

SEPARATE OPINION
OF JUDGE CANÇADO TRINDADE

TABLE OF CONTENTS

	<i>Paragraphs</i>
I. <i>PROLEGOMENA</i> : INITIAL CONSIDERATIONS	1-7
II. “COUNTERMEASURES” IN BREACH OF THE FOUNDATIONS OF THE LAW OF NATIONS, AND OF STATE RESPONSIBILITY	8-13
III. CRITICISMS OF “COUNTERMEASURES” IN CORRESPONDING DEBATES OF THE UNITED NATIONS INTERNATIONAL LAW COMMISSION	14-29
IV. CRITICISMS OF “COUNTERMEASURES” IN CORRESPONDING DEBATES OF THE VI COMMITTEE OF THE UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY	30-38
V. THE PREVALENCE OF THE IMPERATIVE OF JUDICIAL SETTLEMENT OVER THE STATE’S “WILL”	39-53
1. Further criticisms of so-called “countermeasures”	40-41
2. Earlier lessons on the importance of the realization of justice	42-44
3. Human conscience above <i>voluntas</i>	45-53
VI. INTERNATIONAL LEGAL THINKING AND THE PREVALENCE OF HUMAN CONSCIENCE (<i>RECTA RATIO</i>) OVER THE “WILL”	54-74
VII. THE UNIVERSAL JURIDICAL CONSCIENCE IN THE REJECTION OF VOLUNTARISM AND “COUNTERMEASURES”	75-78
VIII. LAW AND JUSTICE INTERRELATED: GENERAL PRINCIPLES OF LAW IN THE FOUNDATIONS OF THE NEW <i>JUS GENTIUM</i>	79-100
1. Basic considerations of humanity in the <i>corpus juris gentium</i>	80-82
2. Human suffering and the need of protection to victims	83-86
3. The interrelationship between law and justice orienting jurisprudential construction	87-100
IX. EPILOGUE: FINAL CONSIDERATIONS	101-114

OPINION INDIVIDUELLE
DE M. LE JUGE CANÇADO TRINDADE

[Traduction]

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
I. PROLÉGOMÈNES : CONSIDÉRATIONS LIMINAIRES	1-7
II. LES « CONTRE-MESURES » CONTREVENANT AUX FONDEMENTS DU DROIT DES GENS ET DE LA RESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT	8-13
III. CRITIQUES DES « CONTRE-MESURES » DANS LES DÉBATS Y AFFÉRENTS DE LA COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL DE L'ORGANISATION DES NATIONS UNIES	14-29
IV. CRITIQUES DES « CONTRE-MESURES » DANS LES DÉBATS Y AFFÉRENTS DE LA SIXIÈME COMMISSION DE L'ASSEMBLÉE GÉNÉRALE DES NATIONS UNIES	30-38
V. LA PRIMAUTÉ DE L'IMPÉRATIF DU RÈGLEMENT JUDICIAIRE SUR LA « VOLONTÉ » DE L'ÉTAT	39-53
1. Autres critiques des « contre-mesures »	40-41
2. Enseignements antérieurs concernant l'importance de la réalisation de la justice	42-44
3. La primauté de la conscience humaine sur la <i>voluntas</i>	45-53
VI. LA PENSÉE JURIDIQUE INTERNATIONALE ET LA PRIMAUTÉ DE LA CONSCIENCE HUMAINE (<i>RECTA RATIO</i>) SUR LA « VOLONTÉ »	54-74
VII. LA CONSCIENCE JURIDIQUE UNIVERSELLE DANS LE REJET DU VOLONTARISME ET DES « CONTRE-MESURES »	75-78
VIII. L'INTERDÉPENDANCE DU DROIT ET DE LA JUSTICE : PRINCIPES JURIDIQUES GÉNÉRAUX AUX FONDEMENTS DU NOUVEAU <i>JUS GENTIUM</i>	79-100
1. Considérations élémentaires d'humanité dans le <i>corpus juris gentium</i>	80-82
2. Les souffrances humaines et la nécessité de protéger les victimes	83-86
3. L'interdépendance du droit et de la justice guidant la construction jurisprudentielle	87-100
IX. ÉPILOGUE : CONSIDÉRATIONS FINALES	101-114

I. *PROLEGOMENA*: INITIAL CONSIDERATIONS

1. I have accompanied the majority of the International Court of Justice (ICJ), in voting in support of the adoption today, 14 July 2020, of its present Judgments dismissing the appeals raised by the applicant States in the present correlated cases of *Appeal relating to the Jurisdiction of the ICAO Council under Article 84 of the Convention on International Civil Aviation (Bahrain, Egypt, Saudi Arabia and United Arab Emirates [UAE] v. Qatar)* [hereinafter “ICAOA case”], and of *Appeal relating to the Jurisdiction of the ICAO Council under Article II, Section 2, of the 1944 International Air Services Transit Agreement (Bahrain, Egypt and UAE v. Qatar)* [hereinafter “ICAOB case”].

2. I arrive likewise at the conclusions of the ICJ set forth in the *dispositif* of the two present Judgments (ICAOA Judgment, para. 126; and ICAOB Judgment, para. 127), also for the dismissal of all appeals raised by the applicant States. This does not mean that my own reasoning coincides entirely with that of the ICJ in the handling of all successive points in the two present cases in this respect. This being so, I feel obliged to present my current separate opinion, in order to express my own position in relation to one of the arguments raised by the appellant States, in the two present cases, namely, the argument concerning so-called “countermeasures”.

3. May I initially recall, at this preliminary stage, that, in general terms, the appellant States in both cases base their first ground of appeal, as to the alleged lack of jurisdiction of the ICAO Council, on the argument that the airspace restrictions adopted by them were taken as lawful “countermeasures” in response to Qatar’s alleged prior breaches of obligations arising under customary international law, as well as of resolutions of the Security Council, and of the Riyadh Agreements¹. The appellant States further claim that, in their view, “countermeasures” constitute a circumstance precluding wrongfulness under general international law, having been, to them, specially recognized under the Riyadh Agreements².

¹ Memorials (ICAOA and ICAOB), paras. 1.2 (*b*) and 1.4-1.5; Memorial (ICAOA), paras. 1.21, 1.25-1.27, 1.31-1.32, 2.9 and 2.53-2.55; Memorial (ICAOB), paras. 1.22, 1.26-1.28, 1.32-1.33, 2.8 and 2.52-2.54; Memorials, (ICAOA and ICAOB), paras. 3.22 (*a*), 7.3-7.4 and 7.8; Replies (ICAOA and ICAOB), paras. 2.1-2.4; Reply (ICAOA), paras. 2.35-2.47; and Reply (ICAOB), paras. 2.35-2.45; Replies (ICAOA and ICAOB), para. 4.14; CR 2019/13, of 2 December 2019, pp. 19 and 21-22, paras. 3-4 and 12-14; *ibid.*, pp. 22 and 24, paras. 2 and 11-13; *ibid.*, pp. 26-28, paras. 8-10 and 13; *ibid.*, pp. 29-30, paras. 7-8 and 12-14; *ibid.*, pp. 33 and 38-41, paras. 7 and 23-34; *ibid.*, pp. 58 and 65-66, paras. 12 and 35-39.

² Memorial (ICAOA), paras. 2.56-2.67; Memorial (ICAOB), paras. 2.55-2.66; Replies (ICAOA and ICAOB), paras. 1.4, 1.6 and 2.7; CR 2019/13, of 2 December 2019, p. 30, paras. 12-13; *ibid.*, pp. 33-34 and 37, paras. 7-8 and 18-20; *ibid.*, pp. 70 and 74, paras. 6 and

I. PROLÉGOMÈNES : CONSIDÉRATIONS LIMINAIRES

1. Je me suis rallié à la majorité de la Cour internationale de Justice (CIJ) pour voter en faveur de l'adoption ce jour, 14 juillet 2020, des présents arrêts rejetant les appels formés par les Etats demandeurs dans les affaires connexes de l'*Appel concernant la compétence du Conseil de l'OACI en vertu de l'article 84 de la convention relative à l'aviation civile internationale (Arabie saoudite, Bahreïn, Egypte et Emirats arabes unis c. Qatar)* (ci-après «ICAOA») et de l'*Appel concernant la compétence du Conseil de l'OACI en vertu de l'article II, section 2, de l'accord de 1944 relatif au transit des services aériens internationaux (Bahreïn, Egypte et Emirats arabes unis c. Qatar)* (ci-après «ICAOB»).

2. Je suis également parvenu aux mêmes conclusions que la Cour, telles qu'elles sont énoncées dans le dispositif des deux présents arrêts (ICAOA, par. 126; et ICAOB, par. 127), y compris en ce qui concerne le rejet, dans leur totalité, des appels formés par les Etats demandeurs. Cela ne signifie pas pour autant que mon propre raisonnement coïncide entièrement avec celui suivi par la Cour pour traiter les différents points successivement abordés dans les deux espèces. Je me vois donc dans l'obligation de soumettre l'exposé de mon opinion individuelle afin d'exprimer ma propre position s'agissant de l'un des arguments avancés par les Etats appelants dans les présentes affaires ICAOA et ICAOB, à savoir celui relatif à leurs prétendues «contre-mesures».

3. A ce stade préliminaire, je souhaite tout d'abord rappeler que, de manière générale, les Etats appelants fondent dans l'une et l'autre des affaires leur premier moyen d'appel, qui a trait au défaut de compétence allégué du Conseil de l'Organisation de l'aviation civile internationale (OACI) (ci-après le «Conseil de l'OACI»), sur l'argument que leurs restrictions visant l'espace aérien ont été adoptées en tant que «contre-mesures» licites en réponse aux manquements allégués du Qatar à des obligations que lui impose le droit international coutumier, ainsi que certaines résolutions du Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies (ONU) et les accords de Riyad¹. Les Etats appelants affirment également que les «contre-mesures» constituent une circonstance excluant l'illicéité au regard du droit international général puisque, selon eux, elles auraient été spécialement prévues dans les accords de Riyad².

¹ Mémoires (ICAOA et ICAOB), par. 1.2 *b*) et 1.4-1.5; mémoire (ICAOA), par. 1.21, 1.25-1.27, 1.31-1.32, 2.9 et 2.53-2.55; mémoire (ICAOB), par. 1.22, 1.26-1.28, 1.32-1.33, 2.8 et 2.52-2.54; mémoires (ICAOA et ICAOB), par. 3.22 *a*), 7.3-7.4 et 7.8; répliques (ICAOA et ICAOB), par. 2.1-2.4; réplique (ICAOA), par. 2.35-2.47, et réplique (ICAOB), par. 2.35-2.45; répliques (ICAOA et ICAOB), par. 4.14; CR 2019/13 du 2 décembre 2019, p. 19 et 21-22, par. 3-4 et 12-14; *ibid.*, p. 22 et 24, par. 2 et 11-13; *ibid.*, p. 26-28, par. 8-10 et 13; *ibid.*, p. 29-30, par. 7-8 et 12-14; *ibid.*, p. 33 et 38-41, par. 7 et 23-34; *ibid.*, p. 58 et 65-66, par. 12 et 35-39.

² Mémoire (ICAOA), par. 2.56-2.67; mémoire (ICAOB), par. 2.55-2.66; répliques (ICAOA et ICAOB), par. 1.4, 1.6 et 2.7; CR 2019/13 du 2 décembre 2019, p. 30, par. 12-13; *ibid.*, p. 33-34 et 37, par. 7-8 et 18-20; *ibid.*, p. 70 et 74, par. 6 et 21; CR 2019/16 du

4. The appellant States further contend that the disagreement submitted by Qatar to the ICAO Council would require the Council to adjudicate upon matters falling outside its jurisdiction, in a forum that is not properly equipped to hear the matters at issue³. They argue that their objection is to be distinguished from the earlier case concerning the *Appeal Relating to the Jurisdiction of the ICAO Council (India v. Pakistan)* (*Judgment, I.C.J. Reports 1972*, p. 46) because in the present case the invocation of “countermeasures”⁴ has taken the dispute outside the scope of civil aviation and the respective treaties (the Chicago Convention in the ICAOA case and the IASTA Agreement in the ICAOB case)⁵.

5. In the present separate opinion, I shall at first address “countermeasures” in breach of the foundations of the law of nations, and of State responsibility. In sequence, I shall survey the lengthy and strong criticisms of “countermeasures” presented in the corresponding debates of both the UN International Law Commission, as well as of the VI Committee of the UN General Assembly (Parts III and IV). Following that, I shall focus on the prevalence of the imperative of judicial settlement over the State’s “will”. I shall then present my own reflections, first, on international legal thinking and the prevalence of human conscience (*recta ratio*) over the “will”; secondly, on the universal juridical conscience in the rejection of voluntarism and “countermeasures”; and thirdly, on law and justice interrelated, with general principles of law in the foundations of the new *jus gentium*. The way shall then be paved for the presentation of my final considerations, in an epilogue, with the points dealt with herein.

21; CR 2019/16, of 5 December 2019, pp. 28 and 37-38, paras. 2 and 34. The Riyadh Agreements were seen by the applicant States as an approach to address the alleged threats to regional security, stability and peace. The Riyadh Agreements were seen by States parties as binding; Qatar rejected that it had breached them, held that they were breached by the applicant States, and further rejected that the Riyadh Agreements paved the way for “countermeasures”; CR 2019/15, of 3 December 2019, p. 18, para. 14; CR 2019/15, *ibid.*, pp. 40-41, para. 20; CR 2019/17, of 6 December 2019, p. 16, para. 9.

³ Memorial (ICAOA), paras. 1.23 and 1.33-1.39; Memorial (ICAOB), paras. 1.24-1.40; Memorials (ICAOA and ICAOB), paras. 5.2 (*a*), 5.4-5.5, 5.27-5.42, 5.71-5.83, 5.95, 5.119, 5.121-5.122, 5.126, 5.128 (*b*), 5.130 and 5.133; Replies (ICAOA and ICAOB), paras. 1.7-1.8, 4.7, 4.18, 4.28, 4.33-4.55 and 6.3; CR 2019/13, of 2 December 2019, pp. 34, 36 and 41-42, paras. 8-10, 15-17 and 35-36; *ibid.*, pp. 54 and 61-64, paras. 2 and 21-34; CR 2019/14, of 2 December 2019, pp. 15-19, paras. 31 and 34-37; CR 2019/16, of 5 December 2019, p. 15, para. 6; *ibid.*, p. 38, paras. 37-38; *ibid.*, p. 56, para. 17.

⁴ Replies (ICAOA and ICAOB), paras. 4.25-4.27; CR 2019/13, of 2 December 2019, p. 27, para. 10, and p. 36, para. 17.

⁵ Memorials (ICAOA and ICAOB), para. 5.91; CR 2019/13, of 2 December 2019, p. 67, paras. 46-47; CR 2019/16, of 5 December 2019, pp. 28-32, paras. 3-13.

4. Les Etats appelants soutiennent en outre que le désaccord dont le Qatar a saisi le Conseil de l'OACI exigerait que ce dernier se prononce sur des questions qui échappent à sa compétence, dans une enceinte qui n'a pas les moyens de les examiner³. Selon eux, il convient de distinguer leur exception de celle soulevée en l'affaire antérieure de l'*Appel concernant la compétence du Conseil de l'OACI (Inde c. Pakistan)* (arrêt, C.I.J. Recueil 1972, p. 46), au motif que, dans les deux présentes espèces, l'invocation de «contre-mesures»⁴ a fait sortir le différend du champ de l'aviation civile et des traités concernés (la convention relative à l'aviation civile internationale [ci-après la «convention de Chicago»] en l'affaire ICAOA et l'accord relatif au transit des services aériens internationaux [ci-après l'«accord de transit»] en l'affaire ICAOB)⁵.

5. Dans la présente opinion individuelle, je commencerai par traiter les «contre-mesures» contrevenant aux fondements du droit des gens et de la responsabilité de l'Etat. Je passerai ensuite en revue les longues et vives critiques dont ont fait l'objet les «contre-mesures» dans les débats y afférents menés tant par la Commission du droit international (CDI) de l'Organisation des Nations Unies (ONU) que par la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies (troisième et quatrième parties). Je poursuivrai en mettant l'accent sur le fait que l'impératif du règlement judiciaire prévaud sur la «volonté» de l'Etat, après quoi j'exposerai mes propres réflexions, premièrement, sur la pensée juridique internationale et la primauté de la conscience humaine (*recta ratio*) sur la «volonté»; deuxièmement, sur la conscience juridique universelle dans le rejet du volontarisme et des «contre-mesures»; et, troisièmement, sur l'interdépendance du droit et de la justice, ainsi que sur les principes juridiques généraux qui se trouvent aux fondements du nouveau *jus gentium*. La voie sera alors ouverte à la présentation de mes considérations finales, dans un épilogue qui reprendra en outre les points traités.

5 décembre 2019, p. 28 et 37-38, par. 2 et 34. Les Etats demandeurs voient dans les accords de Riyad une démarche visant à répondre aux menaces alléguées contre la sécurité, la stabilité et la paix régionales. Les Etats parties les considèrent comme contraignants; le Qatar dément les avoir violés, affirmant que ce sont les Etats demandeurs qui ne les ont pas respectés, et dément également qu'ils ouvrent la voie à des «contre-mesures»; CR 2019/15 du 3 décembre 2019, p. 18, par. 14; *ibid.*, p. 40-41, par. 20; CR 2019/17 du 6 décembre 2019, p. 16, par. 9.

³ Mémoire (ICAOA), par. 1.23 et 1.33-1.39; mémoire (ICAOB), par. 1.24-1.40; mémoires (ICAOA et ICAOB), par. 5.2 a), 5.4-5.5, 5.27-5.42, 5.71-5.83, 5.95, 5.119, 5.121-5.122, 5.126, 5.128 b), 5.130 et 5.133; répliques (ICAOA et ICAOB), par. 1.7-1.8, 4.7, 4.18, 4.28, 4.33-4.55 et 6.3; CR 2019/13 du 2 décembre 2019, p. 34, 36 et 41-42, par. 8-10, 15-17 et 35-36; *ibid.*, p. 54 et 61-64, par. 2 et 21-34; CR 2019/14 du 2 décembre 2019, p. 15-19, par. 31 et 34-37; CR 2019/16 du 5 décembre 2019, p. 15, par. 6; *ibid.*, p. 38, par. 37-38; *ibid.*, p. 56, par. 17.

⁴ Répliques (ICAOA et ICAOB), par. 4.25-4.27; CR 2019/13 du 2 décembre 2019, p. 27, par. 10, et p. 36, par. 17.

⁵ Mémoires (ICAOA et ICAOB), par. 5.91; CR 2019/13 du 2 décembre 2019, p. 67, par. 46-47; CR 2019/16 du 5 décembre 2019, p. 28-32, par. 3-13.

6. The two ICAOA and ICAOB cases are interrelated, as their presentation and arguments indicate. The two joint Applications instituting proceedings, received by the ICJ on 4 July 2018, contain appeals against two decisions rendered by the Council of the International Civil Aviation Organization (the “ICAO Council”) on 29 June 2018. The first case, ICAOA was presented, as already indicated, by Bahrain, Egypt, Saudi Arabia and the UAE, to constitute an appeal against the decision rendered by the ICAO Council in the proceedings initiated by Qatar against these four States, which were initiated on the basis of Article 84 of the Convention on International Civil Aviation (the “Chicago Convention”). In these proceedings before the ICAO Council, Qatar claimed that the decisions of the four States (the airspace restrictions) violated the Chicago Convention⁶.

7. The dispute between the Parties is mainly focused on whether the ICAO Council had jurisdiction to decide on the applications submitted by Qatar on alleged violations of the Chicago Convention (ICAOA case) or the IASTA (ICAOB case), and alternatively, whether the applications submitted by Qatar are admissible⁷. As I have already pointed out, in both ICAOA and ICAOB cases I have selected one point raised by the appellant States, namely, that of so-called “countermeasures”, so as to examine herein their lack of legal foundations and their negative effects on the law of nations and on State responsibility.

II. “COUNTERMEASURES” IN BREACH OF THE FOUNDATIONS OF THE LAW OF NATIONS, AND OF STATE RESPONSIBILITY

8. The appellant States, as just seen, have decided to rely, *inter alia*, on “countermeasures”, bringing to the fore an unfortunate initiative taken by the UN International Law Commission in its prolonged discussions on the matter in the 1990s and until 2001 (*infra*). This having been so, I feel bound to begin my own considerations of “countermeasures” in breach of the foundations of the law of nations, and of State responsibility, and to present, in sequence, the criticisms of “countermeasures” in corresponding debates of the International Law Commission, as well as of the VI Committee of the UN General Assembly.

9. In effect, the International Law Commission consumed many years of its work on the elaboration and adoption of its *Articles on State Responsibility* (2001), which disclosed also some resistance to certain

⁶ This case is dealt with in the Judgment concerning the *Appeal relating to the Jurisdiction of the ICAO Council under Article 84 of the Convention on International Civil Aviation*, which thus mainly concerns the Chicago Convention.

⁷ There is also a separate point of contention as to the grounds — or otherwise — of the ICAO Council’s decisions.

6. Les deux affaires ICAOA et ICAOB sont interdépendantes, comme l'indiquent leur présentation et les arguments qui y sont avancés. Les deux requêtes introductives d'instance, déposées conjointement par les Etats demandeurs et reçues à la Cour le 4 juillet 2018, contiennent des appels formés contre deux décisions rendues le 29 juin 2018 par le Conseil de l'OACI. La première affaire, ICAOA, a été introduite, comme il a déjà été précisé, par l'Arabie saoudite, Bahreïn, l'Egypte et les Emirats arabes unis, qui entendaient interjeter appel de la décision rendue par le Conseil de l'OACI dans la procédure que le Qatar avait engagée contre eux sur le fondement de l'article 84 de la convention de Chicago. Dans ladite procédure devant le Conseil, le Qatar affirmait que les décisions prises par les quatre Etats (les restrictions visant l'espace aérien) emportaient violation de cet instrument⁶.

7. Le différend qui oppose les Parties porte essentiellement sur les questions de savoir si le Conseil de l'OACI avait compétence pour se prononcer sur les requêtes soumises par le Qatar au sujet de violations alléguées de la convention de Chicago (ICAOA) ou de l'accord de transit (ICAOB) et, à titre subsidiaire, si ces requêtes sont recevables⁷. Ainsi que je l'ai déjà relevé, j'ai choisi, tant dans l'affaire ICAOA que dans l'affaire ICAOB, un point soulevé par les Etats appelants, à savoir celui des prétendues «contre-mesures», de manière à examiner ici l'absence de fondement juridique de ces dernières et leurs effets négatifs sur le droit des gens ainsi que sur la responsabilité de l'Etat.

II. LES «CONTRE-MESURES» CONTREVENANT AUX FONDEMENTS DU DROIT DES GENS ET DE LA RESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT

8. Comme nous venons de le voir, les Etats appelants ont décidé de se fonder notamment sur des «contre-mesures», mettant en lumière une initiative malencontreuse prise par la CDI dans le cadre des longues discussions qu'elle a menées sur la question, des années 1990 jusqu'en 2001 (*infra*). J'estime de ce fait devoir me livrer à mon propre examen des «contre-mesures» contrevenant aux fondements du droit des gens et de la responsabilité de l'Etat, et passer en revue les critiques dont ces «contre-mesures» ont fait l'objet dans les débats correspondants tenus par la CDI et la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies.

9. De fait, la CDI a consacré de nombreuses années de ses travaux à l'élaboration et à l'adoption de son projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite (2001), et dans ce contexte

⁶ Ce point est traité dans l'arrêt se rapportant à l'*Appel concernant la compétence du Conseil de l'OACI en vertu de l'article 84 de la convention relative à l'aviation civile internationale*, qui intéresse donc essentiellement la convention de Chicago.

⁷ Il y a également un désaccord distinct au sujet de la motivation — ou son défaut — des décisions du Conseil de l'OACI.

innovations not in accordance with the foundations of the law of nations. Such was the case — as I warned in my general course delivered at the Hague Academy of International Law in 2005 — of the space occupied, in the elaboration of those Articles,

“by so-called ‘countermeasures’ (Articles 22 and 49-54), in comparison with the much more succinct space devoted to serious breaches of obligations under peremptory norms of general international law (Articles 40-41). *Ubi societas, ibi jus*. It should not pass unnoticed that countermeasures (. . .) ha[ve] now been taken to the centre of the domain of State responsibility without originally and intrinsically belonging to it. Countermeasures are reminiscent of the old practice of retaliation, and, — whether one wishes to admit it or not, — they rely upon force rather than conscience. Recourse to them discloses the insufficient degree of development of the treatment of State responsibility.”⁸

10. In this respect, there have been warnings as to resort to “countermeasures”: as the international legal order is based upon justice rather than force, it has been criticized that to confer a high standing to “countermeasures” in the domain of State responsibility is “to elevate to a position of high dignity one of [international] society’s least dignified and least sociable aspects”, thus condemning that society “to be what it is”⁹. Other criticisms have emanated from lucid trends of international legal doctrine.

11. It has been recalled, e.g. that resort to “countermeasures” in practice ensues mainly from the domain of “the reciprocity of State interests” rather than principles, disclosing clear risks of retaliations¹⁰, which are to be avoided. Judicial control of “countermeasures” was contemplated by International Law Commission’s Rapporteur Gaetano Arangio-Ruiz, in his seventh Report (of 1995), stressing the need of an institutionalized reaction — within the ambit of the United Nations — of the “organized

⁸ A. A. Cançado Trindade, *International Law for Humankind — Towards a New Jus Gentium*, 3rd rev. ed., The Hague: Nijhoff/The Hague Academy of International Law, 2020, pp. 454-455; text originally presented in: A. A. Cançado Trindade, “International Law for Humankind: Towards a New *Jus Gentium* — General Course on Public International Law — Part I”, 316 *Recueil des cours de l’Académie de droit international de la Haye (RCADI)* (2005), pp. 31-439; A. A. Cançado Trindade, “International Law for Humankind: Towards a New *Jus Gentium* — General Course on Public International Law — Part II”, 317 *RCADI* (2005), pp. 19-312.

⁹ Ph. Allott, “State Responsibility and the Unmaking of International Law”, 29 *Harvard International Law Journal* (1988), pp. 23-24.

¹⁰ M. Virally, “Panorama du droit international contemporain — Cours général de droit international public”, 183 *RCADI* (1983), pp. 217-218.

certaines innovations non conformes aux fondements du droit des gens susciterent une certaine opposition. Tel était le cas — comme je l'avais souligné dans le cours général dispensé par mes soins à l'Académie de droit international de La Haye en 2005 — de la place accordée, lors de l'élaboration de ce projet d'articles,

«à ce que l'on appelle les «contre-mesures» (articles 22 et 49-54), par rapport à celle, bien moindre, dévolue aux manquements graves à des obligations découlant de normes impératives du droit international général (articles 40-41). *Ubi societas, ibi jus*. On ne manquera pas de noter que les contre-mesures ... ont désormais été mises au premier plan dans le domaine de la responsabilité de l'Etat alors qu'elles n'en font pas partie, ni à l'origine ni intrinsèquement. Les contre-mesures rappellent l'ancienne pratique des représailles et, qu'on veuille ou non le reconnaître, elles sont fondées sur la force plutôt que sur la conscience. Le recours aux contre-mesures trahit le degré de développement insuffisant du traitement de la responsabilité de l'Etat.»⁸

10. A cet égard, d'aucuns ont mis en garde contre le recours à des «contre-mesures»: l'ordre juridique international étant fondé sur la justice, et non sur la force, faire grand cas des «contre-mesures» dans le domaine de la responsabilité de l'Etat revenait à «conférer une dignité importante à l'un des aspects les moins dignes et les moins sociables de la société [internationale]», condamnant ainsi cette société «à rester ce qu'elle [était]»⁹. D'autres critiques émanaient de certaines tendances éclairées de la doctrine juridique internationale.

11. Il a notamment été rappelé que, dans la pratique, le recours à des «contre-mesures» découlait essentiellement du domaine de «la réciprocité des intérêts étatiques», et non de principes, faisant clairement apparaître des risques de représailles¹⁰, qu'il convient d'éviter. Dans son septième rapport (1995), Gaetano Arangio-Ruiz, rapporteur spécial de la CDI, envisageait un contrôle judiciaire des «contre-mesures», soulignant la nécessité d'une réaction institutionnalisée — dans le cadre de l'ONU —

⁸ A. A. Cançado Trindade, *International Law for Humankind — Towards a New Jus Gentium*, 3^e éd. rév., La Haye, Nijhoff/Académie de droit international de La Haye, 2020, p. 454-455; texte initialement présenté dans A. A. Cançado Trindade, «International Law for Humankind: Towards a New *Jus Gentium* — General Course on Public International Law — Part I», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye (RCADI)* (2005), vol. 316, p. 31-439; A. A. Cançado Trindade, «International Law for Humankind: Towards a New *Jus Gentium* — General Course on Public International Law — Part II», *RCADI* (2005), vol. 317, p. 19-312.

