.I.J. Recueil 1984*, p. 428, par. 83). Après avoir invoqué l'*obiter dictum* de la Cour permanente en l'affaire de *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, la Cour a exposé la conclusion ci-après sur cette question particulière :

«En conséquence la Cour conclut que, dans la mesure où les demandes formulées dans la requête du Nicaragua révèlent l'existence d'un différend sur l'interprétation ou l'application des articles du traité de 1956 ..., [elle] a compétence pour en connaître en vertu de ce traité.» (*Ibid.*, p. 429, par. 83.)

131. Dans le même arrêt de 1984 en l'affaire *Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique*, la Cour, en affirmant sa propre compétence, a écarté toute prétention d'ériger une «règle» exigeant «l'épuisement préalable des voies de recours disponibles sur le plan international» (sous la forme de négociations régionales), par le jeu d'une analogie inappropriée et infondée avec la règle de l'épuisement des voies de recours locales ou internes<sup>157</sup>. Je cite :

«la Cour n'est en mesure d'admettre, ni qu'il existe une obligation quelconque d'épuisement des procédures régionales de négociation préalable à sa saisine, ni que l'existence du processus de Contadora empêche la Cour en l'espèce d'examiner la requête nicaraguayenne et de se prononcer le moment venu sur les conclusions présentées par les Parties en l'espèce. La Cour ne peut donc déclarer la requête irrecevable, comme le demandent les Etats-Unis, pour l'un quelconque des motifs avancés par eux comme imposant une telle décision.» (*Ibid.*, p. 440-441, par. 108.)

<sup>157</sup> Pour une analyse critique de cette prétendue analogie, qui n'est en fait pas justifiée, voir, à l'appui de la décision de la Cour sur la compétence et la recevabilité en l'affaire, A. A. Cañado Trindade, «Nicaragua v. Estados Unidos (1984): Os Limites da Jurisdição «Obrigatória» da Corte Internacional de Justiça e as Perspectivas de Solução Judicial de Controvérsias Internacionais», *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, vol. 37-38 (1983-1986), p. 71-96.

132. In thus determining the existence of a dispute between Nicaragua and the United States as to the interpretation and application of specific Articles of the 1956 Treaty, and that it had jurisdiction to entertain the dispute at issue under Article XXIV, paragraph 2, of the Treaty, the Court kept in mind the frequency of compromissory clauses in bilateral treaties of the kind, and the fact that those clauses were intended to enable the parties to resort unilaterally to the Court if they failed to agree on another peaceful means of settlement. Two years later, in its Judgment as to the Merits (of 27 June 1986) in the same *Nicaragua v. United States* case, the ICJ, reiterating its position, added that “it would therefore be excessively formalistic to require Nicaragua first to exhaust the procedure of Article XXIV, paragraph 1, before bringing the matter to the Court” (*I.C.J. Reports 1986*, p. 137, para. 274).

133. Over a decade later, in its judgment on preliminary objections (of 11 June 1998) in the case concerning the *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria)*, the ICJ categorically stated that:

“Neither in the Charter [of the United Nations] nor otherwise in international law is any general rule to be found to the effect that the exhaustion of diplomatic negotiations constitutes a precondition for a matter to be referred to the Court. No such precondition was embodied in the Statute of the Permanent Court of International Justice (. . .). Nor is it to be found in Article 36 of the Statute of this Court.” (*I.C.J. Reports 1998*, p. 303, para. 56.)

134. More recently, the point at issue again came to the fore in the *Oil Platforms* case (*Islamic Republic of Iran v. United States of America*) (*Judgment, I.C.J. Reports 2003*). The Court held that it had

“to take note that the dispute has not been satisfactorily adjusted by diplomacy. Whether the fact that diplomatic negotiations have not been pursued is to be regarded as attributable to the conduct of the one Party or the other is irrelevant for present purposes, as is the question whether it is the Applicant or the Respondent that has asserted a *fin de non-recevoir* on this ground. As in previous cases involving virtually identical treaty provisions (see *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States v. Iran)*, *I.C.J. Reports 1980*, pp. 26-28; *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *I.C.J. Reports 1984*, pp. 427-429), it is sufficient for the Court to satisfy itself that the dispute was not satisfactorily adjusted by diplomacy before being submitted to the Court.” (*I.C.J. Reports 2003*, pp. 210-211, para. 107.)

135. Nowhere, from the survey above, can an inclination be inferred, on the part either of the PCIJ or the ICJ, to set up an excessive prerequisite of prior negotiations for the exercise of jurisdiction. Quite on the con-

132. Constatant ainsi qu'un différend existait entre le Nicaragua et les Etats-Unis quant à l'interprétation et l'application de certains articles du traité de 1956, et qu'elle avait compétence pour connaître du différend en question sur la base du paragraphe 2 de l'article XXIV du traité, la Cour a tenu compte du fait que les clauses compromissaires étaient monnaie courante dans les traités bilatéraux de cette nature, et que ces clauses visaient à permettre aux parties de la saisir unilatéralement si elles ne parvenaient pas à s'accorder sur un autre mode de règlement pacifique. Deux ans plus tard, dans l'arrêt qu'elle rendit (le 27 juin 1986) dans la même affaire *Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique*, mais sur le fond, la Cour, réaffirmant sa position, ajouta qu'«il serait donc excessivement formaliste d'exiger du Nicaragua qu'il épuise la procédure prévue à l'article XXIV, paragraphe 1, avant de la saisir de la question» (*C.I.J. Recueil 1986*, p. 137, par. 274).

133. Plus de dix ans après, dans son arrêt (du 11 juin 1998) sur les exceptions préliminaires en l'affaire de la *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria* (*Cameroun c. Nigéria*), la Cour a déclaré de manière catégorique :

«Il n'existe ni dans la Charte [des Nations Unies], ni ailleurs en droit international, de règle générale selon laquelle l'épuisement des négociations diplomatiques serait un préalable à la saisine de la Cour. Un tel préalable n'avait pas été incorporé dans le Statut de la Cour permanente de Justice internationale ... Il ne figure pas d'ailleurs à l'article 36 du Statut de la présente Cour.» (*C.I.J. Recueil 1998*, p. 303, par. 56.)

134. Plus récemment, la question est à nouveau passée au premier plan dans l'affaire des *Plates-formes pétrolières* (*République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique*) (*arrêt, C.I.J. Recueil 2003*). La Cour a conclu qu'elle devait

«prendre acte que le différend n'a pas été réglé d'une manière satisfaisante par la voie diplomatique. Peu importe aux fins de la présente question que l'absence de négociations diplomatiques soit attribuable au comportement de l'une ou de l'autre Partie, ou que ce soit le demandeur ou le défendeur qui a pour ce motif opposé une fin de non-recevoir. Comme dans de précédentes affaires qui mettaient en cause des dispositions conventionnelles pratiquement identiques (voir *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran, C.I.J. Recueil 1980*, p. 26-28; *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (*Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique*), *C.I.J. Recueil 1984*, p. 427-429), il suffit à la Cour de constater que le différend n'a pas été réglé d'une manière satisfaisante par la voie diplomatique avant de lui être soumis.» (*C.I.J. Recueil 2003*, p. 210-211, par. 107.)

135. Rien, dans l'analyse qui précède, ne permet d'inférer une propension, que ce soit de la part de la Cour ou de sa devancière, à faire des négociations préalables une condition excessive à l'exercice de la compé-

trary, both the PCIJ and the ICJ have been quite clear in holding that an *attempt* of negotiation is sufficient, there being no mandatory “precondition” at all of *resolatory* negotiations for either of them to exercise jurisdiction in a case they had been seized of. The Hague Court has, in effect, throughout its history, refrained from any excessive requirement as to prior negotiations between the contending parties.

#### IX. TOWARDS PEACEFUL SETTLEMENT WITH THE REALIZATION OF JUSTICE UNDER HUMAN RIGHTS TREATIES

136. In the present case of the *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*, the Court’s majority seems to overlook this *jurisprudence constante* of the Court itself, in order to set up a strict “precondition” of prior negotiation (paras. 157-159), with a very high threshold, for the exercise of jurisdiction on the basis of that human rights treaty, the CERD Convention. In trying to find support for its position, the Court’s majority recalls an *obiter dictum* (p. 116) of the PCIJ in the Advisory Opinion on the *Railway Traffic between Lithuania and Poland* (1931). But, a *contrario sensu*, the *jurisprudence constante* of the Hague Court, on the point at issue, contented itself with noting that the parties had been unable to find common ground before the application was filed with it.

137. Throughout the last decades, studies undertaken on the position of the Hague Court (PCIJ and ICJ), on the verification of attempts or efforts of negotiation prior to recourse to the Court itself, have come to the conclusion that the established case law (*jurisprudence constante*) of the Court does *not* at all lend support to the view that those prior attempts or efforts of negotiation amount to a mandatory “precondition” to the exercise of the Court’s jurisdiction<sup>158</sup>. Quite on the contrary, compromissory clauses have been a relevant source of the Court’s jurisdiction<sup>159</sup>, and even more cogently so under some human rights treaties containing them (cf. *infra*), and pointing towards the goal of the realization of justice.

<sup>158</sup> Cf., e.g., G. Abi-Saab, *Les exceptions préliminaires dans la procédure de la Cour internationale*, Paris, Pedone, 1967, pp. 124-125; J. I. Charney, “Compromissory Clauses and the Jurisdiction of the International Court of Justice”, 81 *American Journal of International Law* (1987), pp. 870-883, and cf. pp. 859-864; S. Torres Bernárdez, “Are Prior Negotiations a General Condition for Judicial Settlement by the International Court of Justice?”, in *Liber Amicorum in Memoriam of Judge J. M. Ruda* (eds. C. A. Armas Barea, J. A. Barderis *et alii*), The Hague, Kluwer, 2000, pp. 507-525.

<sup>159</sup> Cf., e.g., C. J. Tams, “The Continued Relevance of Compromissory Clauses as a Source of ICJ Jurisdiction”, in *A Wiser Century? Judicial Dispute Settlement, Disarmament and the Laws of War 100 Years after the II Hague Peace Conference* (eds. Th. Giegerich and U. E. Heinz), Berlin, Duncker & Humblot, 2009, pp. 471, 476, 480-481, 487-489 and 492.

tence. Bien au contraire, tant la Cour permanente que la Cour actuelle ont indiqué très clairement qu'une *tentative* de négociation suffisait, étant entendu que la tenue de négociations *effectives* ne constituait nullement une «condition préalable» à ce que l'une ou l'autre puisse exercer sa compétence dans l'affaire portée devant elle. La Cour de La Haye s'est en effet, tout au long de son histoire, gardée d'imposer toute condition excessive quant à la tenue de négociations préalables entre les parties en litige.

#### IX. VERS LE RÈGLEMENT PACIFIQUE DES DIFFÉRENDS ET LA RÉALISATION DE LA JUSTICE SUR LA BASE DE TRAITÉS RELATIFS AUX DROITS DE L'HOMME

136. Dans la présente affaire de l'*Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, la majorité de la Cour semble ne faire aucun cas de la jurisprudence constante de la Cour elle-même lorsqu'elle établit qu'une «condition préalable» stricte de négociation (par. 157-159), assortie d'un seuil très élevé, doit être remplie avant qu'elle ne puisse exercer sa compétence sur la base de ce traité consacré aux droits de l'homme, à savoir la CIEDR. Tentant d'étayer sa position, la majorité de la Cour rappelle un *obiter dictum* (p. 116) de sa devancière dans l'avis consultatif sur le *Trafic ferroviaire entre la Lituanie et la Pologne* (1931). Pourtant, a contrario, dans sa jurisprudence constante en la matière, la Cour de La Haye s'est bornée à noter que les parties n'étaient pas parvenues à trouver un terrain d'entente avant le dépôt de la requête devant elle.

137. Tout au long des dernières décennies, les études réalisées sur la position de la Cour de La Haye (la Cour actuelle et sa devancière) quant à l'examen des tentatives ou des efforts de négociation préalables à la saisine de la Cour elle-même ont donné lieu à la conclusion que la jurisprudence constante de celle-ci n'était *nullement* le point de vue selon lequel ces tentatives ou efforts de négociation constituaient une «condition préalable» incontournable pour que la Cour puisse exercer sa compétence<sup>158</sup>. Bien au contraire, les clauses compromissaires se sont révélées être une source de compétence importante<sup>159</sup>, à fortiori lorsqu'elles s'inscrivaient dans le cadre de certains traités relatifs aux droits de l'homme (voir ci-dessous), le but ultime étant la réalisation de la justice.

<sup>158</sup> Voir, par exemple, G. Abi-Saab, *Les exceptions préliminaires dans la procédure de la Cour internationale*, Paris, Pedone, 1967, p. 124-125; J. I. Charney, «Compromissory Clauses and the Jurisdiction of the International Court of Justice», *American Journal of International Law*, vol. 81 (1987), p. 870-883, et voir p. 859-864; S. Torres Bernárdez, «Are Prior Negotiations a General Condition for Judicial Settlement by the International Court of Justice?», dans *Liber Amicorum in Memoriam of Judge J. M. Ruda* (dir. publ., C. A. Armas Barea, J. A. Barderis et al.), La Haye, Kluwer, 2000, p. 507-525.

<sup>159</sup> Voir, par exemple, C. J. Tams, «The Continued Relevance of Compromissory Clauses as a Source of ICJ Jurisdiction», dans *A Wiser Century? Judicial Dispute Settlement, Disarmament and the Laws of War 100 Years after the II Hague Peace Conference* (dir. publ., Th. Giegerich et U. E. Heinz), Berlin, Duncker & Humblot, 2009, p. 471, 476, 480-481, 487-489 et 492.

138. Notwithstanding the Court's *jurisprudence constante* (*supra*), the Court's majority regrettably set a very high threshold in the present case as to the requirement of prior negotiations. In my perception, the position of this Court along its history, on this particular issue, has favoured the access to justice *lato sensu* (i.e., including the realization of justice); the change of approach of the Court's majority in the present case opposing Georgia to the Russian Federation not only operates to the contrary, but, furthermore, can generate a sense of judicial insecurity and can have an adverse impact on the future acceptance of the Court's compulsory jurisdiction under international treaties.

139. This is even more regrettable bearing in mind the *nature* of the treaty at issue, one of the core UN Conventions on human rights, the CERD Convention. One cannot lose sight of the rights and values that are at stake. Reliance on formalistic formulas, focus on State "interests" or intentions, or its "will", or other related notions, or State strategies of negotiations, should not make one lose sight of the fact that claimants of justice, and their beneficiaries, are, ultimately, human beings<sup>160</sup>, as disclosed by the present case brought to the cognizance of the Court.

140. There seems to be general awareness at present that the expansion of international jurisdiction, illustrated, e.g., by the concomitant operation, with this Court, of international human rights tribunals, responds and corresponds to a need of the international community nowadays, going beyond the framework of methods of peaceful settlement of international disputes (used in inter-State disputes), and giving expression to the idea of a *prééminence* of international law<sup>161</sup>. This Court has to remain attentive to that; it cannot overlook the *rationale* of human rights treaties. A mechanical and reiterated search for State consent, placed above the fundamental values underlying those treaties, will lead it nowhere.

141. This Court has, on occasions, expressly acknowledged that the idea of an international *rule of law* has indeed gained ground in recent years. Suffice it here to evoke, for example, the contribution of its Advisory Opinions on *Namibia* (of 21 June 1971, cf. *infra*), and on the *Obligation to Arbitrate by Virtue of Section 21 of the 1947 UN Headquarters Agreement* (of 26 April 1988). This *idée-force* has fostered the search for the realization of justice under the *rule of law* at international level, and is to be kept in mind whenever this Court is called upon to adjudicate a case on the basis of a human rights treaty.

<sup>160</sup> Cf., to this effect, e.g., Julius Stone, *Approaches to the Notion of International Justice*, Princeton University Press, 1970, p. 55.

<sup>161</sup> J.-Y. Morin, "L'état de droit : émergence d'un principe du droit international", 254 *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye* (1995), pp. 199, 451 and 462.

138. A rebours de cette jurisprudence constante de la Cour (ci-dessus), la majorité a malheureusement assorti l'obligation de négociation préalable d'un seuil très élevé dans la présente affaire. A mon sens, la position adoptée par la Cour tout au long de son histoire, sur cette question particulière, consistait à privilégier l'accès à la justice au sens large (y compris la réalisation de la justice); le revirement effectué par la majorité de la Cour dans la présente affaire opposant la Géorgie et la Fédération de Russie non seulement va dans le sens contraire, mais risque en outre d'engendrer un sentiment d'insécurité judiciaire et de compromettre à l'avenir l'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour dans les traités internationaux.

139. Cette situation est encore plus fâcheuse lorsqu'on songe à la *nature* du traité en cause, à savoir la CIEDR, qui est l'une des conventions fondamentales des Nations Unies sur les droits de l'homme. Il ne faut pas oublier les droits et les valeurs qui sont en jeu. Le recours à des formules conventionnelles, l'attachement aux «intérêts» ou aux intentions de l'Etat, à sa «volonté», à d'autres notions du même ordre, ou encore à la stratégie adoptée par l'Etat à l'égard des négociations, ne doivent pas occulter le fait que ceux qui réclament justice, et ceux qui en bénéficient, sont en définitive des êtres humains<sup>160</sup> — comme en témoigne la présente affaire portée devant la Cour.

140. Il semble généralement acquis de nos jours que l'expansion de la juridiction internationale — illustrée entre autres par l'action menée, aux côtés de la Cour, par les tribunaux internationaux chargés de défendre les droits de l'homme — répond et correspond à un besoin actuel de la communauté internationale, qui déborde le cadre des méthodes de règlement pacifique des différends internationaux (utilisées dans les différends entre Etats) et qui traduit l'idée d'une prééminence du droit international<sup>161</sup>. La Cour doit rester attentive à cela, et elle ne peut perdre de vue la raison d'être des traités relatifs aux droits de l'homme. Une recherche mécanique et systématique du consentement de l'Etat, qui passerait avant les valeurs fondamentales sous-tendant ces traités, ne la conduira nulle part.

141. La Cour a, de temps à autre, reconnu expressément que l'idée d'un *état de droit* international avait bel et bien gagné du terrain ces dernières années. Il suffit ici d'évoquer, par exemple, la contribution apportée par ses avis consultatifs sur la *Namibie* (21 juin 1971, voir ci-dessous) et sur l'*Applicabilité de l'obligation d'arbitrage en vertu de la section 21 de l'accord du 26 juin 1947 relatif au siège de l'Organisation des Nations Unies* (26 avril 1988). Cette idée-force a favorisé la quête de justice dans le cadre de l'*état de droit* au niveau international, et la Cour doit la garder à l'esprit dès lors qu'elle est priée de trancher une affaire sur la base d'un traité relatif aux droits de l'homme.

<sup>160</sup> Voir notamment, à cet effet, Julius Stone, *Approaches to the Notion of International Justice*, Princeton University Press, 1970, p. 55.

<sup>161</sup> J.-Y. Morin, «L'état de droit: émergence d'un principe du droit international», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 254 (1995), p. 199, 451 et 462.



