

SEPARATE OPINION
OF JUDGE CANÇADO TRINDADE

TABLE OF CONTENTS

	<i>Paragraphs</i>
I. <i>PROLEGOMENA</i>	1-3
II. BASIS OF JURISDICTION: ITS IMPORTANCE FOR THE PROTECTION OF THE VULNERABLE UNDER UN HUMAN RIGHTS CONVENTIONS	4-10
III. THE RATIONALE OF THE COMPROMISSORY CLAUSE OF THE CERD CONVENTION (ARTICLE 22)	11-28
1. Compromissory clause and the <i>justiciables</i> ' right of access to justice	12-24
2. Compromissory clause within a victim-oriented human rights convention	25-28
IV. RATIONALE OF THE LOCAL REMEDIES RULE IN INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS PROTECTION: PROTECTION AND REDRESS, RATHER THAN EXHAUSTION	29-43
1. Undue invocation of the rule, in the case of <i>Application of the CERD Convention</i> , opposing Qatar to UAE	30-32
2. Undue invocation of the rule, in the case of <i>Application of the CERD Convention</i> , opposing Ukraine to Russian Federation	33-38
3. The overriding importance of redress	39-43
V. THE RELEVANCE OF JURISDICTION IN FACE OF THE NEED TO SECURE PROTECTION TO THOSE IN SITUATIONS OF VULNERABILITY	44-51
1. Protection in face of vulnerability	45-48
2. Protection against arbitrariness	49-51
VI. CONCLUDING CONSIDERATIONS	52-68
VII. EPILOGUE: A RECAPITULATION	69-78

OPINION INDIVIDUELLE
DE M. LE JUGE CANÇADO TRINDADE

[Traduction]

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
I. PROLÉGOMÈNES	1-3
II. DE LA BASE DE COMPÉTENCE: SON IMPORTANCE DU POINT DE VUE DE LA PROTECTION GARANTIE AUX PERSONNES VULNÉRABLES PAR LES CONVENTIONS DES NATIONS UNIES RELATIVES AUX DROITS DE L'HOMME	4-10
III. DE LA RAISON D'ÊTRE DE LA CLAUSE COMPROMISSOIRE DE LA CIEDR (ARTICLE 22)	11-28
1. De la clause compromissoire et du droit d'accès à la justice du justiciable	12-24
2. De la clause compromissoire dans une convention relative aux droits de l'homme axée sur les victimes	25-28
IV. DE LA RAISON D'ÊTRE DE LA RÈGLE DE L'ÉPUISEMENT DES VOIES DE RECOURS INTERNES DANS LA PROTECTION INTERNATIONALE DES DROITS DE L'HOMME: PROTECTION ET RÉPARATION, ET NON ÉPUISEMENT	29-43
1. De l'invocation fautive de la règle en l'affaire relative à l' <i>Application de la CIEDR (Qatar. c. Emirats arabes unis)</i>	30-32
2. De l'invocation fautive de la règle en l'affaire relative à l' <i>Application de la CIEDR (Ukraine c. Fédération de Russie)</i>	33-38
3. De l'importance primordiale de la réparation	39-43
V. DE L'INTÉRÊT DE LA COMPÉTENCE FACE À LA NÉCESSITÉ D'ASSURER LA PROTECTION DE PERSONNES EN ÉTAT DE VULNÉRABILITÉ	44-51
1. De la protection face à un état de vulnérabilité	45-48
2. De la protection contre l'arbitraire	49-51
VI. CONCLUSION	52-68
VII. ÉPILOGUE: RÉCAPITULATIF	69-78

I. PROLEGOMENA

1. I have concurred, with my vote, for the adoption today, 8 November 2019, of the present Judgment of the International Court of Justice (ICJ), wherein it dismisses the preliminary objections raised before it in the present case of *Application of the Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Ukraine v. Russian Federation)* (hereinafter the *Application of the ICSFT and CERD (Ukraine v. Russian Federation)* case). In an earlier case (of 2011) concerning also the *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation)* (hereinafter the *Application of the CERD Convention (Georgia v. Russian Federation)* case), as the ICJ decided to uphold one of the four preliminary objections (the second) raised by the Respondent, thus finding itself without jurisdiction, I appended a lengthy dissenting opinion to the Judgment (of 1 April 2011), in support of the ICJ's jurisdiction for the reasons which I carefully examined.

2. Eight years later, I find that some of the reflections that I developed therein remain relevant for the consideration of the present case as well. I proceed thus to recall them, in relation to the *cas d'espèce* as well, singling out some points. I find it necessary to do so in the present separate opinion, as I reach the same decision of the ICJ to dismiss all preliminary objections in the present case, on the basis of a distinct reasoning in respect of the selected points, which, in my perception, require further attention on the part of the Court.

3. I shall focus on the following points: (a) basis of jurisdiction: its importance for the protection of the vulnerable under UN human rights conventions; (b) the rationale of the compromissory clause of the CERD Convention (Article 22); (c) the rationale of the local remedies rule in the international safeguard of human rights: protection and redress, rather than exhaustion; (d) the relevance of jurisdiction in face of the need to secure protection to those in situations of vulnerability; (e) concluding considerations. After examination of the whole matter at issue, the way will then be paved for the presentation, in an epilogue, of a recapitulation of all the points that I sustain in the present separate opinion.