⁹ Ph. Allott, «State Responsibility and the Unmaking of International Law», *Harvard International Law Journal* (1988), vol. 29, p. 23-24.

¹⁰ M. Virally, «Panorama du droit international contemporain — Cours général de droit international public», *RCADI* (1983), vol. 183, p. 217-218.

international community”¹¹, — and the idea of a neutral control of “countermeasures” remained alive¹².

12. I have recalled such criticisms in my aforementioned general course delivered at the Hague Academy of International Law (2005), and I have further warned that

“[t]he much larger space occupied by ‘countermeasures’ than by other truly fundamental aspects of State responsibility in the 2001 International Law Commission Articles on the subject discloses an apparent lack of confidence in the role of law for attaining justice; the greater emphasis is therein shifted to coercive means — envisaged as ‘legal’ ones — rather than on conscience and the prevalence of *opinio juris communis*.

Yet, in a domain of international law endowed with a specificity of its own, such as the international law of human rights, the overall picture is rather different. This is a domain which has rendered possible a re-encounter with the very foundations of the international responsibility of States. Herein attention is correctly focused on law rather than force, on conscience rather than ‘will’, to the greater effectiveness of public international law itself¹³.”¹⁴

13. These criticisms have called for further attention to the matter, in particular to the step backwards taken by the insertion of “countermeasures” in the 2001 Articles on State Responsibility (cf. *infra*). Such insertion took place despite the successive and strong criticisms of “countermeasures” in the prolonged debates on the matter, of the International Law Commission as well as of the VI Committee of the UN General Assembly (*infra*). I much regret that “countermeasures” have been raised by the appellant States in the present ICAOA and ICAOB cases; all the mistakes of the past in the raising and stating of the point, with all its legal consequences, should not be forgotten in the present, at least by those of us who believe in international law and work for its prevalence.

¹¹ G. Arangio-Ruiz, “Séptimo Informe sobre la Responsabilidad de los Estados”, UN doc. A/CN.4/469, 9 May 1995, pp. 30-37, 42-43, 46, 49 and 52.

¹² Cf., e.g. M. E. O’Connell, “Controlling Countermeasures”, *International Responsibility Today Essays in Memory of O. Schachter* (ed. M. Ragazzi), Leiden: Nijhoff, 2005, pp. 49-62.

¹³ A. A. Cançado Trindade, “Memorial por um Novo *Jus Gentium*, o Direito Internacional da Humanidade”, 45 *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte/Brazil (2004), pp. 17-36.

¹⁴ A. A. Cançado Trindade, *International Law for Humankind — Towards a New Jus Gentium*, 3rd rev. ed., *op. cit. supra* note 8, pp. 454-456.

de la « communauté internationale organisée »¹¹ — et l'idée de les soumettre à un contrôle neutre est restée présente¹².

12. J'ai rappelé ces critiques dans mon cours susmentionné (2005), soulignant en outre que

« [l]a place, bien plus importante que celle dévolue à d'autres aspects véritablement fondamentaux de la responsabilité de l'Etat, occupée par les « contre-mesures » dans le projet d'articles de 2001 de la CDI sur la question trahit un manque manifeste de confiance dans le rôle du droit comme moyen d'obtenir justice; dans ce projet, l'on s'intéresse davantage aux moyens coercitifs — regardés comme des moyens « juridiques » — qu'à la conscience et à la primauté de l'*opinio juris communis*.

Or, dans un domaine du droit international ayant sa propre spécificité, tel que le droit international des droits de l'homme, l'idée d'ensemble est fort différente. Il s'agit là d'un domaine qui a permis de renouer avec les fondements mêmes de la responsabilité internationale des Etats. Comme il se doit, l'accent y est mis sur le droit plutôt que sur la force, sur la conscience plutôt que sur la « volonté », au bénéfice d'une plus grande efficacité du droit international public lui-même¹³. »¹⁴

13. Ces critiques ont appelé à accorder davantage d'attention à la question, et en particulier à la régression que constitue l'insertion des « contre-mesures » dans le projet d'articles de 2001 sur la responsabilité de l'Etat (voir *infra*), qui a eu lieu en dépit des vives critiques que celles-ci ont continuellement suscitées dans les débats prolongés menés en la matière tant par la CDI que par la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies (*infra*). Je déplore que des « contre-mesures » aient été invoquées par les Etats appelants dans les deux présentes affaires (ICAOA et ICAOB); il ne faudrait pas, du moins si l'on croit au droit international et que l'on œuvre en faveur de sa primauté, oublier aujourd'hui toutes les erreurs commises par le passé lorsque ce point a été soulevé et débattu, avec toutes les conséquences juridiques que cela entraînait.

¹¹ G. Arangio-Ruiz, « Septième rapport sur la responsabilité des Etats », Nations Unies, doc. A/CN.4/469, 9 mai 1995, p. 30-37, 42-43, 46, 49 et 52.

¹² Voir, par exemple, M. E. O'Connell, « Controlling Countermeasures », *International Responsibility Today — Essays in Memory of O. Schachter* (sous la dir. de M. Ragazzi), Leyde, Nijhoff, 2005, p. 49-62.

¹³ A. A. Cançado Trindade, « Memorial por um Novo *Jus Gentium*, o Direito Internacional da Humanidade », *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte/Brésil (2004), vol. 45, p. 17-36.

¹⁴ A. A. Cançado Trindade, *International Law for Humankind — Towards a New Jus Gentium*, 3^e éd. rév., *op. cit. supra* note 8, p. 454-456.

III. CRITICISMS OF “COUNTERMEASURES” IN CORRESPONDING DEBATES OF THE UNITED NATIONS INTERNATIONAL LAW COMMISSION

14. Strong criticisms to “countermeasures” were formulated in successive debates of the International Law Commission itself, in the period of 1992-2001, centred on the issue. Thus, one of the International Law Commission members, Mr. Jiuyong Shi (China), took a categorical position against them, warning as to the “impropriety” of the concept of “countermeasures” under general international law; to him, States allegedly “injured” which took “countermeasures” were “often themselves the wrongdoing States”¹⁵. Thus, for Mr. J. Shi, the application of reprisals or countermeasures disclosed the outcome of the relationship between “powerful” States and “weak and small” States which were unable to assert their rights under international law.

15. For that reason, many small States regarded “the concept of reprisals or countermeasures as synonymous with aggression or intervention, whether armed or unarmed”¹⁶. “Countermeasures”, — he added, — were “controversial” and should not be included in the law of State responsibility, being “certainly” to “the advantage of the more powerful States”¹⁷. Instead of reflecting general rules of international law, — Mr. Shi concluded, — “countermeasures” remained “controversial”, reflecting “simply power relationships”, and should then “be excluded from the topic of State responsibility”¹⁸.

16. Another International Law Commission member who took likewise a categorical position against “counter-measures” was Mr. Carlos Calero Rodrigues (Brazil), who strongly criticized them; he warned that, if the International Law Commission “was to be faithful to its duty of contributing to the progressive development of international law, it must try to establish limits to countermeasures in order to correct some of the more glaring injustices to which their broad application might give rise”¹⁹. He advocated the “clear and unrestricted” prohibition of “countermeasures”, which “should not be considered legitimate” in threatening the territorial integrity or independence of the State against which they were applied; such “extreme coercion”, — he added, — “should not be allowed”²⁰.

17. Carlos Calero Rodrigues stressed his own “faithfulness to the traditional Latin American position on that matter”, and reasserted his own “endorsement of a strict prohibition of countermeasures which endan-

¹⁵ *Yearbook of the International Law Commission (YILC)* (1992)-I, p. 88, para. 32; and cf. p. 133, para. 74.

¹⁶ *Ibid.*, p. 88, para. 32.

¹⁷ *Ibid.*, paras. 31 and 33.

¹⁸ *Ibid.*, p. 133, para. 73.

¹⁹ *Ibid.*, p. 135, para. 5.

²⁰ *Ibid.*, p. 160, paras. 27 and 29.

III. CRITIQUES DES «CONTRE-MESURES» DANS LES DÉBATS Y AFFÉRENTS DE LA COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL DE L'ORGANISATION DES NATIONS UNIES

14. Les «contre-mesures» ont fait l'objet de vives critiques dans les débats successifs que la CDI elle-même a menés entre 1992 et 2001 sur la question. L'un des membres, M. Jiuyong Shi (Chine), a ainsi catégoriquement pris position contre elles, mettant en garde contre l'«impropriété» de cette notion au regard du droit international général; à son avis, les Etats prétendument «lésés» qui prenaient des «contre-mesures» étaient «souvent eux-mêmes les Etats auteurs» de faits illicites¹⁵. Selon M. Shi, le recours à des représailles ou à des contre-mesures résultait de la relation entre Etats «puissants» et Etats «petits ou faibles», lesquels étaient «dans l'incapacité de faire valoir leurs droits [au regard du droit international]».

15. Pour cette raison, nombre de petits Etats considéraient la notion de «représailles ou [de] contre-mesures comme synonym[e] d'agression ou d'intervention, armée ou non armée»¹⁶. Et M. Shi d'ajouter que les «contre-mesures» étaient «controversé[s]» et ne devraient pas être incluses dans le droit de la responsabilité de l'Etat, puisqu'elles étaient «certainement dans l'intérêt des Etats les plus puissants»¹⁷. M. Shi a conclu que, au lieu de refléter les règles générales du droit international, les «contre-mesures» demeuraient «controversé[es]», ne traduisant «que des rapports de force», et qu'elles ne devraient donc pas «rel[ever] du champ d'application du sujet de la responsabilité des Etats»¹⁸.

16. Un autre membre de la CDI ayant lui aussi pris catégoriquement position contre les «contre-mesures» était Carlos Calero Rodrigues (Brésil), qui les a vivement critiquées, prévenant que la Commission, si elle «entend[ait] être fidèle à sa mission, [à savoir] contribuer au développement progressif du droit international, d[eva]it essayer de soumettre les contre-mesures à des limitations de nature à corriger certaines des injustices les plus flagrantes auxquelles leur application généralisée risqu[ait] de donner lieu»¹⁹. Il préconisait d'interdire «clairement et totalement» les «contre-mesures», qui «ne d[evai]ent pas être considérées comme légitimes» lorsqu'elles menaçaient l'intégrité territoriale ou l'indépendance de l'Etat contre lequel elles étaient prises, ajoutant que «ce type extrême de coercition ... ne devrait pas être autorisé»²⁰.

17. Carlos Calero Rodrigues a insisté sur sa «fidélité à la position traditionnelle de l'Amérique latine en la matière» et réaffirmé qu'il était lui-même «partisan d'une interdiction stricte des contre-mesures portant

¹⁵ Nations Unies, *Annuaire de la Commission du droit international (ACDI)* (1992), vol. I, p. 93, par. 32; voir aussi p. 141, par. 74.

¹⁶ *Ibid.*, p. 93, par. 32.

¹⁷ *Ibid.*, par. 31 et 33.

¹⁸ *Ibid.*, p. 141, par. 73.

¹⁹ *Ibid.*, p. 143, par. 5.

²⁰ *Ibid.*, p. 170-171, par. 27 et 29.

gered the territorial integrity or political independence of a State”²¹. He was firm in further warning that “countermeasures should not infringe on fundamental human rights, diplomatic relations, the rules of *jus cogens* or the rights or third States”²².

18. Within the International Law Commission, as it can be seen, there were those aforementioned members who remained strongly opposed to the initiative of inserting into the Draft Articles a reference to so-called “countermeasures” all the time (*supra*). In addition, there were those members who were critical of them from the start, though ending up not opposing their insertion into Article 50 (2) of the Draft Articles. As to these latter, one International Law Commission member, Mr. Awn Al-Khasawneh (Jordan), warned that States resorting to “countermeasures” “took the law into their own hands”, forgetful of the rule of law at international legal level. To him, “countermeasures” raised the “likelihood of abuse, largely because of power disparities among States”; furthermore, there is the “punitive” function and intent of “countermeasures”²³.

19. Another International Law Commission member, Mr. Pemmaraju Sreenivasa Rao (India), also warned that “countermeasures” reflected the position of the “stronger party”, and one should have care not to transpose such political “power relationships” into the domain of law; moreover, “punitive reprisals or countermeasures” should be expressly prohibited²⁴. This point, originally made by him in 1992, was subsequently taken again by him at the International Law Commission, in 1996, when he expressly stated his “complete disagreement” with Chapter III of the draft Articles on the controversial “countermeasures”²⁵. The International Law Commission ended up with “an unsupportable, contradictory and unjustified regime for countermeasures”; after all, he added, “[n]o State should be encouraged to decide unilaterally to take the law into its own hands, no matter how real the provocation to which it reacted”²⁶.

20. It seemed “advisable” to Mr. P. Sreenivasa Rao “to refer expressly to the provisions of the [UN] Charter which dealt with the non-use of force and the different methods for the peaceful settlement of disputes”²⁷. In conclusion, he identified the “trouble with the existing wording”, namely:

“if the State accused of the internationally wrongful act defaulted, the injured State would be free to act as it saw fit, and that was tantamount to making the law of the strongest prevail. It would be pref-

²¹ *YILC* (1992)-I, p. 160, para. 29.

²² *Ibid.*, p. 161, para. 30.

²³ *Ibid.*, pp. 157-158, para. 15; p. 158, paras. 17-18; and cf. p. 159, para. 22.

²⁴ *Ibid.*, p. 137, paras. 19 and 21; and p. 161, para. 35; and cf. pp. 162-163, paras. 37 and 45.

²⁵ *YILC* (1996)-I, pp. 157-158, paras. 67 and 69-70.

²⁶ *Ibid.*, p. 158, para. 70.

²⁷ *Ibid.*, para. 74.

atteinte à l'intégrité territoriale ou à l'indépendance politique d'un Etat»²¹. Il a aussi fermement averti que les «contre-mesures ne d[é]vaient pas porter atteinte aux droits de l'homme fondamentaux, aux relations diplomatiques, aux règles du *jus cogens*, ni aux droits d'Etats tiers»²².

18. Comme on peut le voir, il y avait, au sein de la CDI, les membres précités qui sont restés, du début à la fin, hostiles à toute référence aux «contre-mesures» dans le projet d'articles (*supra*). Mais d'autres membres étaient également critiques au départ, même s'ils ne se sont finalement pas opposés à la mention qui y est faite au paragraphe 2 de l'article 50. L'un d'eux, M. Awn Al-Khasawneh (Jordanie), a ainsi averti que les Etats recourant à des «contre-mesures» «se f[aisaie]nt justice eux-mêmes», oubliant la primauté du droit au niveau juridique international. Selon lui, les «contre-mesures» étaient davantage «susceptible[s] de donner lieu à des abus, surtout en raison des disparités de puissance entre les Etats»; elles avaient en outre une fonction et une intention «punitiv[e]s»²³.

19. Un autre membre de la CDI, M. Pemmaraju Sreenivasa Rao (Inde), a lui aussi appelé l'attention sur le fait que les «contre-mesures» reflétaient la position «du plus fort», et qu'il fallait se garder de transposer sur le plan du droit pareils «rapports de force» politiques; du reste, les «représailles punitives ou ... contre-mesures» devraient être expressément interdites²⁴. Après l'avoir soulevé une première fois devant la Commission en 1992, il est revenu sur ce point en 1996, lorsqu'il a expressément précisé qu'il «désapprouv[ait] totalement» le chapitre III du projet d'articles relatif aux «contre-mesures» controversées²⁵. Selon lui, la Commission avait abouti, «pour [celles-ci], à un régime indéfendable, contradictoire et injustifié»; en fin de compte, a-t-il ajouté, «aucun Etat ne d[é]vait être encouragé à décider unilatéralement de se faire justice lui-même, aussi réelle que [fût] la provocation à laquelle il réagi[ssai]t»²⁶.

20. Il a paru «opportun» à M. Sreenivasa Rao «de citer expressément les dispositions de la Charte [des Nations Unies] qui trait[ai]ent du non-recours à la force et des divers moyens de règlement pacifique des différends»²⁷. En conclusion, ce membre de la CDI a déterminé que «le texte actuel présent[ait] un inconvénient», qu'il a décrit en ces termes :

«[E]n cas de défaut de l'Etat accusé du fait internationalement illicite, l'Etat lésé est libre d'agir comme bon lui semble, ce qui équivaut à faire prévaloir la loi du plus fort. Il semble préférable que la

²¹ *ACDI* (1992), vol. I, p. 171, par. 29.

²² *Ibid.*, p. 171, par. 30.

²³ *Ibid.*, p. 168, par. 15; p. 168-169, par. 17-18; voir aussi p. 169-170, par. 22.

²⁴ *Ibid.*, p. 145, par. 19 et 21; et p. 172, par. 35; voir aussi p. 172-174, par. 37 et 45.

²⁵ *ACDI* (1996), vol. I, p. 165, par. 67 et 69-70.

²⁶ *Ibid.*, p. 165, par. 70.

²⁷ *Ibid.*, p. 166, par. 74.

erable if the dispute settlement procedure that had been initiated continued to apply”²⁸.

21. In the International Law Commission’s debates of two years earlier, Mr. John de Saram (Sri Lanka) pointed out that even when considering “countermeasures”, attention should be turned to multilateral (or even bilateral) treaties, as from the UN Charter, in the light of their provisions on “peaceful settlement of disputes”²⁹. Even when this latter is not achieved, — he added, — endeavours should be undertaken to avoid “chaos” resulting from “the taking by individuals States of countermeasures in an uncoordinated manner”³⁰.

22. Shortly afterwards at the International Law Commission, Mr. Václav Mikulka (Czech Republic) pondered, as to the “consequences of State crimes”, that “priority should be given to the collective response of the international community”, so as to avoid “countermeasures”; in his view, it would here be desirable for the International Law Commission “to establish the regime of responsibility for State crimes”³¹. The International Law Commission members also counted, in mid-1994, on the intervention of their guest speaker, Mr. Chengyuan Tang, Secretary-General of the Asian-African Legal Consultative Committee (AALCC), who acknowledged the concern expressed at the International Law Commission as to the formulation of a “regime of unilateral countermeasures” with its “inherent danger of abuse”, as to the “recourse to reprisals”, as well as to a “resort to unlawful or disproportionate countermeasures”³².

23. Subsequently, in the International Law Commission’s debates, Mr. Peter Kabatsi (Uganda) made clear that he was “totally opposed to legalizing unilateral self-help at the international level by one State against another, as that would only serve the interests of the strong against the weak and the rich against the poor”³³. He added that Chapter III of the draft Articles contained passages that, if retained, “would further aggravate the situation of the State against which the countermeasures were directed”³⁴. Likewise, there were those International Law Commission members who criticized strongly “countermeasures”, though not opposing them until the end, despite the negative effects of resort to them.

24. One of those International Law Commission members (Mr. Julio Barboza) wrote thoughtfully later (in 2003) that “countermeasures” amounting to reprisals faced the prohibition found in General Assembly

²⁸ *YILC* (1996)-I, p. 158, para. 76. In the last year of work (2001) of the International Law Commission on the matter, Mr. P. Sreenivasa Rao reiterated his criticisms to the insertion of “countermeasures” in the draft Articles on the matter; cf. *YILC* (2001)-I, pp. 56-57, paras. 38 and 42-43.

²⁹ *YILC* (1994)-I, p. 77, para. 27.

³⁰ *Ibid.*, para. 28.

³¹ *Ibid.*, p. 101, para. 5.

³² *Ibid.*, p. 150, para. 51.

³³ *YILC* (1996)-I, p. 156, para. 56.

³⁴ *Ibid.*, para. 57.

procédure de règlement des différends qui a été engagée continue de s'appliquer.»²⁸

21. Au cours des débats menés deux ans plus tôt par la CDI, M. John de Saram (Sri Lanka) avait relevé que, même si l'on envisage des «contre-mesures», il y a lieu de tenir compte des traités multilatéraux (voire bilatéraux), notamment depuis la Charte des Nations Unies, à la lumière de leurs dispositions en matière de «règlement pacifique des différends»²⁹. Et d'ajouter que, même à défaut d'un tel règlement, des efforts devraient être déployés pour éviter que «des contre-mesures prises sans coordination par des Etats n'entraînent le chaos»³⁰.

22. Peu après, M. Václav Mikulka (République tchèque) a déclaré devant la CDI que, s'agissant des «conséquences ... des crimes des Etats», «la priorité d[eva]it aller à la réaction collective de la communauté internationale» afin d'éviter les «contre-mesures»; selon lui, il aurait été souhaitable à cet égard que la Commission «élabor[ât] le régime de la responsabilité pour crime des Etats»³¹. Les membres ont également entendu, au milieu de l'année 1994, leur orateur invité, M. Chengyuan Tang, secrétaire général du Comité juridique consultatif africano-asiatique, évoquer la préoccupation exprimée au sein de la CDI quant à la conception d'un «régime ... applicable aux contre-mesures unilatérales» — avec le «danger d'abus inhérent» à celui-ci —, au «recours à des représailles», ainsi qu'au «recours à des contre-mesures illicites ou disproportionnées»³².

23. Par la suite, toujours dans le cadre des débats de la CDI, M. Peter Kabatsi (Ouganda) a précisé qu'il était «totalement opposé à ce que la Commission légalise l'action unilatérale, à l'échelon international, d'un Etat contre un autre, car cela ne ferait que servir les intérêts du fort contre le faible, du riche contre le pauvre»³³. Il a ajouté que le chapitre III du projet d'articles contenait des passages qui, s'ils étaient retenus, «aggraver[ai]ent encore le sort de l'Etat qui subi[ssai]t les contre-mesures»³⁴. Là encore, certains membres ont vivement critiqué les «contre-mesures», sans pour autant s'y opposer jusqu'à la fin, en dépit des effets négatifs qu'entraînerait leur utilisation.

24. L'un de ces membres était M. Julio Barboza, qui a par la suite (en 2003) judicieusement relevé que les «contre-mesures» constituant des représailles se heurtaient à l'interdiction énoncée dans la résolu-

²⁸ *ACDI* (1996), vol. I, p. 166, par. 76. Au cours de la dernière année (2001) des travaux de la CDI sur le sujet, M. P. Sreenivasa Rao a répété ses critiques concernant l'insertion des «contre-mesures» dans le projet d'articles; voir *ACDI* (2001), vol. I, p. 60, par. 38 et 42-43.

²⁹ *ACDI* (1994), vol. I, p. 81, par. 27.

³⁰ *Ibid.*, p. 81, par. 28.

³¹ *Ibid.*, p. 106, par. 5.

³² *Ibid.*, p. 157, par. 51.

³³ *ACDI* (1996), vol. I, p. 164, par. 56.

³⁴ *Ibid.*, par. 57.

resolution 2625 (XXX)³⁵. Prevalence was acknowledged to the obligations of protection of the human person, in the international law of human rights and in international humanitarian law³⁶. There is no point at all, — he added, — in “countermeasures”, in cases lodged with an international tribunal, which can anyway order provisional measures of protection before delivering its decision on the merits; to resort to “countermeasures” without a test of their legality is a “step backwards”³⁷.

25. This critical point was in effect made also in the remaining debates (in 2000-2001) of International Law Commission members on the matter. Thus, in 2000, Mr. Maurice Kamto (Cameroon) pointed out that he had kept his reservations to “countermeasures”, for being “a step backwards at a time when the trend was in the opposite direction, towards the regulation of international relations through dispute settlement machinery, including judicial machinery”; this was, in his view, a wrong step taken by the International Law Commission, as there was no basis in general customary law for “countermeasures”, being a wrongful resort to sanctions³⁸. To him, it should be kept in mind that countermeasures were unduly devised in the late 1970s and early 1980s, considerably weakening the Security Council’s authority and expanding “private justice”³⁹.

26. For his part, on the same occasion in the International Law Commission, Mr. Christopher John Robert Dugard (South Africa) pondered that international lawyers disliked “countermeasures” and reprisals as they were “primitive and lacked the means for law enforcement”; so-called “reciprocal countermeasures” were thus to be rejected⁴⁰. He further warned that “[m]ost countermeasures inevitably had some adverse impact on some human rights, particularly in the social and economic field”⁴¹. Shortly afterwards, Mr. Nabil Elaraby (Egypt) also criticized countermeasures for being “highly controversial”, and for underlining the “imbalance” and widening “the gap between rich and powerful States and the rest”, having thus been “used and abused” in the contemporary world⁴². In the following year of 2001, Mr. James Kateka (Tanzania) likewise declared that he “remained opposed” to countermeasures, as

³⁵ J. Barboza, “Contra medidas en la Reciente Codificación de la Responsabilidad de los Estados — Fronteras con la Legítima Defensa y el Estado de Necesidad”, 12 *Anuario Argentino de Derecho Internacional* (2003), p. 39.

³⁶ *Ibid.*, pp. 39-40.

³⁷ *Ibid.*, pp. 43-44.

³⁸ *YILC* (2000)-I, p. 279, paras. 26-27.

³⁹ *Ibid.*, p. 280, para. 29.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 283, paras. 1 and 3.

⁴¹ *Ibid.*, p. 284, para. 6.

⁴² *Ibid.*, para. 9.

tion 2625 (XXX) de l'Assemblée générale³⁵. Selon lui, il était reconnu que les obligations de protection de la personne humaine prévalaient en droit international des droits de l'homme et en droit international humanitaire³⁶. M. Barboza a ajouté que les «contre-mesures» étaient inutiles dès lors qu'un différend était porté devant une juridiction internationale, qui pouvait en tout état de cause indiquer des mesures conservatoires avant de rendre sa décision au fond; recourir à des «contre-mesures» sans satisfaire à un critère permettant de juger de leur licéité constitue une «régression»³⁷.

25. De fait, ce point critique a également été soulevé dans les derniers débats menés sur la question (en 2000-2001) par les membres de la CDI. C'est ainsi que, en 2000, M. Maurice Kamto (Cameroun) a indiqué qu'il maintenait ses réserves à l'égard des «contre-mesures», celles-ci constituant «un retour en arrière à une époque où la tendance [était], à l'inverse, à la régulation des relations internationales au moyen de mécanismes de règlement des différends, y compris de mécanismes judiciaires»; il s'agissait là selon lui d'une démarche erronée de la part de la Commission, puisqu'il n'existait en droit général coutumier aucun fondement relatif aux «contre-mesures», qui constituaient un recours illicite à des sanctions³⁸. A son avis, il ne fallait pas oublier que les contre-mesures avaient été conçues indûment à la fin des années 1970 et au début des années 1980, affaiblissant considérablement l'autorité du Conseil de sécurité et entraînant un recours accru à la «justice privée»³⁹.

26. Pour sa part, M. Christopher John Robert Dugard (Afrique du Sud) a fait observer en la même occasion que les juristes internationaux n'aimaient pas les «contre-mesures» et les repréailles au motif qu'elles étaient «primiti[ves] et ne [fournissaient] pas d[e] moyens de coercition»; les prétendues «contre-mesures réciproques» devaient donc être rejetées⁴⁰. Il a également averti qu'«il [était] inévitable que la plupart des contre-mesures affectent certains droits de l'homme, notamment dans le domaine économique et social»⁴¹. Peu après, M. Nabil Elaraby (Egypte) a lui aussi critiqué les contre-mesures, dont il estimait qu'elles étaient «très controversée[s]», qu'elles mettaient en lumière le «déséquilibre» et qu'elles accroissaient «l'écart entre les Etats riches et puissants et les autres Etats», de sorte qu'on en avait «us[é] et ... abus[é]» dans le monde contemporain⁴². L'année suivante (2001), M. James Kateka (Tanzanie) a

³⁵ J. Barboza, «Contramedidas en la Reciente Codificación de la Responsabilidad de los Estados — Fronteras con la Legítima Defensa y el Estado de Necesidad», *Anuario Argentino de Derecho Internacional* (2003), vol. 12, p. 39.

³⁶ *Ibid.*, p. 39-40.

³⁷ *Ibid.*, p. 43-44.

³⁸ *ACDI* (2000), vol. I, p. 300, par. 26-27.

³⁹ *Ibid.*, p. 300, par. 29.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 304, par. 1 et 3.

⁴¹ *Ibid.*, p. 305, par. 6.

⁴² *Ibid.*, par. 9.

“they continued to be a threat to small and weak States and gave the more powerful States another weapon”⁴³.

27. At the final stage of consideration of the Draft Articles on State Responsibility, the International Law Commission counted on relevant comments received from States (at the original request from the UN General Assembly), reproduced in its *Yearbook* (1998 and 2001). In 1998, Mexico and Argentina presented their criticisms of the inclusion of “countermeasures” thereon⁴⁴. Denmark, on behalf of the Nordic countries, stated that “there is no room for countermeasures where a mandatory system of dispute settlement exists as between the conflicting parties”⁴⁵. And the Czech Republic held that “countermeasures are not considered to constitute a ‘right’ per se of an injured State”⁴⁶.