142. May it be recalled that, in the late eighties (1988-1989), e.g., the then Soviet Union (succeeded by the Russian Federation), and some other Eastern European States, withdrew declarations they had previously made to exclude compulsory settlement of disputes in some human rights conventions celebrated during the cold-war period. This was a reassuring initiative to foster the compulsory jurisdiction of the ICJ in respect of six core human rights treaties (including the CERD Convention). In his address to the UN General Assembly, of 7 December 1988, the President of the (then) Presidium of the Supreme Soviet of the USSR (Mr. Mikhail Gorbachev), after invoking “the primacy of universal human values”, stated:

“We believe that the jurisdiction of the International Court of Justice at The Hague as regards the interpretation and implementation of agreements on human rights should be binding on all States.”<sup>162</sup>

143. Shortly afterwards, on 10 February 1989, the (then) Presidium of the Supreme Soviet of the USSR adopted, upon the suggestion of the Council of Ministers of the USSR, a decree (*ukaz*), whereby it withdrew the reservations the USSR had previously made in relevant provisions of six human rights treaties, namely: Article 22 of the CERD Convention (of central importance in the present case), Article 29 (1) of the 1979 Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (the CEDAW Convention), Article 30 (1) of the 1984 UN Convention against Torture (the CAT Convention), Article IX of the 1948 Convention against Genocide, Article IX of the 1953 Convention on the Political Rights of Women, and Article 22 of the 1950 Convention for the Suppression of the Traffic in Persons and of the Exploitation of the Prostitution of Others<sup>163</sup>.

144. Moreover, the realization of justice under human rights treaties (such as the CERD Convention) can hardly be attained by a valuation of the evidence produced before the Court pursuant to a strictly inter-State

<sup>162</sup> UN doc. A/43/PV.72, of 8 December 1988, p. 26, and cf. p. 8. Shortly afterwards, a USSR memorandum, of 29 September 1989, on “Enhancing the Role of International Law”, circulated in the UN General Assembly on 2 October 1989 (in the framework of the United Nations Decade of International Law), referred to the strengthening of the role of the ICJ as the principal judicial organ of the United Nations. Cf. UN doc. A/44/585, of 2 October 1989, p. 5. On this new outlook of the primacy of the rule of law in international relations, cf. comments in, e.g., A. Gorin and P. Mishchenko, “New Political Thinking as a Philosophy and a Tool of Soviet Foreign Policy”, 17 *Journal of Legislation* (1990), pp. 17-18. On the professed “priority of universal human values” in this new outlook, cf. comments in, e.g., V. S. Vereshchetin and R. A. Mullerson, “International Law in an Interdependent World”, 28 *Columbia Journal of Transnational Law* (1990), pp. 292-293 and 300.

<sup>163</sup> Cf. comments in, e.g., T. Schweisfurth, “The Acceptance by the Soviet Union of the Compulsory Jurisdiction of the ICJ for Six Human Rights Conventions”, 2 *European Journal of International Law* (1990), pp. 110-117.

142. Qu'il me soit permis de rappeler que, à la fin des années 1980 (1988-1989), notamment, l'Union soviétique de l'époque (à laquelle la Fédération de Russie a succédé) et certains autres Etats d'Europe orientale ont retiré leurs déclarations antérieures par lesquelles ils avaient exclu le règlement obligatoire des différends dans certaines conventions relatives aux droits de l'homme conclues pendant la guerre froide. Il s'agissait là d'une initiative rassurante tendant à favoriser la juridiction obligatoire de la Cour à l'égard de six traités fondamentaux en matière de droits de l'homme (au nombre desquels figurait la CIEDR). Dans son discours du 7 décembre 1988 devant l'Assemblée générale des Nations Unies, le président de ce qui était alors le Présidium du Soviet suprême de l'URSS (M. Mikhaïl Gorbatchev), après avoir invoqué «la primauté des valeurs humaines universelles», déclara :

«Nous pensons que la compétence de la Cour internationale de Justice de La Haye en ce qui concerne l'interprétation et la mise en œuvre des accords sur les droits de l'homme doit être acceptée par tous les Etats.»<sup>162</sup>

143. Quelques semaines plus tard, le 10 février 1989, le Présidium du Soviet suprême prit, sur proposition du Conseil des ministres de l'URSS, un décret ayant pour effet de retirer les réserves que l'Union soviétique avait précédemment formulées dans les dispositions pertinentes de six traités relatifs aux droits de l'homme, à savoir : l'article 22 de la CIEDR (qui revêt une importance centrale dans la présente affaire), le paragraphe 1 de l'article 29 de la convention de 1979 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, le paragraphe 1 de l'article 30 de la convention des Nations Unies contre la torture de 1984, l'article IX de la convention sur le génocide de 1948, l'article IX de la convention sur les droits politiques de la femme de 1953, et l'article 22 de la convention de 1950 pour la répression de la traite des êtres humains et de l'exploitation de la prostitution d'autrui<sup>163</sup>.

144. En outre, justice pourra difficilement être rendue en vertu de traités relatifs aux droits de l'homme (tels que la CIEDR) si la Cour évalue les éléments de preuve produits devant elle d'un point de vue strictement

<sup>162</sup> Nations Unies, doc. A/43/PV.72 du 8 décembre 1988, p. 26 ; voir également p. 8. Peu après, un mémorandum de l'URSS du 29 septembre 1989 sur le «renforcement du rôle du droit international», distribué à l'Assemblée générale des Nations Unies le 2 octobre 1989 (dans le cadre de la Décennie des Nations Unies pour le droit international), faisait référence au renforcement du rôle de la Cour en tant qu'organe judiciaire principal de l'Organisation ; voir Nations Unies, doc. A/44/585 du 2 octobre 1989, p. 5. S'agissant de cette nouvelle vision de la primauté de l'état de droit dans les relations internationales, voir les observations formulées dans, notamment, A. Gorin et P. Mishchenko, «New Political Thinking as a Philosophy and a Tool of Soviet Foreign Policy», *Journal of Legislation*, vol. 17 (1990), p. 17-18. Quant à la «priorité des valeurs humaines universelles» professée dans le cadre de cette nouvelle vision, voir les observations formulées dans, notamment, V. S. Vereshchetin et R. A. Mullerson, «International Law in an Interdependent World», *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 28 (1990), p. 292-293 et 300.

<sup>163</sup> Voir les observations formulées dans, notamment, T. Schweisfurth, «The Acceptance by the Soviet Union of the Compulsory Jurisdiction of the ICJ for Six Human Rights Conventions», *European Journal of International Law*, vol. 2 (1990), p. 110-117.

outlook, singling out the strategies of international litigation of the contending parties, and overlooking the *basic rationale* of those treaties of protection of the rights of the human person. Under those treaties, peaceful settlement is coupled with the realization of justice, and this latter can hardly be achieved in a case, such as the present one, without turning attention to the sufferings and needs of protection of the population.

X. THE LAW AND THE SUFFERINGS AND NEEDS OF PROTECTION OF THE POPULATION: *SUMMUM JUS, SUMMA INJURIA*

145. Regrettably, this was not done by the Court in the present case. The Court could, and should, have been particularly attentive to the sufferings and needs of protection of the population, on the basis of an assessment of the whole evidence produced before it by the contending parties themselves. Thus, in its consideration of the first and second preliminary objections in the present Judgment, the Court referred to several pieces of the vast documentation submitted to its cognizance by the Russian Federation and Georgia. Yet, it did so in the course of a reasoning which pursued an essentially inter-State, and mostly bilateral, outlook, centred on the (diplomatic) relations between the two States concerned.

146. Accordingly, one does not find, in the reasoning of the Court's majority, an in-depth examination of the pieces of the aforementioned documentation which disclose an aspect of the utmost importance to me: that of the vulnerability, if not defencelessness, of the victimized population, directly affected by the long-standing dispute<sup>164</sup>, aggravated into an armed conflict in early August 2008, between Georgia and the Russian Federation. The present Judgment contains only *in passim* references to the sufferings endured by the victimized population, such as the reference to an agreement concluded by Georgia and the Russian Federation, as early as on 24 June 1992, which stated in the preamble that the parties were striving for "the immediate cessation of the bloodshed" (para. 40).

147. It is beyond the purpose of my dissenting opinion to embark on an exhaustive analysis of that extensive documentation, as a whole, produced before the Court. Suffice it here to refer to those documents, submitted to this Court, in a commendable way, either by the Russian Federation or by Georgia, which are clearly illustrative of the aspect I single out herein, namely, that of the pain and sufferings, and the pressing

<sup>164</sup> As it ensues from, e.g., the resolutions of the Georgian Parliament of 20 March 2002 (concerning the situation in Abkhazia), and of 11 October 2005 (concerning alleged "ethnic cleansing by third parties" in Abkhazia and South Ossetia); Georgia's letters of 27 October 2005 to the UN Security Council (UN doc. S/2005/678), and of 10 November 2005 to the UN Secretary-General (UN doc. A/60/552-S/2005/718); Georgia's statement at the UN Security Council of 26 January 2006, and address at the UN General Assembly of 23 September 2006, followed by other manifestations of the kind, ranging from September-November 2006 to August 2008.

interétatique, en identifiant la stratégie choisie par les parties en litige dans le cadre de leur procédure internationale, sans tenir compte de la *raison d'être fondamentale* de ces instruments de défense des droits de la personne humaine. Au regard de ces instruments, le règlement pacifique va de pair avec la réalisation de la justice, et cette dernière ne peut guère être rendue dans une affaire comme celle-ci si l'attention ne se porte pas sur les souffrances de la population et son besoin de protection.

X. LE DROIT ET LES SOUFFRANCES ET BESOINS DE PROTECTION  
DE LA POPULATION: *SUMMUM JUS, SUMMA INJURIA*

145. Ce n'est malheureusement pas ce que la Cour a fait en l'espèce. Elle pouvait, et elle devait, être particulièrement attentive aux souffrances de la population et à la nécessité de la protéger sur la foi de tous les éléments de preuve présentés par les Parties en présence elles-mêmes. Ainsi, lorsqu'elle a examiné les première et deuxième exceptions préliminaires en la présente affaire, la Cour s'est référée à plusieurs des très nombreux documents que la Fédération de Russie et la Géorgie avaient portés à sa connaissance. Et pourtant, son raisonnement s'est situé dans une perspective essentiellement interétatique et essentiellement bilatérale, centrée sur les relations (diplomatiques) entre les deux Etats en cause.

146. Le raisonnement de la majorité des membres de la Cour ne repose donc pas sur un examen approfondi de la documentation susmentionnée, qui révèle une réalité à laquelle j'attache la plus grande importance: la vulnérabilité, pour ne pas dire l'impuissance, des populations opprimées, qui étaient les victimes directes d'un différend de longue date entre la Géorgie et la Fédération de Russie<sup>164</sup>, lequel a pris les dimensions d'un conflit armé au début d'août 2008. Le présent arrêt ne mentionne qu'en passant les souffrances endurées par la population opprimée, par exemple à propos d'un accord conclu entre la Géorgie et la Fédération de Russie dès le 24 juin 1992, dans le préambule duquel les parties déclaraient s'efforcer de parvenir à «la cessation immédiate de l'effusion de sang» (par. 40).

147. Il n'entre pas dans mon propos de procéder à une analyse approfondie de ces nombreux documents. Je me contenterai de mentionner ceux d'entre eux que la Fédération de Russie ou la Géorgie ont portés à la connaissance de la Cour, et il faut les en féliciter, et qui illustrent clairement la question qui retient mon attention ici, à savoir celle de la douleur et des souffrances des victimes silencieuses du différend et du conflit

<sup>164</sup> Comme le montrent, par exemple, les résolutions du Parlement géorgien du 20 mars 2002 (concernant la situation en Abkhazie) et du 11 octobre 2005 (concernant le «nettoyage ethnique auquel se livreraient des tierces parties» en Abkhazie et en Ossétie du Sud), la lettre de la Géorgie adressée le 27 octobre 2005 au Conseil de sécurité des Nations Unies (Nations Unies, doc. S/2005/678) et celle du 10 novembre 2005 adressée au Secrétaire général de l'ONU (Nations Unies, doc. A/60/552-S/2005/718), la déclaration de la Géorgie devant le Conseil de sécurité des Nations Unies le 26 janvier 2006 et le discours prononcé devant l'Assemblée générale des Nations Unies le 23 septembre 2006, ainsi que d'autres déclarations de même nature effectuées entre septembre-novembre 2006 et août 2008.

needs of protection, of the silent victims of the dispute and armed conflict between Georgia and the Russian Federation. The point I here wish to make is that this aspect of the present case could not have been overlooked, especially in a case lodging with this Court on the basis of a human rights treaty like the CERD Convention.

148. In the documentation presented to the Court by the Russian Federation, appended to its preliminary objections of 1 December 2009<sup>165</sup>, are the concluding observations of the CERD Committee in respect of reports lodged with it by Russia as well as by Georgia. Thus, already in its concluding observations, of 22 March 2001, on the initial report of Georgia under the CERD Convention, the Committee *inter alia* found that:

“Georgia has been confronted with ethnic and political conflicts in Abkhazia and South Ossetia since independence. (. . .) [T]he conflicts in South Ossetia and Abkhazia have resulted in discrimination against people of different ethnic origins, including a large number of internally displaced persons and refugees.”<sup>166</sup>

149. The point was reiterated by the CERD Committee in its concluding observations, of 15 August 2005, on the second to third periodic reports of Georgia under the CERD Convention<sup>167</sup>. And, in its more recent concluding observations, of 13 August 2008, on the 18th and 19th periodic reports of the Russian Federation, the Committee recommended *inter alia* that:

“the State party undertake a thorough investigation, through an independent body, into all allegations of unlawful police conduct against Georgian nationals and ethnic Georgians in 2006 and adopt measures to prevent the recurrence of such acts in the future”<sup>168</sup>.

150. In the documentation presented by Georgia to the Court, appended to its Memorial of 2 September 2009, and to its written statement (on preliminary objections) of 1 April 2010, there are several reports of international organizations (United Nations, Council of Europe, Organization for Security and Co-operation in Europe [OSCE], European Union)<sup>169</sup>, as well as non-governmental organizations (Human Rights Watch, Amnesty International)<sup>170</sup>. The latter provide accounts of the occurrence, in the armed conflict that broke out on 7 August 2008, of deliberate and indis-

<sup>165</sup> Annexes 50, 63 and 70.

<sup>166</sup> UN doc. CERD/C/304/Add.120, of 27 April 2001, paras. 3-4. It added that, “[o]n repeated occasions, attention has been drawn to the obstruction by the Abkhaz authorities of the voluntary return of displaced populations” (*ibid.*, para. 4).

<sup>167</sup> Cf. UN doc. CERD/C/GEO/CO/3, of 27 March 2007, paras. 4-5.

<sup>168</sup> UN doc. CERD/C/RUS/CO/19, of 20 August 2008, para. 13.

<sup>169</sup> Annexes (to the Memorial) 56, 59, 60, 62, 71.

<sup>170</sup> Annexes (to the Memorial) 150, 152, 156, 158.

armé entre la Géorgie et la Fédération de Russie, ainsi que de la protection à leur assurer d'urgence. Ce que je tiens à dire, c'est que cet aspect de la présente affaire pouvait d'autant moins être passé sous silence que la Cour avait à connaître d'un différend relatif à un instrument de défense des droits de l'homme de l'importance de la CIEDR.

148. La documentation que la Fédération de Russie a présentée à la Cour, en annexe de ses exceptions préliminaires du 1<sup>er</sup> décembre 2009<sup>165</sup>, contient les observations finales du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale au sujet des rapports soumis par la Fédération de Russie et la Géorgie en application de la CIEDR. Dans ses observations finales du 22 mars 2001 sur le rapport initial présenté par la Géorgie, le Comité relevait déjà ce qui suit :

«La Géorgie a été confrontée, depuis l'indépendance, à des conflits ethniques et politiques en Abkhazie et en Ossétie du Sud. ... Les [conflits] en Ossétie du Sud et en Abkhazie ont entraîné une discrimination à l'encontre de personnes d'origines ethniques différentes, notamment d'un grand nombre de personnes déplacées à l'intérieur de leur propre pays et de réfugiés.»<sup>166</sup>

149. Le Comité est revenu sur la question dans ses observations finales du 15 août 2005 sur les deuxième et troisième rapports périodiques de la Géorgie<sup>167</sup> et, dans ses observations finales les plus récentes, le 13 août 2008, concernant les dix-huitième et dix-neuvième rapports périodiques de la Fédération de Russie, il a notamment recommandé :

«à l'Etat partie d'enquêter de manière approfondie, par l'intermédiaire d'un organe indépendant, sur tous les agissements illicites de membres des forces de l'ordre qui auraient visé des ressortissants géorgiens et des Géorgiens de souche en 2006, et de prendre des mesures pour éviter que de tels actes ne se reproduisent»<sup>168</sup>.

150. La documentation présentée par la Géorgie à la Cour, en annexe de son mémoire du 2 septembre 2009 et de ses observations écrites sur les exceptions préliminaires du 1<sup>er</sup> avril 2010, contient plusieurs rapports d'organisations internationales (Nations Unies, Conseil de l'Europe, Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (OSCE), Union européenne)<sup>169</sup>, ainsi que d'organisations non gouvernementales (Human Rights Watch, Amnesty International)<sup>170</sup>. Ces dernières relatent des cas, pendant le conflit armé qui a éclaté le 7 août 2008, d'emploi aveugle

<sup>165</sup> Annexes 50, 63 et 70.

<sup>166</sup> Nations Unies, doc. CERD/C/304/Add.120 du 27 avril 2001, par. 3-4. Le Comité ajoutait : «A maintes reprises, l'attention a été appelée sur le fait que les autorités abkhazes font obstruction au retour librement consenti des populations déplacées.» (*Ibid.*, par. 4.)

<sup>167</sup> Voir Nations Unies, doc. CERD/C/GEO/CO/3 du 27 mars 2007, par. 4-5.

<sup>168</sup> Nations Unies, doc. CERD/C/RUS/CO/19 du 20 août 2008, par. 13.

<sup>169</sup> Annexes (au mémoire) 56, 59, 60, 62, 71.

<sup>170</sup> Annexes (au mémoire) 150, 152, 156, 158.

criminate use of force and violence against civilians, ethnic attacks, intentional burning of homes and villages, forced displacement of persons, and other human rights and humanitarian law violations. But it is the former, particularly the successive reports of the Monitoring Commission<sup>171</sup> of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe, that provide an overall account of the features and the pattern of violence that generated the sufferings of the population in the regions affected by the armed conflict, and the pressing needs of protection of the numerous victims.

151. Even if this particular aspect of the *cas d'espèce* goes beyond the framework of bilateral (diplomatic) inter-State relations, this Court, in my view, could not have overlooked it, at the present stage of preliminary objections, even more so after its recent decision to indicate provisional measures of protection (Order of 15 October 2008) in the present case, having found that it had jurisdiction *prima facie* over the dispute at issue (*I.C.J. Reports 2008*, p. 388, para. 117). And, above all, one has to go beyond the strict inter-State (diplomatic) outlook of traditional international law, for it is generally recognized that contemporary *jus gentium* is not at all insensitive to the fate of the populations.