28. Later on, in 2001, China criticized the reference to “countermeasures”, and called for “appropriate restrictions on their use”⁴⁷. Japan, for its part, likewise warned as to the risk of abuse of “countermeasures”, and fully shared “the concern expressed by quite a few States in the VI Committee on the risk of the abuse of countermeasures”, which needed “substantial and procedural restrictions”⁴⁸. Mexico, for its part, much regretted the decision of inclusion of “countermeasures” into the Draft under consideration, which “would open the way to abuse” which “could aggravate an existing conflict”; the result could be “extremely risky, especially for the weakest States”, and such risks should be minimized, avoiding their use “for punitive purposes”⁴⁹.

29. Argentina was likewise critical, warning against “the exceptional nature of countermeasures”, and the need “to minimize the possibility of abuses”⁵⁰. Shortly after the adoption of the International Law Commission’s Articles on State Responsibility (2001), the Rapporteur, Mr. James Crawford, in the commentaries he published, observed critically that the chapter containing countermeasures “was the most controversial aspect of the provisional text adopted in 2000. Concerns were expressed at various levels” (e.g. in relation to implementation of State responsibility; in respect of obligations not subject to countermeasures; and by reference to the so-called “collective” countermeasures). After recalling that at least one State (Greece) argued that “countermeasures should be prohibited

⁴³ *YILC* (2001)-I, p. 114, para. 75.

⁴⁴ *YILC* (1998)-II, Part I, pp. 132 and 151, respectively.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 152, para. 2.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 153.

⁴⁷ *YILC* (2001)-II, Part I, p. 80.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 81, paras. 1-2.

⁴⁹ *Ibid.*, paras. 1-3.

⁵⁰ *Ibid.*, paras. 1-2.

lui aussi déclaré qu'il «rest[ait] opposé» aux contre-mesures, car elles «continu[ai]ent à être une menace pour les Etats petits et faibles et donn[ai]ent une arme supplémentaire aux Etats plus puissants»⁴³.

27. Au dernier stade de l'examen du projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat, la CDI s'est appuyée sur les observations formulées à ce sujet par les Etats Membres (à la demande initiale de l'Assemblée générale des Nations Unies), qui sont reproduites dans son *Annuaire* (1998 et 2001). En 1998, le Mexique et l'Argentine ont exprimé leurs critiques concernant l'inclusion des «contre-mesures» dans ledit projet⁴⁴. Au nom des pays nordiques, le Danemark a déclaré qu'«il n'y a[va]it pas lieu de recourir aux contre-mesures lorsqu'il exist[ait] une procédure obligatoire de règlement des différends entre les parties en conflit»⁴⁵. La République tchèque, quant à elle, estimait que les «contre-mesures n[']étaie[n]t pas considérées comme un «droit» de l'Etat lésé au sens propre de ce mot»⁴⁶.

28. Par la suite, en 2001, la Chine a critiqué la référence aux «contre-mesures» et appelé à imposer des «restrictions [appropriées] quant à leur recours»⁴⁷. Le Japon a lui aussi mis en garde contre le risque d'abus posé par les «contre-mesures» et dit qu'il partageait pleinement «les préoccupations exprimées par un nombre non négligeable d'Etats devant la Sixième Commission concernant les risques d'abus en matière de contre-mesures», lesquelles devaient faire l'objet de «certaines restrictions quant au fond et aux procédures»⁴⁸. Pour sa part, le Mexique a grandement déploré la décision d'inclure les «contre-mesures» dans le projet à l'examen, ce qui «ouvr[ait] la porte aux abus» susceptibles de «mener à l'aggravation d'un conflit»; le résultat pouvait être «extrêmement dangereux, en particulier pour les Etats les plus faibles», et il y avait lieu de réduire ces risques au minimum, en évitant tout recours «à des fins punitives»⁴⁹.

29. L'Argentine s'est montrée tout aussi critique, appelant l'attention sur «le caractère exceptionnel des contre-mesures» et la nécessité «de réduire au minimum les possibilités d'abus»⁵⁰. Peu après l'adoption du projet d'articles de la CDI sur la responsabilité de l'Etat (2001), le rapporteur spécial, M. James Crawford, a relevé un point crucial dans les commentaires qu'il a publiés, à savoir que le chapitre où figuraient les contre-mesures «était l'aspect le plus controversé du texte provisoire adopté en 2000, des préoccupations ayant été exprimées à différents niveaux» (par exemple en ce qui concerne la mise en œuvre de la responsabilité de l'Etat; les obligations ne pouvant faire l'objet de contre-mesures; et les contre-mesures dites «collectives»). Après avoir rappelé

⁴³ *ACDI* (2001), vol. I, p. 121, par. 75.

⁴⁴ *ACDI* (1998), vol. II, première partie, p. 132 et 151, respectivement.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 152, par. 2.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 153.

⁴⁷ *ACDI* (2001), vol. II, première partie, p. 80.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 81, par. 1-2.

⁴⁹ *Ibid.*, par. 1-3.

⁵⁰ *Ibid.*, par. 1-2.

entirely”, he added that “the International Law Commission did not endorse that position”⁵¹.

IV. CRITICISMS OF “COUNTERMEASURES” IN CORRESPONDING DEBATES OF THE VI COMMITTEE OF THE UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY

30. Criticisms of countermeasures were, furthermore, firmly expressed in the parallel and corresponding debates of successive sessions (1992-2000) of the VI Committee of the UN General Assembly. Thus, e.g. in the debates of 4 November 1992 of the VI Committee, the delegate of Indonesia (Mr. Abdul Nasier) warned that “countermeasures generally tended to be punitive”; in particular, “armed countermeasures were contrary” to Article 2 (3) and (4) of the UN Charter, and, “[a]ccordingly, countermeasures had no place in the law on State responsibility”⁵².

31. Other criticisms along the years of debates on the matter in the VI Committee were firmly formulated and sustained by the Cuban delegation. Thus, in the debates of 5 November 1992, the delegate of Cuba (Ms Olga Valdés) warned that, in resorting to “reprisals or countermeasures”, powerful or rich countries “easily enjoy an advantage over weak or poor countries”⁵³. She added that they contain “the seeds of aggression”, being moreover surrounded by uncertainty⁵⁴; accordingly, they are not desirable in international law⁵⁵.

32. The Cuban delegation insisted on its position against “countermeasures”. Thus, subsequently, in the debates of the VI Committee of 4 December 2000, the delegate of Cuba (Ms Soraya Alvarez Núñez) opposed “countermeasures” are being “most controversial”, and as amounting to “armed reprisals”, involving “collective sanctions or collective interventions”⁵⁶. She added that such reprisals “tended to aggravate disputes between States” by resorting to “the wrongful use of force”⁵⁷. Such politically motivated tactic was “in violation of the principles of the Charter of the United Nations and [of] international law”⁵⁸.

⁵¹ J. Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility — Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge University Press, 2002, pp. 48-49.

⁵² United Nations, Official Records of the General Assembly (UNGAOR), doc. A/C.6/47/SR.28 (1992), p. 15, para. 65.

⁵³ UNGAOR, doc. A/C.6/47/SR.29 (1992), p. 13, para. 58.

⁵⁴ *Ibid.*, para. 59.

⁵⁵ *Ibid.*, para. 60.

⁵⁶ UNGAOR, doc. A/C.6/55/SR.18 (2000), p. 11, paras. 59-60.

⁵⁷ *Ibid.*, paras. 60 and 61.

⁵⁸ *Ibid.*, para. 62.

qu'un Etat au moins (la Grèce) avait affirmé que «les contre-mesures devraient être purement et simplement interdites», il a ajouté que «la CDI n'a[vait] pas entériné cette position»⁵¹.

IV. CRITIQUES DES «CONTRE-MESURES» DANS LES DÉBATS Y AFFÉRENTS DE LA SIXIÈME COMMISSION DE L'ASSEMBLÉE GÉNÉRALE DES NATIONS UNIES

30. Des critiques ont en outre été exprimées avec force contre les contre-mesures dans les débats parallèles tenus sur le sujet aux sessions successives (1992-2000) de la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies. C'est ainsi que, au cours des discussions du 4 novembre 1992, le représentant de l'Indonésie (M. Abdul Nasier) a prévenu que les «[contre-]mesures revêt[ai]ent généralement un caractère punitif»; en particulier, «les contre-mesures armées vont à l'encontre» des paragraphes 3 et 4 de l'article 2 de la Charte des Nations Unies, et «n'ont donc pas leur place dans le droit relatif à la responsabilité des Etats»⁵².

31. Tout au long des années de débats consacrés à la question par la Sixième Commission, la délégation cubaine a elle aussi formulé des critiques sévères et soutenues. C'est ainsi que, le 5 novembre 1992, la représentante de Cuba (M^{me} Olga Valdés) a averti que, en recourant «à des représailles ou à des contre-mesures», les pays puissants ou riches «pourraient aisément remporter un avantage sur les [pays] faibles ou ... pauvres»⁵³. Elle a ajouté qu'elle y voyait «un terrain propice à l'agression», *a fortiori* en raison de l'incertitude qui entourait les mesures précitées⁵⁴; celles-ci ne sont donc pas souhaitables en droit international⁵⁵.

32. La délégation cubaine a maintenu sa position hostile aux «contre-mesures». Par la suite, au cours des débats tenus le 4 décembre 2000 à la Sixième Commission, la représentante de Cuba (M^{me} Soraya Alvarez Núñez) a ainsi déclaré que les «contre-mesures» étaient particulièrement «controversé[e]s» et constituaient des «représailles armées», supposant «des sanctions collectives ou des interventions collectives»⁵⁶. Et M^{me} Alvarez Núñez d'ajouter que de telles représailles «tend[ai]ent à aggraver les différends entre les Etats» par «le recours abusif à la force»⁵⁷. Pareille démarche motivée par des considérations politiques était «contraire aux principes de la Charte des Nations Unies et du droit international»⁵⁸.

⁵¹ J. Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility — Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge University Press, 2002, p. 48-49.

⁵² Nations Unies, Assemblée générale, doc. A/C.6/47/SR.28 (1992), p. 15, par. 65.

⁵³ Nations Unies, Assemblée générale, doc. A/C.6/47/SR.29 (1992), p. 13, par. 58.

⁵⁴ *Ibid.*, par. 59.

⁵⁵ *Ibid.*, par. 60.

⁵⁶ Nations Unies, Assemblée générale, doc. A/C.6/55/SR.18 (2000), p. 11, par. 59-60.

⁵⁷ *Ibid.*, par. 60 et 61.

⁵⁸ *Ibid.*, par. 62.

33. There were other strong criticisms by States' representatives of "countermeasures" in the work of the VI Committee of the General Assembly. Thus, e.g. in its debates of 4 November 1993 on the matter, the delegate of Mexico (Mr. Juan Manuel Gómez Robledo) warned that "the imposition of unilateral sanctions by one or more States" in reaction to the conduct of another State was a breach of international law, that "might exacerbate international conflicts", and thus all provisions or references to "countermeasures should be deleted"⁵⁹.

34. There were other manifestations of criticism of, and opposition to, "countermeasures", in the prolonged debates of the VI Committee of the General Assembly on the matter. For example, in the debates of 13 November 2000, the delegate of India (Mr. Prem Gupta) strongly criticized that resort of "States to take countermeasures was open to serious abuse", and thus the point should be excluded "altogether from the scope of State responsibility, leaving issues concerning such measures to be dealt with under general international law, especially under the Charter of the United Nations"⁶⁰.

35. He added that "countermeasures" were "merely sanctions under another name", which "should not be used to punish a State". The delegate of India stressed that there was a duty to keep in mind "their humanitarian consequences and the need to protect civilian populations from their adverse effects"; in his understanding, "countermeasures could not be taken and, if taken, must be immediately suspended, if an internationally wrongful act had ceased or if the dispute had been submitted to a court or tribunal with authority to hand down binding decisions"⁶¹.

36. On his part, the delegate of Pakistan (Mr. Akhtar Ali Kazi) was likewise critical: in the debates of the VI Committee of 5 November 1992, for example, he warned that opinions within the International Law Commission were "divided as to whether provisions on countermeasures should be included in the draft", given the difficulties surrounding them deriving from the "the disparities in the size, power and level of development of States"⁶². "Countermeasures", —he continued, —gave advantage to "powerful or rich" States over "weak or poor" States; these latter required "particular attention" in the context of "countermeasures", "in order to prevent the regime from becoming a tool of power politics"⁶³.

37. In the same debates of the VI Committee of 5 November 1992, strong criticisms were also proffered by the delegate of Algeria (Mr. Sidi Abed), who began by warning that so-called "countermeasures" origi-

⁵⁹ UNGAOR, doc. A/C.6/48/SR.27 (1993), p. 14, para. 60.

⁶⁰ UNGAOR, doc. A/C.6/55/SR.15 (2000), p. 5, para. 29.

⁶¹ *Ibid.*

⁶² UNGAOR, doc. A/C.6/47/SR.29 (1992), p. 14, para. 62.

⁶³ *Ibid.*, pp. 14-15, para. 62.

33. D'autres délégations ont vigoureusement critiqué les «contre-mesures» lors des travaux de la Sixième Commission. A titre d'exemple, au cours des débats tenus sur la question le 4 novembre 1993, le représentant du Mexique (M. Juan Manuel Gómez Robledo) a prévenu que «l'application unilatérale de sanctions par un ou plusieurs Etats» en réponse au comportement d'un autre Etat constituait une violation du droit international «risqu[ant] d'exacerber des conflits internationaux», et qu'il convenait donc de «supprimer» toutes les dispositions ou références «relatives aux contre-mesures»⁵⁹.

34. D'autres formes de critique ou d'opposition ont visé les «contre-mesures» au cours des longs débats de la Sixième Commission sur le sujet. Le 13 novembre 2000, le représentant de l'Inde (M. Prem Gupta) a ainsi vivement critiqué le fait que le recours par des «Etats [à] des contre-mesures risqu[ait] de donner lieu à de graves abus», estimant qu'il serait donc préférable de «ne pas traiter du tout de cette question dans le cadre de la responsabilité des Etats, et de s'en remettre à cet égard au droit international général, et en particulier à la Charte des Nations Unies»⁶⁰.

35. M. Gupta a ajouté que les «contre-mesures» n'étaient «que des sanctions qui ne dis[ai]ent pas leur nom» et qu'elles «ne devraient pas être utilisées pour punir un Etat». Il a souligné qu'il fallait garder à l'esprit «leurs conséquences humanitaires et la nécessité de protéger les populations civiles de leurs effets néfastes»; selon lui, «des contre-mesures ne peuvent être prises ... et si elles le sont, elles doivent être immédiatement suspendues si le fait internationalement illicite a cessé ou si le différend est soumis à une juridiction ... habilité[e] à rendre des décisions obligatoires pour les parties»⁶¹.

36. Le représentant du Pakistan (M. Akhtar Ali Kazi) s'est montré tout aussi critique: lors des débats tenus le 5 novembre 1992 à la Sixième Commission, il a par exemple prévenu que, au sein de la CDI, les avis étaient «partagés ... sur l'opportunité d'inclure dans le projet des dispositions relatives aux contre-mesures», compte tenu des difficultés y afférentes qui découlaient «des disparités existant entre les Etats quant à la taille, à la puissance et au niveau du développement»⁶². Et de poursuivre: «les pays riches ou puissants bénéficient d'un avantage par rapport aux pays pauvres ou faibles dans l'exercice des ... contre-mesures»; il est nécessaire, dans ce contexte, d'accorder «une attention particulière» à ces derniers «afin que ce régime ne devienne pas l'instrument de politiques de puissance»⁶³.

37. Au cours de ces mêmes débats du 5 novembre 1992, de vives critiques ont également été formulées par le représentant de l'Algérie (M. Sidi Abed), qui a commencé par appeler l'attention sur le fait que les

⁵⁹ Nations Unies, Assemblée générale, doc. A/C.6/48/SR.27 (1993), p. 14, par. 60.

⁶⁰ Nations Unies, Assemblée générale, doc. A/C.6/55/SR.15 (2000), p. 5, par. 29.

⁶¹ *Ibid.*

⁶² Nations Unies, Assemblée générale, doc. A/C.6/47/SR.29 (1992), p. 14, par. 62.

⁶³ *Ibid.*

nated from the practice of “the most powerful” States⁶⁴. “Countermeasures” thus required, — he added, — “the most careful safeguards”, taking into account the “*de facto* inequalities between States” so as to avoid a “questionable” practice leading to “abuses”, and to remedy a “situation when the rules of international law were violated”⁶⁵.

38. As seen above (Parts III and IV), “countermeasures” were heavily criticized throughout the whole preparatory work of the corresponding provisions of the International Law Commission’s Draft Articles on State Responsibility. It is somehow surprising and regrettable that, despite all the firm criticisms against them, they counted on supporters for their inclusion in those Draft Articles, without any juridical grounds; it is likewise surprising and regrettable that the ICJ itself referred to “countermeasures” in its Judgment of 25 September 1997 in the case of *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)* (*Judgment, I.C.J. Reports 1997*, pp. 55-56, paras. 82-85), and again referred to it in the present Judgments of the ICJ of today in the two cases of ICAOA and ICAOB (paragraph 49 of both Judgments).

V. THE PREVALENCE OF THE IMPERATIVE OF JUDICIAL SETTLEMENT OVER THE STATE’S “WILL”

39. There were further criticisms to the initiative of consideration of so-called “countermeasures” (cf. *infra*). There are other points to take here into account, e.g. there were, on the other hand, those who, in superficially favouring “countermeasures”, appeared clearly oblivious of the earlier lessons of true jurists on the importance of the realization of justice. Once again, in the present case, the ICJ reiterates its view that jurisdiction is based on State consent, which I have always opposed within the Court: in my perception, human conscience stands above *voluntas*.

1. Further Criticisms of So-Called “Countermeasures”

40. Further criticisms of the controversial initiative of considering “countermeasures” were promptly raised from distinct sources. In the mid-1990s (in 1994), e.g. it was timely warned that “[u]nilateral countermeasures” were, “without doubt, extremely difficult and perhaps even dangerous to codify”, remaining always “prone to abuse on the part of the strong against the weak”⁶⁶. Even a narrative study (of 2000) of the

⁶⁴ UNGAOR, doc. A/C.6/47/SR.29 (1992), p. 15, para. 70.

⁶⁵ *Ibid.*, pp. 15-16, paras. 70-71.

⁶⁶ B. Simma, “Counter-measures and Dispute Settlement: A Plea for a Different Balance”, 5 *European Journal of International Law* (1994), p. 102.

«contre-mesures» tiraient leur origine de la pratique des Etats «les plus puissants»⁶⁴. M. Abed a ajouté que les «contre-mesures» exigeaient donc les «précautions les plus extrêmes», compte devant être tenu de l'«inégalité de fait qui exist[ait] entre les Etats» afin d'éviter une pratique «contestable» donnant lieu à des «abus» et de «rétablir le droit international lorsque les règles en [étaie]nt violées»⁶⁵.

38. Comme on l'a vu plus haut (troisième et quatrième parties), les «contre-mesures» ont fait l'objet de vives critiques tout au long des travaux préparatoires des dispositions du projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat qui y font référence. Il est quelque peu surprenant et regrettable que, en dépit de toutes ces critiques vigoureuses, certains membres de la CDI aient insisté pour qu'elles soient incluses, sans qu'aucun fondement juridique ne le justifie, dans ledit projet d'articles; il est tout aussi surprenant et regrettable que la Cour elle-même se soit référée à des «contre-mesures» dans son arrêt du 25 septembre 1997 en l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)* (arrêt, *C.I.J. Recueil 1997*, p. 55-56, par. 82-85), puis dans les arrêts qu'elle a rendus aujourd'hui dans les deux affaires ICAOA et ICAOB (par. 49, dans les deux cas).

V. LA PRIMAUTÉ DE L'IMPÉRATIF DU RÈGLEMENT JUDICIAIRE SUR LA «VOLONTÉ» DE L'ÉTAT

39. L'attention accordée à ce que l'on appelle les «contre-mesures» a également été critiquée dans d'autres cercles (voir *infra*). Il ne faut pas oublier non plus que, par exemple, certains qui appuyaient de manière superficielle les «contre-mesures» semblaient clairement inconscients des enseignements que nous ont donnés de véritables juristes sur l'importance que revêt la réalisation de la justice. En la présente espèce, la Cour réaffirme que, de son point de vue, la compétence est fondée sur le consentement étatique, conception à laquelle je me suis toujours opposé en son sein : à mon sens, la conscience humaine prime la *voluntas*.

1. *Autres critiques des «contre-mesures»*

40. Des sources distinctes n'ont pas tardé à critiquer à leur tour l'initiative en faveur de la question controversée des «contre-mesures». Au milieu des années 1990 (plus précisément en 1994), par exemple, l'attention fut déjà appelée sur le fait qu'il était, «sans aucun doute, extrêmement difficile et peut-être même dangereux de codifier» les «contre-mesures unilatérales», le «puissant risquant toujours d'en abuser contre le faible»⁶⁶.

⁶⁴ Nations Unies, Assemblée générale, doc. A/C.6/47/S.R.29 (1992), p. 15, par. 70.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 15-16, par. 70-71.

⁶⁶ B. Simma, «Counter-measures and Dispute Settlement: A Plea for a Different Balance», *European Journal of International Law* (1994), vol. 5, p. 102.

International Law Commission draft, shortly before its adoption, did not prescind from acknowledging “the controversial issue of countermeasures”, and the fact that “several members” of the International Law Commission “continued to voice concern that smaller States may suffer the abuse of countermeasures by powerful States”⁶⁷.

41. Still earlier (also in 1994), another criticism was advanced recalling that “many [International Law Commission] members shared the concern expressed forcefully by the Special Rapporteur that the unilateral character of countermeasures opens up the possibility of their abuse, especially (but not only) by powerful States”⁶⁸. It was then recalled that the International Law Commission, in its Report of 1993, criticized that unilateral “countermeasures” were to “the detriment of the principles of equality and justice”; furthermore, they let the deciding State to exercise coercion, to which those in favour of “compulsory dispute settlement” were clearly opposed, focusing on the “common interest” of preventing “their illicit and arbitrary use”⁶⁹.

2. *Earlier Lessons on the Importance of the Realization of Justice*

42. Moreover, may I here add that it is to keep in mind likewise some lessons from a more distant past, identified by learned international jurists, in a distinct and wider horizon. Thus, to recall one early example, in his thoughtful book *La justice internationale*, published in 1924, four years after the adoption of the Statute of the old Permanent Court of International Justice (PCIJ), Nicolas Politis, in recalling the historical development from private justice to public justice, advocated for the evolution, at international level, from optional to compulsory jurisdiction⁷⁰.

43. Subsequently, in the earlier years of the new era of the ICJ, in 1952, Antonio Truyol y Serra firmly criticized legal positivism, and stressed the importance of general principles of international law, based upon natural law, for the interpretation and application of the norms of the international legal order, thus assuring the realization of

⁶⁷ B. Simma, “The Work of the International Law Commission at Its Fifty-Second Session (2000)”, 70 *Nordic Journal of International Law* (2001), p. 200, and cf. pp. 200-205 for a narrative review of the ILC draft.

⁶⁸ O. Schachter, “Dispute Settlement and Countermeasures in the International Law Commission”, 88 *American Journal of International Law* (1994), p. 472.

⁶⁹ *Ibid.*, pp. 472 and 477.

⁷⁰ N. Politis, *La justice internationale*, Paris: Hachette, 1924, pp. 7-255, esp. pp. 193-194 and 249-250. Four decades later, Clarence Wilfred Jenks pondered that the foundation of compulsory jurisdiction lies, ultimately, in the confidence in the rule of law at international level; C. W. Jenks, *The Prospects of International Adjudication*, London: Stevens, 1964, pp. 101, 117, 757, 762 and 770.

Même l'auteur d'une étude narrative (de 2000) du projet de la CDI, réalisée peu avant l'adoption de ce dernier, n'a pas manqué de reconnaître que les «contre-mesures» étaient un «sujet controversé» et que «plusieurs membres» de la CDI «continuaient d'exprimer la préoccupation que leur inspirait le risque de voir des Etats puissants [en] faire un usage abusif ... à l'encontre d'Etats plus petits»⁶⁷.

41. Plus tôt encore (toujours en 1994), un autre opposant avait souligné que «nombre de membres [de la CDI] partageaient la préoccupation exprimée avec vigueur par le rapporteur spécial selon qui la nature unilatérale des contre-mesures entraînait le risque qu'il en soit fait un usage abusif, surtout (mais pas uniquement) par les Etats puissants»⁶⁸. Il rappelait également que, dans son rapport de 1993, la CDI avait reproché aux «contre-mesures» unilatérales de «nuire aux principes d'égalité et de justice» et de permettre en outre à l'Etat qui décidait de les prendre d'exercer une coercition, ce à quoi les tenants d'un «règlement obligatoire des différends» étaient clairement opposés, mettant en avant l'«intérêt commun» qu'il y avait à prévenir l'«usage illicite et arbitraire» qui pourrait en être fait⁶⁹.

2. Enseignements antérieurs concernant l'importance de la réalisation de la justice

42. Au surplus, je me permets d'ajouter ici qu'il faut également garder à l'esprit certains enseignements tirés par d'éminents juristes internationaux dans un passé plus lointain, et dans un contexte différent et plus large. Pour rappeler l'un des premiers exemples, dans un ouvrage perspicace intitulé *La justice internationale* et publié en 1924, quatre ans après l'adoption du Statut de l'ancienne Cour permanente de Justice internationale (CPJI), Nicolas Politis avait, en retraçant l'évolution historique de la justice privée vers la justice publique, préconisé de passer, au niveau international, de la compétence facultative à la compétence obligatoire⁷⁰.

43. Plus tard, en 1952, au début de la nouvelle ère de la CIJ, Antonio Truyol y Serra a vivement critiqué le positivisme juridique et souligné l'importance que les principes généraux de droit international, fondés sur le droit naturel, revêtent aux fins de l'interprétation et de l'application des normes de l'ordre juridique international, et, partant, de la

⁶⁷ B. Simma, «The Work of the International Law Commission at Its Fifty-Second Session (2000)», *Nordic Journal of International Law* (2001), vol. 70, p. 200; voir aussi p. 200-205 pour un examen narratif du projet de la CDI.

⁶⁸ O. Schachter, «Dispute Settlement and Countermeasures in the International Law Commission», *American Journal of International Law* (1994), vol. 88, p. 472.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 472 et 477.

⁷⁰ N. Politis, *La justice internationale*, Paris, Hachette, 1924, p. 7-255, en particulier p. 193-194 et 249-250. Quarante ans plus tard, Clarence Wilfred Jenks a estimé que, en fin de compte, c'était la confiance dans la primauté du droit au niveau international qui constituait le fondement de la juridiction obligatoire; C. W. Jenks, *The Prospects of International Adjudication*, Londres, Stevens, 1964, p. 101, 117, 757, 762 et 770.

justice⁷¹. He invoked earlier writings, e.g. of Alfred Verdross, and stressed the relevance of *recta ratio*, for securing what he identified as the universality of the new international law⁷².

44. Still in the evolving years of the era of the ICJ, Maurice Bourquin pondered, in 1960, that an international dispute may be lodged with an international tribunal once it comes into existence, irrespectively of any insistence on further exhaustion of diplomatic means or initiatives⁷³. Recourse to judicial settlement is attentive to the existence of a disagreement between the parties as to points of law or fact⁷⁴. The existence of the dispute is already established in being submitted to the international tribunal, to *l'empire du droit*, even if its object is not necessarily set up in “a clear and definitive manner”⁷⁵.

3. Human Conscience above Voluntas

45. The Judgment of the ICJ in the present case contains several cross-references (in paragraphs 67, 88, 90 and 93) to its own decisions (Order of 15 October 2008, and Judgment on preliminary objections of 1 April 2011) in the case of *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation)*. The ICJ reiterates, in the present Judgment, its understanding that “jurisdiction is based on consent” (para. 55). Within the ICJ, I have always expressed my strong criticism of this misunderstanding.

46. May I here recall that, in my dissenting opinion in the case of *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation)* (Judgment of 1 April 2011), I firmly criticized the ICJ’s majority for reaching, as one of its conclusions, the view that Article 22 of the CERD Convention “imposes preconditions” to be complied with (*Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2011 (I)*, p. 128, para. 142, and p. 130, para. 148), before a State could refer a dispute to the ICJ thereunder. In my dissenting opinion, I then pondered:

“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 resolatory obligation incumbent upon States Parties, to do all they can to settle their disputes previ-

⁷¹ A. Truyol y Serra, *Noções Fundamentais de Direito Internacional Público*, Coimbra: A. Amado Ed., 1952, pp. 90, 98-100 and 104-105.

⁷² *Ibid.*, pp. 146 and 159.

⁷³ 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, pp. 48-49.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 51, and cf. p. 52.

⁷⁵ *Ibid.*, pp. 54-55.

réalisation de la justice⁷¹. Il a rappelé les écrits antérieurs, notamment ceux d'Alfred Verdross, et insisté sur la pertinence de la *recta ratio* pour préserver ce qu'il considérait comme l'universalité du nouveau droit international⁷².

44. Toujours pendant les années de développement de la CIJ, Maurice Bourquin a fait observer, en 1960, qu'un différend international pouvait être porté devant une juridiction internationale dès qu'il se faisait jour, même si d'aucuns insistaient sur le fait que les moyens ou autres initiatives diplomatiques devaient être épuisés au préalable⁷³. Le recours au règlement judiciaire répond à l'existence d'un désaccord opposant les parties sur des points de droit ou de fait⁷⁴. L'existence du différend est déjà établie par la saisine de la juridiction internationale, «empire du droit», bien que son objet ne soit pas nécessairement fixé «d'une manière complète et définitive»⁷⁵.

3. La primauté de la conscience humaine sur la voluntas

45. Dans l'arrêt qu'elle a rendu en la présente affaire ICAOA, la Cour fait plusieurs références (par. 67, 88, 90 et 93) à ses propres décisions (ordonnance du 15 octobre 2008 et arrêt sur les exceptions préliminaires du 1^{er} avril 2011) en l'affaire de l'*Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie)*. Elle répète en l'espèce que, de son point de vue, la «compétence [a] un fondement consensuel» (par. 55), ce qui est erroné comme je n'ai cessé de l'exposer avec force à mes éminents confrères.

46. Je me permets de rappeler ici que, dans l'opinion dissidente que j'ai jointe à l'arrêt du 1^{er} avril 2011 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)*, j'ai fermement critiqué la majorité de la Cour pour avoir conclu, entre autres, que l'article 22 de la CIEDR «imposa[i]t des conditions préalables» (*exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2011 (I)*, p. 128, par. 142, et p. 130, par. 148) auxquelles un Etat devait satisfaire avant de lui soumettre un différend sur ce fondement. Dans cette opinion, je faisais ensuite valoir ce qui suit :

«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 États parties de faire tout ce qui est en leur pouvoir pour régler leurs

⁷¹ A. Truyol y Serra, *Noções Fundamentais de Direito Internacional Público*, Coimbra, A. Amado Ed., 1952, p. 90, 98-100 et 104-105.

⁷² *Ibid.*, p. 146 et 159.

⁷³ 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. 48-49.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 51; voir aussi p. 52.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 54-55.

ously 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 resolatory obligation.” (*I.C.J. Reports 2011 (I)*, p. 286, para. 101.)

47. I then added that the position of the ICJ’s majority in the *cas d’espèce*, as to Article 22 of the CERD Convention, in my perception, “does not stand”; in this connection, I recalled that, in the *travaux préparatoires* of the CERD Convention, there were clearly those “who were sensitive to the regulation of social relations under the CERD Convention, and who favoured possible recourse to the ICJ without ‘preconditions’” (*ibid.*, pp. 287-288, para. 107).

48. I next recalled that, at an earlier stage of proceedings in the case of the *Application of the CERD Convention (Georgia v. Russian Federation) (Provisional Measures, Order of 15 October 2008, I.C.J. Reports 2008, p. 353)*, the ICJ held that Article 22 of that Convention does not suggest that formal negotiations thereunder would constitute “preconditions” to be fulfilled before the seising of the ICJ; despite this timely clarification made by the ICJ itself in its Order of 15 October 2008, in its subsequent Judgment (Preliminary Objections, of 1 April 2011) in the same case, — I warned in my dissenting opinion, — it “was incomprehensibly made dead letter by the Court itself (Judgment, para. 129), which thus ran against and deconstructed its own *res interpretata*” (*I.C.J. Reports 2011 (I)*, pp. 289-290, paras. 112 and 114).

49. I expressed regret as to the outcome of the ICJ’s decision in the case of the *Application of the CERD Convention* (1 April 2011), with “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” (*ibid.*, p. 318, para. 202). I then again warned that the ICJ “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 human rights conventions (*ibid.*, p. 320, para. 205).

50. It is further to be kept in mind, — I proceeded, — the “humanist optics” whereby “the *justiciables* are, ultimately, the human beings concerned” (well in keeping with the creation itself of the PCIJ and the ICJ); thus, “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” (*ibid.*, p. 321, para. 208). And I then at last pondered, on this particular issue, that

“The Court cannot remain hostage of State consent. It cannot keep displaying an instinctive and continuing search for State consent,

différents 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.» (*C.I.J. Recueil 2011 (I)*, p. 286, par. 101.)

47. J'ajoutais que, selon moi, la position adoptée en l'espèce par la majorité de la Cour au sujet de l'article 22 de la CIEDR «ne t[enai]t pas»; à cet égard, j'ai rappelé que, au cours des travaux préparatoires de cet instrument, certains «souhaitaient manifestement que le texte tienne compte des relations sociales et étaient favorables à la possibilité de saisir la Cour sans «condition préalable»» (*ibid.*, p. 287-288, par. 107).

48. J'ai ensuite rappelé que, à un stade antérieur de la procédure 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)* (*mesures conservatoires, ordonnance du 15 octobre 2008, C.I.J. Recueil 2008*, p. 353), la Cour avait jugé que l'article 22 ne portait pas à croire que des négociations formelles menées sur ce fondement constitueraient des «conditions préalables» devant être remplies avant sa saisine. Comme je l'ai relevé dans mon opinion dissidente, bien qu'elle ait elle-même apporté cette clarification bienvenue dans son ordonnance du 15 octobre 2008, la Cour l'a ensuite, dans son arrêt ultérieur du 1^{er} avril 2011 sur les exceptions préliminaires en la même affaire, «rend[ue] lettre morte ..., ce qui [éta]it incompréhensible, [allait] à l'encontre de sa propre *res interpretata* et la rédui[sai]t à néant (arrêt, par. 129)» (*C.I.J. Recueil 2011 (I)*, p. 289-290, par. 112 et 114).

49. J'ai déploré la décision rendue le 1^{er} avril 2011 par la Cour en l'affaire susmentionnée, inéluctable conséquence «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 [étaie]nt en jeu et qui sous-tend[ai]ent la CIEDR, le but ultime étant que justice soit faite» (*ibid.*, p. 318, par. 202). J'ai ensuite prévenu une nouvelle fois que la Cour ne pouvait «continuer de toujours privilégier le consentement des Etats par rapport à toute autre considération, même lorsque ce consentement a[vait] déjà été donné par les Etats au moment de la ratification» des conventions relatives aux droits de l'homme (*ibid.*, p. 320, par. 205).

50. J'ai poursuivi en relevant qu'il y avait lieu de ne pas perdre de vue l'«optique humaniste» par laquelle «[l]es *justiciables* [étaie]nt, en fin de compte, les êtres humains concernés» (en parfaite harmonie avec l'esprit qui a présidé à la création même de la CPJI et de la CIJ); en conséquence, «subordonner la saisine à une «condition préalable» obligatoire, à savoir des négociations préalables, rev[enait] selon moi à élever un obstacle à la justice injustifié et extrêmement regrettable» (*ibid.*, p. 321, par. 208). Pour finir, je faisais valoir ce qui suit au sujet de cette question :

«La Cour ne peut demeurer l'otage du consentement des Etats. Elle ne peut continuer de rechercher instinctivement ce consente-

(. . .) 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.

.....

As this [tragedy] 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-centred 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'.

.....

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 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." (*I.C.J. Reports 2011 (I)*, p. 317, para. 198 and pp. 321-322, paras. 209 and 211.)

51. The awareness of the importance of the imperative of judicial settlement of international disputes for the realization of justice and its prevalence over the State's "will", found support in international legal thinking as from the beginning of the era of international tribunals (cf. *supra*). Furthermore, international law, since its historical origins, has been a law of nations, a *droit des gens*, and not a strictly inter-State law; the human person was considered from the start as a subject of law⁷⁶. In effect, the historical process of the *humanization* of the law of nations has

⁷⁶ On the historical evolution of legal personality in the law of nations, cf. H. Mosler, "Réflexions sur la personnalité juridique en droit international public", *Mélanges offerts à*

ment ... 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 continue 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.

.....

Cette [tragédie] 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.

.....

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 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.» (*C.I.J. Recueil 2011 (I)*, p. 317, par. 198, et p. 321-322, par. 209 et 211.)

51. La conscience de l'importance que revêt l'impératif du règlement judiciaire des différends internationaux aux fins de la réalisation de la justice, ainsi que sa primauté sur la «volonté» de l'Etat, a trouvé un appui dans la pensée juridique internationale à compter du commencement de l'ère des tribunaux internationaux (voir *supra*). Depuis ses origines historiques, le droit international a en outre été un droit des gens, et non un droit strictement interétatique; la personne humaine a été d'emblée considérée comme un sujet de droit⁷⁶. De fait, le processus historique de l'*hu-*

⁷⁶ Au sujet de l'évolution historique de la personnalité juridique en droit des gens, voir H. Mosler, «Réflexions sur la personnalité juridique en droit international public»,

stressed the relevance of the international legal titularity of the human being, the centrality of which corresponds to the new *ethos* of our times⁷⁷.

52. The fidelity to the original lessons and legacy of the “founding fathers” of the law of nations (Part VI, *infra*) accounts for the reconstruction and evolution of the *jus gentium* in our times, in conformity with the *recta ratio*, as a new and truly *universal law of humankind*. It is thus more sensitive to the identification and realization of superior common values and goals, concerning humankind as a whole. The historical trajectory of the new *jus gentium* of our times calls for our attention, keeping in mind the factual context of the two present cases (ICAOA and ICAOB) before the ICJ.

53. Before turning to the examination of this historical formation and development of the new *jus gentium*, may I here recall that in the present ICAOA and ICAOB cases, the appellant States have asserted (in their second ground of appeal) that the ICAO Council “erred in fact and in law in rejecting [their] first preliminary objection in respect of the competence of the ICAO Council”⁷⁸. The appellant States have thus requested the Court to adjudge that the Council did not have jurisdiction to entertain Qatar’s application submitted to the ICAO Council⁷⁹.

H. Rolin — Problèmes de droit des gens, Paris, Pedone, 1964, pp. 228-251; G. Arangio-Ruiz, *Diritto Internazionale e Personalità Giuridica*, Bologna, Coop. Libr. Univ., 1972, pp. 9-268; G. Scelle, “Some Reflections on Juridical Personality in International Law”, *Law and Politics in the World Community* (ed. G. A. Lipsky), Berkeley/Los Angeles, University of California Press, 1953, pp. 49-58 and 336; J. A. Barberis, “Nouvelles questions concernant la personnalité juridique internationale”, 179 *RCADI* (1983), pp. 157-238; A. A. Cançado Trindade, “The Interpretation of the International Law of Human Rights by the Two Regional Human Rights Courts”, *Contemporary International Law Issues: Conflicts and Convergence* (Proceedings of the III Joint Conference ASIL/T. M. C. Asser Instituut, The Hague, July 1995), The Hague, T. M. C. Asser Instituut, 1996, pp. 157-162 and 166-167.

⁷⁷ Cf., for a general study, A. A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, Porto Alegre: S. A. Fabris Ed., Vol. I, 2nd ed., 2003, pp. 1-640; Vol. II, 1st ed., 1999, pp. 1-440; and Vol. III, 2nd ed., 2003, pp. 1-663; and cf. A. A. Cançado Trindade, “Memorial por um Novo *Jus Gentium*, o Direito Internacional da Humanidade”, 45 *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais* (2004), pp. 17-36.

⁷⁸ Application instituting proceedings (ICAOA), p. 14, para. 31; Application instituting proceedings (ICAOB), p. 14, para. 31. In sequence, in the ICAOA case, the appellant States have maintained that the ICAO Council lacks jurisdiction *ratione materiae* under the Chicago Convention, specifically on the lawfulness of the countermeasures. They have argued that the real issue in dispute between the contending Parties concerns “Qatar’s long-standing violations of its obligations under international law”, Memorial (ICAOA), p. 151, para. 5.82), thus exceeding the jurisdiction of the ICAO Council as defined under Article 84 of the Chicago Convention, which is limited to civil aviation, Memorial (ICAOA), pp. 127-133, paras. 5.27-5.42, and p. 151, para. 5.83.

⁷⁹ Memorial (ICAOA), p. 215, para. 2.2, Submissions.

manisation du droit des gens a souligné la pertinence du fait que le titulaire des droits au niveau international est l'être humain, dont le caractère central correspond au nouvel *ethos* propre à notre époque⁷⁷.

52. C'est à la fidélité aux enseignements et à l'héritage originels des «pères fondateurs» du droit des gens (sixième partie, *infra*) que l'on doit la reconstruction et l'évolution du *jus gentium* à notre époque, conformément à la *recta ratio*, en tant que *droit* nouveau et véritablement *universel de l'humanité*, qui devient donc plus sensible à la reconnaissance et à la réalisation de valeurs et d'objectifs communs supérieurs, qui concernent l'humanité dans son ensemble. L'évolution historique du nouveau *jus gentium* moderne appelle notre attention, compte tenu du contexte factuel des deux présentes affaires (ICAOA et ICAOB) portées devant la Cour.

53. Avant d'en venir à l'examen de cette formation et de ce développement historiques du nouveau *jus gentium*, je me permets de rappeler que, dans les présentes affaires ICAOA et ICAOB, les Etats appelants ont affirmé (en tant que deuxième moyen d'appel) que le Conseil de l'OACI avait «commis une erreur de fait et de droit en rejetant la première exception préliminaire d'incompétence qu[']ils] avaient soulevée»⁷⁸. Ils ont donc prié la Cour de dire que le Conseil n'avait pas compétence pour connaître de la requête dont le Qatar l'avait saisi⁷⁹.

Mélanges offerts à H. Rolin — Problèmes de droit des gens, Paris, Pedone, 1964, p. 228-251; G. Arangio-Ruiz, *Diritto Internazionale e Personalità Giuridica*, Bologne, Coop. Libr. Univ., 1972, p. 9-268; G. Scelle, «Some Reflections on Juridical Personality in International Law», *Law and Politics in the World Community* (sous la dir. de G. A. Lipsky), Berkeley/L.A., University of California Press, 1953, p. 49-58 et 336; J. A. Barberis, «Nouvelles questions concernant la personnalité juridique internationale», *RCADI* (1983), vol. 179, p. 157-238; A. A. Cançado Trindade, «The Interpretation of the International Law of Human Rights by the Two Regional Human Rights Courts», *Contemporary International Law Issues: Conflicts and Convergence* (Proceedings of the III Joint Conference ASIL/ T. M. C. Asser Instituut, The Hague, July 1995), La Haye, T. M. C. Asser Instituut, 1996, p. 157-162 et 166-167.

⁷⁷ Voir, pour une étude générale, A. A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, Porto Alegre, S. A. Fabris Ed., vol. I, 2^e éd., 2003, p. 1-640; vol. II, 1^{re} éd., 1999, p. 1-440; et vol. III, 2^e éd., 2003, p. 1-663; voir aussi A. A. Cançado Trindade, «Memorial por um Novo *Jus Gentium*, o Direito Internacional da Humanidade», *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais* (2004), vol. 45, p. 17-36.

⁷⁸ Requête (ICAOA), p. 15, par. 31; requête (ICAOB), p. 15, par. 31. En l'affaire ICAOA, les Etats appelants ont ensuite soutenu que le Conseil de l'OACI n'avait pas compétence *ratione materiae* au titre de la convention de Chicago, et plus précisément en ce qui concernait la licéité des contre-mesures. Ils affirmaient que le véritable problème en cause entre les Parties au différend se rapportait au «fait que le Qatar manqua[it] depuis longtemps déjà à [ses] obligations juridiques internationales» (mémoire [ICAOA], p. 151, par. 5.82), excédant ainsi la compétence du Conseil telle que définie à l'article 84 de la convention de Chicago, c'est-à-dire limitée à l'aviation civile (mémoire [ICAOA], p. 127-133, par. 5.27-5.42, et p. 151, par. 5.83).

⁷⁹ Mémoire (ICAOA), p. 215, par. 2.2, conclusions.

VI. INTERNATIONAL LEGAL THINKING AND THE PREVALENCE OF HUMAN CONSCIENCE (*RECTA RATIO*) OVER THE “WILL”

54. Keeping all this in mind, may I now recall here that the identification of *recta ratio* flourished in this historical humanization of the law of nations as from the writings of its “founding fathers” in the sixteenth and seventeenth centuries, focusing the emerging new *jus gentium* in the realm of natural law. This evolution found inspiration in the much earlier scholastic philosophy of this outlook, in particular in the Aristotelian-Stoic-Thomist conception of *recta ratio* and justice, which conceived human beings as endowed with intrinsic dignity. The *recta ratio* came to be seen as indispensable to the prevalence of the law of nations itself. It was Cicero who effectively formulated the best-known characterization of *recta ratio*, even if its roots go back to the thinking of ancient Greeks (Plato and Aristotle), corresponding to its *orthos logos*⁸⁰.

55. In conformity with the principles of *recta ratio*, each subject of law is to behave with justice, as such principles emanate from human conscience, asserting the ineluctable relationship between law and ethics. Natural law reflects the dictates of *recta ratio*, where justice has its foundations. In his ancient time, Marcus Tullius Cicero attributed (in *De Republica*, Book III, Chap. XXII, para. 33) to *recta ratio* perennial validity, extending to all nations in all epochs. In his well-known *De Legibus* (*On the Laws*, Book II, circa 51-43 BC), he pondered that nothing was “more destructive” than “the use of violence in public affairs”⁸¹. Cicero left a relevant legacy to the “founding fathers” of the law of nations, in situating the *recta ratio* in the foundations of the *jus gentium* itself.

56. The classical *jus gentium* of Roman law⁸², in transcending with the passing of time its origins of private law, was wholly transformed, in

⁸⁰ Cf. D. P. Dryer, “Aristotle’s Conception of *Orthos Logos*”, 66 *The Monist* (1983), pp. 106-119; according to this latter, the *recta ratio* turns to what is good. The Stoics pursued further the path of ethical virtue, whereby all that is correct is determined, in many aspects, by *orthos logos*; cf. J. M. Rist, “An Early Dispute about *Right Reason*”, 66 *The Monist* (1983), pp. 39-48.

⁸¹ Cicero, *On the Commonwealth and on the Laws* (ed. J. E. G. Zetzel), Cambridge University Press, 2003 [reed.], Book III, *ibid.*, p. 172. And again in his *De Republica* (circa end of the years 50 and 46 BC), Cicero opposed the destructive use of force ignoring law and justice; Cicero, *The Republic — The Laws*, Oxford University Press, 1998, p. 166 (Book III, para. 42).

⁸² Cf., e.g. G. Lombardi, *Ricerche in Tema di ‘Jus Gentium’*, Milan: Giuffrè, 1946, pp. 3-272; G. Lombardi, *Sul Concetto di ‘Jus Gentium’*, Rome: Istituto di Diritto Romano, 1947, pp. 3-390; W. Kunkel, *Historia del Derecho Romano*, 9th ed., Barcelona: Ed. Ariel, 1999, pp. 85-87; H. C. Clark, “*Jus Gentium — Its Origin and History*”, 14 *Illinois Law Review* (1919), pp. 243-265 and 341-355.

VI. LA PENSÉE JURIDIQUE INTERNATIONALE ET LA PRIMAUTÉ
DE LA CONSCIENCE HUMAINE (*RECTA RATIO*) SUR LA «VOLONTÉ»

54. Compte tenu de tout ce qui précède, je souhaite maintenant rappeler ici que la *recta ratio* a prospéré et gagné en reconnaissance au cours de ce processus historique d'humanisation du droit des gens qui a débuté aux XVI^e et XVII^e siècles avec les écrits des «pères fondateurs» de la discipline, mettant l'accent sur le nouveau *jus gentium* émergent dans le domaine du droit naturel. Cette évolution s'est inspirée de la philosophie scolastique bien plus ancienne de cette perspective, en particulier de la conception stoïcienne et thomiste qu'avait Aristote de la *recta ratio* et de la justice, selon laquelle les êtres humains étaient doués d'une dignité intrinsèque. La *recta ratio* a fini par être vue comme indispensable à la primauté du droit des gens lui-même. C'est en fait Cicéron qui a formulé la qualification la plus connue de la *recta ratio*, même si celle-ci a ses racines dans la pensée grecque antique (Platon et Aristote), correspondant à son *orthos logos*⁸⁰.

55. Conformément aux principes de la *recta ratio*, chaque sujet de droit doit se comporter de manière juste, puisque ces principes émanent de la conscience humaine, affirmant le lien inéluctable entre le droit et l'éthique. Le droit naturel reflète les préceptes de la *recta ratio*, où se trouvent les fondements de la justice. Dans ses premiers écrits, Marcus Tullius Cicero a attribué (*De Republica*, livre III, ch. XXII, par. 33) à la *recta ratio* une validité perpétuelle, s'appliquant à toutes les nations et à toutes les époques. Dans son célèbre *De Legibus* (*Des lois*, livre II, environ 51-43 av. J.-C.), il estimait que rien n'était «plus funeste» que «le recours à la violence dans un Etat organisé»⁸¹. Cicéron a laissé un héritage pertinent aux «pères fondateurs» du droit des gens, en situant la *recta ratio* dans les fondements mêmes du *jus gentium*.

56. En transcendant au fil du temps ses origines de droit privé, le *jus gentium* classique du droit romain⁸² a changé du tout au tout, s'associant

⁸⁰ Voir D. P. Dryer, «Aristotle's Conception of *Orthos Logos*», *The Monist* (1983), vol. 66, p. 106-119; selon ce dernier, la *recta ratio* s'intéresse à ce qui est bien. Les stoïciens ont continué sur la voie de la vertu éthique, selon laquelle tout ce qui est correct est déterminé, à maints égards, par l'*orthos logos*; voir J. M. Rist, «An Early Dispute about *Right Reason*», *The Monist* (1983), vol. 66, p. 39-48.

⁸¹ Cicéron, *On the Commonwealth and on the Laws* (sous la dir. de J. E. G. Zetzel), Cambridge University Press, 2003 [rééd.], livre III, *ibid.*, p. 172, puis *De Republica* (fin des années 50 à 46 av. J.-C. environ). Dans ces deux ouvrages, Cicéron s'est opposé au recours destructeur à la force méconnaissant le droit et la justice; Cicéron, *The Republic — The Laws*, Oxford University Press, 1998, p. 166, livre III, par. 42.

⁸² Voir, par exemple, G. Lombardi, *Ricerche in Tema di «Jus Gentium»*, Milan, Giuffrè, 1946, p. 3-272; G. Lombardi, *Sul Concetto di «Jus Gentium»*, Rome, Istituto di Diritto Romano, 1947, p. 3-390; W. Kunkel, *Historia del Derecho Romano*, 9^e éd., Barcelone, Ed. Ariel, 1999, p. 85-87; H. C. Clark, «*Jus Gentium — Its Origin and History*», *Illinois Law Review* (1919), vol. 14, p. 243-265 et 341-355.

associating itself with the emerging law of nations⁸³, — to what decisively contributed the writings of the “founding fathers” of this latter, particularly those of Francisco de Vitoria, Francisco Suárez, Alberico Gentili, Hugo Grotius, Cornelius van Bynkershoek, Samuel Pufendorf and Christian Wolff, among others. The new *jus gentium*, as from the sixteenth and seventeenth centuries, came to be associated with humankind itself, engaged in securing its unity and in attending its needs and aspirations⁸⁴, in conformity with an essentially universalist conception⁸⁵.

57. The *jus communicationis* of Francisco de Vitoria, for example, was conceived as a law for all human beings. Thus, already in the sixteenth and seventeenth centuries, to de Vitoria and Suárez the emerging State was not an exclusive subject of the law of nations, which comprised moreover peoples and individuals; humankind was taken into account even before the emerging States⁸⁶. The international legal order was *necessary* rather than “voluntary”, with *recta ratio* in its foundations⁸⁷.

58. It may here be recalled that, in the sixteenth century, in his well-acclaimed *Relecciones Teológicas* (1538-1539), de Vitoria sustained, as to the legal order, that the international community (*totus orbis*) has primacy over the “will” of each individual State⁸⁸; furthermore, it is coextensive with humankind itself. The new *jus gentium* secured the unity of *societas gentium*⁸⁹, and provided the foundations — emanating from a

⁸³ P. Guggenheim, “Contribution à l’histoire des sources du droit des gens”, 94 *RCADI* (1958), pp. 21-23 and 25.

⁸⁴ J. Moreau-Reibel, “Le droit de société interhumaine et le ‘*jus gentium*’: Essai sur les origines et le développement des notions jusqu’à Grotius”, 77 *RCADI* (1950), pp. 500-501, 504 and 506-510.

⁸⁵ A. Miele, *La Comunità Internazionale*, Vol. I, 3rd ed., Turin: Giappichelli, 2000, pp. 75, 77-78, 80 and 89.

⁸⁶ S. Laghmani, *Histoire du droit des gens — du jus gentium impérial au jus publicum europæum*, Paris: Pedone, 2003, pp. 90-94.

⁸⁷ Even before the “founding fathers” of the law of nations, already in the thirteenth century Thomas Aquinas (1225-1274), in his *Summa Theologiae*, expressed the understanding that *jus gentium* did not need the authority of the legislator, as it could be apprehended by natural reason itself (being thus more perfect than positive law), revealing a conscience of the temporal dimension and being endowed with a universal validity; J.-P. Rentto, “*Jus Gentium: A Lesson from Aquinas*”, 3 *Finnish Yearbook of International Law* (1992), pp. 103, 105, 108-110, 112-113 and 121-122. To Aquinas, law should contribute to the realization of the common good, and thus to the realization of justice, in pursuance of *recta ratio*; T. Aquinas, *Treatise on Law*, Washington, DC: Gateway Ed., 2001 [reprint], p. 44; and cf. R. McInerny, *Ethica Thomistica — The Moral Philosophy of Thomas Aquinas*, rev. ed., Washington DC, Catholic University of America Press, 1997 [reprint], pp. 26, 38 and 46. The *jus gentium* sought to regulate human relations on an ethical basis, in search of the realization of the common good.

⁸⁸ Cf. F. de Vitoria, *Relecciones — del Estado, de los Indios, y del Derecho de la Guerra*, Mexico: Porrúa, 1985, pp. 1-101; and cf. F. de Vitoria, *De Indis — Relectio Prior* (1538-1539), *Obras de Francisco de Vitoria — Relecciones Teológicas* (ed. T. Urdanoz), Madrid: BAC, 1960, p. 675.

⁸⁹ F. de Vitoria defined this new *jus gentium* as *quod naturalis ratio inter omnes gentes constituit, vocatur jus gentium*. This latter could not derive from the “will” of its subjects of law (including the emerging national States), but was based rather on a *lex praeceptiva*,

avec le droit des gens émergent⁸³ — les «pères fondateurs» ont, par leurs écrits, apporté une contribution décisive à cette évolution, en particulier Francisco de Vitoria, Francisco Suárez, Alberico Gentili, Hugo Grotius, Cornelius van Bynkershoek, Samuel Pufendorf et Christian Wolff, pour ne citer qu'eux. A compter des XVI^e et XVII^e siècles, le *jus gentium* a fini par être associé à l'humanité elle-même, contribuant à en préserver l'unité et à en satisfaire les besoins et aspirations⁸⁴, conformément à une conception essentiellement universaliste⁸⁵.

57. A titre d'exemple, le *jus communicationis* de Francisco de Vitoria était conçu comme un droit à l'intention de tous les êtres humains. Ainsi, dès les XVI^e et XVII^e siècles, de Vitoria et Suárez considéraient que l'Etat émergent n'était pas un sujet exclusif du droit des gens, qui comprenait également les peuples et les individus; l'humanité a été prise en considération avant même l'émergence des Etats⁸⁶. L'ordre juridique international découlait d'une *nécessité* plutôt que d'une «volonté», la *recta ratio* se trouvant à ses fondements⁸⁷.

58. Il convient ici de rappeler que, au XVI^e siècle, dans son très appréciée *Relecciones Teológicas* (1538-1539), de Vitoria a soutenu, s'agissant de l'ordre juridique, que la communauté internationale (*totus orbis*) prévalait sur la «volonté» de chaque Etat individuel⁸⁸; cette communauté représente en outre l'humanité elle-même. Le nouveau *jus gentium* a préservé l'unité de la *societas gentium*⁸⁹ et jeté les bases — émanant d'une *lex*

⁸³ P. Guggenheim, «Contribution à l'histoire des sources du droit des gens», *RCADI* (1958), vol. 94, p. 21-23 et 25.