152. Thus, it should not pass unnoticed that the aforementioned reports of the Monitoring Commission of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe took the care to draw attention to the living conditions of the population affected. One of them, of late April 2009, asserted:

“The rule of customary international law that the well-being of the population in occupied areas has to be a basic concern for those involved in a conflict. (. . .) [T]he well-being of the population in occupied areas has to be a basic concern for those involved in a conflict (. . .).”<sup>172</sup>

This was of great importance, the report added, in the light of the claims of “violations of human rights and international humanitarian law” in the course of the war and during its aftermath<sup>173</sup>.

153. In a previous report, of late January 2009, the Monitoring Commission reiterated this warning (paras. 1, 46, 49, 50), in face of the originally recorded — by the UNHCR<sup>174</sup> — 133,000 internally displaced persons in Georgia<sup>175</sup>. Looking back in time, to the early 1990s (the con-

<sup>171</sup> I.e., the Committee on the Honouring of Obligations and Commitments by Member States of the Council of Europe (C.E.).

<sup>172</sup> C.E./Parliamentary Assembly, *Follow-up Given by Georgia and Russia to Resolution 1647 (2009)*, doc. 11.876, of 28 April 2009, p. 7, paras. 29-30.

<sup>173</sup> *Ibid.*, p. 6, para. 23.

<sup>174</sup> That is, the United Nations High Commissioner for Refugees. In addition to the UNHCR, also the International Committee of the Red Cross (ICRC) received requests from members of families of those displaced or missing.

<sup>175</sup> C.E./Parliamentary Assembly, *Implementation of Resolution 1633 (2008) on the Consequences of the War between Georgia and Russia*, doc. 11.800, of 26 January 2009, p. 15, para. 58, and cf. pp. 2, 14-15 and 22, paras. 1, 46, 49-50 and 104.

de la force et de la violence contre des civils, d'attaque ethnique, d'incendie volontaire de maisons et de villages, de déplacement forcé de personnes et autres violations des droits de l'homme et du droit humanitaire. Mais ce sont les premières, en particulier la commission de suivi<sup>171</sup> de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe dans ses rapports successifs, qui brossent un tableau d'ensemble des violences systématiques à l'origine des souffrances de la population des régions touchées par le conflit armé et de la protection à assurer d'urgence aux nombreuses victimes.

151. Même si cet aspect particulier du cas d'espèce n'entre pas dans le cadre des relations interétatiques bilatérales (diplomatiques), la Cour ne pouvait, à mon avis, en faire abstraction au stade de l'examen des exceptions préliminaires — d'autant qu'elle venait d'ordonner des mesures provisoires de protection (ordonnance du 15 octobre 2008) en la présente affaire, ayant jugé qu'elle avait compétence *prima facie* en l'espèce (*C.I.J. Recueil 2008*, p. 388, par. 117). Mais, surtout, elle devait aller au-delà d'une vision strictement interétatique (diplomatique) du droit international traditionnel car, chacun en convient, le *jus gentium* contemporain est loin d'être indifférent au sort des populations.

152. Il ne faut donc pas oublier que, dans les rapports susmentionnés, la commission de suivi de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a pris soin d'appeler l'attention sur les conditions de vie de la population victime du conflit. Voici ce qu'elle écrivait dans l'un d'entre eux, datant de la fin du mois d'avril 2009 :

« Les principes du droit international coutumier, à savoir que les conditions de vie dans les zones occupées doivent constituer une des préoccupations premières des parties à un conflit ... [L]es conditions de vie dans les zones occupées doivent constituer une des préoccupations premières des parties à un conflit... »<sup>172</sup>

La mission ajoutait que ces principes étaient d'une grande importance à la lumière des allégations de « violations des droits de l'homme et du droit international humanitaire » pendant et après le conflit<sup>173</sup>.

153. Dans un rapport précédent publié à la fin janvier 2009, la commission de suivi avait déjà donné l'alarme (par. 1, 46, 49 et 50), le nombre de personnes déplacées à l'intérieur de la Géorgie initialement enregistrées par le HCR<sup>174</sup> s'élevant à 133 000<sup>175</sup>. Si l'on tient compte aussi du conflit

<sup>171</sup> C'est-à-dire la Commission pour le respect des obligations et des engagements des Etats membres du Conseil de l'Europe (commission de suivi).

<sup>172</sup> Conseil de l'Europe, Assemblée parlementaire, *Suites données par la Géorgie et la Russie à la résolution 1647 (2009)*, doc. 11.876 du 28 avril 2009, p. 6, par. 29-30.

<sup>173</sup> *Ibid.*, p. 5, par. 23.

<sup>174</sup> C'est-à-dire le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés. Outre le HCR, le Comité international de la Croix-Rouge (CICR) a reçu des demandes émanant des familles de personnes déplacées ou portées disparues.

<sup>175</sup> Conseil de l'Europe, Assemblée parlementaire, *La mise en œuvre de la résolution 1633 (2008) sur les conséquences de la guerre entre la Géorgie et la Russie*, doc. 11.800 du 26 janvier 2009, p. 15, par. 58, et voir p. 2, 13, 14 et 21, par. 1, 46, 49-50 et 104.



flict of 1992, which also generated forced displacement), the estimated total of displaced persons in the area, throughout the 1990s, rises to 222,000 persons, according to another report, of early October 2008, of the Monitoring Committee; this report estimates that, out of the war of August 2008 in particular, of the more than 30,000 displaced persons, 25,000 from South Ossetia and 6,000 from Abkhazia “are considered to be ‘permanently’ unable to return to their original place of residence”<sup>176</sup>.

154. This report deplures “the human suffering” caused by the war between Georgia and Russia, and resulting from alleged “patterns of ethnic cleansing” in South Ossetia<sup>177</sup>, and other “human rights and humanitarian law violations committed by both sides in the context of the war, such as the intentional or avoidable killing or wounding of civilians, as well as destruction of property”<sup>178</sup>. In the course of 2009, two Committees of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe issued reports, also focusing on the suffering of the population, ensuing from the humanitarian *consequences* of the war between Russia and Georgia.

155. The Monitoring Committee, in a new report, of mid-September 2009, regretted that “little tangible progress” had been achieved to address the consequences of that “tragic war”: there had not been a serious investigation of the alleged “ethnic cleansing of ethnic Georgians” and perpetrators had not been brought to justice<sup>179</sup>. The tensions in the whole region had not been reduced, the report added, negatively affecting its stability and “the security of all its inhabitants”; a pressing need remained of “urgent protection of human rights and humanitarian security”<sup>180</sup>.

156. For its part, the Committee on Migration, Refugees and Population, of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe, in its report of early April 2009, also addressed the continuation of problems that kept on inflicting suffering on the population concerned, and its “ongoing fear” of a “renewal of hostilities” (para. 95), namely: (a) detained and missing persons (paras. 39-46); (b) forced displacement (para. 2); (c) family reunification (paras. 25 and 45); and (d) destruction of property and looting (para. 30)<sup>181</sup>.

<sup>176</sup> C.E./Parliamentary Assembly, *The Consequences of the War between Georgia and Russia*, doc. 11.724, of 1 October 2008, p. 3, para. 15, and cf. also p. 13, para. 36.

<sup>177</sup> *Ibid.*, pp. 1 (summary) and 14-15, para. 42 and 54. In this respect, the Monitoring Committee’s report refers to “credible reports of acts of ethnic cleansing committed in Georgian villages in South Ossetia and the ‘buffer zone’ by irregular militia and gangs which the Russian troops failed to stop”; *ibid.*, p. 1 (summary).

<sup>178</sup> *Ibid.*, p. 3, para. 11, and cf. also p. 16, para. 60.

<sup>179</sup> C.E./Parliamentary Assembly, *The War between Georgia and Russia: One Year After*, doc. 12.010, of 14 September 2009, pp. 3 and 5, paras. 1 and 9-10, and cf. also p. 2, para. 6.

<sup>180</sup> *Ibid.*, pp. 9 and 12, paras. 27 and 49. The report added that there was “a serious risk of a new exodus of ethnic Georgians from the Gali and Akhalkgori districts”; *ibid.*, p. 14, para. 64.

<sup>181</sup> C.E./Parliamentary Assembly, *Humanitarian Consequences of the War between Georgia and Russia: Follow-Up Given to Resolution 1648 (2009)*, doc. 11.859, of 9 April 2009, pp. 2, 8-11 and 16, paras. 2, 25, 30, 39-46 and 95.

de 1992 qui a également entraîné des déplacements forcés, le nombre total de personnes déplacées dans la région au cours des années 1990 passe à 222 000, comme l'indique un autre rapport de la commission publié au début du mois d'octobre 2008 ; selon ses auteurs, plus de 30 000 personnes déplacées à la suite de la guerre d'août 2008, dont 25 000 originaires d'Ossétie du Sud et 6000 d'Abkhazie, «seront dans l'impossibilité de regagner leur lieu de résidence d'origine, et ce, «à titre permanent»»<sup>176</sup>.

154. La commission y déplore «les souffrances humaines» causées par la guerre entre la Géorgie et la Russie, et qui résultent en particulier de «nettoyages ethniques systématiques» en Ossétie du Sud<sup>177</sup> et d'autres «violations des droits de l'homme et du droit humanitaire commises par les deux parties dans le contexte de la guerre, telles que les meurtres ou blessures intentionnels ou évitables de civils, ainsi que la destruction de biens»<sup>178</sup>. Pendant l'année 2009, deux commissions de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe ont établi des rapports qui portaient aussi sur les souffrances de la population en raison des *conséquences* humanitaires de la guerre entre la Russie et la Géorgie.

155. Dans un nouveau rapport publié à la mi-septembre 2009, la commission de suivi a regretté que «peu de progrès tangibles» aient été enregistrés pour remédier aux conséquences de cette «guerre tragique»: il n'y avait eu aucune enquête sérieuse sur les allégations de «nettoyage ethnique à l'encontre de Géorgiens de souche» et les responsables n'avaient pas été traduits en justice<sup>179</sup>. Les tensions ne s'étaient pas apaisées dans la région, ce qui nuisait à sa stabilité et à «la sécurité de tous les habitants»; il restait urgent de protéger «les droits de l'homme et [d']assurer la sécurité humanitaire»<sup>180</sup>.

156. Pour sa part, la commission des migrations, des réfugiés et de la population de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, dans un rapport publié au début du mois d'avril 2009, s'est également penchée sur les problèmes qui continuaient de causer des souffrances à la population «dont la peur persistait quant à une reprise des hostilités» (par. 95), à savoir: *a*) les personnes détenues ou disparues (par. 39-46); *b*) les déplacements forcés (par. 2); *c*) la réunification des familles (par. 25 et 45); et *d*) la destruction de biens et le pillage (par. 30)<sup>181</sup>.

<sup>176</sup> Conseil de l'Europe, Assemblée parlementaire, *Les conséquences de la guerre entre la Géorgie et la Russie*, doc. 11.724 du 1<sup>er</sup> octobre 2008, p. 3, par. 15; voir aussi p. 14, par. 36.

<sup>177</sup> *Ibid.*, p. 1 (résumé) et p. 15-16, par. 42 et 54. A ce propos, le rapport de la commission de suivi fait état «d'allégations plausibles d'actes de nettoyage ethnique commis dans des villages géorgiens en Ossétie du Sud et dans la «zone tampon» par des milices irrégulières et des gangs que les troupes russes n'ont pas arrêtés»; *ibid.*, p. 1 (résumé).

<sup>178</sup> *Ibid.*, p. 3, par. 11; voir aussi p. 17, par. 60.

<sup>179</sup> Conseil de l'Europe, Assemblée parlementaire, *La guerre entre la Géorgie et la Russie: un an après*, doc. 12.010 du 14 septembre 2009, p. 3 et 7, par. 1 et 9-10; voir aussi p. 2, par. 6.

<sup>180</sup> *Ibid.*, p. 9 et 12, par. 27 et 49. Les auteurs du rapport ajoutaient «qu'un nouvel exode de ces populations des districts de Gali et d'Akhalgori [était] malheureusement à craindre»; *ibid.*, p. 14, par. 64.

<sup>181</sup> Conseil de l'Europe, Assemblée parlementaire, *Conséquences humanitaires de la guerre entre la Géorgie et la Russie: suites données à la résolution 1648 (2009)*, doc. 11.859 du 9 avril 2009, p. 2, 8-11 et 16, par. 2, 25, 30, 39-46 et 95.

157. These reports were accompanied by resolutions (related to the fact-finding work of the Monitoring Committee) of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe<sup>182</sup>, which also referred to the sufferings of the victimized population. One of those resolutions (namely, resolution 1683 (2009), of 29 September 2009), after referring to the “tragic war” at issue (para. 1), made a cross-reference to the Report of the “Independent International Fact-Finding Mission on the Conflict in Georgia” (of September 2009), established by the European Union, into the origins and course of the conflict at issue (para. 2).

158. The aforementioned Report was also included in the documentation which Georgia presented to this Court in the course of the proceedings on the consideration of the preliminary objections interposed by the Russian Federation<sup>183</sup>. The Report began by stressing that, as a result of a decision taken by the Council of the European Union, this was “the first time in its history that the European Union has decided to intervene actively in a serious armed conflict”, setting up a Fact-Finding Mission as a follow-up to the conflict (p. 2). And it went on:

“[M]ost people directly involved in the conflict remember human fates and human suffering first and foremost. The August 2008 armed conflict unfortunately saw many crimes committed in violation of international humanitarian law and human rights law. (. . .)

As for the conflict in South Ossetia and adjacent parts of the territory of Georgia, the Mission established that all sides to the conflict — Georgian forces, Russian forces and South Ossetian forces — committed violations of international humanitarian law and human rights law. (. . .)” (Paras. 25-26.)

159. The Report added that the Mission had found “patterns of forced displacements of ethnic Georgians who had remained in their homes after the onset of hostilities” (para. 27). The violations of the rights of the human person mainly concerned “indiscriminate attacks” and “ill-treatment of persons”, forced displacement and destruction of property. As a result,

“Adding to the severity of the situation, there was a considerable flow of internally displaced persons (IDPs) and refugees. Reportedly about 135,000 persons fled their homes, most of them from regions in and near South Ossetia. While most persons fled to other parts of Georgia, a significant number also sought refuge in Russia. The majority fled because of the dangers and the insecurity connected to the conflict situation. But also numerous cases of forced displace-

<sup>182</sup> E.g., resolution 1647 of 28 January 2009; resolution 1633 of 2 October 2008 (forced displacement, paras. 15 and 24 (3)); resolution 1683 of 29 September 2009 (alleged “ethnic cleansing”, para. 9).

<sup>183</sup> Cf. Annexes (to Georgia’s written statement on preliminary objections, of 1 April 2010) 120 and 121.

157. Ces rapports étaient accompagnés de résolutions (relatives au travail d'enquête de la commission de suivi) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe<sup>182</sup> qui mentionnaient aussi les souffrances de la population opprimée. L'une de ces résolutions, à savoir la résolution 1683 (2009) du 29 septembre 2009, après avoir évoqué cette « guerre tragique » (par. 1), se référait au rapport de la « Mission d'enquête internationale indépendante sur les origines et le déroulement du conflit » créée par l'Union européenne (par. 2).

158. Ce rapport figurait également dans la documentation que la Géorgie a présentée à la Cour pendant l'examen des exceptions préliminaires soulevées par la Fédération de Russie<sup>183</sup>. La mission d'enquête commençait par souligner que, à la suite d'une décision prise par le Conseil de l'Union européenne, c'était la première fois dans son histoire que l'Union européenne décidait d'intervenir activement dans un conflit armé grave et de créer une mission d'enquête à la suite du conflit (p. 2). Elle ajoutait :

« La plupart des personnes directement impliquées dans le conflit se souviennent d'abord et surtout du sort et des souffrances des victimes. Le conflit armé de 2008 a malheureusement été marqué par de nombreux crimes commis en violation du droit international humanitaire et du droit des droits de l'homme... »

Pour ce qui était du conflit en Ossétie du Sud et dans les régions adjacentes du territoire de la Géorgie, la Mission a établi que toutes les parties au conflit — forces géorgiennes, forces russes et forces d'Ossétie du Sud — avaient commis des violations du droit international humanitaire et du droit des droits de l'homme... » (Par. 25-26.)

159. La Mission avait constaté des « déplacements forcés systématiques de Géorgiens de souche qui étaient restés chez eux après le déclenchement des hostilités » (par. 27). Les violations des droits de la personne prenaient essentiellement la forme d'attaques menées sans discrimination et de mauvais traitements, de déplacements forcés et de destruction de biens :

« Le nombre de personnes déplacées et de réfugiés était considérable, ce qui aggravait encore la situation. Quelque 135 000 personnes auraient fui leur foyer, la plupart d'entre elles venant de régions d'Ossétie du Sud ou des environs. Si la majorité s'est réfugiée dans d'autres régions de la Géorgie, un nombre non négligeable a cherché refuge en Russie. La plupart fuyaient les dangers et l'insécurité liés au conflit. Mais on a également constaté de nombreux cas de

<sup>182</sup> Par exemple, résolution 1647 du 28 janvier 2009 ; résolution 1633 du 2 octobre 2008 (déplacements forcés, par. 15 et 24, al. 3) ; résolution 1683 du 29 septembre 2009 (allégations de « nettoyage ethnique », par. 9).

<sup>183</sup> Voir annexes 120 et 121 aux observations écrites de la Géorgie sur les exceptions préliminaires du 1<sup>er</sup> avril 2010.

ments in violation of international humanitarian law and human rights law were noted.” (Para. 28.)

160. As we have seen, the fact-finding reports reviewed above characterized the armed conflict of 2008 between Georgia and Russia as a “tragic war”, marked, by all those who can remember it, by “human fates and human suffering” (cf. *supra*). Even earlier occurrences, well before the 2008 armed conflict, have been characterized as “tragic”. Very brief references to such characterization, by Georgia, can be found in the present Judgment, in paragraph 55 (“tragic events” of 1993), paragraph 61 (“tragic events” of 1998), and paragraph 71 (“tragic results” of occurrences of 2001). Yet, this dimension — the human factor — is not at all reflected in the present Judgment of the Court, in its own assessment of the facts for the consideration of the preliminary objections raised before it.

161. As to the first preliminary objection, for example, the Court spent 92 paragraphs to concede that, in its view, a legal dispute at last crystallized, on 10 August 2008 (para. 93), only *after* the outbreak of an open and declared war between Georgia and Russia! I find that truly extraordinary: the emergence of a legal dispute only *after* the outbreak of widespread violence and war! Are there disputes which are quintessentially and ontologically *legal*, devoid of any political ingredients or considerations? I do not think so. The same formalistic reasoning leads the Court, in 70 paragraphs, to uphold the second preliminary objection, on the basis of alleged (unfulfilled) “preconditions” of its own construction, in my view at variance with its own *jurisprudence constante* and with the more lucid international legal doctrine.