⁸⁴ J. Moreau-Reibel, «Le droit de société interhumaine et le «*jus gentium*»: essai sur les origines et le développement des notions jusqu'à Grotius», *RCADI* (1950), vol. 77, p. 500-501, 504 et 506-510.

⁸⁵ A. Miele, *La Comunità Internazionale*, vol. I, 3^e éd., Turin, Giappichelli, 2000, p. 75, 77-78, 80 et 89.

⁸⁶ S. Laghmani, *Histoire du droit des gens — du jus gentium impérial au jus publicum europaeum*, Paris, Pedone, 2003, p. 90-94.

⁸⁷ Avant même les «pères fondateurs» du droit des gens, Thomas d'Aquin (1225-1274) avait exprimé dès le XIII^e siècle, dans son ouvrage *Summa Theologiae*, la conception selon laquelle le *jus gentium* n'avait pas besoin de l'autorité du législateur, puisqu'il pouvait être appréhendé par la raison naturelle elle-même (ce qui le rendait donc meilleur que le droit positif), en ce qu'il révèle une conscience de la dimension temporelle et est revêtu d'une validité universelle; J.-P. Rentto, «*Jus Gentium*: A Lesson from Aquinas», *Finnish Yearbook of International Law* (1992), vol. 3, p. 103, 105, 108-110, 112-113 et 121-122. Selon Thomas d'Aquin, le droit devrait contribuer à la réalisation du bien commun et, partant, de la justice, conformément à la *recta ratio*; T. Aquinas, *Treatise on Law*, Washington, DC, Gateway Ed., 2001 [réimpr.], p. 44; voir aussi R. McInerny, *Ethica Thomistica — The Moral Philosophy of Thomas Aquinas*, éd. rév., Washington, DC, Catholic University of America Press, 1997 [réimpr.], p. 26, 38 et 46. Le *jus gentium* cherchait à régir les relations humaines sur un fondement éthique, en quête de la réalisation du bien commun.

⁸⁸ Voir F. de Vitoria, *Relecciones — del Estado, de los Indios, y del Derecho de la Guerra*, Mexico, Porrúa, 1985, p. 1-101; voir aussi F. de Vitoria, *De Indis — Relectio Prior* (1538-1539), *Obras de Francisco de Vitoria — Relecciones Teológicas* (sous la dir. de T. Urdanoz), Madrid, BAC, 1960, p. 675.

⁸⁹ F. de Vitoria a défini ainsi ce nouveau *jus gentium*: *quod naturalis ratio inter omnes gentes constituit, vocatur jus gentium*. Ce dernier ne pouvait découler de la «volonté» de ses sujets de droit (y compris les Etats nationaux émergents), mais reposait au contraire sur

lex praeceptiva of natural law — for the *totus orbis*, susceptible of being found by the *recta ratio* inherent to humankind⁹⁰. The way was thus paved for a universal *jus gentium*, for the apprehension by reason of *jus gentium* as a true *jus necessarium*, transcending the limitations of the *jus voluntarium*⁹¹.

59. From the whole work of Francisco de Vitoria, and in particular from his *Relectio De Indis Prior*, the conception emerged of a *jus gentium* entirely emancipated from its origin of private law — in Roman law — endowed with a humanist vision, at universal level⁹². Furthermore, reparation for violations of human rights came to reflect an international need assisted by the law of nations, in conformity with the *recta ratio*, with the same principles of justice applying to emerging States as well as to individuals or peoples forming them⁹³. In echoing likewise the universalist vision of the law of nations, Alberico Gentili (author of *De Jure Belli*, 1598), sustained, at the end of the sixteenth century, that it is the law which regulates the relationship between the members of the universal *societas gentium*⁹⁴.

60. In the seventeenth century, in the vision of Francisco Suárez (author of *Tractatus De Legibus ac Deo Legislatore*, 1612), the subjects of law (emerging States and others) needed a universal legal system to regulate their relations as members of the universal community⁹⁵. The new *jus gentium* is formed by the uses and customs common to humankind, being conformed by natural reason for the humankind as a whole as an univer-

apprehended by human reason. Cf. A. A. Cançado Trindade, *A Recta Ratio nos Fundamentos do Jus Gentium como Direito Internacional da Humanidade*, Rio de Janeiro/Belo Horizonte: Academia Brasileira de Letras Jurídicas/Edit. Del Rey, 2005, pp. 21-61.

⁹⁰ P. Guggenheim, “Contribution à l’histoire des sources . . .”, *op. cit. supra* note 83, pp. 21-23 and 25.

⁹¹ Earlier on, in his *De Lege*, Francisco de Vitoria, in sustaining the needed search of the common good, added that natural law is found in *recta ratio*, not in the “will”; F. de Vitoria, *La Ley (De Lege — Commentarium in Primam Secundae)*, Madrid: Tecnos, 1995, pp. 5, 23 and 77. And cf. also G. Fourlanos, *Sovereignty and the Ingress of Aliens*, Stockholm: Almqvist & Wiksell, 1986, p. 17, and cf. pp. 19-23, 79-81, 160-161 and 174-175.

⁹² The universal *jus gentium* of F. de Vitoria regulated, on the basis of principles of the law of nations (natural law) and of *recta ratio*, the relations among all peoples, with due respect to their rights, including their freedom of movement (*jus communicationis*).

⁹³ A. A. Cançado Trindade, “Co-existence and Co-ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights (At Global and Regional Levels)”, 202 *RCADI* (1987), p. 411; J. Brown Scott, *The Spanish Origin of International Law — Francisco de Vitoria and His Law of Nations*, Oxford/London: Clarendon Press/H. Milford — Carnegie Endowment for International Peace, 1934, pp. 140, 150, 163-165, 172, 272-273 and 282-283.

⁹⁴ A. Gómez Robledo, *Fundadores del Derecho Internacional*, Mexico: UNAM, 1989, pp. 48-55.

⁹⁵ Cf. Association Internationale Vitoria-Suarez, *Vitoria et Suarez — Contribution des théologiens au droit international moderne*, Paris: Pedone, 1939, pp. 169-170.

praeceptiva du droit naturel — du *totus orbis*, susceptible d'être constaté par la *recta ratio* inhérente à l'humanité⁹⁰. La voie était donc ouverte à un *jus gentium* universel, à l'appréhension par la raison du *jus gentium* en tant que véritable *jus necessarium*, transcendant les limites du *jus voluntarium*⁹¹.

59. De l'intégralité de l'œuvre de Francisco de Vitoria, et en particulier de son *Relectio De Indis Prior*, est née la conception d'un *jus gentium* entièrement affranchi de son origine de droit privé — en droit romain — et doué d'une vision humaniste, au niveau universel⁹². En outre, la réparation à raison de violations des droits de l'homme a fini par refléter un besoin international avec le concours du droit des gens, conformément à la *recta ratio*, les mêmes principes de justice s'appliquant aux Etats émergents et aux peuples ou individus qui les composent⁹³. En se faisant lui aussi l'écho de la vision universaliste du droit des gens, Alberico Gentili (auteur de *De Jure Belli*, 1598) a soutenu, à la fin du XVI^e siècle, que c'était le droit qui régissait les relations entre les membres de la *societas gentium* universelle⁹⁴.

60. Au XVII^e siècle, du point de vue de Francisco Suárez (auteur de *Tractatus De Legibus ac Deo Legislatore*, 1612), les sujets de droit (Etats émergents et autres) avaient besoin d'un système juridique universel pour régir leurs relations en tant que membres de la communauté universelle⁹⁵. Le nouveau *jus gentium* est formé par les us et coutumes communs à l'humanité, étant constitué par la raison naturelle pour l'humanité tout entière

une *lex praeceptiva*, appréhendée par la raison humaine. Voir A. A. Cançado Trindade, *A Recta Ratio nos Fundamentos do Jus Gentium como Direito Internacional da Humanidade*, Rio de Janeiro/Belo Horizonte, Academia Brasileira de Letras Jurídicas/Edit. Del Rey, 2005, p. 21-61.

⁹⁰ P. Guggenheim, «Contribution à l'histoire des sources...», *op. cit. supra* note 83, p. 21-23 et 25.

⁹¹ Dans son ouvrage *De Lege*, Francisco de Vitoria, en affirmant la nécessité de rechercher le bien commun, avait précédemment indiqué que le droit naturel résidait dans la *recta ratio*, et non dans la «volonté»; F. de Vitoria, *La Ley (De Lege — Commentarium in Primam Secundae)*, Madrid, Tecnos, 1995, p. 5, 23 et 77. Voir aussi G. Fourlanos, *Sovereignty and the Ingress of Aliens*, Stockholm, Almqvist & Wiksell, 1986, p. 17, et aussi p. 19-23, 79-81, 160-161 et 174-175.

⁹² Le *jus gentium* universel de Francisco de Vitoria régissait, sur le fondement des principes du droit des gens (droit naturel) et de la *recta ratio*, les relations entre tous les peuples, en tenant dûment compte de leurs droits, dont la liberté de circulation (*jus communicationis*).

⁹³ A. A. Cançado Trindade, «Co-existence and Co-ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights (At Global and Regional Levels)», *RCADI* (1987), vol. 202, p. 411; J. Brown Scott, *The Spanish Origin of International Law — Francisco de Vitoria and His Law of Nations*, Oxford/Londres, Clarendon Press/H. Milford — Carnegie Endowment for International Peace, 1934, p. 140, 150, 163-165, 172, 272-273 et 282-283.

⁹⁴ A. Gómez Robledo, *Fundadores del Derecho Internacional*, Mexico, UNAM, 1989, p. 48-55.

⁹⁵ Voir Association internationale Vitoria-Suarez, *Vitoria et Suarez — Contribution des théologiens au droit international moderne*, Paris, Pedone, 1939, p. 169-170.

sal law⁹⁶. F. Suárez also drew attention to the precepts of *jus gentium* encompassing equity and justice, in whole harmony with natural law, wherefrom its norms emanate disclosing its truly universal character⁹⁷.

61. The contribution of Francisco de Vitoria and Francisco Suárez, from the Spanish theological school, to the consolidation of the new *jus gentium* was clear. On his part, de Vitoria sought to adapt the Thomist thinking to the historical reality of the sixteenth century, while Suárez presented a formulation of the matter which paved the way for the work of Hugo Grotius. Together, de Vitoria and Suárez set up the bases of a law of universal application (*commune omnibus gentibus*), of a law for humankind as a whole.

62. In the conception of *jus gentium* of Hugo Grotius (*De Jure Belli ac Pacis*, 1625), it is made clear that the State is not an end in itself, but a means to secure the social order, and to perfect civil society which “comprises the whole of humankind”⁹⁸. The State is to pursue the common good, respectful of the rights of human beings; in his view, the *raison d’Etat* has limits, and the rights of individuals can be protected against their own State⁹⁹. The writings of H. Grotius make it clear that one cannot pretend to base the international community itself on the *voluntas* of each State individually.

63. Grotius sustained that international relations were subject to the legal norms, and not to the *raison d’Etat*, which is incompatible with the existence itself of the international community: this latter cannot prescind from law¹⁰⁰. In this line of thinking, Samuel Pufendorf (author of *De Jure Naturae et Gentium Libri Octo*, 1672) likewise identified natural law itself with *recta ratio*¹⁰¹. On his turn, Christian Wolff (author of *Jus Gentium Methodo Scientifica Pertractatum*, 1749), pondered that, as individuals have to promote the common good,

⁹⁶ F. Suárez, *Selections from Three Works [De Legibus ac Deo Legislatore, 1612]* (orgs. G. L. Williams et alii), Vol. II, Oxford: Clarendon Press, 1944, pp. 326-327 and 341.

⁹⁷ *Ibid.*, pp. 352 and 357; and cf. B. F. Brown, “The Natural Law as the Moral Basis of International Justice”, 8 *Loyola Law Review* (1955-1956), p. 60.

⁹⁸ Cf. A. García y García, “The Spanish School of the Sixteenth and Seventeenth Centuries: A Precursor of the Theory of Human Rights”, 10 *Ratio Juris*—, University of Bologna (1997), pp. 27 and 29; P. P. Remec, *The Position of the Individual in International Law according to Grotius and Vattel*, The Hague: Nijhoff, 1960, pp. 216 and 203.

⁹⁹ P. P. Remec, *The Position of the Individual . . .*, op. cit. supra note 98, pp. 217, 219-221 and 243.

¹⁰⁰ Cf., in this respect, H. Lauterpacht, “The Grotian Tradition in International Law”, 23 *British Yearbook of International Law* (1946), pp. 1-53. The human person and his or her well-being occupy a central position in the system of international relations; H. Lauterpacht, “The Law of Nations, the Law of Nature and the Rights of Man”, 29 *Transactions of the Grotius Society* (1943), pp. 7 and 21-31.

¹⁰¹ S. Pufendorf, *De Jure Naturae et Gentium Libri Octo* (eds. C. H. Oldfather and W. A. Oldfather), Vol. II, Buffalo/N.Y.: W. S. Hein, 1995 [reprint], pp. 202-203.

en tant que droit universel⁹⁶. Suárez a également appelé l'attention sur les préceptes du *jus gentium* englobant l'équité et la justice, en parfaite harmonie avec le droit naturel, duquel émanent ses normes qui en révèlent la nature véritablement universelle⁹⁷.

61. La contribution apportée par Francisco de Vitoria et Francisco Suárez, de l'école théologique espagnole, à la consolidation du nouveau *jus gentium* était claire. Le premier a cherché à adapter la pensée thomiste à la réalité historique du XVI^e siècle, tandis que le second a présenté une formulation de la question qui a ouvert la voie à l'œuvre de Hugo Grotius. De Vitoria et Suárez ont tous deux jeté les bases d'un droit d'application universelle (*commune omnibus gentibus*), d'un droit destiné à l'humanité dans son ensemble.

62. En présentant sa conception du *jus gentium*, Hugo Grotius (*De Jure Belli ac Pacis*, 1625) a quant à lui bien insisté sur le fait que l'Etat était non pas une fin en soi mais un moyen d'assurer l'ordre social et de perfectionner la société civile, qui «compre[n]ait l'humanité tout entière»⁹⁸; l'Etat doit promouvoir le bien commun, respectueux des droits des êtres humains. Selon lui, la raison d'Etat a des limites, et les droits des individus peuvent être protégés contre leur propre Etat⁹⁹. Dans ses écrits, Grotius a précisé que l'on ne saurait prétendre fonder la communauté internationale elle-même sur la *voluntas* de chaque Etat pris individuellement.

63. Grotius a soutenu que les relations internationales étaient soumises aux normes juridiques et non à la raison d'Etat, qui est incompatible avec l'existence même de la communauté internationale: cette dernière ne saurait se passer du droit¹⁰⁰. Dans le même ordre d'idées, Samuel Pufendorf (auteur de *De Jure Naturae et Gentium Libri Octo*, 1672) a lui aussi situé le droit naturel proprement dit dans la *recta ratio*¹⁰¹. Plus tard, Christian Wolff (auteur de *Jus Gentium Methodo Scientifica Pertractatum*, 1749) a considéré à son tour que, les individus devant promouvoir le bien

⁹⁶ F. Suárez, *Selections from Three Works [De Legibus ac Deo Legislatore, 1612]* (orgs. G. L. Williams et alii), vol. II, Oxford, Clarendon Press, 1944, p. 326-327 et 341.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 352 et 357; voir aussi B. F. Brown, «The Natural Law as the Moral Basis of International Justice», *Loyola Law Review* (1955-1956), vol. 8, p. 60.

⁹⁸ Voir A. García y García, «The Spanish School of the Sixteenth and Seventeenth Centuries: A Precursor of the Theory of Human Rights», *Ratio Juris*, Université de Bologne (1997), vol. 10, p. 27 et 29; P. P. Remec, *The Position of the Individual in International Law according to Grotius and Vattel*, La Haye, Nijhoff, 1960, p. 216 et 203.

⁹⁹ P. P. Remec, *The Position of the Individual...*, *op. cit. supra* note 98, p. 217, 219-221 et 243.

¹⁰⁰ Voir, à cet égard, H. Lauterpacht, «The Grotian Tradition in International Law», *British Yearbook of International Law* (1946), vol. 23, p. 1-53. La personne humaine et son bien-être occupent une place centrale dans le système des relations internationales; H. Lauterpacht, «The Law of Nations, the Law of Nature and the Rights of Man», *Transactions of the Grotius Society* (1943), vol. 29, p. 7 et 21-31.

¹⁰¹ S. Pufendorf, *De Jure Naturae et Gentium Libri Octo* (sous la dir. de C. H. Oldfather et W. A. Oldfather), vol. II, Buffalo/N.Y., W. S. Hein, 1995 [réimpr.], p. 202-203.

the State has, on its turn, the correlative duty to seek its perfection¹⁰².

64. Following that, the personification of the powerful State, inspired in the legal philosophy of Georg Wilhelm Friedrich Hegel, had unfortunately a most regrettable influence upon international law by the end of the nineteenth century and in the first decades of the twentieth century. Regrettably, the universal outlook and the legacy of the “founding fathers” of international law (*supra*)¹⁰³ were discarded by the emergence of legal positivism, endowing States with a “will” of their own and reducing the rights of human beings to those “granted” by States.

65. Voluntarist positivism, grounded on the consent or “will” of States, became the predominant criterion, denying *jus standi* to human beings, and envisaging a strictly inter-State law, no longer *above* but *between* sovereign States¹⁰⁴. It resisted to the ideal of emancipation of human beings and their recognition as subjects of international law, keeping them under the absolute control of the State. Yet, the idea of the absolute State sovereignty (with which legal positivism aligned itself, ineluctably subservient to power), which led to the irresponsibility and the alleged omnipotence of the State, not impeding the successive atrocities committed by it against human beings, with the passing of time became entirely groundless, as the disastrous consequences of such distortion had become widely known.

66. The truth is that, from the “founding fathers” of the law of nations grounded on the *recta ratio* until our times, the jusnaturalist thinking in international law has never faded away¹⁰⁵; it overcame all crises, in its perennial reaction of human conscience against successive atrocities committed against human beings, which regrettably counted on the subservience and cowardice of legal positivism. It could be argued that the contemporary world is entirely distinct from that of the epoch of the “founding fathers” of the law of nations, who supported a *civitas maxima* ruled by the *droit des gens*.

¹⁰² For references to *recta ratio* and to conscience in the doctrine of mid-nineteenth century, cf., e.g. J. J. Burlamaqui, *The Principles of Natural and Politic Law* (reprint of 7th ed.), Columbus: J. H. Riley, 1859, pp. 136, 138-139 and 156-163.

¹⁰³ C. W. Jenks, *The Common Law of Mankind*, London: Stevens, 1958, pp. 66-69; and cf. also R.-J. Dupuy, *La communauté internationale entre le mythe et l'histoire*, Paris: Economica/UNESCO, 1986, pp. 164-165. It may here be recalled that, in a similar line of thinking to that of the ancient Greeks and of Cicero in ancient Rome, in opposing himself to resort to force, Emmanuel Kant eloquently warned, at the end of the eighteenth century, in his well-known essay on the *Perpetual Peace* (1795), that human beings cannot be utilized by States for killing, which would not be in accordance with “the law of humankind in our own person”; *La paix (Textes choisis)*, ed. M. Lequan, Paris: Flammarion, 1998, pp. 173-174.

¹⁰⁴ P. P. Remec, *The Position of the Individual . . .*, *op. cit. supra* note 98, pp. 36-37.

¹⁰⁵ Cf., J. Maritain, “The Philosophical Foundations of Natural Law”, *Natural Law and World Law — Essays to Commemorate the Sixtieth Birthday of Kotaro Tanaka*: Yuhikaku: Japan Academy, 1954, pp. 133-143.

commun, l'Etat avait, quant à lui, l'obligation corrélative de chercher à le parfaire¹⁰².

64. Par la suite, la personnification de l'Etat puissant, inspirée par la philosophie juridique de Georg Wilhelm Friedrich Hegel, a malheureusement exercé une influence on ne peut plus regrettable sur le droit international à la fin du XIX^e siècle et au cours des premières décennies du XX^e siècle. La perspective et l'héritage universels des «pères fondateurs» du droit international (*supra*)¹⁰³ ont hélas été écartés par l'émergence du positivisme juridique, conférant aux Etats une «volonté» qui leur est propre et réduisant les droits des êtres humains à ceux «accordés» par les Etats.

65. Le positivisme volontariste, fondé sur le consentement ou la «volonté» des Etats, est devenu le critère prédominant, déniait aux êtres humains le *jus standi* et prévoyant un droit strictement interétatique, non plus *au-dessus* des Etats souverains mais *entre eux*¹⁰⁴. Il s'est opposé à l'idéal d'émancipation des êtres humains et à leur reconnaissance en tant que sujets du droit international, les laissant sous le contrôle absolu de l'Etat. Or, l'idée de la souveraineté étatique absolue (sur laquelle s'est aligné le positivisme juridique, inéluctablement asservi au pouvoir), qui a abouti à l'irresponsabilité et à la prétendue omnipotence de l'Etat, et n'a pas empêché les atrocités successives commises par ce dernier contre des êtres humains, a au fil du temps perdu tout fondement, à mesure que les conséquences désastreuses de cette distorsion devenaient notoires.

66. En vérité, de l'époque des «pères fondateurs» du droit des gens, fondé sur la *recta ratio*, jusqu'à nos jours, la ligne de pensée jusnaturaliste en droit international n'a jamais faibli¹⁰⁵; elle a surmonté toutes les crises, dans sa réaction perpétuelle de la conscience humaine contre les atrocités successives commises contre les êtres humains, du fait d'une regrettable exploitation de la servilité et de la couardise du positivisme juridique. On pourrait soutenir que le monde contemporain est totalement différent de celui de l'époque des «pères fondateurs» du droit des gens, qui militaient en faveur d'une *civitas maxima* régie par ce dernier.

¹⁰² Pour des références à la *recta ratio* et à la conscience dans la doctrine du milieu du XIX^e siècle, voir, par exemple, J. J. Burlamaqui, *The Principles of Natural and Politic Law* (réimpr. de la 7^e éd.), Columbus, J. H. Riley, 1859, p. 136, 138-139 et 156-163.

¹⁰³ C. W. Jenks, *The Common Law of Mankind*, Londres, Stevens, 1958, p. 66-69; voir aussi R.-J. Dupuy, *La communauté internationale entre le mythe et l'histoire*, Paris, Economica/UNESCO, 1986, p. 164-165. Il convient ici de rappeler que, suivant un raisonnement analogue à celui des Grecs de l'Antiquité et de Cicéron dans la Rome antique, Emmanuel Kant avait, en s'opposant au recours à la force, prévenu avec éloquence, dans le célèbre essai sur la *Paix perpétuelle* qu'il avait rédigé la fin du XVIII^e siècle (1795), que les êtres humains ne pouvaient être utilisés par les Etats pour commettre des meurtres, ce qui ne serait pas conforme au «droit de l'humanité qui réside en notre propre personne»; *La paix (Textes choisis, sous la dir. de M. Lequan)*, Paris, Flammarion, 1998, p. 173-174.

¹⁰⁴ P. P. Remec, *The Position of the Individual...*, *op. cit. supra* note 98, p. 36-37.

¹⁰⁵ Voir J. Maritain, «The Philosophical Foundations of Natural Law», *Natural Law and World Law — Essays to Commemorate the Sixtieth Birthday of Kotaro Tanaka*, Yuhikaku, Japan Academy, 1954, p. 133-143.

67. Even if one has two distinct world scenarios (no one would contest it), there is no way to deny that the human aspiration remains the same, namely, that of the construction of an international legal order applicable both to States (and international organizations) as well as to individuals, pursuant to certain universal standards of justice¹⁰⁶, and concerning humankind as a whole. As from the initial influence of the thinking of Francisco de Vitoria (*supra*), a “continuing revival” of natural law¹⁰⁷, which has never faded away, has been constantly identified. Rather than being a return to classical natural law, it is a reassertion or restoration of a standard of justice, whereby positive law is reconsidered¹⁰⁸, — bearing in mind the conservationist view and the degeneration of legal positivism attached to the *status quo*, in its typical subservience to power.

68. The “continuing revival” of natural law strengthens the safeguard of the universality of the rights inherent to all human beings, — overcoming self-contained positive norms, deprived of universality for varying from one social milieu to another. Those universal rights stand against the arbitrary manifestations of State power, in acknowledgement of the importance of fundamental principles of international law¹⁰⁹, which have so much been influencing the evolution, along more than the last seven decades, of the international law of human rights¹¹⁰.

¹⁰⁶ A. A. Cançado Trindade, *O Direito Internacional em um Mundo em Transformação*, Rio de Janeiro: Edit. Renovar, 2003, p. 547, and cf. pp. 539-550.

¹⁰⁷ As recognized by jusinternationalists themselves: cf., e.g. A. Truyol y Serra, “Théorie du droit international public — Cours général”, 183 *RCADI* (1981), pp. 142-143; and cf. J. L. Kunz, “Natural Law Thinking in the Modern Science of International Law”, 55 *American Journal of International Law* (1961), pp. 951-958, esp. p. 956. And the international community has assumed the vindication of superior common interests; J. A. Carrillo Salcedo, “Derechos Humanos y Derecho Internacional”, 22 *Isegoria — Revista de Filosofía Moral y Política*, Madrid (2000), p. 75.

¹⁰⁸ C. J. Friedrich, *Perspectiva Histórica da Filosofia do Direito*, Rio de Janeiro: Zahar Ed., 1965, pp. 196-197, 200-201 and 207. And, for a general study, cf. Y. R. Simon, *The Tradition of Natural Law — A Philosopher’s Reflections* (ed. V. Kuic), N.Y.: Fordham Univ. Press, 2000 [reed.], pp. 3-189.

¹⁰⁹ Cf. A. Truyol y Serra (ed.), *The Principles of Political and International Law in the Work of Francisco de Vitoria*, Madrid: Ed. Cultura Hispánica, 1946, pp. 13-25, 29-32 and 53-73; L. Getino (ed.), *Francisco de Vitoria, Sentencias de Doctrina Internacional — Antología*, Madrid: Ediciones Fe, 1940, pp. 15-33 and 129-130; A. Pagden and J. Lawrence (eds.), “Introduction”, *Francisco de Vitoria — Political Writings*, Cambridge University Press, 1991, pp. XIII –XXIII; R. Hernández, *Francisco de Vitoria, Síntesis de Su Vida y Pensamiento*, Burgos: Ed. OPE, 1983, pp. 27-32 and 47-55. And, on the relevance of principles, cf. A. A. Cançado Trindade, “Foundations of International Law: The Role and Importance of Its Basic Principles”, *XXX Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano (2003)*, Washington, DC: OAS General Secretariat, 2004, pp. 359-415.

¹¹⁰ Cf. A. A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, Vol. III, Porto Alegre: S. A. Fabris Ed., 2003, pp. 450-451; and cf. A. A. Cançado Trindade, “The Procedural Capacity of the Individual as Subject of International Human Rights Law: Recent Developments”, *Les droits de l’homme à l’aube du XXI^e siècle* —

67. Même si l'on peut avoir deux visions différentes du monde (nul ne le contesterait), il est indéniable que l'aspiration humaine demeure la même, à savoir la construction d'un ordre juridique international applicable tant aux États (et aux organisations internationales) qu'aux personnes, conformément à certaines normes universelles de justice¹⁰⁶, et se rapportant à l'humanité dans son ensemble. Depuis l'influence initiale de la pensée de Francisco de Vitoria (*supra*), un «renouveau ininterrompu» du droit naturel¹⁰⁷, qui n'a jamais faibli, a de tout temps été observé. Loin de constituer un retour au droit naturel classique, il réaffirme ou rétablit une norme de justice, entraînant ainsi une remise en cause du droit positif¹⁰⁸ qui tient compte de la vision conservatrice et de la dégénérescence du positivisme juridique liée au *statu quo*, dans son asservissement typique au pouvoir.

68. Le «renouveau ininterrompu» du droit naturel contribue à la sauvegarde du caractère universel des droits inhérents à l'ensemble des êtres humains, dépassant les normes positives autonomes, privées d'universalité parce qu'elles varient d'un milieu social à un autre. Ces droits universels s'opposent aux manifestations arbitraires de la puissance de l'État, témoignant de l'importance des principes fondamentaux du droit international¹⁰⁹ qui, depuis plus de soixante-dix ans, ont tant influencé le développement du droit international des droits de l'homme¹¹⁰.

¹⁰⁶ A. A. Cançado Trindade, *O Direito Internacional em um Mundo em Transformação*, Rio de Janeiro, Edit. Renovar, 2003, p. 547; voir aussi p. 539-550.