162. Under human rights treaties, the individuals concerned, in situations of great vulnerability or adversity, need a higher standard of protection; the ICJ, in the *cas d’espèce*, lodged with it on the basis of the CERD Convention, applied, contrariwise, a higher standard of State consent for the exercise of its jurisdiction. The result was the remittance by the Court of the present dispute back to the contending parties. The cries of suffering of the victims (from all sides) of the conflict between the Russian Federation and Georgia of August 2008 seemed to have echoed in the *Palais des droits de l’homme* in Strasbourg, on the occasion of the decision on the admissibility of the case *Georgia v. Russia*<sup>184</sup>, not so in the Peace Palace here at The Hague.

163. This point can be added, in my perception, to the characterization of the present case as indeed a tragic one, above all from the perspective of the victimized families and individuals. Tragedy accompanies human

<sup>184</sup> Cf. ECHR (Fifth Section), case *Georgia v. Russia* (application No. 13255/07, decision of 30 June 2009, paras. 1-51: the ECHR, by a majority, declared the application admissible (without prejudging the merits of the case), and joined to the merits the [quite distinct] preliminary objections raised before it.

déplacements forcés en violation du droit international humanitaire et des droits de l'homme.» (Par. 28.)

160. Comme nous l'avons vu, dans les rapports d'enquête examinés ci-dessus, le conflit armé russo-géorgien de 2008 a été qualifié de « guerre tragique », tous ceux qui s'en souviennent étant restés marqués par le « sort et [l]es souffrances des victimes » (voir ci-dessus). Même des événements plus anciens, bien antérieurs au conflit armé de 2008, ont été qualifiés de « tragiques ». Cette qualification des faits par la Géorgie est brièvement évoquée dans le présent arrêt, au paragraphe 55 (les « événements tragiques » de 1993), au paragraphe 61 (les « événements tragiques » de 1998) et au paragraphe 71 (les « conséquences tragiques » des événements de 2001). Pourtant, cette dimension — le facteur humain — ne se retrouve pas du tout dans l'analyse des faits que la Cour a elle-même réalisée, dans son arrêt, pour statuer sur les exceptions préliminaires soulevées devant elle.

161. En ce qui concerne la première de ces exceptions, par exemple, il a fallu quatre-vingt-douze paragraphes à la Cour pour reconnaître que, selon elle, un différend juridique s'était finalement cristallisé le 10 août 2008 (par. 93), seulement *après* l'éclatement d'une guerre ouverte et déclarée entre la Géorgie et la Russie ! Je trouve cela vraiment extraordinaire : voici un différend juridique qui ne s'est fait jour qu'*après* le déclenchement d'une vague de violence et d'une guerre généralisée ! Existe-t-il des différends foncièrement et ontologiquement *juridiques* coupés de toutes ramifications ou considérations politiques ? Je ne pense pas. Ce même raisonnement formaliste conduit la Cour, au bout de soixante-dix paragraphes, à retenir la deuxième exception préliminaire, sur la base de prétendues « conditions préalables » (non remplies) de son invention — en s'écartant à mon sens de sa propre jurisprudence constante et de la doctrine juridique internationale, plus éclairée.

162. Selon les traités relatifs aux droits de l'homme, les personnes concernées, qui se trouvent en situation de grande vulnérabilité ou de grande détresse, doivent bénéficier d'un degré de protection plus élevé ; or la Cour, dans cette affaire portée devant elle sur la base de la CIEDR, a jugé au contraire qu'un degré de consentement des Etats plus élevé était requis pour qu'elle puisse exercer sa compétence. Ce faisant, elle a renvoyé le présent différend devant les parties en litige. Les cris de souffrance des victimes (des deux camps) du conflit russo-géorgien d'août 1998 semblent avoir été entendus au Palais des droits de l'homme à Strasbourg, dans la décision rendue sur la recevabilité de l'affaire *Géorgie c. Russie*<sup>184</sup>, mais être restés sans écho au Palais de la Paix, ici à La Haye.

163. Cela justifie d'autant plus, à mes yeux, de considérer la présente affaire comme une véritable tragédie, surtout du point de vue des familles et des personnes qui en ont été les victimes. La tragédie va de pair avec

<sup>184</sup> Voir Cour européenne des droits de l'homme (cinquième section), affaire *Géorgie c. Russie* (requête n° 13255/07, décision du 30 juin 2009, par. 1-51) : la Cour, à la majorité, a déclaré la requête recevable (sans préjuger le fond de l'affaire) et a joint au fond les exceptions préliminaires (tout à fait distinctes) soulevées devant elle.

existence; no one can be sure to be free from it, till passing the final threshold of his or her own life secure from pain and injustice, as Sophocles (497-405 BC) warned in one of his plays. It is not at all surprising that his masterpieces, like those of Aeschylus (525-456 BC) shortly before him, and of his contemporary Euripides (484-406 BC), keep on being represented throughout the centuries, time and time again, from the fifth century BC until our days, in distinct parts of the world, and in several languages. Their messages are endowed with contemporaneity, duly grasped by succeeding generations along the centuries everywhere, as they touch on the unhappiness and sufferings proper of the human condition.

164. Amidst the violence portrayed in the representations of the perennial Greek tragedies of the fifth century BC, there emerged a timely warning as to destiny (as in Sophocles' *Oedipus Rex*, or in his *Ajax*), as to the unforeseeable along human existence, up to its end. Rationalism and so-called "realism" attempted to put an end to tragedy, and did not succeed at all, as human existence has been accompanied, since time immemorial, by irrationality and brutality. It is not surprising to find that, from the tragedies of ancient Greece, there also emerged a yearning and search for justice (as in Euripides' *Hecuba*, or in Aeschylus' *Oresteian Trilogy*, particularly *The Eumenides*), never abandoned until our days. Ever since, attention has been turned to the dictates of human conscience, even when they clashed with the rules of the law of the *polis* (as in Sophocles' *Antigone*); this tension led, in a language gradually crystallized throughout the subsequent centuries, to the opposition of natural law — emanating from the *recta ratio* — to positive law (*jus positum*), in the longing for justice.

165. The reckoned need for justice emanates, e.g., from the rituals of tribute to the dead and the victimized. Tragedy has, furthermore, evoked the process of learning through suffering (as, once again, in Aeschylus' *Oresteian Trilogy*, particularly *Agamemnon*). Tragedy has survived rationalism and so-called "realism", and, in regretting cruel, inhuman and degrading treatment (by all means unnecessary and abominable), unfortunately inflicted until our days, remains endowed with manifest contemporaneity. The victims of the "tragic war" of 2008 opposing Georgia to the Russian Federation, the fatal ones and their surviving relatives, and those forcefully displaced from their homes and incapable to return freely thereto ever since, have not yet found justice . . . As a Member of the International Court of Justice (seized of the case of their concern), I cannot but deeply regret this. *Summum jus, summa injuria*.

166. In this connection, may I further recall, also in temporal perspective, that, in the tragic inter-war period of the first half of the twentieth

l'existence humaine; nul ne peut être certain d'y échapper avant d'avoir franchi le seuil de sa propre existence sans avoir connu ni la souffrance ni l'injustice, pour reprendre la mise en garde formulée par Sophocle (497-405 av. J.-C.) dans l'une de ses pièces. Il n'est guère surprenant que les chefs-d'œuvre de cet auteur, comme ceux d'Eschyle (525-456 av. J.-C.) peu avant lui et ceux de son contemporain Euripide (484-406 av. J.-C.), n'aient pas cessé d'être représentés à travers les siècles, encore et encore, depuis le V<sup>e</sup> siècle avant J.-C. jusqu'à notre époque, dans différentes parties du monde, et dans différentes langues. Leur message est empreint de modernité — ce qu'ont parfaitement compris les générations successives du monde entier au fil des siècles — en tant qu'il touche au malheur et aux souffrances propres à la condition humaine.

164. Sur ce fond de violence dépeint dans les représentations des tragédies grecques intemporelles du V<sup>e</sup> siècle avant J.-C. ressortait une mise en garde fort à propos quant au destin (comme dans l'*Œdipe roi* de Sophocle, ou dans son *Ajax*) et au caractère aléatoire de l'existence humaine, jusqu'à son terme. Les tenants du rationalisme et d'un prétendu «réalisme» ont tenté de mettre un terme à la tragédie, et ont totalement échoué puisque, depuis des temps immémoriaux, l'existence humaine rime avec irrationalité et brutalité. Il n'est pas étonnant que les tragédies de la Grèce antique aient aussi fait apparaître une soif et une quête de justice (par exemple dans l'*Hécube* d'Euripide, ou dans la trilogie eschyléenne de *L'Orestie*, en particulier dans *Les Euménides*) qui demeurent intactes aujourd'hui. Depuis cette époque, les impératifs de la conscience humaine ont été pris en considération, même lorsqu'ils entraient en conflit avec les règles du droit de la *polis* (je songe par exemple à l'*Antigone* de Sophocle); ce conflit a donné lieu, pour reprendre les termes qui se sont progressivement cristallisés au long des siècles suivants, à l'opposition du droit naturel — émanation de la *recta ratio* — et du droit positif (*jus positum*), dans le cadre de cette quête de justice.

165. Le besoin de justice invoqué découle, entre autres, des rituels effectués en hommage aux défunts et aux victimes. La tragédie renvoie en outre au processus d'apprentissage par la souffrance (comme, là encore, dans la trilogie eschyléenne de *L'Orestie*, en particulier dans *Agamemnon*). La tragédie a survécu au rationalisme, au prétendu «réalisme», et elle reste manifestement d'actualité, en tant qu'elle condamne les traitements cruels, inhumains et dégradants (inutiles et abominables en toutes circonstances) — qui n'ont malheureusement toujours pas disparu à notre époque. Les victimes de la «guerre tragique» de 2008 entre la Géorgie et la Fédération de Russie, celles qui ont perdu la vie et leurs proches qui ont survécu, et celles qui ont été déplacées par la force de leurs foyers et ne sont pas en mesure d'y retourner librement depuis, n'ont pas encore obtenu justice... En tant que membre de la Cour internationale de Justice (saisie de l'affaire qui les touche), je ne puis que le regretter vivement. *Summum jus, summa injuria.*

166. A cet égard, qu'il me soit permis de rappeler enfin, toujours dans une perspective temporelle, que, dans la période tragique de l'entre-deux-



century, one of the forerunners of the international protection of human rights (almost forgotten in our hectic days), the Russian jurist André Nicolayévitch Mandelstam, deeply regretted that the international legal order of his time accorded “complete impunity to the State violating the most sacred rights of the individual”, and longed for a new legal order which “would oblige the State to accord” to each human being a certain “minimum of rights”. In his somehow premonitory warning of 1931, he further stated:

“The horrible experience of our time has demonstrated that there is far less reason to fear the potential abuses that might arise from this imprecision and from the absence of sanctions than there is to fear those which result from according a State an unlimited power over the life and freedom of its subjects.”<sup>185</sup>

#### XI. HUMAN RIGHTS TREATIES AS LIVING INSTRUMENTS

167. In the present Judgment on preliminary objections, the Court upholds the second preliminary objection relying upon its own strictly textual or grammatical reasoning relating to the compromissory clause (Art. 22) of the CERD Convention (para. 135). Nowhere does one find considerations of a contextual nature, or else a reasoning that at least attempts to link such compromissory clause to the object and purpose of the CERD Convention, taking into account the substance and nature of the Convention *as a whole*. Nowhere does the Court consider the historical importance of the CERD Convention as a pioneering human rights treaty, and its continuing contemporaneity for responding to new challenges that are of legitimate concern to humankind, for the purpose of interpreting the compromissory clause contained therein.

168. Moreover, the reasoning of the Court appears to me as a static one, attempting to project into our days what the Court’s majority *imagines* were the intentions of the draftsmen of the Convention (or of some of them) almost half a century ago, on the basis of a textual or grammatical argument. The Court notes that, “at the time” when the CERD Convention “was being elaborated, the idea of submitting to the compulsory settlement of disputes by the Court was not readily acceptable to a number of States” (para. 147). The Court then attempts to extract consequences therefrom, so as to advance today, in 2011, a reasoning that freezes or ossifies international law in the present domain of protection of the human person, that hinders its progressive development, and, understandably, that limits its own jurisdiction!

---

<sup>185</sup> A. N. Mandelstam, *Les droits internationaux de l’homme*, Paris, Editions internationales, 1931, p. 138. [Translation by the Registry.]

guerres qui a marqué la première moitié du XX<sup>e</sup> siècle, l'un des pionniers de la protection internationale des droits de l'homme (presque oublié à notre époque mouvementée), le juriste russe André Nicolaïevitch Mandelstam, s'affligeait de ce que l'ordre juridique international de son temps accordait « une complète impunité à l'Etat violant les droits les plus sacrés de l'individu », et aspirait à un nouvel ordre juridique qui « obligerait l'Etat à reconnaître » à chaque être humain un certain « minimum de droits ». Dans son ouvrage de 1931, qui sonne quelque peu comme une mise en garde prémonitrice, il ajoutait :

« L'horrible expérience de notre temps a démontré que les abus éventuels, qui pourraient naître de cette imprécision et de l'absence de sanctions, sont beaucoup moins à redouter que ceux qui résultent de la reconnaissance à l'Etat d'un pouvoir illimité sur la vie et la liberté de ses sujets. »<sup>185</sup>

#### XI. LES TRAITÉS RELATIFS AUX DROITS DE L'HOMME EN TANT QU'INSTRUMENTS VIVANTS

167. Dans le présent arrêt sur les exceptions préliminaires, la Cour retient la deuxième exception sur la foi de son propre raisonnement, strictement fondé sur une analyse textuelle ou grammaticale de la clause compromissaire (art. 22) de la CIEDR (par. 135). Elle ne dit rien sur le contexte, pas plus qu'elle ne tente, au minimum, de relier ladite clause compromissaire à l'objet et au but de la CIEDR, eu égard à la teneur et à la nature de la Convention *dans son ensemble*. La Cour passe totalement sous silence l'importance historique de cette convention en tant que traité pionnier dans le domaine des droits de l'homme, ainsi que l'actualité de cet instrument pour répondre aux nouveaux défis — et préoccupations légitimes — de l'humanité, aux fins d'interpréter la clause compromissaire contenue dans cet instrument.

168. De plus, le raisonnement de la Cour me paraît statique, tentant de transposer à notre époque les intentions qui — *dans l'esprit* de la majorité — animaient les rédacteurs de la Convention (ou certains d'entre eux) il y a près d'un demi-siècle, sur la base d'un argument d'ordre textuel ou grammatical. La Cour note que, « à l'époque » où la CIEDR « a été rédigée, l'idée de consentir au règlement obligatoire des différends par [elle] n'était pas facilement acceptable pour nombre d'Etats » (par. 147). La Cour tâche ensuite d'en tirer les conséquences, au point d'avancer aujourd'hui, en 2011, un raisonnement qui a pour effet de geler ou de paralyser le droit international dans le domaine qui nous occupe ici, à savoir celui de la protection de la personne humaine, d'empêcher son développement progressif et — chose incompréhensible — de limiter sa propre compétence !

<sup>185</sup> A. N. Mandelstam, *Les droits internationaux de l'homme*, Paris, Editions internationales, 1931, p. 138.

169. Nowhere does the Court refer to the actual application that the CERD Convention has had in practice, throughout the last decades, so as to fulfill its object and purpose to the benefit of millions of human beings. Nowhere does the Court recognize that the CERD Convention, like other human rights treaties, is a *living* instrument, which has acquired a life of its own, independently from the assumed “intentions” of its draftsmen almost half a century ago. Even within the static outlook of the Court, already at the time the CERD Convention was being elaborated, there were those — as I have already indicated (cf. *supra*) — who supported the compulsory settlement of disputes by this Court, and even more so today, in 2011, in respect of obligations under the CERD Convention, and other human rights treaties.

170. May I here recall that, one and a half decades before the adoption of the CERD Convention, in his dissenting opinion in the *Anglo-Iranian Oil Co. (United Kingdom v. Iran)* case before the ICJ, Judge Alejandro Alvarez criticized traditional methods of treaty interpretation based on strict adherence to the letter of treaties (seen with an assumed “everlasting and fixed character”) and too much reliance on “rules of grammar” without regard to the convention “as a whole” (*Preliminary Objection, Judgment, I.C.J. Reports 1952*, p. 125). In his view,

“it is necessary to avoid slavish adherence to the literal meaning of legal or conventional texts (. . .). The important point is (. . .) to have regard above all to the *spirit* of such documents, to the intention of the parties in the case of a treaty, as they emerge from the institution or convention as a whole, and indeed from the new requirements of international life. (. . .) [A] convention, once established, acquires a life of its own and evolves not in accordance with the ideas or the will of those who drafted its provisions, but in accordance with the changing conditions of the life of peoples.” (*Ibid.*, p. 126.)

171. In addition, Judge A. Alvarez warned that, in his view, it was also:

“necessary to have recourse to the *spirit* of the Charter of the United Nations, of which the Statute of the Court forms an integral part (. . .), and to the general principles of the law of nations. (. . .)

[T]he present Court is, according to its Statute, a Court of *justice* and, as such, and by virtue of the dynamism of international life, it has a double task: to *declare* the law and to *develop* the law.” (*Ibid.*, pp. 131-132.)

172. This applies even more forcefully in respect of human rights treaties, which are living instruments, and accompany the evolution of times and of the social *milieu* wherein are exercised the protected rights, so as to respond to new needs of protection of the human person. Their dynamic or evolutive interpretation finds expression in international case law. A *locus classicus* in this respect can be found in the Advisory Opinion of the ICJ

169. La Cour ne fait référence nulle part dans son arrêt à la manière dont la CIEDR a été réellement appliquée dans la pratique, tout au long des dernières décennies, afin de servir son objet et son but au bénéfice de millions d'êtres humains. Elle ne reconnaît nulle part que la CIEDR — comme les autres instruments de défense des droits de l'homme — est un traité *vivant*, qui a acquis une existence propre, indépendamment des « intentions » supposées de ses auteurs il y a près d'un demi-siècle. Même si l'on adopte la perspective statique dans laquelle se place la Cour, il reste que le règlement obligatoire des différends par celle-ci comptait déjà des adeptes au moment de l'élaboration de la CIEDR — ainsi qu'exposé plus haut — et qu'il rallie encore davantage de suffrages aujourd'hui, en 2011, pour ce qui est des obligations prévues dans cette convention et dans d'autres traités relatifs aux droits de l'homme.

170. Je rappellerai ici que, une quinzaine d'années avant l'adoption de la CIEDR, dans son opinion dissidente en l'affaire de l'*Anglo-Iranian Oil Co. (Royaume-Uni c. Iran)* portée devant la Cour, le juge Alejandro Alvarez avait critiqué les méthodes traditionnelles d'interprétation consistant à s'en tenir strictement à la lettre des traités (auxquels était prêté un « caractère de pérennité et de fixité ») et à faire trop grand cas de l'aspect « grammatical » sans envisager « l'ensemble » de la convention (*exception préliminaire, arrêt, C.I.J. Recueil 1952*, p. 125). De son point de vue :

« on ne doit pas s'attacher strictement à la teneur littérale des textes légaux ou conventionnels ... Ce qui s'impose ... est de prendre en considération surtout l'*esprit* de ces textes, la volonté des parties s'il s'agit d'une convention, en les dégageant de l'ensemble de l'institution ou de la convention, voire même des nouvelles exigences de la vie internationale ... [U]ne convention, une fois établie, acquiert une vie propre et évolue conformément, non pas aux idées ou à la volonté de ceux qui ont rédigé ses dispositions, mais aux conditions changeantes de la vie des peuples. » (*Ibid.*, p. 126.)