¹⁰⁷ Comme l'ont reconnu les jusinternationalistes eux-mêmes: voir, par exemple, A. Truyol y Serra, «Théorie du droit international public — Cours général», *RCADI* (1981), vol. 183, p. 142-143; voir aussi J. L. Kunz, «Natural Law Thinking in the Modern Science of International Law», *American Journal of International Law* (1961), vol. 55, p. 951-958, en particulier p. 956. Par ailleurs, la communauté internationale s'est employée à faire valoir les intérêts communs supérieurs; J. A. Carrillo Salcedo, «Derechos Humanos y Derecho Internacional», *Isegoría — Revista de Filosofía Moral y Política*, Madrid (2000), vol. 22, p. 75.

¹⁰⁸ C. J. Friedrich, *Perspectiva Histórica da Filosofia do Direito*, Rio de Janeiro, Zahar Ed., 1965, p. 196-197, 200-201 et 207. Pour une étude générale, voir Y. R. Simon, *The Tradition of Natural Law — A Philosopher's Reflections* (sous la dir. de V. Kuic), N.Y., Fordham University Press, 2000 [rééd.], p. 3-189.

¹⁰⁹ Voir A. Truyol y Serra (sous la dir. de), *The Principles of Political and International Law in the Work of Francisco de Vitoria*, Madrid, Ed. Cultura Hispánica, 1946, p. 13-25, 29-32 et 53-73; L. Getino (sous la dir. de), *Francisco de Vitoria, Sentencias de Doctrina Internacional — Antología*, Madrid, Ediciones Fe, 1940, p. 15-33 et 129-130; A. Pagden et J. Lawrence (sous la dir. de), «Introduction», *Francisco de Vitoria — Political Writings*, Cambridge University Press, 1991, p. XIII-XXIII; R. Hernández, *Francisco de Vitoria, Síntesis de Su Vida y Pensamiento*, Burgos, Ed. OPE, 1983, p. 27-32 et 47-55. S'agissant de la pertinence des principes, voir A. A. Cançado Trindade, «Foundations of International Law: The Role and Importance of Its Basic Principles», *XXX Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano (2003)*, Washington, DC, Secrétariat général de l'OEA, 2004, p. 359-415.

¹¹⁰ Voir A. A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. III, Porto Alegre, S. A. Fabris Ed., 2003, p. 450-451; voir aussi A. A. Cançado Trindade, «The Procedural Capacity of the Individual as Subject of International Human Rights Law: Recent Developments», *Les droits de l'homme à l'aube du XXI^e siècle* —

69. To rescue and sustain nowadays the legacy of the evolving *jus gentium* — as I have been caring to do already for years¹¹¹, — amounts to keep on safeguarding the universalist conception of international law, turned to the unsafe world wherein we live. It remains essential to keep in mind the objective and necessary international law, emanating from the *recta ratio*, giving expression to universal values, and advancing a wide conception of international legal personality (including human beings, and humankind as a whole)¹¹²; this can render viable to address more adequately the problems facing the *jus gentium* of our times, the international law for humankind¹¹³.

70. States cannot discriminate or tolerate situations to the detriment of migrants (even the undocumented ones), and ought to secure access to justice to any person, irrespective of his or her migratory status, as well as to oppose successive and systematic restrictions¹¹⁴. Contemporary international law counts on the mechanisms of protection of human beings in situations of adversity (international law of human rights, international humanitarian law, international law of refugees) as well as the operation of the law of international organizations¹¹⁵. Moreover, it counts on the multiple international tribunals, engaged in the realization

K. Vasak Amicorum Liber, Brussels: Bruylant, 1999, pp. 521-544; A. A. Cançado Trindade, “As Sete Décadas de Projeção da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948-2018) e a Necessária Preservação de Seu Legado”, 73 *Revista da Faculdade de Direito da UFMG* (2018), pp. 97-140.

¹¹¹ Cf., A. A. Cançado Trindade, *O Direito Internacional em um Mundo em Transformação* . . ., *op. cit. supra* note 106, pp. 1040-1109; A. A. Cançado Trindade, “Memorial por um Novo *Jus Gentium*, o Direito Internacional da Humanidade”, 45 *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais* (2004), pp. 17-36; A. A. Cançado Trindade, *A Humanização do Direito Internacional*, 2nd rev. ed., Belo Horizonte/Brazil: Edit. Del Rey, 2015, pp. 3-789.

¹¹² A. A. Cançado Trindade, *El Acceso Directo del Individuo a los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos*, Bilbao/Spain, Universidad de Deusto, 2001, pp. 9-104; A. A. Cançado Trindade, “A Personalidade e Capacidade Jurídicas do Indivíduo como Sujeito do Direito Internacional”, *Jornadas de Direito Internacional* (Mexico City, December 2001), Washington, DC, Subsecretaria de Assuntos Jurídicos da OEA, 2002, pp. 311-347; A. A. Cançado Trindade, “Vers la consolidation de la capacité juridique internationale des pétitionnaires dans le système interaméricain des droits de la personne”, 14 *Revue québécoise de droit international* (2001), note 2, pp. 207-239.

¹¹³ Cf. A. A. Cançado Trindade, *International Law for Humankind — Towards a New Jus Gentium*, 3rd rev. ed., *op. cit. supra* note 8, pp. 1-655.

¹¹⁴ F. Crépeau, *Droit d'asile — De l'hospitalité aux contrôles migratoires*, Brussels: Bruylant, 1995, pp. 17-353; F. Rigaux, “L’immigration: droit international et droits fondamentaux”, *Les droits de l’homme au seuil du troisième millénaire — Mélanges en hommage à P. Lambert*, Brussels: Bruylant, 2000, pp. 693-696, and cf. pp. 707-708, 710-713, 717-720 and 722; and, for a general study, cf. A. A. Cançado Trindade and J. Ruiz de Santiago, *La Nueva Dimensión de las Necesidades de Protección del Ser Humano en el Inicio del Siglo XXI*, 3rd ed., San José of Costa Rica: UNHCR, 2004, pp. 27-127.

¹¹⁵ On this latter, cf. A. A. Cançado Trindade, *Direito das Organizações Internacionais*, 6th ed., Belo Horizonte/Brazil: Edit. Del Rey, 2014, pp. 1-846.

69. Sauvegarder et perpétuer l'héritage du *jus gentium* en mutation — comme je m'emploie à le faire depuis des années déjà¹¹¹ — revient à continuer de préserver la conception universaliste du droit international, appliquée au monde dangereux dans lequel nous vivons. Il demeure essentiel de prendre en considération le droit international objectif et nécessaire, émanant de la *recta ratio*, exprimant des valeurs universelles et faisant progresser une vision large de la personnalité juridique internationale (qui englobe les êtres humains et l'humanité dans son ensemble)¹¹²; cela peut ouvrir la voie à un traitement plus adéquat des problèmes auxquels se heurte le *jus gentium* moderne, droit international destiné à l'humanité¹¹³.

70. Les Etats ne peuvent exercer de discrimination à l'égard des migrants (même sans papiers) ni tolérer des situations défavorables à ces derniers; ils doivent faire en sorte que toute personne, indépendamment de son statut migratoire, ait accès à la justice, et ils doivent s'opposer aux restrictions successives et systématiques¹¹⁴. Le droit international contemporain s'en remet aux mécanismes de protection des êtres humains face à l'adversité (droit international des droits de l'homme, droit international humanitaire, droit international des réfugiés) ainsi qu'à l'application du droit des organisations internationales¹¹⁵, et aux multiples tribunaux

K. Vasak *Amicorum Liber*, Bruxelles: Bruylant, 1999, p. 521-544; A. A. Cançado Trindade, «As Sete Décadas de Projeção da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948-2018) e a Necessária Preservação de Seu Legado», *Revista da Faculdade de Direito da UFMG* (2018), vol. 73, p. 97-140.

¹¹¹ Voir A. A. Cançado Trindade, *O Direito Internacional em um Mundo em Transformação...*, *op. cit. supra* note 106, p. 1040-1109; A. A. Cançado Trindade, «Memorial por um Novo Jus Gentium, o Direito Internacional da Humanidade», *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais* (2004), vol. 45, p. 17-36; A. A. Cançado Trindade, *A Humanização do Direito Internacional*, 2^e éd. rév., Belo Horizonte/Brésil, Edit. Del Rey, 2015, p. 3-789.

¹¹² A. A. Cançado Trindade, *El Acceso Directo del Individuo a los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos*, Bilbao/Espagne, Universidad de Deusto, 2001, p. 9-104; A. A. Cançado Trindade, «A Personalidade e Capacidade Jurídicas do Indivíduo como Sujeito do Direito Internacional», *Jornadas de Direito Internacional* (Mexico, décembre 2001), Washington, DC, Subsecretaria de Assuntos Jurídicos da OEA, 2002, p. 311-347; A. A. Cançado Trindade, «Vers la consolidation de la capacité juridique internationale des pétitionnaires dans le système interaméricain des droits de la personne», *Revue québécoise de droit international* (2001), vol. 14, n° 2, p. 207-239.

¹¹³ Voir A. A. Cançado Trindade, *International Law for Humankind — Towards a New Jus Gentium*, 3^e éd. rév., *op. cit. supra* note 8, p. 1-655.

¹¹⁴ F. Crépeau, *Droit d'asile — De l'hospitalité aux contrôles migratoires*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 17-353; F. Rigaux, «L'immigration: droit international et droits fondamentaux», *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire — Mélanges en hommage à P. Lambert*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 693-696; voir aussi p. 707-708, 710-713, 717-720 et 722; pour une étude générale, voir A. A. Cançado Trindade et J. Ruiz de Santiago, *La Nueva Dimensión de las Necesidades de Protección del Ser Humano en el Inicio del Siglo XXI*, 3^e éd., San José du Costa Rica, HCR, 2004, p. 27-127.

¹¹⁵ A propos de ce dernier, voir A. A. Cançado Trindade, *Direito das Organizações Internacionais*, 6^e éd., Belo Horizonte/Brésil, Edit. Del Rey, 2014, p. 1-846.

of justice¹¹⁶. The advances of the international legal order correspond to the awareness of human conscience to the need of realization of the common good and justice.

71. Awareness of, and respect for, the fundamental principles of international law are essential for the prevalence of rights. The positivists mistakenly identified the principles with the norms emanating therefrom, indulging into the confusion between what it is (*Sein*) and what it should be (*Sollen*). They opted for a static vision of the world, entirely ignoring its temporal dimension; moreover, they isolated law from other areas of human knowledge. Regrettably, positivists and “realists” are numerous today, what accounts for the worrisome decline in the cultivation of the knowledge of law. They remain oblivious of the fact that the use of force projects itself, leading to the decomposition of the social tissue, and to the grave violations of human rights and international humanitarian law¹¹⁷, — opening wounds which will require generations to heal.

72. One cannot simply resort to violence utilizing its own methods¹¹⁸. Legal positivism and “realism” have regrettably been invariably subservient to power, unable to understand and accept the profound transformations of contemporary international law in seeking the realization of the imperatives of justice. Whenever their minimization prevailed the results have been disastrous. The emancipation of human persons vis-à-vis their own State and the emancipation of peoples in the law of nations have occurred before the lack of awareness of legal positivists and “realists”, who wrongly pretended that the reality over which they worked was permanent and unavoidable; what actually occurred was that, with perplexity before the changes, they had to move from one historical moment to another one, entirely different.

73. In my perception, their basic mistake has been their minimization of the *principles*¹¹⁹, which lie on the foundations of any legal system (national and international), and which inform and conform the new

¹¹⁶ Cf. A. A. Cançado Trindade, “La perspective trans-atlantique: La contribution de l’œuvre des cours internationales des droits de l’homme au développement du droit public international”, *La Convention européenne des droits de l’homme à 50 ans — Bulletin d’information sur les droits de l’homme*, note 50 (special number), Strasbourg: Council of Europe, 2000, pp. 8-9.

¹¹⁷ Cf. G. Abi-Saab, “Les Protocoles Additionnels, 25 ans après”, *Les nouvelles frontières du droit international humanitaire* (ed. J.-F. Flauss), Brussels: Bruylant, 2003, pp. 33-36; Y. Sandoz, “L’applicabilité du droit international humanitaire aux actions terroristes”, *ibid.*, pp. 71-72.

¹¹⁸ J. Pictet, *The Principles of International Humanitarian Law*, 1st ed., Geneva: ICRC, 1966, p. 36.

¹¹⁹ Positivists and “realists” have not resisted the temptation of disclosing their pride for their method of simple observation of the facts, without being aware that their sense of “pragmatism” without guiding principles disclosed its sinister side (as warned by Bertrand Russell, *Sceptical Essays*, London: Routledge, 1993 [reprint], p. 49), not seldom leading to abuses and acts of extreme violence.

internationaux œuvrant à la réalisation de la justice¹¹⁶. Les avancées de l'ordre juridique international traduisent la sensibilité de la conscience humaine à la nécessité de promouvoir le bien commun et la justice.

71. La connaissance et le respect des principes fondamentaux du droit international sont essentiels à la primauté des droits. Les tenants du positivisme ont fait l'amalgame entre les principes et les normes qui en émanent, confondant l'être (*Sein*) et le devoir-être (*Sollen*). Ils ont opté pour une vision statique du monde, faisant totalement abstraction de sa dimension temporelle; de plus, ils ont dissocié le droit d'autres domaines de la connaissance humaine. Les positivistes et les «réalistes» sont hélas nombreux de nos jours, ce qui explique le déclin inquiétant constaté en ce qui concerne la culture de la connaissance du droit. Ils ne tiennent aucun compte du fait que le recours à la force se propage comme une onde de choc, entraînant la décomposition du tissu social et de graves violations des droits de l'homme et du droit international humanitaire¹¹⁷, et ouvre ainsi des plaies dont la cicatrisation nécessitera plusieurs générations.

72. L'on ne peut tout bonnement recourir à la violence en suivant ses propres méthodes¹¹⁸. Le positivisme et le «réalisme» juridiques sont malheureusement toujours asservis au pouvoir, incapables de comprendre et d'accepter les profondes transformations que connaît le droit international contemporain dans sa quête de réalisation des impératifs de la justice. Or, chaque fois que l'on a négligé cela, les résultats ont été désastreux. L'émancipation des personnes humaines vis-à-vis de leur propre Etat et celle des peuples en droit des gens se sont produites avant que les positivistes et les «réalistes» ne perdent de vue cette évolution, prétendant à tort que la réalité qu'ils appréhendaient était permanente et inévitable; le fait est que, perplexes face aux changements, ils ont été contraints de passer d'un instant historique à un autre, totalement différent.

73. A mes yeux, leur erreur élémentaire a été de méconnaître les *principes*¹¹⁹, qui se trouvent aux fondements de tout système juridique (national ou international), éclairant et encadrant le nouvel ordre juridique

¹¹⁶ Voir A. A. Cançado Trindade, «La perspective transatlantique: la contribution de l'œuvre des cours internationales des droits de l'homme au développement du droit public international», *La Convention européenne des droits de l'homme à 50 ans — Bulletin d'information sur les droits de l'homme*, n° 50 (numéro spécial), Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2000, p. 8-9.

¹¹⁷ Voir G. Abi-Saab, «Les protocoles additionnels, 25 ans après», *Les nouvelles frontières du droit international humanitaire* (sous la dir. de J.-F. Flauss), Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 33-36; Y. Sandoz, «L'applicabilité du droit international humanitaire aux actions terroristes», *ibid.*, p. 71-72.

¹¹⁸ J. Pictet, *The Principles of International Humanitarian Law*, 1^{re} éd., Genève, CICR, 1966, p. 36.

¹¹⁹ Les positivistes et les «réalistes» n'ont pas résisté à la tentation d'afficher la fierté que leur inspirait leur méthode, consistant en une simple observation des faits, sans se rendre compte que leur sens du «pragmatisme» dénué de principes directeurs trahissait son côté sinistre (comme l'avait prévenu Bertrand Russell, *Sceptical Essays*, Londres, Routledge, 1993 [réimpr.], p. 49), ce qui a souvent conduit à des abus et à des actes d'une extrême violence.

legal order in the search for the realization of justice. May I here recall that, as Jacques Maritain rightly warned already in 1940, the temporal dimension of social facts and the imperatives of ethics and justice, together with the general principles of law (the principles of natural law) are to be kept in mind¹²⁰, so as to construct a new international legal order in opposition to violence and the use of force.

74. Voluntarist positivism was unable to explain the process of formation of the norms of general international law. And “realists” focused themselves only on the conduct of States (even when unlawful) as a “permanent factor”, — as criticized by Hersch Lauterpacht, — which led them soon to “disapprove” the idea of collective security, early in the era of the United Nations; they could only see interests and advantages, and did not seem to believe in human reason, in *recta ratio*, not even in the capacity of human beings to extract lessons from historical experience¹²¹.

VII. THE UNIVERSAL JURIDICAL CONSCIENCE IN THE REJECTION OF VOLUNTARISM AND “COUNTERMEASURES”

75. For those who dedicate themselves to the law of nations, it has become evident that one can only properly approach its foundations and validity as from *universal juridical conscience*, in conformity with the *recta ratio*. In my understanding, the true jusinternationalist thinking conceives international law as being endowed with its own intrinsic value, and being thus certainly superior to a simply “voluntary” law. It derives its authority from *recta ratio* itself (*est dictatum rectae rationis*), which has always called for a truly universal law of nations.

76. As just seen (Part VI, *supra*), the evolution itself of the law of nations has disclosed the prevalence of human conscience (*recta ratio*) over the “will”¹²² (*supra*). By contrast, legal positivism statically focused rather on the “will” of States. Humankind as subject of international law cannot at all be restrictively visualized from the optics of States only; definitively, what imposes itself is to recognize the limits of States as from the optics of humankind, this latter likewise being a subject of contemporary international law.

77. It is clear that human conscience stands well above the “will”. The emergence, formation, development and expansion of the law of nations

¹²⁰ J. Maritain, *De la justice politique — Notes sur la présente guerre*, Paris: Libr. Plon, 1940, pp. 36-37, 40-41, 44-45, 88, 90-91, 106-107 and 112-114.

¹²¹ H. Lauterpacht, “On Realism, Especially in International Relations”, *International Law Being the Collected Papers of Hersch Lauterpacht*, Vol. 2, Part I, Cambridge University Press, 1975, pp. 53, 57-62, and 61-65.

¹²² For a recent study, cf. A. A. Cançado Trindade, “A Consciência sobre a Vontade: Os Tribunais Internacionais e a Humanização do Direito Internacional”, *73 Revista da Faculdade de Direito da UFMG* (2018), pp. 827-860.

dans sa quête d'une réalisation de la justice. Je me permets de rappeler ici que, comme Jacques Maritain l'avait souligné à juste titre dès 1940, il convient de garder à l'esprit la dimension temporelle des faits sociaux et les impératifs de l'éthique et de la justice, ainsi que les principes généraux du droit (les principes du droit naturel)¹²⁰, afin de construire un nouvel ordre juridique international opposé à la violence et au recours à la force.

74. Le positivisme volontariste a été incapable d'expliquer le processus de formation des normes du droit international général. Quant aux «réalistes», ils ont mis l'accent sur le seul comportement des Etats (même lorsqu'il était illicite) en tant que «facteur permanent» — comme l'a critiqué Hersch Lauterpacht —, ce qui les a rapidement conduits à «désapprouver» l'idée de la sécurité collective, au début de l'ère de l'ONU; ils ne savaient voir que les intérêts et les avantages, et ne semblaient pas croire en la raison humaine, la *recta ratio*, ni même en la capacité des êtres humains à tirer des enseignements de l'expérience historique¹²¹.

VII. LA CONSCIENCE JURIDIQUE UNIVERSELLE DANS LE REJET DU VOLONTARISME ET DES «CONTRE-MESURES»

75. Pour ceux qui se consacrent au droit des gens, il est devenu évident que l'on ne peut aborder comme il se doit les fondements et la validité de cette discipline qu'à partir de la *conscience juridique universelle*, conformément à la *recta ratio*. Selon moi, la véritable pensée jusinternationnaliste considère le droit international comme étant doué d'une valeur intrinsèque qui lui est propre et, partant, comme étant assurément supérieur à un simple droit «volontaire»: il tire son autorité de la *recta ratio* elle-même (*est dictatum rectae rationis*), qui a toujours appelé à un droit des gens véritablement universel.

76. Comme nous venons de le voir (sixième partie, *supra*), il ressort de l'évolution proprement dite du droit des gens que la conscience humaine (*recta ratio*) prime la «volonté»¹²² (*supra*). En revanche, le positivisme juridique privilégie de manière statique la «volonté» des Etats. En tant que sujet de droit international, l'humanité ne saurait être considérée limitativement du seul point de vue des Etats; force est de reconnaître les limites de ces derniers dans l'optique de l'humanité, celle-ci constituant aussi un sujet de droit international contemporain.

77. Il est clair que la conscience humaine prévaut largement sur la «volonté». L'émergence, la formation, le développement et l'expansion

¹²⁰ J. Maritain, *De la justice politique — Notes sur la présente guerre*, Paris, Libr. Plon, 1940, p. 36-37, 40-41, 44-45, 88, 90-91, 106-107 et 112-114.

¹²¹ H. Lauterpacht, «On Realism, Especially in International Relations», *International Law Being the Collected Papers of Hersch Lauterpacht*, vol. 2, première partie, Cambridge University Press, 1975, p. 53, 57-62 et 61-65.

¹²² Pour une étude récente, voir A. A. Cançado Trindade, «A Consciência sobre a Vontade: Os Tribunais Internacionais e a Humanização do Direito Internacional», *Revista da Faculdade de Direito da UFMG* (2018), vol. 73, p. 827-860.

(*droit des gens*) are grounded on *recta ratio*, and are guided by general principles of law and human values. Law and justice are interrelated, they evolve together. It is regrettable that the great majority of practitioners in international law overvalue the “will” of the contending parties, without realizing the importance of fundamental principles and superior human values.

78. Voluntarism and positivism have by themselves rendered a disservice to international law. So-called “countermeasures” are an example of deconstruction ensuing therefrom, which should not appeal in legal practice. It is regrettable that, in the present proceedings, as seen (*supra*), the appellant States invoked “countermeasures” in both cases of ICAOA and ICAOB — an initiative that could and should have been avoided and is not to be repeated.

VIII. LAW AND JUSTICE INTERRELATED: GENERAL PRINCIPLES OF LAW IN THE FOUNDATIONS OF THE NEW *JUS GENTIUM*

79. In sequence, there are some remaining interrelated points to be here addressed, so as to complement the present considerations, namely: first, basic considerations of humanity in the *corpus juris gentium*; secondly, human suffering and the need of protection to victims; and thirdly, the interrelationship between law and justice orienting jurisprudential construction. After all, to the jurist is reserved a role of crucial importance in the current strengthening of the construction, in conformity with the *recta ratio*, of the new *jus gentium* of our times, the *universal law of humankind*¹²³.

1. *Basic Considerations of Humanity in the Corpus Juris Gentium*

80. In historical perspective, as seen, two (legal) reasonings can be perceived: one, attentive to principles and values, to the ineluctable interrelationship between law and justice; the other, attentive to authority and imposition or control, to the ineluctable relationship between law and power. The law of nations, with the *leitmotiv* I have identified for so many years, conforms a *corpus juris gentium* nowadays orienting law and justice together to the satisfaction of the needs and aspirations of human beings, of peoples and of humankind as a whole. On the basis of the experience accumulated in recent decades, there is no reason for limitation to posi-

¹²³ Cf. A. A. Cançado Trindade, *International Law for Humankind — Towards a New Jus Gentium*, 3rd rev. ed., *op. cit. supra* note 8, pp. 1-655.

du droit des gens sont fondés sur la *recta ratio* et guidés par les principes généraux du droit ainsi que par les valeurs humaines. Le droit et la justice sont interdépendants; ils évoluent de conserve. Il est regrettable que la grande majorité des praticiens du droit international surestime la «volonté» des parties en litige, sans se rendre compte de l'importance des principes fondamentaux et des valeurs humaines supérieures.

78. Le volontarisme et le positivisme ont en soi desservi le droit international. Les «contre-mesures» constituent un exemple de la déconstruction qui en résulte, et qui ne devrait pas avoir sa place dans la pratique juridique. Il est regrettable que, comme on l'a vu (*supra*), les Etats appelants aient invoqué de prétendues «contre-mesures» tant en l'affaire de l'*Appel concernant la compétence du Conseil de l'OACI en vertu de l'article 84 de la convention relative à l'aviation civile internationale (ICAOA)* qu'en l'affaire de l'*Appel concernant la compétence du Conseil de l'OACI en vertu de l'article II, section 2, de l'accord de 1944 relatif au transit des services aériens internationaux (ICAOB)* — c'est là une démarche qui aurait pu et dû être évitée et qui ne doit pas se reproduire.

VIII. L'INTERDÉPENDANCE DU DROIT ET DE LA JUSTICE : PRINCIPES JURIDIQUES GÉNÉRAUX AUX FONDEMENTS DU NOUVEAU *JUS GENTIUM*

79. J'en viens maintenant à quelques points interdépendants qu'il me reste à traiter ici afin de compléter les considérations qui précèdent, à savoir: premièrement, les considérations élémentaires d'humanité dans le *corpus juris gentium*; deuxièmement, les souffrances humaines et la nécessité de protéger les victimes; et, troisièmement, l'interdépendance du droit et de la justice guidant la construction jurisprudentielle. Après tout, au juriste est réservé un rôle d'une importance capitale dans le renforcement en cours de la construction, conformément à la *recta ratio*, du nouveau *jus gentium* de notre époque, le *droit universel destiné à l'humanité*¹²³.

1. *Considérations élémentaires d'humanité dans le corpus juris gentium*

80. Comme on l'a vu, deux raisonnements (juridiques) se dégagent de la perspective historique: l'un sensible aux principes et aux valeurs, à l'interdépendance inéluctable du droit et de la justice; l'autre sensible à l'autorité et à l'imposition ou au contrôle, à l'interdépendance inéluctable du droit et du pouvoir. Le droit des gens, avec le leitmotiv que je rappelle depuis tant d'années, constitue un *corpus juris gentium* qui guide aujourd'hui conjointement le droit et la justice en vue de satisfaire aux besoins et aux aspirations des êtres humains, des peuples et de l'humanité dans son ensemble. Au vu de l'expérience acquise au cours des dernières

¹²³ Voir A. A. Cançado Trindade, *International Law for Humankind — Towards a New Jus Gentium*, 3^e éd. rév., *op. cit. supra* note 8, p. 1-655.

tive (international) law. The international community cannot prescind from universal values.

81. The traditional inter-State outlook of international law has surely been overcome, with the expansion of international legal personality encompassing nowadays, besides States, international organizations, individuals and peoples, as well as humankind. The conditions are thus met for keeping on advancing the construction of a new *jus gentium*, keeping in mind the social needs and aspirations of the international community (*civitas maxima gentium*), of humankind as a whole, so as to provide responses to fulfil them. Moreover, it is essential to acknowledge the importance of fundamental principles of international law, in light of the universal conception of the law of nations.

82. Contemporary international law bears witness of a legitimate concern of the international community as a whole with the conditions of living of peoples everywhere. This new *jus gentium* of our days contains basic considerations of humanity in the whole *corpus juris* of contemporary international law, reflecting the humanization of this latter¹²⁴. This evolution, in the lines of the continued universalization and humanization of the law of nations, is faithful to the thinking of the “founding fathers” of the discipline (*supra*), attentive nowadays to the needs and aspirations of the international community, and of humankind as a whole.

2. *Human Suffering and the Need of Protection to Victims*

83. The evolving law of nations cannot make abstraction of human cruelty, as it has to extend protection to those victimized by injustice and human suffering. In this connection, may I recall that, in the mid-twentieth century, shortly after the Second World War, a learned historian, Arnold Joseph Toynbee, observed that the works of artists and academicians “outlive the deeds of businessmen, soldiers, and statesmen”, and further pondered that

“The ghosts of Agamemnon and Pericles haunt the living world of today by grace of the magic words of Homer and Thucydides (. . .). The experience that we were having in our world now had been experienced by Thucydides in his world already. (. . .) The prophets, through their own experience, anticipated Aeschylus’ discovery that learning comes through suffering — a discovery which we, in our time and circumstances, have been making too. (. . .) Civilizations rise and fall and, in falling, give rise to others.”¹²⁵

¹²⁴ Cf. A. A. Cançado Trindade, *A Humanização do Direito Internacional*, 2nd rev. ed., *op. cit. supra* note 111, pp. 3-789.

¹²⁵ A. J. Toynbee, *Civilization on Trial*, Oxford University Press, 1948, pp. 5, 7-8 and 15.

décennies, il n'y a aucune raison de se limiter au droit (international) positif. La communauté internationale ne peut faire abstraction des valeurs universelles.

81. La traditionnelle perspective interétatique du droit international a assurément été transcendée, avec l'expansion de la personnalité juridique internationale qui englobe aujourd'hui, outre les Etats, les organisations internationales, les personnes et les peuples, ainsi que l'humanité. Les conditions sont donc réunies pour poursuivre la construction d'un nouveau *jus gentium* en tenant compte, afin d'y répondre, des besoins et aspirations sociaux de la communauté internationale (*civitas maxima gentium*), de l'humanité tout entière. Il est en outre essentiel de reconnaître l'importance que revêtent les principes fondamentaux du droit international, à la lumière de la conception universelle du droit des gens.