171. Le juge Alvarez rappelait en outre ce qui suit :

« il faut recourir à l'*esprit* de la Charte des Nations Unies dont le Statut de la Cour fait partie intégrante..., ainsi qu'aux principes généraux du droit des gens... »

[L]a Cour actuelle est, d'après son Statut, une Cour de *Justice* et, de ce fait, ainsi que du dynamisme de la vie internationale, elle a aujourd'hui une double mission : *dire* le droit et *développer* le droit. » (*Ibid.*, p. 131-132.)

172. Ces considérations s'appliquent avec encore plus de force dans le cas des traités relatifs aux droits de l'homme, qui sont des instruments vivants, et qui accompagnent l'évolution des temps et du milieu social au sein duquel sont exercés les droits protégés, afin de répondre aux nouveaux besoins de protection de la personne humaine. Leur interprétation dynamique ou évolutive se retrouve dans la jurisprudence internationale. Un *locus classicus* à

on *Namibia* (1971), wherein it is asserted that the mandates system (territories under mandate), and in particular the concepts incorporated into Article 22 of the Covenant of the League of Nations, “were not static, but were by definition evolutionary”. And the ICJ significantly added that:

“its interpretation cannot remain unaffected by the subsequent development of the law, through the Charter of the United Nations and by way of customary law. Moreover, an international instrument has to be interpreted and applied within the framework of the entire legal system prevailing at the time of the interpretation. (. . .) In this domain, as elsewhere, the *corpus juris gentium* has been considerably enriched, and this the Court, if it is faithfully to discharge its functions, may not ignore.” (*Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, *Advisory Opinion*, *I.C.J. Reports 1971*, pp. 31-32, para. 53.)

173. In the same line of reasoning, in the domain of the international protection of human rights, in the case *Tyrer v. United Kingdom* (judgment of 25 April 1978), the ECHR asserted that the European Convention on Human Rights is “a living instrument” to be interpreted in the light of current living conditions (para. 31). The ECHR pursued the same approach in other judgments in leading cases, such as those of *Airey v. Ireland* (of 9 October 1979), of *Marckx v. Belgium* (of 13 June 1979) and of *Dudgeon v. United Kingdom* (of 22 October 1981).

174. The ECHR has been pursuing this approach until the present time. Such evolutive interpretation bears witness of the incidence of the *temporal dimension* in the work of legal interpretation. In its judgment of 28 July 1999, in the *Selmouni v. France* case, to evoke another example, after reiterating that the Convention is “a living instrument” that ought to be interpreted “in the light of present-day conditions”, the European Court added that:

“the increasingly high standard being required in the area of the protection of human rights and fundamental liberties correspondingly and inevitably requires greater firmness in assessing breaches of the fundamental values of democratic societies” (para. 101).

175. More recently, to the same effect, the ECHR has reiterated its approach, *ipsis literis*, in its judgment of 7 January 2010 in the case of *Rantsev v. Cyprus and Russia* (para. 277). Already years earlier, the ECHR duly clarified that its evolutive interpretation is not limited to the substantive norms of the Convention, but that it extends likewise to operational provisions such as the optional clauses (as existing prior to the entry into force of Protocol No. 11 to the Convention, on 1 November 1998).

176. Thus, in the case *célèbre* of *Loizidou v. Turkey* (preliminary objec-

ce sujet figure dans l'avis consultatif rendu par la Cour en l'affaire *Namibie* (1971), dans lequel celle-ci a indiqué que le système des mandats (territoires sous mandat), et en particulier les notions consacrées à l'article 22 du Pacte de la Société des Nations « n'étaient pas statiques mais par définition évolutifs ». Et la Cour d'ajouter une précision importante :

« son interprétation ne peut manquer de tenir compte de l'évolution que le droit a ultérieurement connue grâce à la Charte des Nations Unies et à la coutume. De plus, tout instrument international doit être interprété et appliqué dans le cadre de l'ensemble du système juridique en vigueur au moment où l'interprétation a lieu ... Dans ce domaine comme dans les autres, le *corpus juris gentium* s'est beaucoup enrichi et, pour pouvoir s'acquitter fidèlement de ses fonctions, la Cour ne peut l'ignorer. » (*Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1971, p. 31-32, par. 53.*)

173. Dans le même ordre d'idées, sur le chapitre de la protection internationale des droits de l'homme, la Cour européenne des droits de l'homme a fait valoir dans l'affaire *Tyrer c. Royaume-Uni* (arrêt du 25 avril 1978) que la convention européenne des droits de l'homme était « un instrument vivant » à interpréter à la lumière des conditions d'existence actuelles (par. 31). Elle est restée fidèle à ce point de vue dans d'autres arrêts rendus dans des affaires de premier plan, telles que l'affaire *Airey c. Irlande* (du 9 octobre 1979), *Marckx c. Belgique* (du 13 juin 1979) ou *Dudgeon c. Royaume-Uni* (du 22 octobre 1981).

174. La Cour européenne des droits de l'homme s'en tient toujours à cette position à l'heure actuelle. Cette interprétation évolutive témoigne de l'incidence de la *dimension temporelle* en matière d'interprétation juridique. Dans son arrêt du 28 juillet 1999 en l'affaire *Selmouni c. France* — pour citer un autre exemple —, après avoir répété que la Convention était « un instrument vivant », qui devait être interprété « à la lumière des conditions de vie actuelles », la Cour européenne a ajouté que :

« le niveau d'exigence croissant en matière de protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales implique, parallèlement et inéluctablement, une plus grande fermeté dans l'appréciation des atteintes aux valeurs fondamentales des sociétés démocratiques » (par. 101).

175. Plus récemment, dans le même sens, la Cour européenne des droits de l'homme a confirmé sa position, *ipsis literis*, dans son arrêt du 7 janvier 2010 en l'affaire *Rantsev c. Chypre et Russie* (par. 277). Des années auparavant déjà, elle avait dûment précisé que son interprétation évolutive n'était pas limitée aux normes de fond de la Convention, mais s'appliquait également à des clauses d'exécution comme les clauses facultatives (telles qu'elles existaient avant l'entrée en vigueur du protocole n° 11 de la Convention, le 1<sup>er</sup> novembre 1998).

176. Ainsi, dans la célèbre affaire *Loizidou c. Turquie* (exceptions préli-

tions, 1995), the ECHR again pointed out that the European Convention, as “a constitutional instrument of European public order” (para. 75), is “a living instrument” to be interpreted in the light of contemporary conditions. It added that not even the (then) optional clauses — on the acceptance of the right of individual petition (Art. 25) and the Court’s compulsory jurisdiction (Art. 46) — could be interpreted only in the light of what could have been the intentions of their draftsmen more than forty years earlier<sup>186</sup>.

177. The same understanding has been advanced, in the American continent, by the IACtHR, which espoused, likewise, this evolutive interpretation, of the American Convention on Human Rights, in, e.g., its judgment (of 18 August 2000) in the case of *Cantoral Benavides v. Peru* (para. 99). And, in its pioneering advisory opinion No. 16, on *The Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the Due Process of Law* (of 1 October 1999), after evoking (para. 113) the Advisory Opinion of the ICJ on *Namibia* of 1971, as well as the relevant case law of the ECHR, the IACtHR stated that:

“human rights treaties are living instruments whose interpretation ought to accompany the evolution of times and the current living conditions.

The *corpus juris* of international human rights law comprises a set of international instruments of varied contents and juridical effects (treaties, conventions, resolutions and declarations). Its dynamic evolution has exercised a positive impact on international law, in the sense of affirming and developing the aptitude of this latter to regulate the relations between States and the human beings under their respective jurisdictions. Accordingly, this Court ought to adopt an adequate approach to consider the question under examination in the framework of the evolution of the fundamental rights of the human person in contemporary international law.” (*The Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the Due Process of Law*, paras. 114-115.)

178. Earlier on, in its Advisory Opinion No. 10 (of 14 July 1989), the IACtHR pointed out that it would proceed to interpret the 1948 American Declaration on the Rights and Duties of Man not in the light of what was thought of it in 1948, at the time of its adoption, but “in the present moment, in face of what is today the inter-American system” of protec-

<sup>186</sup> The ECHR pondered that even if their intentions had been in the sense of permitting restrictions (other than those *ratione temporis*) under those optional clauses — what in the case was not demonstrated — this element would not have been decisive (para. 71); on the contrary, the practice of the States parties along the years pointed in the sense of the acceptance without restrictions of the aforementioned optional clauses of the Convention.

minaires, 1995), la Cour européenne des droits de l'homme a une nouvelle fois indiqué que la convention européenne, en tant « qu'instrument constitutionnel de l'ordre public européen » (par. 75), était « un instrument vivant » à interpréter à travers le prisme des conditions de vie du moment. Elle a ajouté que même les clauses facultatives (de l'époque) — sur l'acceptation du droit de recours individuel (art. 25) et la juridiction obligatoire de la Cour (art. 46) — ne pouvaient être interprétées uniquement à travers le prisme des intentions qui avaient pu animer leurs rédacteurs plus de quarante ans auparavant<sup>186</sup>.

177. La même conception a également été avancée, de l'autre côté de l'Atlantique, par la Cour interaméricaine des droits de l'homme, qui, elle aussi, a adhéré à cette interprétation évolutive pour ce qui est de la convention américaine relative aux droits de l'homme, notamment dans son arrêt (du 18 août 2000) en l'affaire *Cantoral Benavides c. Pérou* (par. 99). Qui plus est, dans son avis consultatif n° 16 précurseur (du 1<sup>er</sup> octobre 1999) sur *The Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the Due Process of Law*, la Cour interaméricaine, après avoir renvoyé (par. 113) à l'avis consultatif de la Cour internationale de Justice sur la *Namibie* de 1971, ainsi qu'à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en la matière, a déclaré que :

« les traités relatifs aux droits de l'homme sont des instruments dynamiques dont l'interprétation doit suivre l'évolution des temps et les conditions de vie du moment.

Le *corpus juris* du droit international consacré aux droits de l'homme comprend un ensemble d'instruments internationaux au contenu et aux effets juridiques variés (traités, conventions, résolutions et déclarations). Son évolution dynamique a eu une influence positive sur le droit international, en ce sens qu'elle a confirmé et développé la capacité de ce dernier de régler les relations entre les Etats et les êtres humains dans leurs sphères de compétence respectives. Dès lors, la Cour doit suivre une démarche appropriée pour répondre à la question en cours d'examen dans le cadre de l'évolution des droits fondamentaux de la personne humaine en droit international moderne. » (*The Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the Due Process of Law*, par. 114-115.)

178. Plusieurs années auparavant, dans son avis consultatif n° 10 (du 14 juillet 1989), la Cour interaméricaine des droits de l'homme avait indiqué qu'elle interpréterait la déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme de 1948 non pas à la lumière de la façon dont elle était perçue en 1948, à l'époque de son adoption, mais « par rapport au moment pré-

<sup>186</sup> La Cour européenne des droits de l'homme a estimé que, même si les rédacteurs avaient été favorables à des restrictions (autres que *ratione temporis*) dans le cadre de ces clauses facultatives — ce qui n'était pas démontré en l'espèce —, cet élément n'aurait pas revêtu une importance décisive (par. 71); au contraire, la pratique suivie par les Etats parties au fil des ans milite en faveur d'une acceptation inconditionnelle desdites clauses facultatives de la Convention.



tion, taking into account the “evolution experienced since the adoption of the Declaration” (para. 37). Thus, the interpretation pursued by the ECHR and the IACtHR of the respective human rights treaties is not a static one, clinging to State consent expressed at the time of their adoption, but rather evolutive, taking into consideration the advances achieved in the *corpus* of human society in the protection of human rights throughout the years.

179. The present case before the ICJ concerns the *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*. The CERD Convention is, likewise, a living instrument. It is a truly pioneering human rights treaty, having preceded in time the two 1966 UN Covenants on Human Rights. Historical accounts give notice of the “enthusiasm” and high expectations with which the CERD Convention’s coming into being “was greeted”<sup>187</sup>. Its draftsmen kept in mind, *inter alia*, the ground-breaking provisions of the 1948 Universal Declaration of Human Rights, to the point of making them part of the law of the CERD Convention itself, thus conceived as a “maximalist” human rights treaty<sup>188</sup>. The CERD Convention, endowed with universality<sup>189</sup>, was soon to occupy a prominent place in the *law of the United Nations* itself.

180. Ever since its adoption, the CERD Convention faced and opposed a grave violation of an obligation of *jus cogens* (the absolute prohibition of racial discrimination), generating obligations *erga omnes*, and it exerted influence on subsequent international instruments at universal (UN) level<sup>190</sup>. Throughout the years, its international supervisory organ, the CERD Committee, has given its contribution to the contemporary *corpus juris gentium* on equality and non-discrimination<sup>191</sup>. The fundamental principle of equality and non-discrimination was propounded, in one of the rare moments or glimpses of lucidity of the twentieth century, by the 1948 Universal Declaration of Human Rights, and echoed in all quarters of the world:

“All human beings are born free and equal in dignity and rights. They are endowed with reason and conscience and should act towards one another in a spirit of brotherhood.” (Art. 1.)

<sup>187</sup> Egon Schwelb, “The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination”, 15 *International and Comparative Law Quarterly* (1966), p. 997.

<sup>188</sup> *Ibid.*, pp. 1024 and 1057, and cf. pp. 998, 1003, 1025-1026 and 1028.

<sup>189</sup> N. Lerner, *The UN Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*, Alphen aan den Rijn, Sijthoff & Noordhoff, 1980, pp. IX and 11.

<sup>190</sup> Cf. N. Lerner, *Group Rights and Discrimination in International Law*, 2nd ed., The Hague, Nijhoff, 2003, pp. 59, 71 and 177.

<sup>191</sup> Cf., *inter alia*, e.g., W. Vandenhoe, *Non-Discrimination and Equality in the View of the UN Human Rights Treaty Bodies*, Antwerpen, Intersentia, 2005, pp. 1-293; and, as to the normative level, cf., e.g., J. Symonides (ed.), *The Struggle against Discrimination*, Paris, UNESCO, 1996, pp. 3-313.

sent, face au système interaméricain actuel» de protection, compte tenu de l'«évolution intervenue depuis son adoption» (par. 37). Partant, les Cours européenne et interaméricaine des droits de l'homme ont interprété les traités en question non pas de manière statique, en ne retenant que le consentement exprimé par l'Etat à l'époque de leur adoption, mais dans une perspective évolutive, en tenant compte des progrès accomplis au fil des ans dans le *corpus* de la société humaine sur le chapitre de la protection des droits de l'homme.

179. La présente affaire concerne l'*Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*. La CIEDR est, elle aussi, un instrument évolutif. Il s'agit d'un traité réellement novateur dans le domaine des droits de l'homme, puisqu'elle a été conclue avant les deux pactes des Nations Unies de 1966 sur les droits de l'homme. Des études historiques font état de l'«enthousiasme» et des attentes considérables sur le fond desquels la naissance de la CIEDR «fut accueillie»<sup>187</sup>. Ses rédacteurs avaient à l'esprit, notamment, les dispositions inédites de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, tant et si bien qu'ils les reprirent au sein même du régime juridique constitué par la CIEDR, concevant ainsi un traité «maximaliste» en matière de droits de l'homme<sup>188</sup>. La CIEDR, instrument universel s'il en est<sup>189</sup>, occupa vite une place de premier plan dans le *droit des Nations Unies* lui-même.

180. Depuis son adoption, la CIEDR offre un rempart contre une grave violation d'une norme de *jus cogens* (l'interdiction absolue de la discrimination raciale) — norme dont découlent des obligations *erga omnes* —, et elle a influé sur les instruments universels adoptés par la suite au niveau international (Nations Unies)<sup>190</sup>. Au fil des ans, l'organe international chargé de surveiller sa mise en œuvre, le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, a enrichi le *corpus juris gentium* moderne sur l'égalité et la non-discrimination<sup>191</sup>. Le principe fondamental de l'égalité et de la non-discrimination fut consacré, dans l'un des rares moments ou éclairs de lucidité du XX<sup>e</sup> siècle, par la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, et fut repris aux quatre coins du monde :

«Tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits. Ils sont doués de raison et de conscience et doivent agir les uns envers les autres dans un esprit de fraternité.» (Art. premier.)

<sup>187</sup> Egon Schwelb, «The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 15 (1966), p. 997.

<sup>188</sup> *Ibid.*, p. 1024 et 1057, et voir p. 998, 1003, 1025-1026 et 1028.

<sup>189</sup> N. Lerner, *The UN Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*, Alphen aan den Rijn, Sijthoff & Noordhoff, 1980, p. IX et 11.

<sup>190</sup> Voir N. Lerner, *Group Rights and Discrimination in International Law*, 2<sup>e</sup> éd., La Haye, Nijhoff, 2003, p. 59, 71 et 177.

<sup>191</sup> Voir notamment W. Vandenhole, *Non-Discrimination and Equality in the View of the UN Human Rights Treaty Bodies*, Anvers, Intersentia, 2005, p. 1-293; et, au niveau normatif, voir par exemple J. Symonides (dir. publ.), *The Struggle against Discrimination*, Paris, Unesco, 1996, p. 3-313.

This principle lies in the foundations, is one of the pillars, not only of the CERD Convention, but of the whole international law of human rights<sup>192</sup>; it belongs, in my view, to the realm of international *jus cogens*<sup>193</sup>.

181. As a result of the present Judgment of the Court in the case concerning the *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*, wherein it upheld the second preliminary objection, the Court deprived itself of the determination whether the present dispute, which has victimized so many people, falls or not under the CERD Convention. I firmly disagree with the whole reasoning of the Court, and its conclusions as to the second preliminary objection, and as to its jurisdiction, on the basis of the arguments and elements set forth in the present dissenting opinion. The unfortunate outcome of the present case discloses that, despite all the advances achieved for human dignity under the CERD Convention, there is still a long way to go: the struggle for the prevalence of human rights is never-ending, like in the myth of Sisyphus.

182. This, in turn, endows the CERD Convention, as a living instrument, adopted four and a half decades ago, with an all-enduring contemporaneity. Ever since the adoption of the CERD Convention on 21 December 1965, and its opening to signature on 7 March 1966, two world conferences to combat racism and racial discrimination were held, in Geneva, in 1978 and 1983. One decade later, the final documents of the II World Conference on Human Rights (1993), the Vienna Declaration and Programme of Action, stated that:

“The speedy and comprehensive elimination of all forms of racism and racial discrimination, xenophobia and related intolerance is a priority task for the international community. (. . .) The World Conference on Human Rights emphasizes the importance of giving special attention, including through intergovernmental and humanitarian organizations, and finding lasting solutions, to questions related to internally displaced persons including their voluntary and safe return and rehabilitation. (. . .) The World Conference on Human Rights calls on all States to take immediate measures, individually and collectively, to combat the practice of ethnic cleansing to bring it quickly to an end. Victims of the abhorrent practice of ethnic cleansing are entitled to appropriate and effective remedies.”<sup>194</sup>

<sup>192</sup> Cf., to this effect, *inter alia*, T. Opsahl, *Law and Equality*, Oslo, Ad Notam Gyldendal, 1996, pp. 167-176.

<sup>193</sup> IACtHR, Advisory Opinion No. 18 (of 17 September 2003), on the *Juridical Condition and Rights of Undocumented Migrants*, paras. 97-101, and concurring opinion of Judge A. A. Cançado Trindade, paras. 65-89.

<sup>194</sup> Paras. I.15, I.23 and II.24, respectively, and cf. also para. I.28 (Part I corresponds to the Vienna Declaration, and Part II to the Programme of Action).

Ce principe est à la base — que dis-je, il constitue l'un des piliers — non seulement de la CIEDR, mais aussi du droit international relatif aux droits de l'homme dans son ensemble<sup>192</sup> ; il relève, à mes yeux, du domaine du *jus cogens* international<sup>193</sup>.

181. Du fait de son propre arrêt en l'affaire relative à l'*Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, dans lequel elle a retenu la deuxième exception préliminaire, la Cour s'est privée de la possibilité de déterminer si le présent différend — qui a fait tant de victimes — relevait ou non de la CIEDR. Je suis fermement opposé à l'ensemble de son raisonnement, ainsi qu'à ses conclusions au sujet de la deuxième exception préliminaire et de sa compétence, pour les arguments et motifs exposés dans la présente opinion dissidente. L'issue fâcheuse de la présente affaire révèle que, en dépit de tous les progrès accomplis pour la dignité humaine en vertu de la CIEDR, beaucoup reste encore à faire : la lutte pour imposer le respect des droits de l'homme est sans fin, comme dans le mythe de Sisyphe.

182. La CIEDR, instrument évolutif adopté il y a quarante-cinq ans, se révèle ainsi être d'une modernité à toute épreuve. Depuis son adoption le 21 décembre 1965, et son ouverture à signature le 7 mars 1966, deux conférences mondiales contre le racisme et la discrimination raciale ont eu lieu à Genève, en 1978 et 1983. Dix ans plus tard, les documents finaux de la deuxième conférence mondiale sur les droits de l'homme (1993) — baptisés la déclaration et le programme d'action de Vienne — indiquaient que :

« Eliminer rapidement et intégralement toutes les formes de racisme et de discrimination raciale, ainsi que de xénophobie, et l'intolérance dont elles s'accompagnent, est pour la communauté internationale une tâche prioritaire ... [La conférence mondiale] souligne la nécessité d'accorder une attention particulière, en faisant notamment appel au concours d'organisations intergouvernementales et humanitaires, aux problèmes des personnes déplacées à l'intérieur de leur propre pays et d'y apporter des solutions durables, notamment en favorisant le retour volontaire dans la sécurité et la réinsertion ... La conférence mondiale sur les droits de l'homme engage tous les Etats à prendre sur-le-champ, individuellement et collectivement, des mesures pour combattre le nettoyage ethnique afin d'y mettre rapidement un terme. Les victimes de cette pratique odieuse ont droit à des recours appropriés et efficaces. »<sup>194</sup>

<sup>192</sup> Voir à cet effet, notamment, T. Opsahl, *Law and Equality*, Oslo, Ad Notam Gyldendal, 1996, p. 167-176.

<sup>193</sup> Cour interaméricaine des droits de l'homme, avis consultatif n° 18 (du 17 septembre 2003), *Juridical Condition and Rights of Undocumented Migrants* (Sort juridique et droits des migrants sans papiers), par. 97-101 ; voir également opinion individuelle de M. le juge A. A. Cançado Trindade, par. 65-89.

<sup>194</sup> Par. I.15, I.23 et II.24, respectivement ; voir également par. I.28 (la partie I correspond à la déclaration de Vienne, la partie II au programme d'action).

183. The CERD Convention seems to grow in importance if we consider that it applies to distinct kinds of relations, not only to those of individuals vis-à-vis the public power of the State, but also to inter-individual or inter-group relations. Also significant is the fact that it addresses situations affecting individuals or groups living — or surviving — in considerable vulnerability or adversity. In any case, the relations it purports to regulate go well beyond the strictly inter-State dimension, a point which this Court appears to experience much difficulty to grasp. This Court has to accompany the evolving international law in this domain of protection, when called upon to adjudicate cases under human rights treaties, like the present one.

184. Eight years after the adoption of the 1993 Vienna Declaration and Programme of Action by the II UN World Conference on Human Rights (so present in my personal memories), it was then the turn of the 2001 World Conference against Racism, Racial Discrimination, Xenophobia and Related Intolerance (Durban, 2001) to urge States, in its adopted Declaration, to accede to the CERD Convention “as a matter of urgency, with a view to universal ratification by the year 2005” (para. 75)<sup>195</sup>. This call promptly repercutated in the UN General Assembly itself<sup>196</sup>, and in the work of the CERD Committee<sup>197</sup>.

185. The Durban Declaration and Programme of Action underlined the urgency of “addressing the root causes of displacement” and of finding durable solutions to it (para. 54), and called for access to justice — on a basis of equality — for “victims of discrimination” and “the most vulnerable groups” (paras. 42 and 164 (*f*)). Furthermore, it reiteratedly evoked the human “tragedies of the past” (paras. 98-101 and 106), and some “appalling tragedies in the history of humanity” (para. 13), so as to extract lessons therefrom in order “to avert future tragedies” (para. 57). The work of the 2001 UN World Conference seems to have been undertaken under the shadows and fears of the everlasting human tragedy, proper of the human condition itself.

---

<sup>195</sup> May it be recalled that the Russian Federation [then the USSR] became party to the CERD Convention on 4 February 1969, whilst Georgia did so three decades later, on 2 June 1999.

<sup>196</sup> Cf., e.g., General Assembly resolutions 61/149, of 19 December 2006, and 62/220, of 22 December 2007, on the comprehensive implementation of, and follow-up to, the Durban Declaration and Programme of Action, in the endeavours towards the elimination of all (including new) forms of racial discrimination and related intolerance, including *de facto* segregation.

<sup>197</sup> The CERD Committee’s “general recommendation” XXVIII, of 19 March 2002, for example, pointed out that the Durban Declaration and Programme of Action reaffirmed the “fundamental values” underlying the CERD Convention, and was directly related to the implementation of this latter.

183. La CIEDR semble même gagner du terrain puisqu'elle s'applique à différentes sortes de relations, c'est-à-dire non pas uniquement à celles des personnes avec l'État en tant que puissance publique, mais aussi aux relations entre individus ou entre groupes. Un autre fait important est qu'elle porte sur des situations touchant des individus ou des groupes vivant — ou survivant — dans un état de vulnérabilité ou de détresse considérable. En tout état de cause, les relations qu'elle vise à régler dépassent largement la dimension strictement interétatique — ce que la Cour semble avoir beaucoup de peine à saisir. La Cour doit suivre l'évolution du droit international dans ce domaine de la protection lorsqu'elle est priée, comme ici, de trancher une affaire sur la base d'un traité relatif aux droits de l'homme.

184. Huit ans après l'adoption de la Convention et du programme d'action de Vienne de 1993 par la deuxième conférence mondiale des Nations Unies sur les droits de l'homme (si présente dans ma mémoire), la conférence mondiale contre le racisme, la discrimination raciale, la xénophobie et l'intolérance qui y est associée (Durban, 2001) exhorta à son tour les États, dans la déclaration adoptée à l'issue de la rencontre, à adhérer à la CIEDR sans attendre « en vue de sa ratification universelle d'ici à 2005 » (par. 75)<sup>195</sup>. Cet appel eut rapidement des répercussions au sein de l'Assemblée générale des Nations Unies elle-même<sup>196</sup>, et sur les travaux du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale<sup>197</sup>.

185. Dans la déclaration et le programme d'action de Durban, l'accent était mis sur la nécessité urgente de « s'attaquer aux causes profondes des déplacements de population » et de trouver des solutions durables à ce problème (par. 54), et un appel était lancé pour que les « victimes de discrimination » et les « groupes les plus vulnérables » puissent avoir accès à la justice — égalité oblige (par. 42 et 164, al. f)). Étaient également évoquées à plusieurs reprises les « tragédies du passé » qui avaient frappé l'être humain (par. 98-101 et 106), et certaines « tragédies effroyables dans l'histoire de l'humanité » (par. 13), dont les enseignements devaient être tirés afin « d'éviter à l'avenir de nouvelles tragédies » (par. 57). La conférence mondiale des Nations Unies de 2001 semble avoir mené ses travaux sous le spectre et dans la crainte de l'éternelle tragédie humaine, qui est intimement liée à la condition même de l'homme.

---

<sup>195</sup> Rappelons que la Fédération de Russie (alors l'URSS) est devenue partie à la CIEDR le 4 février 1969, tandis que la Géorgie l'a fait trente ans plus tard, le 2 juin 1999.

<sup>196</sup> Voir, par exemple, les résolutions de l'Assemblée générale 61/149 (du 19 décembre 2006) et 62/220 (du 22 décembre 2007), sur la mise en œuvre globale et sur le suivi de la déclaration et du programme d'action de Durban, dans le cadre de l'action menée pour l'élimination de toutes les formes (même nouvelles) de discrimination raciale et de l'intolérance qui lui est associée, y compris la ségrégation *de facto*.

<sup>197</sup> Dans sa « recommandation générale » n° XXVIII du 19 mars 2002, par exemple, le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale a souligné que la déclaration et le programme d'action de Durban confirmaient les « valeurs ... fondamentales » sous-tendant la CIEDR, et étaient directement liés à la mise en œuvre de celle-ci.

## XII. A RECAPITULATION: CONCLUDING OBSERVATIONS

186. From all the preceding considerations, it is crystal clear that my own position, in respect of all the points which form the object of the present Judgment on the case concerning the *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*, stands in clear opposition to the view espoused by the Court's majority. And it does not squarely fit into the conceptual framework of the dissenting minority group either, it goes beyond it. My dissenting position is grounded not only on the assessment of the evidence produced before the Court, to which I of course attribute importance, but above all on issues of principle, to which I attach even greater importance. I have thus felt obliged, in the faithful exercise of the international judicial function, to lay the foundations of my dissenting position in the *cas d'espèce* in the present dissenting opinion. I deem it fit, at this stage, to recapitulate all the points of my dissenting position, expressed herein, for the sake of clarity, and in order to stress their interrelatedness.

187. *Primus*: Consideration of compromissory clauses, such as the one of Article 22 of the CERD Convention, cannot be dissociated from the larger framework of the compulsory jurisdiction of the Hague Court (PCIJ and ICJ). *Secundus*: As to the genesis of the matter, the 1920 Advisory Committee of Jurists was clearly in favour of compulsory jurisdiction, which found an obstacle in the distinct position taken by the political organs of the League of Nations: hence the amended jurisdictional clause, and the following co-existence of the optional clause and the compromissory clauses of various kinds as basis for the exercise of compulsory jurisdiction by the Hague Court.

188. *Tertius*: Such co-existence of compromissory clauses with the mechanism of the optional clause was maintained by the 1945 San Francisco Conference, despite the acknowledgement of the 1945 Commission of Jurists preference for the establishment of the ICJ's compulsory jurisdiction; the force of inertia then prevailed. *Quartus*: The ensuing State practice disclosed the dissatisfaction of international legal doctrine with the States' reliance on their own terms of consent in approaching the optional clause, accompanied by greater hope that compromissory clauses would contribute more effectively to the realization of international justice.

189. *Quintus*: From the 1950s to the 1980s, international legal doctrine endeavoured to overcome the vicissitudes of the "will" of States and to secure broader acceptance of the World Court's compulsory jurisdiction, on the basis of compromissory clauses. *Sextus*: Subsequently (from the late 1980s onwards), a more lucid trend of international legal doctrine continued to pursue the same old ideal, relating the compromissory clauses at issue to the *nature* and *substance* of the corresponding treaties; such legal thinking benefitted from the gradual accumulation of experience in the interpretation and application of human rights treaties, such as the CERD Convention in the present case.

## XII. OBSERVATIONS FINALES, EN GUISE DE RÉCAPITULATIF

186. De toutes les considérations qui précèdent, il ressort de manière évidente que ma propre position, à l'égard de l'ensemble des points qui font l'objet du présent arrêt en l'affaire relative à l'*Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, est clairement à l'opposé du point de vue adopté par la majorité de la Cour. Elle n'entre pas non plus exactement dans le cadre conceptuel de l'opinion dissidente commune, mais le dépasse. Ma position dissidente est en effet fondée non seulement sur l'appréciation des éléments de preuve qui ont été présentés à la Cour — aspect certes important — mais, avant tout, sur des questions de principe auxquelles j'attache une importance plus grande encore. Je me suis donc senti tenu, pour servir la justice internationale comme il se doit, d'exposer dans la présente opinion dissidente les fondements de mon désaccord en l'instance. Il me semble indiqué, à ce stade, de récapituler tous les aspects de ma position dissidente que j'ai exposés jusqu'ici, par souci de clarté et pour bien montrer qu'ils sont liés les uns aux autres.

187. *Primus*: L'examen des clauses compromissaires, telles que celle contenue à l'article 22 de la CIEDR, ne peut être dissocié du cadre plus général de la juridiction obligatoire de la Cour de La Haye (Cour permanente et Cour actuelle). *Secundus*: S'agissant de la genèse de la question, le comité consultatif de juristes de 1920 était clairement favorable à la juridiction obligatoire, qui se heurta aux vues divergentes des organes politiques de la Société des Nations, d'où la modification de la clause de juridiction et la coexistence ultérieure de la clause facultative avec les différents types de clause compromissoire — autant de bases fondant la Cour de La Haye à exercer sa juridiction obligatoire.

188. *Tertius*: La conférence de San Francisco de 1945 maintint cette coexistence des clauses compromissaires avec le mécanisme de la clause facultative, non sans prendre acte de la préférence de la commission de juristes de 1945 pour l'établissement de la juridiction obligatoire de la Cour; la force d'inertie l'emporta alors. *Quartus*: La pratique ultérieure des Etats montre que la doctrine juridique internationale déplorait la propension des Etats à n'adhérer à la clause facultative qu'à leurs propres conditions, et que l'on misait davantage sur les clauses compromissaires pour contribuer plus efficacement à la réalisation de la justice internationale.

189. *Quintus*: La doctrine juridique internationale des années 1950 aux années 1980 révèle une volonté de dépasser les vicissitudes de la «volonté» des Etats et de faire accepter davantage la juridiction obligatoire de la Cour, par le jeu des clauses compromissaires. *Sextus*: Par la suite (à partir de la fin des années 1980) est apparue dans la doctrine juridique internationale une tendance plus pragmatique, toujours en quête de cet ancien idéal, mais consistant à rattacher les clauses compromissaires en question à la *nature* et au *fond* des traités correspondants; ce courant de pensée juridique s'est développé à la faveur de l'expérience accumulée au fil des ans dans le domaine de l'interprétation et de l'application des traités relatifs aux droits de l'homme, tels que la CIEDR dans la présente affaire.



190. *Septimus*: The advent of human rights treaties contributed to enrich the contemporary *jus gentium*, in enlarging its aptitude to regulate relations not only at inter-State level, but also at *intra-State* level, as acknowledged in the present case by the contending Parties themselves (Georgia and the Russian Federation), in the responses they provided to a question I deemed it fit to put to both of them at the end of the public sitting before this Court of 17 September 2010. *Octavus*: In the present case, the contending Parties themselves have thus duly taken into account the *nature* of the human rights treaty at issue, the CERD Convention; only the Court has not.

191. *Nonus*: The hermeneutics of human rights treaties, faithful to the general rule of interpretation *bona fides* of treaties (Article 31 (1) of the two Vienna Conventions on the Law of Treaties, of 1969 and 1986), bears in mind the three component elements of the text in the current meaning, the context, and the object and purpose of the treaty at issue, *as well as* the *nature* of the treaty wherein that clause (optional or compromissory) for compulsory jurisdiction appears. *Decimus*: Underlying the general rule of treaty interpretation is the principle *ut res magis valeat quam pereat* (the so-called *effet utile*) whereby States parties to human rights treaties ought to secure to the conventional provisions *the appropriate effects* at domestic law level; this principle applies not only in relation to *substantive* norms of those treaties, but also in relation to *procedural* norms, such as the one pertaining to the acceptance of the compulsory jurisdiction in contentious matters of the international judicial organs of protection.

192. *Undecimus*: International human rights case law has constantly stressed that provisions of human rights treaties be interpreted in a way to render the safeguard of those rights *effective*; in this connection, Article 22 of the CERD Convention does not set forth any mandatory “preconditions” for recourse to the ICJ. *Duodecimus*: To set forth such “preconditions” where they do not exist, amounts to erecting an undue and groundless obstacle to access to justice under a human rights treaty. *Tertius decimus*: In its own *jurisprudence constante* (of both the PCIJ and the ICJ), the Court has clarified that prior negotiations are not a mandatory precondition for the exercise of its jurisdiction.

193. *Quartus decimus*: In the present case, the Court diverted from its own *jurisprudence constante*, in erecting a precondition of the kind, unduly limiting its own jurisdiction. *Quintus decimus*: Moreover, in the present case, in its earlier Order on provisional measures of 15 October 2008, the ICJ had reiterated its prior understanding to the effect that previous negotiations did not amount to a mandatory precondition for the exercise of its jurisdiction; it could not thus proceed now to review entirely its own *res interpretata* (keeping in mind the principle *venire contra factum dictum proprium non valet*).

190. *Septimus*: L'essor des traités relatifs aux droits de l'homme a contribué à enrichir le *jus gentium* moderne, dont il a accru la capacité de réglementer les relations non seulement entre les Etats, mais aussi à l'intérieur de l'Etat, comme les Parties en litige (la Géorgie et la Fédération de Russie) l'ont elles-mêmes reconnu en l'instance, dans leurs réponses à la question que j'avais jugé utile de poser à l'une et à l'autre au terme de l'audience publique du 17 septembre 2010. *Octavus*: En l'espèce, les Parties en litige elles-mêmes ont ainsi dûment tenu compte de la *nature* du traité relatif aux droits de l'homme qui était en cause, à savoir la CIEDR; la Cour est la seule à ne pas l'avoir fait.

191. *Nonus*: L'herméneutique des traités relatifs aux droits de l'homme, fidèle à la règle générale de la bonne foi dans l'interprétation des traités (paragraphe 1 de l'article 31 des deux conventions de Vienne sur le droit des traités, datées de 1969 et de 1986 respectivement), tient compte des trois éléments constitutifs du texte, à savoir le sens ordinaire de ses termes, son contexte, et l'objet et le but du traité en question, *auxquels s'ajoute* la *nature* du traité dans lequel figure la clause (facultative ou compromissaire) prévoyant la compétence obligatoire. *Decimus*: La règle générale d'interprétation des traités repose sur le principe *ut res magis valeat quam pereat* (dit de l'«effet utile»), à savoir que les Etats parties à des traités relatifs aux droits de l'homme doivent veiller à ce que les dispositions de ceux-ci produisent *les effets voulus* dans leur droit interne; ce principe s'applique à l'égard non seulement des normes *de fond* de ces traités, mais aussi des normes *procédurales*, telles que celle qui concerne l'acceptation de la juridiction obligatoire, en matière contentieuse, des organes judiciaires de protection existant à l'échelle internationale.