82. Le droit international contemporain atteste que la communauté internationale dans son ensemble se soucie bien légitimement des conditions de vie des personnes dans le monde entier. Ce nouveau *jus gentium* moderne renferme les considérations élémentaires d'humanité présentes dans l'intégralité du *corpus juris* du droit international contemporain, reflétant l'humanisation de ce dernier¹²⁴. Cette évolution, qui s'inscrit dans le cadre de l'universalisation et de l'humanisation continues du droit des gens, est fidèle à la pensée des «pères fondateurs» de la discipline (*supra*), qui est aujourd'hui sensible aux besoins et aspirations de la communauté internationale, ainsi que de l'humanité dans son ensemble.

2. Les souffrances humaines et la nécessité de protéger les victimes

83. Le droit des gens en évolution ne peut faire abstraction de la cruauté humaine, puisqu'il doit protéger ceux qui subissent injustice et souffrances. A cet égard, je me permets de rappeler que, au milieu du XX^e siècle, peu après la Seconde Guerre mondiale, l'éminent historien Arnold Joseph Toynbee a fait observer que les œuvres des artistes et des hommes de lettres «dur[ai]ent davantage que les actes des hommes d'affaires, des soldats et des hommes d'Etat», relevant en outre que

«[[J]es ombres d'Agamemnon et de Périclès hant[ai]ent le monde vivant d'aujourd'hui grâce aux mots magiques d'Homère et de Thucydide... L'expérience que nous étions en train d'avoir dans notre monde, Thucydide l'avait déjà eue dans le sien... [A] travers leur propre expérience, les prophètes anticipèrent sur Eschyle en découvrant que la connaissance vient par la souffrance — découverte que notre temps aussi nous a appris à faire... [D]es civilisations s'élèvent et tombent, et tout en tombant en font surgir d'autres.»¹²⁵

¹²⁴ Voir A. A. Cançado Trindade, *A Humanização do Direito Internacional*, 2^e éd. rév., *op. cit. supra* note 111, p. 3-789.

¹²⁵ A. J. Toynbee, *La civilisation à l'épreuve*, Paris, Gallimard, 1951, p. 13, 15-16 et 23-24.

84. Warning that “the atom bomb and our many other new lethal weapons are capable, in another war, of wiping out not merely the belligerents but the whole of the human race”¹²⁶, Toynbee added that

“In each of (. . .) civilizations, mankind (. . .) is trying to rise above mere humanity (. . .) towards some higher kind of spiritual life. (. . .) The goal (. . .) has never been reached by any human society. It has, perhaps, been reached by individual men and women. (. . .) But if there have been a few transfigured men and women, there has never been such a thing as a civilized society. Civilization, as we know it, is a movement and not a condition, a voyage and not a harbour. No known civilization has ever reached the goal of civilization yet.”¹²⁷

85. Toynbee then regretted that “contradictions and paradoxes in the life of the world” at that time looked like “symptoms of serious social and spiritual sickness”¹²⁸. And he concluded that “man’s only dangers (. . .) have come from man himself”; after all, the truth facing us is that “in this world we do learn by suffering”, and that “life in this world is not an end in itself and by itself”¹²⁹. Such were his words in 1948, as a learned and sensitive historian. By that time the law of nations was already engaged in assuring the vindication of the rights of human beings also at international level.

86. In effect, in the same year of 1948, — may I here recall, — the law of nations itself expressed concern for humankind, as exemplified by the adoption, successively, in that same year, e.g. of the OAS American Declaration of the Rights and Duties of Man (adopted on 2 May 1948), of the UN Convention against Genocide (adopted on 9 December 1948), and of the UN Universal Declaration of Human Rights (adopted on 10 December 1948). The international law of human rights was at last seeing the light of the day, enhancing the position of human beings and their inherent rights in the *corpus juris gentium* from those historical moments onwards.

3. *The Interrelationship between Law and Justice Orienting Jurisprudential Construction*

87. Along the time, it has remained necessary to avoid the undue and regrettable divorce between *law* and *justice*, which legal positivists had

¹²⁶ *Op. cit. supra* note 125, p. 25.

¹²⁷ *Ibid.*, p. 55.

¹²⁸ *Ibid.*, pp. 160-161.

¹²⁹ *Ibid.*, pp. 162 and 260.

84. Prévenant que «la bombe atomique et nos nombreuses nouvelles autres armes de mort [étaie]nt capables de balayer, dans une autre guerre, non seulement les belligérants, mais l'ensemble de la race humaine»¹²⁶, Toynbee a ajouté ce qui suit :

«Dans chacune de[s] civilisations, l'homme ... essaie de s'élever au-dessus de la simple humanité ... vers quelque forme plus haute de vie spirituelle... [L]e but ... n'a jamais été atteint par aucune société humaine. Il a peut-être été atteint par des individus hommes ou femmes... Mais s'il y a eu quelques rares hommes ou femmes ainsi transfigurés, il n'y a jamais rien eu de semblable en tant que société civilisée. La civilisation, telle que nous la connaissons, est un mouvement et non pas une condition, elle est un voyage et non pas un port. Aucune civilisation connue n'a encore jamais atteint le but de la civilisation.»¹²⁷

85. Toynbee déplorait ensuite que «[c]es contradictions et paradoxes de la vie du monde» de cette époque semblaient constituer des «symptômes d'une sérieuse maladie sociale et spirituelle»¹²⁸, avant de conclure que «les seuls dangers menaçant l'homme ... [étaie]nt] venus de l'homme lui-même»; après tout, la vérité que nous devons voir en face est que, «en ce monde, nous faisons effectivement notre éducation par la douleur», et que «la vie en ce monde n'est pas une fin en soi et par soi»¹²⁹. Telles étaient ses paroles en 1948, en tant qu'historien éminent et sensible. Le droit des gens avait alors déjà commencé à défendre les droits des êtres humains également au niveau international.

86. De fait, je me permets de rappeler que, toujours en 1948, le droit des gens lui-même a témoigné d'un souci de l'humanité, comme l'illustre l'adoption successive de différents instruments, parmi lesquels la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme de l'Organisation des Etats américains (OEA) (le 2 mai 1948), la convention des Nations Unies pour la prévention et la répression du crime de génocide (le 9 décembre 1948) et la Déclaration universelle des droits de l'homme (adoptée par les Nations Unies le 10 décembre 1948). Le droit international des droits de l'homme voyait enfin le jour, renforçant à compter de ces instants historiques la position des êtres humains et leurs droits inhérents dans le *corpus juris gentium*.

3. *L'interdépendance du droit et de la justice guidant la construction jurisprudentielle*

87. Au fil du temps a perduré la nécessité d'éviter la voie d'une dissociation indue et regrettable entre *droit* et *justice*, sur laquelle les tenants du

¹²⁶ *Op. cit. supra* note 125, p. 34-35.

¹²⁷ *Ibid.*, p. 66.

¹²⁸ *Ibid.*, p. 176.

¹²⁹ *Ibid.*, p. 177 et 278-279.

incurred into (*summum jus, summa injuria*). Within a historical perspective, may I here recall that, in her times, Simone Weil, in some of her last pages (*Écrits de Londres/Escritos de Londres*, 1943) before her premature death, pointed out that the ancient Greeks, who were not familiar with the notion of *law* (finding no words for it), concentrated thus on *justice*¹³⁰.

88. One decade earlier, Simone Weil had written *Réflexions sur les causes de la liberté et de l'oppression sociale* (1934) [English translation entitled *Oppression and Liberty*, 1958], wherein, after recalling the lessons found in Homer's *Iliad* (eighth century BC), then warned that "the essential evil besetting humankind" (*le mal essentiel de l'humanité*) is "the substitution of means for ends" (*la substitution des moyens aux fins*); human history thus distorted, — she proceeded, — becomes subjection [servitude, *asservissement*], and such an oppression presents "nothing providential", it reflects a struggle for power, wherein construction and destruction are intermingled¹³¹ (pp. 41-43 and 46). Weil further pondered that

"[e]very oppressive society is cemented by this religion of power, which falsifies all social relations by enabling the powerful to command over and above what they are able to impose; it is only otherwise in times of popular agitation, times when, on the contrary, all — rebellious slaves and threatened masters alike — forget how heavy and how solid the chains of oppression are."¹³²

89. Also in our days, legal positivists do not appear to be aware even of the dangers of the unbalance between *law* and *justice* in their own outlook. They can behold only the first one, — law, — in their characteristic subservience to the established power. The results have been regrettable, if not tragic. All those devoted to international law in its universality feel bound to care constantly that *law and justice* are not at all put apart, they are interrelated and advance together. After all, it is in jusnaturalist thinking that the notion of *justice* has always occupied a central position, orienting *law* as a whole. In my own perception and conception, *justice*

¹³⁰ S. Weil, *Escritos de Londres y Últimas Cartas* [*Écrits de Londres et dernières lettres*, 1942-1943], Madrid: Ed. Trotta, 2000, pp. 27-28, 31, 58 and 180. Given the "suffering unjustly inflicted" upon persons, it is necessary that each person avoids evil and keeps good in her soul, remains away from injustice, and respectfully sustains and transmits justice; *ibid.*, p. 50.

¹³¹ S. Weil, *Réflexions sur les causes de la liberté et de l'oppression sociale* [1934], Paris: Ed. Gallimard, 1955, pp. 41-43 and 46 (analysis of oppression), English translation entitled *Oppression and Liberty*, London: Routledge and Kegan Paul, 1958, p. 65; S. Weil, *Reflexões sobre as Causas da Liberdade e da Opressão Social* [1934], Lisbon: Antígona Ed., 2017, pp. 51-54 and 57-58 (analysis of oppression).

¹³² S. Weil, *Réflexions sur les causes de la liberté et de l'oppression sociale*, *op. cit. supra* note 131, pp. 45-46 and page 69 of the English translation; and cf. S. Weil, *Reflexões sobre as Causas da Liberdade e da Opressão Social*, *op. cit. supra* note 131, p. 57.

positivisme juridique s'étaient engagés (*summum jus, summa injuria*). D'un point de vue historique, je souhaite rappeler ici que, en son temps, Simone Weil avait, dans certaines des dernières pages rédigées avant son décès prématuré (*Ecrits de Londres/Escritos de Londres*, 1943), relevé que les Grecs de l'Antiquité, qui n'étaient pas familiers avec la notion de *droit* (pour laquelle ils ne trouvaient pas de mot), s'étaient concentrés à la place sur la *justice*¹³⁰.

88. Près de dix ans plus tôt, Simone Weil avait rédigé son ouvrage *Réflexions sur les causes de la liberté et de l'oppression sociale* (1934), dans lequel elle prévenait, après avoir rappelé les enseignements figurant dans *L'Iliade* d'Homère (VIII^e siècle av. J.-C.), que «le mal essentiel de l'humanité» était «la substitution des moyens aux fins»; elle relevait ensuite que, ainsi dénaturée, l'histoire humaine devenait «asservissement» et que pareille oppression ne présentait «rien de providentiel», mais reflétait une lutte de pouvoir mêlant étroitement construction et destruction¹³¹ (p. 41-43 et 46). Simone Weil faisait également valoir ceci :

«Toute société oppressive est cimentée par cette religion du pouvoir, qui fausse tous les rapports sociaux en permettant aux puissants d'ordonner au-delà de ce qu'ils peuvent imposer; il n'en est autrement que dans les moments d'effervescence populaire, moments où au contraire tous, esclaves révoltés et maîtres menacés, oublient combien les chaînes de l'oppression sont lourdes et solides.»¹³²

89. Aujourd'hui encore, les tenants du positivisme juridique ne semblent pas avoir même conscience des dangers que pose le déséquilibre entre le *droit* et la *justice* dans leur propre perspective. Ils ne voient que le premier — le droit — dans leur asservissement caractéristique au pouvoir établi. Les résultats ont été regrettables, pour ne pas dire tragiques. Tous ceux qui se consacrent au droit international dans son universalité se sentent tenus de veiller constamment à ce que *le droit et la justice* ne soient nullement dissociés car ils sont interdépendants et progressent de conserve. Après tout, c'est dans la pensée jusnaturaliste que la notion de *justice* a

¹³⁰ S. Weil, *Escritos de Londres y Ultimas Cartas* [*Ecrits de Londres et dernières lettres*, 1942-1943], Madrid, Ed. Trotta, 2000, p. 27-28, 31, 58 et 180. Compte tenu de la «souffrance injustement infligée» aux personnes, il est nécessaire que chacune d'elles évite le mal et conserve le bien dans son âme, se tienne à l'écart de l'injustice, et maintienne et transmette respectueusement la justice; *ibid.*, p. 50.

¹³¹ S. Weil, *Réflexions sur les causes de la liberté et de l'oppression sociale* [1934], Paris, Gallimard, 1955, p. 41-43 et 46 (analyse de l'oppression); S. Weil, *Reflexões sobre as Causas da Liberdade e da Opressão Social* [1934], Lisbonne, Antígona Ed., 2017, p. 51-54 et 57-58 (analyse de l'oppression).

¹³² S. Weil, *Réflexions sur les causes de la liberté et de l'oppression sociale*, *op. cit. supra* note 131, p. 45-46; voir aussi S. Weil, *Reflexões sobre as Causas da Liberdade e da Opressão Social*, *op. cit. supra* note 131, p. 57.

is found, in sum, at the beginning of all *law*, being, moreover, its ultimate end¹³³.

90. The law of nations can only be properly considered together with its foundations, and its basic principles which permeate its whole *corpus juris*, in line of natural law thinking¹³⁴. This has been sustained, along the decades, e.g. by the most lucid Latin American doctrine of international law, from its earlier manifestations in the nineteenth century¹³⁵, until nowadays at the end of the second decade of the twenty-first century¹³⁶. As I have been sustaining over the years, basic principles give expression to the values and ultimate ends of the international legal order,

“so as to guide it and to protect it against the incongruences of State practice, and to fulfil the needs of the international community itself¹³⁷. The principles referred to, in emanating from the human conscience and not from the ‘will’ of States, give expression to the idea of *objective* justice (in the best line of jusnaturalist thinking), to the benefit of the international community as a whole.”¹³⁸

91. In effect, I have been making this point over the years in the case law of the ICJ. For example, one decade ago, in my lengthy separate opinion in the ICJ’s Advisory Opinion (of 22 July 2010) on the *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo*, I singled out, *inter alia*, the relevance of the general principles of international law in the framework of the law of the United Nations, and in relation to the *human ends* of the State (*Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2010 (II)*, pp. 594-607, paras. 177-211), leading furthermore to the overcoming of the strictly inter-State paradigm in contemporary international law. I have recently done so again, in my sepa-

¹³³ A. A. Cançado Trindade, “Reflexiones sobre la Presencia de la Persona Humana en el Contencioso Interestatal ante la Corte Internacional de Justicia: Desarrollos Recientes”, *17 Anuario de los Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, Universidad del País Vasco (2017), pp. 223-271.

¹³⁴ A. A. Cançado Trindade, *Princípios do Direito Internacional Contemporâneo*, 2nd rev. ed., *op. cit. infra* note 138, p. 451.

¹³⁵ Andrés Bello, *Princípios de Derecho Internacional*, 3rd ed., Paris: Libr. de Garnier Hermanos, 1873, pp. 11-12 (the reason, in the light of experience, and keeping in mind the common good).

¹³⁶ A. A. Cançado Trindade, *A Humanização do Direito Internacional*, 2nd rev. ed., Belo Horizonte/Brazil: Edit. Del Rey, 2015, Chap. I, pp. 3-27 (the *recta ratio* in the foundations of *jus gentium* as international law for humankind).

¹³⁷ A. A. Cançado Trindade, “Foundations of International Law: The Role and Importance of Its Basic Principles”, *XXX Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano (2003)*, Washington, DC: OAS General Secretariat, 2004, p. 367.

¹³⁸ A. A. Cançado Trindade, *Princípios do Direito Internacional Contemporâneo*, 2nd rev. ed., Brasília: FUNAG, 2017, p. 452.

toujours occupé une place centrale, guidant le *droit* dans son ensemble. Selon moi, la *justice* se trouve, en somme, au commencement de tout *droit*, dont elle constitue de surcroît la fin ultime¹³³.

90. Le droit des gens ne peut être dûment examiné que s'il est tenu compte de ses fondements, ainsi que de ses principes de base qui imprègnent l'ensemble de son *corpus juris*, conformément à la philosophie du droit naturel¹³⁴. Cette idée a été soutenue, au fil des décennies, notamment par la doctrine de droit international latino-américaine la plus éclairée, de ses premières manifestations au XIX^e siècle¹³⁵ jusqu'à notre époque, alors que s'achève la deuxième décennie du XXI^e siècle¹³⁶. Ainsi que je l'ai affirmé au long des ans, les principes fondamentaux expriment les valeurs et fins ultimes de l'ordre juridique international

«afin de le guider et de le protéger contre les incohérences de la pratique des Etats, et de satisfaire aux besoins de la communauté internationale elle-même¹³⁷. Les principes mentionnés, en ce qu'ils émanent de la conscience humaine et non de la «volonté» d'Etats, traduisent l'idée d'une justice *objective* (dans la droite ligne de la pensée jusnaturaliste), au profit de la communauté internationale dans son ensemble.»¹³⁸

91. Cela fait en effet des années que je défends cette position dans la jurisprudence de la Cour. Il y a dix ans, dans la longue opinion individuelle que j'ai jointe à l'avis consultatif donné par cette juridiction le 22 juillet 2010 sur la question de la *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo*, j'avais ainsi notamment insisté sur la pertinence des principes du droit international dans le cadre du droit de l'ONU, et en lien avec les *fins humaines* de l'Etat (*avis consultatif, C.I.J. Recueil 2010 (II)*, p. 594-607, par. 177-211), en précisant qu'ils permettent également de dépasser le paradigme strictement interétatique en droit international contemporain. Je l'ai réaffirmé

¹³³ A. A. Cançado Trindade, «Reflexiones sobre la Presencia de la Persona Humana en el Contencioso Interestatal ante la Corte Internacional de Justicia: Desarrollos Recientes», *Anuario de los Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, Universidad del País Vasco (2017), vol. 17, p. 223-271.

¹³⁴ A. A. Cançado Trindade, *Princípios do Direito Internacional Contemporâneo*, 2^e éd. rév., *op. cit. infra* note 138, p. 451.

¹³⁵ Andrés Bello, *Princípios de Derecho Internacional*, 3^e éd., Paris, Libr. de Garnier Hermanos, 1873, p. 11-12 (la raison, à la lumière de l'expérience, et compte tenu du bien commun).

¹³⁶ A. A. Cançado Trindade, *A Humanização do Direito Internacional*, 2^e éd. rév., Belo Horizonte/Brésil, Edit. Del Rey, 2015, ch. I, p. 3-27 (la *recta ratio* aux fondements du *jus gentium* en tant que droit international destiné à l'humanité).

¹³⁷ A. A. Cançado Trindade, «Foundations of International Law: The Role and Importance of Its Basic Principles», *XXX Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano (2003)*, Washington, DC, secrétariat général de l'OEA, 2004, p. 367.

¹³⁸ A. A. Cançado Trindade, *Princípios do Direito Internacional Contemporâneo*, 2^e éd. rév., Brasília, FUNAG, 2017, p. 452.

rate opinion in the ICJ's Advisory Opinion (of 25 February 2019) on the *Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965* (Advisory Opinion, *I.C.J. Reports 2019 (I)*, p. 248, para. 292).

92. Likewise, on another occasion, in my extensive dissenting opinion in the ICJ's Judgment (of 1 April 2011) in the case concerning the *Application of the Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination* (*Georgia v. Russian Federation*), — in which the Court found it had no jurisdiction to examine the application, — I strongly criticized the ICJ's "outdated voluntarist conception" (emphasizing State consent), and drew attention to "the imperatives of the realization of justice at international level" (*Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2011 (I)*, p. 257, para. 44, and cf. p. 294, para. 127). After addressing the need "to overcome the vicissitudes of the 'will' of States" (*ibid.*, p. 314, paras. 188-189), I stressed the importance of general principles of law and fundamental values, standing well above State consent (*ibid.*, p. 316, para. 194)¹³⁹.

93. I further pointed out that the compromissory clause (Art. 22) of the aforementioned Convention should have been interpreted by the ICJ taking into account its nature and material content, in addition to the object and purpose of the Convention, as a human rights treaty (*ibid.*, pp. 265-291, paras. 64-118); as it did not do so, it did not contribute to the realization of justice in the *cas d'espèce*. As I warned in my lecture at the Hague Academy of International Law in 2017, "the basic posture of an international tribunal can only be *principiste*, without making undue concessions to State voluntarism"¹⁴⁰. And I added that the general principles of international law inform and conform the norms and rules of the law of nations, "reflecting the universal juridical conscience; in the evolving *jus gentium*, basic considerations of humanity are of the utmost importance"¹⁴¹.

94. More recently, the issue again marked its presence in respect of the interrelationship between law and justice orienting jurisprudential construction. In my extensive separate opinion appended to the ICJ's aforementioned Advisory Opinion on the *Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965* (of 25 February 2019),

¹³⁹ Such as the fundamental principle of equality and non-discrimination, belonging to the realm of *jus cogens* (para. 195). In the same dissenting opinion, I further recalled that some of the true *prima principia* confer to the international legal order its ineluctable axiological dimension, reveal the values which inspire the *corpus juris* of the international legal order, and, ultimately, provide its foundations themselves. *Prima principia* conform the *substratum* of the international legal order, conveying the idea of an *objective* justice (proper of natural law) (paras. 209 and 211-214).

¹⁴⁰ A. A. Cançado Trindade, "Les tribunaux internationaux et leur mission commune de réalisation de la justice: développements, état actuel et perspectives", 391 *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye* (2017), p. 61.

¹⁴¹ *Ibid.*, p. 59.

récemment, dans l'opinion individuelle que j'ai jointe à l'avis consultatif donné par la Cour le 25 février 2019 sur les *Effets juridiques de la séparation de l'archipel des Chagos de Maurice en 1965 (avis consultatif, C.I.J. Recueil 2019 (I), p. 248, par. 292)*.

92. En une autre occasion, dans ma longue opinion dissidente jointe à l'arrêt rendu le 1^{er} avril 2011 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)* — dans lequel la Cour s'est déclarée incompétente —, j'avais aussi vivement critiqué la «conception volontariste dépassée» (privilégiant le consentement étatique) de la Cour et appelé l'attention sur les «impératifs de réalisation de la justice au niveau international» (*exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2011 (I), p. 257, par. 44, et voir p. 294, par. 127*). Après avoir traité la nécessité «de dépasser les vicissitudes de la «volonté» des Etats» (*ibid.*, p. 314, par. 188-189), j'avais mis en exergue l'importance des principes généraux du droit et des valeurs fondamentales, qui priment largement ledit consentement (*ibid.*, p. 316, par. 194)¹³⁹.

93. J'avais également dit que la Cour aurait dû interpréter la clause compromissaire (art. 22) de la convention en cause en tenant compte de la nature et du contenu matériel de cet instrument, ainsi que de son objet et de son but, en tant que traité relatif aux droits de l'homme (*ibid.*, p. 265-291, par. 64-118); en ne le faisant pas, la Cour n'a pas favorisé la réalisation de la justice dans cette affaire. Or, comme je l'ai souligné dans un cours dispensé à l'Académie de droit international de La Haye en 2017, «la position fondamentale d'un tribunal international ne peut être que principiste, sans faire de concessions injustifiées au volontarisme des Etats»¹⁴⁰. En outre, les principes généraux du droit international éclairent et encadrent les normes et règles du droit des gens, «étant une manifestation de la conscience juridique universelle; dans le *jus gentium* en évolution, les considérations fondamentales de l'humanité jouent un rôle de la plus haute importance»¹⁴¹.

94. Plus récemment, la question est réapparue à propos de l'interdépendance du droit et de la justice guidant la construction jurisprudentielle. Dans ma longue opinion individuelle jointe à l'avis consultatif précité du 25 février 2019 sur les *Effets juridiques de la séparation de l'archipel des Chagos de Maurice en 1965*, j'ai notamment vivement critiqué

¹³⁹ Par exemple le principe fondamental d'égalité et de non-discrimination, qui fait partie du domaine du *jus cogens* (par. 195). Dans la même opinion dissidente, j'ai également rappelé que certains des véritables *prima principia* confèrent à l'ordre juridique international son inéluctable dimension axiologique, révèlent les valeurs qui inspirent le *corpus juris* de celui-ci et, en fin de compte, en fournissent les fondements mêmes. Les *prima principia* constituent le *substratum* de cet ordre, véhiculant l'idée d'une justice *objective* (propre au droit naturel) (par. 209 et 211-214).

¹⁴⁰ A. A. Cançado Trindade, «Les tribunaux internationaux et leur mission commune de réalisation de la justice: développements, état actuel et perspectives», *RCADI* (2017), vol. 391, p. 61.

¹⁴¹ *Ibid.*, p. 59.

I have, *inter alia*, strongly criticized any attempt to limit the meaning and scope of application of general principles of law; I have pondered that

“The addition, in Article 38 (1) (c) of the PCIJ/ICJ Statute, to general principles of law, of the qualification ‘recognized by civilized nations’, was, in my perception, distracted, done without reflection and without a minimal critical spirit, — keeping in mind that in 1920, in 1945, and nowadays, it was and remains impossible to determine which are the ‘civilized nations’. No country is to consider itself as essentially ‘civilized’; we can only identify the ones which behave in a ‘civilized’ way for some time, and while they so behave.

In my view, the aforementioned qualification was added to the ‘general principles of law’ in Article 38 of the Statute of the PCIJ in 1920 by mental lethargy, and was maintained in the Statute of the ICJ in 1945, wherein it remains until now (beginning of 2019), by mental inertia, and without a critical spirit. We ought to have some more courage and humility, much needed, in relation to our human condition, given the notorious human propensity to unlimited cruelty. From the ancient Greek tragedies to contemporary ones, human existence has always been surrounded by tragedy. Definitively, there do not exist nations or countries ‘civilized’ *per se*, but only those which behave in a civilized way for some time, and while they so behave.”¹⁴² (*Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2019 (I)*, pp. 248-249, paras. 293-294.)

95. Very recently, in the case of *Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Ukraine v. Russian Federation)*, I pointed out, in my separate opinion, that

“The prevalence of human beings over States marked presence in the writings of the ‘founding fathers’ of the law of nations, already attentive to the need of redress for the harm done to the human person. This concern mark presence in the writings of the ‘founding fathers’ of the sixteenth century, namely: Francisco de Vitoria (*Second Relectio — De Indis*, 1538-1539)¹⁴³; Juan de la Peña (*De Bello*

¹⁴² “Civilized” countries can be conceptualized as being those which fully respect and secure, in their respective jurisdictions, the free and full exercise of the rights of individuals and peoples, to the extent and while they so respect and secure them, — this being, ultimately, the best measure of the degree of “civilization attained”; A. A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, Vol. II, *op. cit. supra* note 77, p. 344.

¹⁴³ Already in his pioneering writings, F. de Vitoria conceived the law of nations (*droit des gens*) as regulating an international community (*totus orbis*) comprising human beings organized socially in emerging States and conforming humanity; the reparation of violations of their rights reflected an international necessity addressed by the law of nations (*droit des gens*), with the same principles de *justice* applying likewise to States and indi-

toute tentative de limiter la signification et le champ d'application des principes généraux de droit, précisant ce qui suit :

«A mon sens, la qualification des «principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées», à l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la CPJI/CIJ, a été ajoutée par distraction, sans réflexion ni le moindre esprit critique. En effet, aussi bien en 1920 qu'en 1945, voire de nos jours, il était et reste impossible de déterminer quelles sont les «nations civilisées». Aucun pays ne peut se considérer comme «civilisé» par essence; il est seulement possible d'identifier les pays qui se conduisent de façon «civilisée» dans une situation donnée et à cette occasion uniquement.

A mon avis, cette qualification a été ajoutée à l'article 38 du Statut de la CPJI en 1920 par léthargie intellectuelle, et a été maintenue dans le Statut de la CIJ en 1945 jusqu'à nos jours (début 2019) par inertie mentale et manque d'esprit critique. Nous devons vraiment faire montre de plus de courage et d'humilité en ce qui concerne notre condition humaine, surtout au vu de notre tristement célèbre propension à la cruauté sans limites. En effet, des pièces d'Eschyle aux drames contemporains, l'existence humaine a toujours été marquée du sceau du tragique. C'est pourquoi il est impossible de parler de nations «civilisées» en soi, mais seulement de pays qui se conduisent de façon «civilisée» dans une situation donnée et à cette occasion uniquement.»¹⁴² (*Avis consultatif, C.I.J. Recueil 2019 (I)*, p. 248-249, par. 293-294.)