192. *Undecimus*: Dans la jurisprudence internationale consacrée aux droits de l'homme, l'accent a toujours été mis sur le fait que les prescriptions des traités conclus en la matière devaient être interprétées de manière à rendre *effective* la sauvegarde de ces droits; à cet égard, l'article 22 de la CIEDR n'impose aucune «condition préalable» à la saisine de la Cour. *Duodecimus*: Le fait de poser de telles «conditions préalables» — alors qu'elles n'existent pas — revient à faire obstacle, de manière indue et infondée, à l'accès à la justice prévu par un traité relatif aux droits de l'homme. *Tertius decimus*: Dans sa propre jurisprudence constante, la Cour (tant l'actuelle que sa devancière) a précisé que les négociations préalables n'étaient pas une condition impérative pour qu'elle exerce sa compétence.

193. *Quartus decimus*: Dans la présente affaire, la Cour s'est écartée de sa propre jurisprudence constante en instaurant une telle condition préalable, limitant ainsi indûment sa propre compétence. *Quintus decimus*: En outre, dans son ordonnance antérieure du 15 octobre 2008 sur les mesures conservatoires en l'instance, la Cour avait réaffirmé le point de vue qui avait été le sien jusque-là, à savoir que les négociations préalables ne constituaient pas une condition impérative pour qu'elle exerce sa compétence; elle ne peut donc revenir à présent de cette façon sur l'intégralité de sa propre *res interpretata* (étant donné le principe *venire contra factum dictum proprium non valet*).

194. *Sextus decimus*: The Court has to remain attentive to the *basic rationale* of human rights treaties, since to place State consent above the fundamental values those treaties embody will lead it nowhere. *Septimus decimus*: The realization of justice under a human rights treaty, in a case like the present one, can only be achieved taking due account and valuing the sufferings and needs of protection of the population. *Duodevicesimus*: State consent plays its role when a State becomes a party to a treaty; it is not, however, an element of treaty interpretation.

195. *Undevicesimus*: Human rights treaties are *living* instruments to be interpreted in the light of current living conditions, so as to respond to new needs of protection of human beings. *Vicesimus*: This applies even more forcefully in respect of a treaty like the CERD Convention, centered on the fundamental principle of equality and non-discrimination, which belongs, in my view, to the realm of international *jus cogens*. *Vicesimus primus*: In contemporary *jus gentium*, the conditions of living of the population has become a matter of legitimate concern of the international community as a whole, and contemporary *jus gentium* is not indifferent to the sufferings of the population. *Vicesimus secundus*: Given the truly irreparable damages inflicted upon human beings by means of grave violations of human rights and of international humanitarian law, judicial recognition of their victimization is an imperative of justice, which comes at least to *alleviate* their sufferings.

196. This is not the end of the matter. All this brings to the fore an old dilemma, with a direct bearing on the present and future of international justice. This old dilemma cannot here be revisited on the basis of old dogmas, erected in times past which no longer exist, on the basis of notions of the “will” of the State, or its “interests” or intentions. To insist on such dogmas would present no dilemma, as it would lead to the freezing or ossification of international law. There is nothing more alien or anti-theoretical to human rights protection than such dogmas. The dilemma we still face today can only be revisited, in my perception, in the framework of contemporary *jus gentium*.

### XIII. EPILOGUE: AN OLD DILEMMA REVISITED, IN THE FRAMEWORK OF CONTEMPORARY *JUS GENTIUM*

197. As a result of the present Judgment on Preliminary Objections in the *cas d'espèce*, the Court ends up by remitting the present dispute back to the contending Parties, for its settlement by whatever other means, political or otherwise, they may wish to take or use. The Court has thereby deprived itself, *inter alia*<sup>198</sup>, of the determination, at a possible subsequent merits

<sup>198</sup> The Court further deprived itself, as a result of its decision in the *cas d'espèce*, of addressing the relevant question, also raised before it (in another preliminary objection), of the extra-territorial application of human rights treaties, on which there is already a

194. *Sextus decimus*: La Cour ne doit pas perdre de vue la *raison d'être fondamentale* des traités relatifs aux droits de l'homme, car elle fera fausse route si elle érige le consentement de l'Etat au-dessus des valeurs cardinales exprimées par ces traités. *Septimus decimus*: Dans une affaire comme celle-ci, on ne peut rendre la justice sur la base d'un traité relatif aux droits de l'homme qu'en tenant dûment compte et en prenant la mesure des souffrances de la population et de ses besoins en matière de protection. *Duodevicesimus*: Le consentement de l'Etat joue son rôle quand un Etat devient partie à un traité; cependant, ce n'est pas un élément d'interprétation des traités.

195. *Undevicesimus*: Les traités relatifs aux droits de l'homme sont des instruments *vivants* à interpréter à la lumière des conditions de vie du moment, afin de répondre aux nouveaux besoins de protection des êtres humains. *Vicesimus*: Cela vaut d'autant plus dans le cas d'un traité tel que la CIEDR, centré sur le principe fondamental de l'égalité et de la non-discrimination, qui relève selon moi du domaine du *jus cogens* international. *Vicesimus primus*: Les conditions de vie de la population sont devenues un sujet de préoccupation légitime pour la communauté internationale tout entière, ce qui se retrouve dans le *jus gentium* moderne, lequel n'est pas indifférent aux souffrances de la population. *Vicesimus secundus*: Etant donné les préjudices réellement irréparables qui ont été infligés à des êtres humains à cause de ces violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire, il est impératif, pour que justice soit faite, de reconnaître ces victimes en tant que telles, afin au moins d'*atténuer* leurs souffrances.

196. L'affaire ne s'arrête pas là. Tout cela fait remonter à la surface un ancien dilemme, qui a une incidence directe sur la justice internationale actuelle et future. Ce vieux dilemme ne peut être réexaminé ici à l'aune de dogmes d'un autre âge, qui ont été bâtis en des temps révolus, sur la base des notions de «volonté», d'«intérêts» ou encore d'intentions des Etats. En s'obstinant à rester fidèle à ces dogmes, on ne poserait aucun dilemme, puisque cela entraînerait l'immobilisme ou la paralysie du droit international. Or, rien n'est plus étranger ou contraire à la protection des droits de l'homme que les dogmes en question. Le dilemme qui se pose toujours à nous aujourd'hui ne peut être réexaminé, à mes yeux, que dans le cadre du *jus gentium* moderne.

### XIII. ÉPILOGUE : UN VIEUX DILEMME REVISITÉ, DANS LE CADRE DU *JUS GENTIUM* DES TEMPS MODERNES

197. En conséquence de son présent arrêt sur les exceptions préliminaires, la Cour renvoie finalement le différend en cause devant les Parties en litige, pour que celles-ci le règlent par tout autre moyen (politique ou non) de leur choix. La Cour s'est ainsi privée, notamment<sup>198</sup>, de la possibilité de se prononcer, lors d'une phase ultérieure au fond, sur la question

<sup>198</sup> La Cour s'est également privée, par sa décision en l'espèce, de toute possibilité d'examiner la question pertinente, également soulevée devant elle (dans le cadre d'une autre exception préliminaire), de l'application extraterritoriale des traités relatifs aux droits

stage, of whether or not the occurrences referred to in the complaint lodged with it, which caused so many victims, fall or not under the provisions of the relevant provisions of the CERD Convention. The present decision undermines the appropriate effects of the CERD Convention (including its compromissory clause in Article 22) and the compulsory jurisdiction of the Court itself thereunder.

198. The Court cannot remain hostage of State consent. It cannot keep displaying an instinctive and continuing search for State consent, as it so ostensibly did in its decisions, e.g., in the *East Timor* case (*Portugal v. Australia*) (Judgment of 30 June 1995), and in the case of *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of Congo v. Rwanda)* (Judgment of 3 February 2006), to the point of losing sight of the imperative of realization of justice. The moment State consent is manifested is when the State concerned decides to become a party to a treaty, such as the human rights treaty in the present case, the CERD Convention. The hermeneutics and proper application of that treaty cannot be continuously subjected to a recurring search for State consent. This would unduly render the letter of the treaty dead, and human rights treaties are meant to be living instruments, let alone their spirit.

199. It is widely known that the founding fathers of the law of nations (the *droit des gens*) never visualized the individual consent of the emerging States as the *ultimate* source of their legal obligations. This point was aptly grasped, e.g., by James L. Brierly, in his thematic course delivered at the Hague Academy of International Law in 1928. He recalled, in his sharp criticism of positivist dogmas, that Hugo Grotius, for example, acknowledged that mere consent could never be the *ultimate* source of legal obligations; a contract or a treaty (at domestic or international law levels) had binding effects on the parties by virtue of the underlying general rule of law of *pacta sunt servanda*<sup>199</sup>.

200. Three decades later, his course was republished, in book form, of the kind of “collected papers”, wherein J. L. Brierly’s view appeared reiterated. He first reviewed the understanding of the basis of obligation in international law in the distinct theories of some of his main predecessors and contemporaries (e.g., L. Duguit’s *notion of solidarity*, H. Krabbe’s *sense of right*, H. Kelsen’s (hypothetical) *fundamental norm*, A. Verdross’s idea of *objective justice*), before expounding his own. To J. L. Brierly, more fundamental than the distinction between law and ethics is their interrelationship: obligation in general belongs to the realm of ethics, it has to do with an objective legal order, and the search for its basis takes us

---

growing and significant international case law, proper of our times, heralding the advent of the new *jus gentium*, centered on the protection of the human person.

<sup>199</sup> J. L. Brierly, “Le fondement du caractère obligatoire du droit international”, 23 *Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye* (1928), pp. 478-479.

de savoir si les faits mentionnés dans la requête qui lui a été présentée, et qui ont fait tant de victimes, relèvent ou non des dispositions pertinentes de la CIEDR. Le présent arrêt empêche la CIEDR de produire les effets voulus (y compris ceux de sa clause compromissoire énoncée à l'article 22), et la Cour elle-même d'exercer sa juridiction obligatoire prévue dans cet instrument.

198. La Cour ne peut demeurer l'otage du consentement des Etats. Elle ne peut continuer de rechercher instinctivement ce consentement — comme elle l'a manifestement fait, par exemple, dans son arrêt du 30 juin 1995 en l'affaire du *Timor oriental (Portugal c. Australie)* et dans son arrêt du 3 février 2006 en l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête: 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda)* —, au point de perdre de vue l'impérieuse nécessité de rendre la justice. Le consentement d'un Etat se manifeste au moment où celui-ci décide de devenir partie à un traité — comme l'instrument de défense des droits de l'homme en question dans la présente affaire, la CIEDR. L'interprétation et la bonne application de cet instrument ne peuvent être systématiquement assujetties à une recherche continuelle du consentement de l'Etat. Cela rendrait injustement le traité lettre morte; or, les instruments de défense des droits de l'homme, et a fortiori l'esprit qui les anime, sont censés être vivants.

199. Il est de notoriété publique que les «pères fondateurs» du droit des gens n'ont jamais vu dans le consentement individuel des nouveaux Etats la source *suprême* de leurs obligations juridiques. James L. Brierly, entre autres, cerna fort bien ce point dans son cours thématique de 1928 à l'Académie de droit international de La Haye. Critiquant vivement les dogmes positivistes, il rappela qu'Hugo Grotius, par exemple, avait reconnu que le consentement ne pourrait jamais constituer à lui seul la source *suprême* d'obligations juridiques; un contrat ou un traité (à l'échelle interne ou internationale) lie les parties en vertu de la règle juridique générale de base dite *pacta sunt servanda*<sup>199</sup>.

200. Trente ans plus tard, son cours fut republié dans le cadre d'un ouvrage, inspiré des *Collected Papers*, dans lequel son point de vue apparaissait de nouveau. J. L. Brierly revenait tout d'abord sur ce qui, dans les différentes théories de certains de ses principaux prédécesseurs et contemporains, constituait la base des obligations en droit international (voir, par exemple, la *notion de solidarité* chez L. Duguit, le *sens inné du droit* chez H. Krabbe, la *norme fondamentale* (hypothétique) chez H. Kelsen et la *notion de justice objective* chez A. Verdross), avant d'exposer son propre point de vue. Pour J. L. Brierly, les divergences entre droit et éthique n'importent pas tant que leurs points de convergence: d'une manière

---

de l'homme, sur laquelle il existe déjà une jurisprudence internationale croissante et importante, propre à notre époque, laissant présager l'essor du nouveau *jus gentium*, centré sur la protection de la personne humaine.

<sup>199</sup> J. L. Brierly, «Le fondement du caractère obligatoire du droit international», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 23 (1928), p. 478-479.

onto a metajuridical plane. He ended up by expressing his belief that the “resurgence” of natural law thinking “seems to open a vista full of hope for legal science”<sup>200</sup>.

201. J. L. Brierly and his predecessors and contemporaries (such as L. Duguit, H. Krabbe, H. Kelsen, A. Verdross, among others) lived in a time when a respectful segment of international legal doctrine was still attentive to the issue of the *foundations* of our discipline and the *validity* of international legal obligations. International legal scholars in those days had more time to devote themselves to the fulfilment of the needs of the spirit; their energies were not yet diverted to, or consumed by, the distractions of the ages of television and internet. Modernity and post-modernity, with their characteristic pragmatism, seem to have obscured the goal of fulfilment of those needs, and to have left most people today apparently looking far too busy all the time, doing nothing substantial, certainly not thinking.

202. The outcome of the present case before the ICJ, concerning the *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*, is the ineluctable consequence of inaptly and wrongfully giving pride of place to State consent, even above the fundamental values at stake, underlying the CERD Convention, which call for the realization of justice. In effect, the faith in the realization of international justice has been restated time and time again, over the history of this Court. In concluding this dissenting opinion, I allow myself to recall, in this connection, statements made, in the Hague Court, on three historical occasions. At the inaugural sitting of the PCIJ, on 15 February 1922, the Court’s President, Judge B. C. J. Loder, declared that the Hague Court just established:

“occupies within the League of Nations a place similar to that of the Judicature in many States (. . .).

. . . . .  
The establishment of the Permanent Court marks in fact the arrival of a new era in the civilisation of the world. It is of the greatest importance that the true value of this fact should . . . be noted (. . .).

. . . . .  
The equality of States in law and in justice is now recognised and plainly established by the Covenant of the League of Nations (. . .). The first act of this League was the creation of a Court of Justice, a Court which should administer justice between States.”<sup>201</sup>

<sup>200</sup> J. L. Brierly, *The Basis of Obligation in International Law and Other Papers*, Oxford, Clarendon Press, 1958, p. 67, and cf. pp. 10, 16, 18, and 64.

<sup>201</sup> Discours présidentiel prononcé à l’occasion de l’ouverture solennelle de la Cour permanente de Justice internationale par M. le Dr. B. C. J. Loder, Président de la CPJI, The Hague, 15 February 1922.

générale, l'obligation appartient au domaine de l'éthique, elle s'inscrit dans le cadre d'un ordre juridique objectif, et c'est dans la sphère métajuridique qu'il faut en rechercher les bases. Il conclut en indiquant que, selon lui, la «résurgence» de la pensée fondée sur le droit naturel «semble porteuse de grands espoirs pour la science juridique»<sup>200</sup>.

201. James Brierly et ses prédécesseurs et contemporains (tels que L. Duguit, H. Krabbe, H. Kelsen, A. Verdross, pour ne nommer qu'eux) vivaient à une époque où une partie non négligeable de la doctrine juridique internationale traitait toujours de la question des *fondements* de notre discipline et de la *validité* des obligations juridiques internationales. Les spécialistes du droit international de l'époque avaient davantage de temps pour étancher leur soif de connaissance; leur énergie n'était pas encore détournée ou consumée par les distractions de l'ère de la télévision et de l'Internet. La modernité et la postmodernité, marquées par le triomphe du pragmatisme, semblent avoir occulté le besoin d'étancher cette soif et accaparer aujourd'hui beaucoup trop la majorité des gens en permanence, sans jamais lui laisser le temps d'aller au fond des choses, et certainement pas de réfléchir.

202. La décision de la Cour dans la présente affaire, qui concerne l'*Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, découle inéluctablement d'une propension indue et fautive à faire la part belle au consentement de l'Etat, en le plaçant même au-dessus des valeurs fondamentales qui sont en jeu et qui sous-tendent la CIEDR, le but ultime étant que justice soit faite. En fait, nombreux sont ceux qui, tout au long de l'histoire de la Cour, ont réaffirmé leur foi dans la justice internationale. Pour conclure la présente opinion dissidente, je me permettrai de rappeler à cet égard certaines déclarations, faites au sein de la Cour de La Haye, à trois occasions historiques. Lors de la séance inaugurale de la Cour permanente de Justice internationale, le 15 février 1922, le juge B. C. J. Loder, alors président de la Cour, déclara que l'institution ainsi établie :

«occup[ait] dans la Société des Nations une place analogue à celle du pouvoir judiciaire dans beaucoup d'Etats...

.....  
 La création de la Cour permanente marque, en effet, l'avènement d'une ère nouvelle dans la civilisation mondiale. Il est de première importance de se rendre parfaitement compte de la valeur de ce fait...

.....  
 L'égalité des Etats devant le droit et la justice est maintenant reconnue et franchement enregistrée dans le Pacte de la Société des Nations... Le premier acte de cette Société a été de créer une Cour de Justice, une Cour appelée à faire droit, droit entre des Etats.»<sup>201</sup>

<sup>200</sup> J. L. Brierly, *The Basis of Obligation in International Law and Other Papers*, Oxford, Clarendon Press, 1958, p. 67, et voir p. 10, 16, 18 et 64.

<sup>201</sup> Discours prononcé à l'occasion de la séance inaugurale de la Cour permanente de Justice internationale par le président de celle-ci, B. C. J. Loder, à La Haye, le 15 février 1922 p.



203. Over two decades later, at the inaugural sitting of the ICJ, on 18 April 1946, the Court’s President, Judge J. G. Guerrero, recalling the period of the Second World War, declared:

“I shall never forget that day — July 16th, 1940 — when, in the early hours of a morning veiled with a mist of sadness and grief, we slowly left the station of this martyred city, with tears in our eyes and our hearts full of anguish.

.....  
 The place of this Permanent Court of International Justice, which left The Hague in 1940, is now taken by the International Court of Justice. But between the old and the new Courts the bonds have remained so close that it is hard to believe that there has really been a change.

.....  
 For this reason, though the International Court of Justice is one of the principal organs of the United Nations Organization, its Statute is based on that of the Permanent Court of International Justice. (. . .) We shall preserve its continuity (. . .). The activities of the Court (. . .) will be dependent on the readiness of governments to refer to the international jurisdiction disputes capable of judicial settlement. (. . .)”<sup>202</sup>

204. On the occasion of the 50th anniversary of the inauguration of the international judicial system, over two and a half decades later, at a special sitting of the ICJ, on 27 April 1972, the Court’s President, Judge M. Zafrulla Khan, observed that the optional clause of acceptance of compulsory jurisdiction had

“achieved a reconciliation between the desires of those who sought to achieve a full system of compulsory jurisdiction at the international level, and the scruples and hesitations of those who were afraid that compulsory submission to the Tribunal might involve infringement of sovereignty or injury to the vital interests of a State.