95. Très récemment, en l'affaire relative à l'*Application de la convention internationale pour la répression du financement du terrorisme et de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Ukraine c. Fédération de Russie)*, j'ai souligné ce qui suit dans mon opinion individuelle :

«La prééminence de la personne humaine sur l'Etat ressort clairement des écrits des «pères fondateurs» du droit des gens, déjà attentifs à la nécessité de voir réparer tout tort causé à la personne humaine. Ce souci de justice trouve expression dans la littérature des «pères fondateurs» du XVI^e siècle, à savoir Francisco de Vitoria (*Relectio De Indis*, 1538-1539)¹⁴³; Juan de la Peña (*De Bello contra*

¹⁴² Les pays «civilisés» peuvent être définis comme ceux qui respectent et protègent pleinement le libre et plein exercice des droits des personnes et des peuples qui se trouvent sous leurs juridictions respectives, mais dans la mesure que revêtent ce respect et cette protection et tant qu'ils perdurent — ce qui est, finalement, le meilleur critère pour juger du degré de «civilisation» atteint; A. A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. II, *op. cit. supra* note 77, p. 344.

¹⁴³ Déjà dans ses ouvrages de pionnier, Francisco de Vitoria considérait que le droit des gens venait régler une communauté internationale (*totus orbis*) d'êtres humains organisés socialement en Etats naissants et composant l'humanité; la réparation des violations de leurs droits traduisait une nécessité internationale voulue par le droit des gens, les mêmes principes de *justice* s'appliquant de la même manière aux Etats et aux individus, et

contra Insulanos, 1545); Bartolomé de Las Casas (*De Regia Potestate*, 1571); Juan Roa Dávila (*De Regnorum Justitia*, 1591); and Alberico Gentili (*De Jure Belli*, 1598).

Attention to the need of redress is likewise present in the writings of the ‘founding fathers’ of the following seventeenth century, namely: Juan Zapata y Sandoval (*De Justitia Distributiva et Acceptione Personarum ei Opposita Disceptatio*, 1609); Francisco Suárez (*De Legibus ac Deo Legislatore*, 1612); Hugo Grotius (*De Jure Belli ac Pacis*, 1625, Book II, Chap. 17); and Samuel Pufendorf (*Elementorum Jurisprudentiae Universalis — Libri Duo*, 1672; and *On the Duty of Man and Citizen According to Natural Law*, 1673); and is also present in the writings of other thinkers of the eighteenth century. This is to be kept in mind.” (*Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2019 (II)*, p. 640, paras. 40-41.)

96. Nowadays we are fortunate to live in the era of international tribunals, created for the exercise of the common mission of realization of justice. Overcoming an outdated State voluntarist conception, they have been contributing to the expansion of international jurisdiction, responsibility, personality and capacity, to the benefit of humankind, — as I have been pointing out over the years in successive writings¹⁴⁴. The advances achieved so far are due to the awareness that human conscience stands above the “will”.

97. May I here furthermore recall that, in my understanding, an international tribunal is entitled, besides settling disputes, to state what the law is (*juris dictio*), keeping in mind that contemporary international law applies directly to States, international organizations, peoples and individuals, as well as humankind¹⁴⁵. It is necessary to keep in mind that

“The work of contemporary international tribunals can thus be evaluated from the perspective of the *justiciables* themselves¹⁴⁶. In pursuing their common objective, reassuring progress has been made . . . again from the perspective of the *justiciables*. This present-day development is highly significant, driven by the awakening of human conscience to its importance; and as I have emphasized over

viduals and peoples conforming them. Cf. A. A. Cançado Trindade, “*Totus Orbis: A Visão Universalista e Pluralista do Jus Gentium: Sentido e Atualidade da Obra de Francisco de Vitoria*”, 24 *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, Rio de Janeiro (2008), note 32, pp. 197-212.

¹⁴⁴ For a recent general study, cf. A. A. Cançado Trindade, *Os Tribunais Internacionais e a Realização da Justiça*, 3rd rev. ed., Belo Horizonte/Brazil: Edit. Del Rey, 2019, pp. 3-514, and extensive bibliography contained therein; and cf. also, *inter alia*, e.g. A. A. Cançado Trindade, “A Consciência sobre a Vontade: Os Tribunais Internacionais e a Humanização do Direito Internacional”, 73 *Revista da Faculdade de Direito da UFMG* (2018), pp. 827-860.

¹⁴⁵ Cf. A. A. Cançado Trindade, “Les tribunaux internationaux et leur mission commune de réalisation de la justice: développements, état actuel et perspectives”, *op. cit. supra* note 140, pp. 62 and 68, and cf. pp. 95-96.

¹⁴⁶ *Ibid.*

Insulanos, 1545); Bartolomé de Las Casas (*De Regia Potestate*, 1571); Juan Roa Dávila (*De Regnorum Justitia*, 1591); et Alberico Gentili (*De Jure Belli*, 1598).

On retrouve également l'expression de ce souci de réparation dans les ouvrages des «pères fondateurs» du XVII^e siècle, à savoir Juan Zapata y Sandoval (*De Justitia Distributiva et Acceptione Personarum ei Opposita Disceptatio*, 1609); Francisco Suárez (*De Legibus ac Deo Legislatore*, 1612); Hugo Grotius (*De Jure Belli ac Pacis*, 1625, livre II, chap. 17); et Samuel Pufendorf (*Elementorum Jurisprudentiae Universalis — Libri Duo*, 1672; et *Les Droits de l'Homme du citoyen, tels qu'ils lui sont prescrits par la loi naturelle*, 1673), sans oublier les écrits d'autres penseurs du XVIII^e siècle.» (*Exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2019 (II)*, p. 640, par. 40-41.)

96. Nous avons aujourd'hui la chance de vivre à l'ère des tribunaux internationaux, créés aux fins de la mission commune de réalisation de la justice. Dépassant une conception étatique volontariste obsolète, ces juridictions contribuent à l'expansion des compétence, responsabilité, personnalité et capacité internationales, dans l'intérêt de l'humanité, ainsi que je l'ai souligné au fil des ans dans mes écrits successifs¹⁴⁴. Les avancées ayant été accomplies jusqu'à présent n'auraient pu l'être si l'on avait ignoré que la conscience humaine primait la «volonté».

97. Je me permets en outre de rappeler ici que, selon moi, en plus d'être habilité à régler des différends, un tribunal international peut dire le droit (*juris dictio*), en gardant à l'esprit que le droit des gens contemporain s'applique directement aux Etats, organisations internationales, peuples et personnes, ainsi qu'à l'humanité¹⁴⁵. Il ne faut pas perdre de vue que

«[J]e travail des tribunaux internationaux contemporains peut donc être apprécié de la perspective des *justiciables* eux-mêmes¹⁴⁶. Dans la quête de leur mission commune, des avancées rassurantes ont été accomplies ... toujours de la perspective des *justiciables*. Il y a là un développement actuel très significatif, qui émane de l'éveil de la conscience humaine à son importance; et comme je l'ai souligné au

populations qui constituent ceux-ci. Voir. A. A. Cançado Trindade, «*Totus Orbis: A Visão Universalista e Pluralista do Jus Gentium: Sentido e Atualidade da Obra de Francisco de Vitoria*», *Revista da Academia Brasileira de Letras Juridicas*, Rio de Janeiro (2008), vol. 24, note 32, p. 197-212.

¹⁴⁴ Pour une étude générale récente, voir A. A. Cançado Trindade, *Os Tribunais Internacionais e a Realização da Justiça*, 3^e éd. rév., Belo Horizonte/Brésil, Edit. Del Rey, 2019, p. 3-514, et la riche bibliographie qui y figure; voir aussi, entre autres, A. A. Cançado Trindade, «A Consciência sobre a Vontade: Os Tribunais Internacionais e a Humanização do Direito Internacional», *Revista da Faculdade de Direito da UFMG* (2018), vol. 73, p. 827-860.

¹⁴⁵ Voir A. A. Cançado Trindade, «Les tribunaux internationaux et leur mission commune de réalisation de la justice: développements, état actuel et perspectives», *op. cit. supra* note 140, p. 62 et 68; voir aussi p. 95-96.

¹⁴⁶ *Ibid.*

the years, human conscience is the ultimate material source of all law . . .

The co-existence of multiple international tribunals in contemporary international law has considerably expanded the number of *justiciables*, in all parts of the world, even under the most adverse conditions . . . The co-ordinated and harmonious operation of contemporary international tribunals is a sign of the times, . . . and of hope for a world with more justice.”¹⁴⁷

98. After all, the foundations of international law emanate clearly from human conscience, the universal juridical conscience, and not from the so-called “will” of individual States. Judicial settlement nowadays extends itself significantly to all domains of contemporary international law, and the present co-existence of international tribunals has considerably enlarged the number of *justiciables* in all parts of the world even under the most adverse conditions, in an essential and indispensable step to the realization of justice at international level¹⁴⁸.

99. In effect, in its case law, the ICJ has not yet devoted sufficient attention to the general principles of law; in my perception, it has unduly given much importance to State “consent”, an attitude that I have constantly criticized. In my understanding, general principles of law are in the foundations themselves of international law, being essential for the realization of justice. Moreover, in our times, even the difficulties in the labour of the ICJ in given cases ought to be considered in the larger framework, — besides the expansion of the international *jurisdiction*, — of the concomitant expansion of the international legal *personality* as well as of the international *responsibility*, — and the mechanisms of implementation of this latter.

100. Such expansion (of international jurisdiction, legal personality and capacity, and responsibility), characteristic of our times, comes on its part to foster the encouraging historical process in course of the *humanization* of international law¹⁴⁹. There have been cases with true advances with the necessary overcoming of persisting difficulties¹⁵⁰, discarding the dogmas of the past. The rights of the human person have been effectively

¹⁴⁷ Cf. *op. cit. supra* note 140, pp. 70-71.

¹⁴⁸ Cf. *ibid.*, pp. 94 and 101.

¹⁴⁹ Cf. A. A. Cançado Trindade, *A Humanização do Direito Internacional*, 2nd rev. ed., *op. cit. supra* note 111, pp. 3-789; A. A. Cançado Trindade, “La Humanización del Derecho Internacional en la Jurisprudencia y la Doctrina: Un Testimonio Personal”, *Derecho Internacional Público — Obra Jurídica Enciclopédica* (ed. L. Ortiz Ahlf), Mexico: Ed. Porrúa/Escuela Libre de Derecho, 2012, pp. 85-102.

¹⁵⁰ In some decisions over the last decade, the ICJ has known to go beyond the inter-State dimension, in rendering justice, for example: in *Ahmadou Sadio Diallo* ((*Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo*), *Merits, Judgment, I.C.J. Reports 2010 (II)*, p. 639); and on reparations, of 19 June 2012 (*Compensation, Judgment, I.C.J. Reports 2012 (I)*, p. 324); both with my corresponding separate opinions); and case of *Frontier*

fil des ans, la conscience humaine est la source *matérielle* ultime de tout droit...

La coexistence, dans le droit international contemporain, de multiples tribunaux internationaux a considérablement élargi le nombre de *justiciables*, dans toutes les parties du monde, même dans les conditions les plus défavorables... L'opération coordonnée et harmonieuse des tribunaux internationaux contemporains est un signe de notre époque ... et de l'espoir dans la construction d'un monde avec plus de justice.»¹⁴⁷

98. Les fondements du droit international émanent en effet clairement de la conscience humaine, conscience juridique universelle, et non de la prétendue «volonté» d'Etats individuels. De nos jours, le règlement judiciaire s'applique de manière significative à tous les domaines du droit international contemporain, et le fait que la coexistence actuelle de tribunaux internationaux a considérablement accru le nombre de *justiciables* dans toutes les parties du monde, y compris dans les conditions les plus défavorables, constitue une étape essentielle et indispensable à la réalisation de la justice au niveau international¹⁴⁸.

99. De fait, dans sa jurisprudence, la Cour n'a pas accordé une attention suffisante aux principes généraux du droit; selon moi, elle a indûment fait grand cas du «consentement» de l'Etat, attitude que je n'ai cessé de critiquer. A mon sens, lesdits principes se trouvent aux fondements mêmes du droit international, en ce qu'ils sont essentiels à la réalisation de la justice. Au surplus, à notre époque, même les difficultés rencontrées par la Cour dans ses travaux en des affaires données devraient être considérées dans le cadre plus large comprenant, outre l'expansion de la *compétence* internationale, l'expansion concomitante de la *personnalité* juridique internationale ainsi que de la *responsabilité* internationale, et les mécanismes de mise en œuvre de cette dernière.

100. Cette expansion (de la compétence internationale, des personnalité et capacité juridiques internationales, et de la responsabilité internationale), caractéristique de notre époque, vient favoriser l'encourageant processus historique en cours de l'*humanisation* du droit international¹⁴⁹. Il y a eu des affaires en lesquelles de véritables avancées ont été réalisées, ce qui imposait de surmonter certaines difficultés persistantes¹⁵⁰, en écartant les dogmes du

¹⁴⁷ Cf. *op. cit. supra* note 140, p. 70-71.

¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 94 et 101.

¹⁴⁹ Voir A. A. Cançado Trindade, *A Humanização do Direito Internacional*, 2^e éd. rév., *op. cit. supra* note 111, p. 3-789; A. A. Cançado Trindade, «La Humanización del Derecho Internacional en la Jurisprudencia y la Doctrina: Un Testimonio Personal», *Derecho Internacional Público — Obra Jurídica Enciclopédica* (sous la dir. de L. Ortiz Ahlf), Mexico, Ed. Porrúa/Escuela Libre de Derecho, 2012, p. 85-102.

¹⁵⁰ Dans certaines de ses décisions des dix dernières années, la Cour a su transcender la dimension interétatique en rendant justice, notamment en l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)* (fond, arrêt, C.I.J. Recueil 2010 (II), p. 639) (indemnisation, arrêt, C.I.J. Recueil 2012 (I), p. 324), arrêts auxquels j'ai joint une opinion individuelle, et en l'affaire du *Différend frontalier*

marking presence also in the framework of the ICJ's traditional inter-State *contentieux*.

IX. EPILOGUE: FINAL CONSIDERATIONS

101. With these considerations in mind, may I now proceed, last but not least, to a brief recapitulation of the main points that I have deemed fit to make, in the present separate opinion, in respect of the lack of foundation of so-called “countermeasures”, as raised by the appellant States in the *cas d’espèce*. *Primus*: It may be recalled that, during the 1990s, in the several years of its work on the elaboration followed by the adoption of its Articles on State Responsibility (in 2001), the members of the International Law Commission consumed much time facing some resistance to certain innovations inserted into the draft, in particular that of “countermeasures”, found by some participants as not being in accordance with the foundations of the law of nations.

102. *Secundus*: The same occurred in the corresponding debates of delegates in the VI Committee of the UN General Assembly, likewise critical of “countermeasures”. *Tertius*: The awareness of the importance and the prevalence of the imperative of judicial settlement of international disputes, and the support for the imperative of such prevalence over the State’s “will”, has found support in international legal thinking as from the beginning of the era of international tribunals.

103. *Quartus*: It is important to keep in mind the reflections on international legal thinking and the prevalence of *recta ratio* (human conscience) over the “will”. *Quintus*: In the history of international legal thinking, it is also important to keep in mind that the identification of *recta ratio* as appeared in the writings of the “founding fathers” of international law during the sixteenth and seventeenth centuries, in the realm of natural law. *Sextus*: Each subject of law is to behave with justice, in conformity with the principles of *recta ratio*, which emanate from human conscience, asserting the ineluctable relationship between law and ethics.

104. *Septimus*: Natural law reflects the principles of *recta ratio*, where justice has its foundations. *Octavus*: The legal order of the international community (*totus orbis*) has primacy over the “will” of each individual State, being coextensive with humankind itself. *Nonus*: The new *jus gentium*, securing the unity of *societas gentium*, provided the foundations — emanating from a *lex praeceptiva* of natural law — for the *totus orbis*, capable of being found by the *recta ratio* inherent to humankind.

Dispute (Burkina Faso v. Niger) (Judgment, I.C.J. Reports 2013, p. 44), Judgment on the merits, of 16 April 2013; also with my corresponding separate opinion); among others.

passé. Les droits de la personne humaine ont bel et bien fait leur entrée également dans le cadre du contentieux interétatique traditionnel de la Cour.

IX. ÉPILOGUE: CONSIDÉRATIONS FINALES

101. En gardant ces considérations à l'esprit, j'en viens à une brève récapitulation finale — mais néanmoins importante — des principaux points que j'ai jugé bon de soulever dans la présente opinion individuelle au sujet de l'absence de fondement de ce que l'on appelle les «contre-mesures», et dont les Etats appelants se sont autorisés dans les deux présentes affaires. *Primo*: il convient de rappeler que, tout au long des années 1990, dans le cadre de l'élaboration puis de l'adoption (en 2001) du projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat, les membres de la CDI ont consacré un temps considérable à contrer la résistance opposée à l'insertion dans ce projet de certaines innovations, en particulier celle des «contre-mesures», que d'aucuns ne jugeaient pas conformes aux fondements du droit des gens.

102. *Secundo*: il en est allé de même dans les débats subséquents tenus sur le sujet par les représentants à la Sixième Commission, qui ont eux aussi critiqué les «contre-mesures». *Tertio*: la conscience de l'importance et de la primauté de l'impératif du règlement judiciaire des différends internationaux, ainsi que de la nécessité de préserver cette primauté sur la «volonté» de l'Etat, a été reconnue dans la pensée juridique internationale depuis le commencement de l'ère des tribunaux internationaux.

103. *Quarto*: il importe de garder à l'esprit les réflexions concernant la pensée juridique internationale et la primauté de la *recta ratio* (conscience humaine) sur la «volonté». *Quinto*: dans l'histoire de la pensée juridique internationale, il ne faut pas perdre de vue que la *recta ratio* a été reconnue comme faisant partie du domaine du droit naturel dès les écrits, remontant aux XVI^e et XVII^e siècles, des «pères fondateurs» du droit international. *Sexto*: chaque sujet de droit doit se comporter de manière juste, conformément aux principes de la *recta ratio*, qui émanent de la conscience humaine, affirmant le lien inéluctable entre le droit et l'éthique.

104. *Septimo*: le droit naturel reflète les principes de la *recta ratio*, où la justice trouve ses fondements. *Octavo*: l'ordre juridique de la communauté internationale (*totus orbis*) prime la «volonté» de chaque Etat individuel, car il s'identifie avec l'humanité elle-même. *Nono*: le nouveau *ius gentium*, qui préserve l'unité de la *societas gentium*, a jeté les bases — émanant d'une *lex praeceptiva* du droit naturel — du *totus orbis*, susceptible d'être constaté par la *recta ratio* inhérente à l'humanité.

(*Burkina Faso/Niger*) (arrêt, C.I.J. Recueil 2013, p. 44), arrêt auquel j'ai également joint une opinion individuelle.

105. *Decimus*: On the other hand, as from the end of the nineteenth century and in the first decades of the twentieth century, voluntarist positivism, grounded on the consent or “will” of States, envisaged a strictly inter-State law, ineluctably subservient to power, leading to devastating consequences against human beings. *Undecimus*: The present cases (ICAOA and ICAOB) before the ICJ once again show that international adjudication can only be properly undertaken from a humanist perspective, necessarily avoiding the pitfalls of an outdated and impertinent State voluntarist outlook.

106. *Duodecimus*: *Recta ratio* and the jusnaturalist thinking in international law have never faded away until our times, as a perennial reaction of human conscience against the subservience and cowardice of legal positivism and the breaches of the rights of human beings. *Tertius decimus*: The foundations and validity of the law of nations can only be properly approached as from the *universal juridical conscience*, in conformity with the *recta ratio*.

107. *Quartus decimus*: Human conscience stands well above the “will” of States, and the law of nations is grounded by *recta ratio* and guided by general principles of law and human values. *Quintus decimus*: Voluntarism and positivism have rendered a disservice to international law, and “countermeasures” are an unacceptable deconstruction to be avoided. *Sextus decimus*: The universal rights of human beings stand against the arbitrary manifestations of State power, in acknowledgement of the importance of fundamental principles of international law.

108. *Septimus decimus*: Awareness of, and respect for, the fundamental principles of international law are essential for the prevalence of rights; legal positivists mistakenly identified the principles with the norms emanating therefrom. *Duodevicesimus*: Voluntarist positivism was unable to explain the process of formation of the norms of general international law; in effect, the emancipation of human persons vis-à-vis their own State as well as of peoples in the law of nations have occurred even before the lack of awareness of legal positivists.

109. *Undevicesimus*: The evolution of the law of nations conforms a *corpus juris gentium* that has advanced the prevalence of human conscience (*recta ratio*) over the “will” of States. *Vicesimus*: The present cases (ICAOA and ICAOB) before the ICJ leave it clear that so-called “countermeasures” provide no legal ground whatsoever for any legal action. *Vicesimus primus*: It is essential to remain attentive to universal principles and values, to the ineluctable interrelationship between law and justice; the international community cannot prescind from universal principles and values of the law of nations, in light of the universal conception of the *droit des gens*.

110. *Vicesimus secundus*: General principles of law are a manifestation of the universal juridical conscience. *Vicesimus tertius*: The common mission in the work of contemporary international tribunals can be properly appreciated from the perspectives of the *justiciabiles* themselves. *Vicesimus*

105. *Decimo*: à l'inverse, à compter de la fin du XIX^e siècle et au cours des premières décennies du XX^e siècle, le positivisme volontariste, fondé sur le consentement ou la «volonté» des Etats, a envisagé un droit strictement interétatique, inéluctablement asservi au pouvoir, ce qui a entraîné des conséquences dévastatrices pour les êtres humains. *Undecimo*: les présentes affaires ICAOA et ICAOB portées devant la Cour démontrent une nouvelle fois que l'on ne peut procéder correctement au règlement judiciaire international qu'en se plaçant dans une perspective humaniste, indispensable pour éviter les écueils d'un volontarisme étatique dépassé et oiseux.

106. *Duodecimo*: la *recta ratio* et la ligne de pensée jusnaturaliste en droit international n'ont jamais faibli jusqu'à nos jours, en tant que réaction perpétuelle de la conscience humaine contre la servilité et la couardise du positivisme juridique et les violations des droits des êtres humains. *Tertio decimo*: les fondements et la validité du droit des gens ne peuvent être abordés comme il se doit qu'à partir de la *conscience juridique universelle*, conformément à la *recta ratio*.

107. *Quarto decimo*: la conscience humaine prévaut largement sur la «volonté» des Etats, et le droit des gens est fondé sur la *recta ratio* et guidé par les principes généraux du droit ainsi que par les valeurs humaines. *Quinto decimo*: le volontarisme et le positivisme ont desservi le droit international, et les «contre-mesures» constituent une déconstruction inacceptable qu'il y a lieu d'éviter. *Sexto decimo*: les droits universels des êtres humains s'opposent aux manifestations arbitraires de la puissance de l'Etat, témoignant de l'importance des principes fondamentaux du droit international.

108. *Septimo decimo*: la connaissance et le respect des principes fondamentaux du droit international sont essentiels à la primauté des droits; les tenants du positivisme juridique ont fait l'amalgame entre les principes et les normes qui en découlent. *Duodevicesimo*: le positivisme volontariste a été incapable d'expliquer le processus de formation des normes du droit international général; de fait, l'émancipation des personnes vis-à-vis de leur propre Etat et celle des peuples en droit des gens se sont produites avant même que les positivistes ne perdent de vue cette évolution.

109. *Undevicesimo*: l'évolution du droit des gens constitue un *corpus juris gentium* qui a fait progresser la primauté de la conscience humaine (*recta ratio*) sur la «volonté» des Etats. *Vicesimo*: il ressort à l'évidence des présentes affaires ICAOA et ICAOB portées devant la Cour que les prétendues «contre-mesures» ne fournissent pas le moindre motif juridique pour une quelconque action juridique. *Vicesimo primo*: il est essentiel de demeurer attentif aux principes et valeurs universels, à l'interdépendance inéluctable du droit et de la justice; la communauté internationale ne peut faire abstraction des principes et valeurs universels du droit des gens, à la lumière de la conception universelle de celui-ci.

110. *Vicesimo secundo*: les principes généraux du droit sont une manifestation de la conscience juridique universelle. *Vicesimo tertio*: la mission commune des tribunaux internationaux contemporains peut être appréciée, dans les travaux correspondants, du point de vue des *justiciables*

quartus: The law of nations orients nowadays law and justice together, to the satisfaction of the needs and aspirations of human beings, of peoples and of humankind as a whole.

111. *Vicesimus quintus*: The rights of the human person have been effectively marking presence also in the framework of the ICJ's traditional inter-State *contentieux*. *Vicesimus sextus*: Law and justice are inter-related and advance together; after all, it is in jusnaturalist thinking that the notion of justice has always occupied a central position, orienting law as a whole. *Vicesimus septimus*: The foundations of international law emanate clearly from human conscience, the universal juridical conscience, and not from the so-called "will" of individual States.

112. *Vicesimus octavus*: On the other hand, legal positivists remain unaware even of the dangers of the unbalance between law and justice in their own outlook, and do not consider the legal effects of their indifference. *Vicesimus nonus*: The ICJ cannot remain hostage of State consent; it has to make sure that it is the imperative of realization of justice which prevails. *Trigesimus*: The traditional inter-State outlook of international law has surely been overcome, with the expansion of international legal personality encompassing nowadays, besides States, international organizations, individuals and peoples, as well as humankind.

113. *Trigesimus primus*: Such expansion, characteristic of our times, — encompassing altogether international jurisdiction, legal personality and capacity, and responsibility, — comes on its part to foster the encouraging historical process in course of the *humanization* of international law. *Trigesimus secundus*: It is important to keep on believing in human reason, in *recta ratio*, and in the capacity of human beings to extract lessons from historical experience, in the permanent endeavours towards the realization of justice.

114. *Trigesimus tertius*: After all, it is further to be kept in mind that fundamental principles of law lie on the very foundations of the international legal system itself, being essential for the realization of justice. *Trigesimus quartus*: The present cases of ICAOA and ICAOB reveal the importance of the awareness of the historical formation of the law of nations, as well as of the needed faithfulness of the ICJ to the realization of justice, which clearly prevails over the "will" of States.

(Signed) Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE.

eux-mêmes. *Vicesimo quarto* : le droit des gens guide aujourd'hui conjointement le droit et la justice, pour satisfaire aux besoins et aspirations des êtres humains, des peuples et de l'humanité dans son ensemble.

111. *Vicesimo quinto* : les droits de la personne humaine ont bel et bien fait leur entrée également dans le cadre du contentieux interétatique traditionnel de la Cour. *Vicesimo sexto* : le droit et la justice sont interdépendants et progressent de conserve; après tout, c'est dans la pensée jusnaturaliste que la notion de justice a toujours occupé une place centrale, guidant le droit dans son ensemble. *Vicesimo septimo* : les fondements du droit international émanent clairement de la conscience humaine, conscience juridique universelle, et non de la prétendue «volonté» d'Etats individuels.

112. *Vicesimo octavo* : à l'inverse, les tenants du positivisme juridique ne semblent toujours pas avoir même conscience des dangers que pose le déséquilibre entre le droit et la justice dans leur propre perspective, et ne s'intéressent pas aux effets juridiques de leur indifférence. *Vicesimo nono* : la Cour ne peut demeurer l'otage du consentement étatique; elle doit s'assurer que c'est l'impératif de la réalisation de la justice qui prévaut. *Trigesimo* : la traditionnelle perspective interétatique du droit international a assurément été transcendée, avec l'expansion de la personnalité juridique internationale qui englobe aujourd'hui, outre les Etats, les organisations internationales, les personnes et les peuples, ainsi que l'humanité.

113. *Trigesimo primo* : cette expansion, qui est caractéristique de notre époque et englobe tout à la fois la compétence internationale, les personnes et capacités juridiques internationales ainsi que la responsabilité internationale, vient quant à elle favoriser l'encourageant processus historique en cours de l'*humanisation* du droit international. *Trigesimo secundo* : il importe de continuer de croire en la raison humaine, la *recta ratio*, et en la capacité des êtres humains à tirer des enseignements de l'expérience historique, dans la quête permanente de réalisation de la justice.

114. *Trigesimo tertio* : en fin de compte, il faut également se rappeler que les principes élémentaires du droit se trouvent aux fondements mêmes du système juridique international proprement dit, en ce qu'ils sont essentiels à la réalisation de la justice. *Trigesimo quarto* : les présentes affaires ICAOA et ICAOB révèlent l'importance que revêtent la connaissance de la formation historique du droit des gens ainsi que la nécessité, pour la Cour, de rester fidèle à la réalisation de la justice, qui prime clairement la «volonté» des Etats.

(Signé) Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE.