.....  
 [T]he conditions of international life today render indispensable the existence and operation of an international tribunal or tribunals for the maintenance of peace.

.....  
 The Court must apply the law and cannot change it; but in applying the law the Court must interpret it and also take note of changes and developments in the law. This process is a powerful factor of progress.

---

<sup>202</sup> Inaugural Sitting of the International Court of Justice (Speech by H.E. Mr. J. G. Guerrero, President of the Court), The Hague, 18 April 1946, pp. 16-17 (from the ICJ archives).

203. Une bonne vingtaine d'années plus tard, à la séance inaugurale de la Cour actuelle, le 18 avril 1946, le juge J. G. Guerrero, alors président, rappelant l'époque de la seconde guerre mondiale, déclara :

«Je n'oublierai jamais ce jour du 16 juillet 1940, quand, au début d'une matinée couverte d'un voile de tristesse et de douleur, nous quittâmes lentement la gare de cette ville martyre, les larmes aux yeux, le cœur rempli d'angoisse.

.....  
Cette Cour permanente de Justice internationale qui a quitté La Haye en l'année 1940, elle est maintenant remplacée par la Cour internationale de Justice. Mais, entre l'ancienne et la nouvelle Cour, les liens sont demeurés si étroits que l'on aurait de la peine à croire qu'il y ait véritablement un remplacement.

.....  
C'est pourquoi la Cour internationale de Justice, tout en étant l'un des principaux organes de l'Organisation des Nations Unies, voit son Statut établi sur la base du Statut de la Cour permanente de Justice internationale... Nous assurerons sa continuité... L'activité de la Cour ... se trouvera subordonnée à la volonté des gouvernements de déférer à la justice internationale les litiges susceptibles d'une solution judiciaire.»<sup>202</sup>

204. A l'occasion du cinquantième anniversaire de l'inauguration du système judiciaire international, plus de vingt-cinq ans après, le juge M. Zafrulla Khan, président de la Cour, fit observer lors d'une séance spéciale le 27 avril 1972 que la clause facultative portant acceptation de la juridiction obligatoire avait

«concili[é] les aspirations de ceux qui cherchaient à établir un système complet de juridiction internationale obligatoire et les scrupules et réticences de ceux qui craignaient que la soumission obligatoire à la juridiction du tribunal ne portât atteinte à la souveraineté de l'Etat ou ne nuisît à ses intérêts vitaux.

.....  
[L]es conditions mêmes de la vie internationale contemporaine rendent indispensable, pour le maintien de la paix, l'existence de ce fonctionnement d'un ou plusieurs tribunaux internationaux.

.....  
Tenue d'appliquer le droit, [la Cour] ne saurait le modifier mais, en l'appliquant, elle doit l'interpréter et tenir compte des modifications et adjonctions dont il fait l'objet. Il y a là un puissant facteur de progrès.

---

<sup>202</sup> Discours prononcé à l'occasion de la séance inaugurale de la Cour internationale de Justice par le président de celle-ci, J. G. Guerrero, à La Haye, le 18 avril 1946, *C.I.J. Annuaire 1946-1947*, p. 31-32.

The lesson to be drawn from 50 years experience of the international judicial system is that at the present stage of development of the international community, recourse to a tribunal for the settlement of international disputes is essential (. . .). The International Court of Justice lays no claim to a monopoly of international judicial settlement; Article 95 of the United Nations Charter expressly preserves the right of Members of the United Nations to entrust a solution of their differences to other tribunals.

. . . . .

The Court is the judge for and over sovereign States only in so far as they choose; but States which choose not to submit to its jurisdiction must face the judgment none of us can avoid: the judgment of history.”<sup>203</sup>

205. It is high time for the World Court to give concrete expression, keeping in mind those statements of faith in the realization of international justice, of commitment to its mission, as I perceive it, when resolving cases, like the present one concerning the *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*, in the exercise of its jurisdiction on the basis of human rights treaties, bearing in mind the *rationale*, the nature and substance of those treaties, with all the juridical consequences that ensue therefrom. This Court cannot keep on privileging State consent above everything, time and time again, even after such consent has already been given by States at the time of ratification of those treaties.

206. The Court cannot keep on embarking on a literal or grammatical and static interpretation of the terms of compromissory clauses enshrined in those treaties, drawing “preconditions” therefrom for the exercise of its jurisdiction, in an attitude remindful of traditional international arbitral practice. When human rights treaties are at stake, there is need, in my perception, to overcome the force of inertia, and to assert and develop the compulsory jurisdiction of the ICJ on the basis of the compromissory clauses contained in those treaties.

207. After all, it is human beings who are ultimately being protected thereunder, and such compromissory clauses are to be approached in their ineluctable relationship with the *nature* and *substance* of the human rights treaties at issue, in their entirety. From the standpoint of the *justiciables*, the subjects (*titulaires*) of the protected rights, compromissory clauses such as that of Article 22 of the CERD Convention are directly related to their *access to justice*, even if the complaints thereunder are lodged with the ICJ by States parties to those human rights treaties.

---

<sup>203</sup> Address by the President of the International Court of Justice [Judge M. Zafrulla Khan] at a Special Sitting of the Court to Mark the 50th Anniversary of the Inauguration of the International Judicial System, The Hague, 27 April 1972, pp. 5, 7, 10 and 12-13 (from the ICJ archives).

Cinquante années d'expérience du système judiciaire international enseignent que, dans l'état actuel de la communauté internationale, il est essentiel de soumettre les différends internationaux à des tribunaux... La Cour internationale de Justice ne prétend à aucun monopole en matière de règlement judiciaire international. L'article 95 de la Charte des Nations Unies réserve expressément le droit des Etats Membres de confier à d'autres instances le règlement de leurs différends.

.....  
 La Cour n'est le juge des Etats souverains que dans la mesure où ils y consentent, mais les Etats qui se dérobent à sa juridiction s'exposent à un jugement auquel aucun de nous n'échappe, je veux parler du jugement de l'histoire.»<sup>203</sup>

205. Il est grand temps que la Cour — compte tenu de ces proclamations de sa foi dans la réalisation de la justice internationale — exprime concrètement sa volonté de remplir sa mission, telle que je la conçois, lorsque, comme dans cette affaire consacrée à l'*Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, elle exerce sa compétence sur la base d'instruments de défense des droits de l'homme, c'est-à-dire qu'elle tienne compte de la *raison d'être*, de la nature et du fond de ces instruments, avec toutes les conséquences juridiques qui en découlent. La Cour ne peut continuer de toujours privilégier le consentement des Etats par rapport à toute autre considération, même lorsque ce consentement a déjà été donné par les Etats au moment de la ratification des instruments en question.

206. La Cour ne peut continuer de se livrer à une interprétation littérale, ou grammaticale et statique, des termes des clauses compromissaires comprises dans ces traités, pour en tirer des «conditions préalables» à l'exercice de sa juridiction, dans un souci de suivre la pratique traditionnelle en matière d'arbitrage international. Lorsque des instruments de défense des droits de l'homme sont en jeu, il faut, à mon avis, vaincre la force d'inertie pour affirmer et développer la juridiction obligatoire de la Cour sur la base des clauses compromissaires que ces traités renferment.

207. Après tout, ce sont des êtres humains que ces instruments protègent en dernière analyse, et les clauses compromissaires doivent être rattachées à la *nature* et au *fond* des traités en question dans leur intégralité, auxquels elles sont inéluctablement liées. Du point de vue des *justiciables*, des titulaires des droits protégés, les clauses compromissaires telles que celle qui figure à l'article 22 de la CIEDR sont directement liées à leur *accès à la justice*, même si ce sont les Etats parties à ces instruments qui saisissent la Cour.

---

<sup>203</sup> Discours prononcé par le président de la Cour internationale de Justice, le juge M. Zafrulla Khan, à la séance spéciale tenue le 27 avril 1972 à La Haye pour célébrer le cinquantième de l'institution du système judiciaire international, *Revue de droit international, de sciences diplomatiques et politiques*, n° 1, janvier-mars 1972, p. 74, 75, 78, 80 et 81.

208. The *justiciables* are, ultimately, the human beings concerned. From this humanist optics, which is well in keeping with the creation itself of the Hague Court (PCIJ and ICJ), to erect a mandatory “precondition” of prior negotiations for the exercise of the Court’s jurisdiction amounts to erecting, in my view, a groundless and most regrettable obstacle to justice. I have already pointed out, in respect of the victims of the “tragic war” of 2008 opposing Georgia to the Russian Federation — the fatal victims and their close relatives as well as those forcefully displaced from their homes and incapable of freely and safely returning thereto — that tragedy has kept its contemporaneity throughout the centuries (paras. 160-162).

209. Despite the extraordinary advances in scientific knowledge, no antidote has yet been discovered to protect man against himself, against his limitless capacity to inflict injustice and suffering upon his fellow human beings. The ICJ cannot remain indifferent to such injustice of “human fates”, and to human suffering. It cannot keep on overlooking tragedy. As this latter persists, being seemingly proper to the human condition, the need also persists to *alleviate* human suffering, by means of the *realization of justice*. This latter is an imperative which the World Court is to keep in mind. This goal — the realization of justice — can hardly be attained from a strict State-centered voluntarist perspective, and a recurring search for State consent. This Court cannot, in my view, keep on paying lip service to what it assumes as representing the State’s “intentions” or “will”.

210. The position and the thesis I sustain in the present dissenting opinion is that, when the ICJ is called upon to settle an inter-State dispute on the basis of a human rights treaty, it is bound to secure a proper interpretation and application of that treaty, bearing in mind its special nature and its substance, in its entirety, and the fact that it is intended to protect rights of the human person at *intra-State* level. The proper interpretation of human rights treaties (in the light of the canons of treaty interpretation of Articles 31-33 of the two Vienna Conventions on the Law of Treaties, of 1969 and 1986) covers, in my understanding, their *substantive as well as procedural provisions*, thus including a provision of the kind of the compromissory clause set forth in Article 22 of the CERD Convention. This is to the ultimate benefit of human beings, for whose protection human rights treaties have been celebrated, and adopted, by States. The *raison d’humanité* prevails over the old *raison d’Etat*.

211. In the present Judgment, the Court entirely missed this point: it rather embarked on the usual exaltation of State consent, labelled, in paragraph 110, as “the fundamental principle of consent”. I do not at all subscribe to its view, as, in my understanding, consent is not “fundamental”, it is not even a “principle”. What is “fundamental”, i.e., what lays in the *foundations* of this Court, since its creation, is the imperative of the *realization of justice*, by means of compulsory jurisdiction. State consent is but a rule to be observed in the exercise of compulsory jurisdiction for

208. Les justiciables sont, en fin de compte, les êtres humains concernés. Dans cette optique humaniste, en parfaite harmonie avec l'esprit qui a présidé à la création même de la Cour de La Haye (la Cour actuelle et sa devancière), subordonner la saisine à une «condition préalable» obligatoire, à savoir des négociations préalables, revient selon moi à élever un obstacle à la justice injustifié et extrêmement regrettable. J'ai déjà souligné, au sujet des victimes de la «guerre tragique» de 2008 entre la Géorgie et la Fédération de Russie — aussi bien celles qui ont péri et leurs proches que celles qui ont été déplacées par la force de chez elles sans pouvoir y retourner librement et en toute sécurité —, que la tragédie a traversé les siècles sans rien perdre de sa modernité (par. 160-162).

209. Malgré les progrès extraordinaires de la connaissance scientifique, aucun remède n'a encore pu être trouvé pour protéger l'homme contre lui-même, contre sa capacité sans bornes d'infliger l'injustice et la souffrance à ses semblables. La Cour ne peut rester indifférente à une telle injustice et au «sort» des êtres humains, ainsi qu'à leurs souffrances. Elle ne peut continuer de fermer les yeux face à la tragédie. Cette dernière étant toujours d'actualité, puisque indissolublement liée à la condition humaine, semble-t-il, il demeure également nécessaire d'*atténuer* les souffrances humaines, en faisant en sorte que *justice soit faite*. Il s'agit là d'une exigence que la Cour ne doit jamais perdre de vue. Cet objectif — la réalisation de la justice — peut difficilement être atteint si l'on part d'une perspective volontariste strictement centrée sur les Etats en recherchant constamment leur consentement. La Cour ne peut, à mon sens, continuer de sacrifier à ce qu'elle estime être les «intentions» ou la «volonté» des Etats.

210. La position et la thèse que j'avance dans la présente opinion dissidente sont que, lorsque la Cour est priée de régler un différend entre Etats sur la base d'un traité relatif aux droits de l'homme, elle est tenue de veiller à ce que ce traité soit bien interprété et appliqué, compte tenu de sa nature spéciale et de sa substance, dans son ensemble, et de sa vocation à protéger les droits de la personne humaine à l'intérieur même de l'Etat. Cette nécessité de bien interpréter les traités relatifs aux droits de l'homme (à l'aune des canons d'interprétation énoncés aux articles 31-33 des deux conventions de Vienne sur le droit des traités, datées de 1969 et de 1986) vaut à mon sens *aussi bien pour leurs dispositions de fond que pour leurs dispositions procédurales*, et donc pour une disposition telle que la clause compromissaire contenue à l'article 22 de la CIEDR. Elle est dans l'intérêt suprême des êtres humains que les Etats ont voulu protéger en promouvant et en adoptant ces traités. La raison d'humanité l'emporte sur la traditionnelle raison d'Etat.

211. Dans le présent arrêt, la Cour est complètement passée à côté de l'essentiel. Au lieu de cela, elle a choisi d'exalter comme d'habitude le consentement des Etats, qualifié (au paragraphe 110) «de principe fondamental du consentement». Je n'adhère pas du tout à ce point de vue car, à mes yeux, le consentement n'est pas «fondamental», et n'est même pas un «principe». Ce qui est «fondamental», autrement dit ce qui forme le *fondement* de la Cour depuis sa création, c'est l'impératif de la *réalisation de la justice* au moyen de la juridiction obligatoire. Le consentement des

the realization of justice. It is a means, not an end, it is a procedural requirement, not an element of treaty interpretation; it surely does not belong to the domain of the *prima principia*. This is what I have been endeavouring to demonstrate in the present dissenting opinion.

212. Fundamental principles are those of *pacta sunt servanda*, of equality and non-discrimination (at substantive law level), of equality of arms (*égalité des armes* — at procedural law level). Fundamental principle is, furthermore, that of humanity (permeating the whole *corpus juris* of international human rights law, international humanitarian law, and international refugee law). Fundamental principle is, moreover, that of the dignity of the human person (laying a foundation of international human rights law). Fundamental principles of international law are, in addition, those laid down in Article 2 in the Charter of the United Nations<sup>204</sup>.

213. These are some of the true *prima principia*, which confer to the international legal order its ineluctable axiological dimension. These are some of the true *prima principia*, which reveal the values which inspire the *corpus juris* of the international legal order, and which, ultimately, provide its foundations themselves. *Prima principia* conforms the *substratum* of the international legal order, conveying the idea of an *objective* justice (proper of natural law). In turn, State consent does not belong to the realm of the *prima principia*; recourse to it is a concession of the *jus gentium* to States, is a rule to be observed (no one would deny it) so as to render judicial settlement of international disputes viable.

214. Such rule or procedural requirement will be reduced to its proper dimension the day one realizes that *conscience stands above the will*. This sums up an old dilemma (faced by the Court as well as by States appearing before it), revisited herein, in the framework of contemporary *jus gentium*. To this Court, conceived as an International Court of *Justice*, the *realization of justice* remains an ideal which, in the adjudication of human rights cases brought into its cognizance, has not yet been achieved, as sadly disclosed by the present Judgment. The formalism and rituals of inter-State litigation (which in 2011 seem to keep on fascinating the legal profession) should definitively yield to the ascertainment of the imperative of the *realization of justice* at international level. After all, there is nothing so invincible as an ideal — such as that of the realization of justice — which has not yet been realized: it keeps on banging human conscience until it blossoms and sees the light of the day.

(Signed) Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE.

---

<sup>204</sup> Restated in the UN General Assembly resolution 2625 (XXV) of 24 October 1970, containing the UN Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in Accordance with the Charter of the United Nations.

Etats n'est qu'une règle à respecter dans l'exercice de la juridiction obligatoire en vue de la réalisation de la justice. C'est un moyen et non une fin, c'est une exigence procédurale et non un élément d'interprétation des traités. Ce n'est en aucun cas l'un des *prima principia*. Voilà ce que j'ai tâché de démontrer dans la présente opinion dissidente.

212. Les principes fondamentaux sont ceux dits *pacta sunt servanda*, de l'égalité et de la non-discrimination (dans le droit matériel), de l'égalité des armes (dans le droit procédural), de l'humanité (qui imprègne l'ensemble du *corpus juris* du droit international des droits de l'homme, du droit international humanitaire et du droit international des réfugiés) et de la dignité de la personne humaine (qui est l'un des fondements du droit international des droits de l'homme). Les règles énoncées à l'article 2 de la Charte des Nations Unies constituent également des principes fondamentaux du droit international<sup>204</sup>.

213. Voilà quelques-uns des véritables *prima principia* qui confèrent à l'ordre juridique international sa dimension axiologique inévitable. Voilà quelques-uns des véritables *prima principia* qui révèlent les valeurs dont s'inspire le *corpus juris* de l'ordre juridique international et qui, en fin de compte, en sont le fondement. Les *prima principia* sous-tendent l'ordre juridique international en exprimant l'idée d'une justice *objective* (propre au droit naturel). Au contraire, le consentement des Etats ne fait pas partie des *prima principia*; c'est une concession du *jus gentium* aux Etats. C'est une règle à observer (nul ne le nierait) pour rendre possible le règlement judiciaire des différends internationaux.

214. Cette règle, ou cette exigence procédurale, sera ramenée à ses justes dimensions le jour où l'on comprendra que *la conscience l'emporte sur la volonté*. Voilà qui résume un vieux dilemme (auquel font face la Cour et les Etats qui la saisissent), revisité dans la présente opinion dissidente, dans le cadre du *jus gentium* contemporain. Pour la Cour, conçue comme une Cour internationale de *Justice*, la *réalisation de la justice* demeure un idéal qui n'a pas encore été atteint dans le règlement des affaires portées à sa connaissance en matière de droits de l'homme — ce dont le présent arrêt constitue la triste illustration. Le formalisme et les rituels des procédures interétatiques (qui, en 2011, semblent toujours fasciner les professionnels du droit) devraient assurément céder la préséance à l'impérieuse nécessité de *rendre la justice* au niveau international. Après tout, rien n'est plus invincible qu'un idéal — comme la réalisation de la justice — qui n'a pas encore été atteint : il taraude inlassablement la conscience humaine jusqu'à ce qu'il parvienne à éclore et à exister au grand jour.

(Signé) Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE.

<sup>204</sup> Principes réitérés dans la résolution 2625 (XXV), du 24 octobre 1970, de l'Assemblée générale des Nations Unies, dans laquelle figure la déclaration des Nations Unies relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats conformément à la Charte.