II. BASIS OF JURISDICTION: ITS IMPORTANCE FOR THE PROTECTION OF THE VULNERABLE UNDER UN HUMAN RIGHTS CONVENTIONS

4. In the decision the ICJ has just taken today, in the case concerning the *Application of the ICSFT and CERD (Ukraine v. Russian Federation)*, the Court moved a step forward in relation to its earlier decision in the case of *Application of the CERD Convention (Georgia v. Russian Federa-*

I. PROLÉGOMÈNES

1. J'ai voté ce 8 novembre 2019 pour l'adoption du présent arrêt par lequel la Cour internationale de Justice (la « Cour ») rejette l'ensemble des exceptions préliminaires soulevées 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)*. Dans une affaire antérieure relative à l'*Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie)*, la Cour avait retenu, dans son arrêt du 1^{er} avril 2011, la seconde des quatre exceptions préliminaires soulevées par la Fédération de Russie et s'était par conséquent déclarée incompétente en l'espèce. J'avais donc joint à cet arrêt un long exposé de mon opinion dissidente, dans lequel j'exposais en détail les raisons qui militaient en faveur de la compétence de la Cour.

2. Huit années plus tard, je constate que certaines des observations que j'avais formulées dans cette opinion dissidente conservent toute leur pertinence pour la présente espèce. J'entends donc les rappeler ici, en insistant sur quelques points en particulier. Il me semble important de procéder à ce rappel parce que, si je m'associe à la décision de la Cour de rejeter toutes les exceptions préliminaires en la présente espèce, c'est en suivant un raisonnement différent en ce qui concerne ces points particuliers qui, à mon avis, méritaient de retenir davantage l'attention de la Cour.

3. Je m'arrêterai sur les points suivants : *a)* la base de compétence : son importance du point de vue de la protection garantie aux personnes vulnérables par les conventions des Nations Unies relatives aux droits de l'homme ; *b)* la raison d'être de la clause compromissoire de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (la « CIEDR ») (article 22) ; *c)* la raison d'être de la règle de l'épuisement des voies de recours internes dans la protection internationale des droits de l'homme : protection et réparation, et non épuisement ; *d)* l'intérêt de la compétence compte tenu de la nécessité de garantir la protection des personnes en état de vulnérabilité ; et *e)* observations finales. Lorsque j'aurai examiné l'ensemble de la question, je procéderai dans un épilogue à une récapitulation de ces divers points.

II. DE LA BASE DE COMPÉTENCE : SON IMPORTANCE DU POINT DE VUE
DE LA PROTECTION GARANTIE AUX PERSONNES VULNÉRABLES PAR
LES CONVENTIONS DES NATIONS UNIES RELATIVES AUX DROITS DE L'HOMME

4. Dans sa décision rendue aujourd'hui 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)*, la Cour

tion); yet, it has not succeeded in freeing itself from the outdated and unfounded view of ascribing utmost importance to State consent in relation to its own jurisdiction. Once again, the ICJ, keeping in mind Article 22 of the CERD Convention¹ (cf. *infra*), stated that “its jurisdiction is based on the consent of the parties and is confined to the extent accepted by them” (Judgment, para. 33).

5. This being so, I deem it necessary to recall here that, contrary to the Court’s majority and in my firm support of the ICJ’s jurisdiction in the earlier case of *Application of the CERD Convention (Georgia v. Russian Federation)*, I warned in my dissenting opinion that the rationale of human rights conventions cannot be overlooked by the ICJ’s “mechanical and reiterated search for State consent”, continued in time and placed above the “fundamental values” underlying those conventions (*Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2011 (I)*, p. 298, para. 140 and p. 318, para. 202). In my understanding, human rights and values stand well above a State’s “will” or “interests” (*ibid.*, p. 298, para. 139 and p. 316, para. 194), and access to justice is not conditioned by any requirement of “prior negotiations” (*ibid.*, p. 298, para. 138).

6. I further held, in my dissenting opinion, that one cannot keep on approaching the Court’s jurisdiction from an outdated voluntarist outlook privileging State consent, as done almost one century ago (*ibid.*, p. 257, para. 44). In our times, human rights conventions go beyond the strict inter-State dimension, so as to ensure the safeguard of the rights of the human person, in light of the principle *pro persona humana, pro victima* (*ibid.*, p. 270, para. 72). There is need to endeavour, I proceeded, to secure the progressive development of international law (*ibid.*, pp. 257-258, para. 45), attentive to the relevance of compulsory jurisdiction for the realization of justice (*ibid.*, p. 63, para. 60, pp. 265-266, para. 65, p. 267, para. 68 and p. 298, para. 141).

7. Moreover, I drew attention to the importance of keeping in mind the vulnerability or defencelessness of the members of the victimized segments of the population (*ibid.*, p. 300, para. 146), as shown in that case by the human tragedy surrounding the victims and their need for justice (*ibid.*, pp. 305-306, paras. 163-165 and p. 321, para. 208). Those in situations of vulnerability or adversity stood in need of a higher standard of protection, not conditioned by State “consent” (*ibid.*, p. 305, para. 162).

8. These pitiless situations, and not the old notions of State’s “will” or “interests”, required far more attention (*ibid.*, p. 316, para. 196 and p. 317, para. 199). After all, I concluded on this issue, the realization of

¹ In addition to Article 24 (1) of the Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism (ICSFT).

a certes fait un pas en avant par rapport à ce qu'elle avait décidé en 2011 en l'affaire relative à l'*Application de la CIEDR (Géorgie c. Fédération de Russie)*, mais elle n'a pas réussi à se libérer d'une vision dépassée et malavisée consistant à faire primer le consentement de l'Etat à sa compétence. Une fois de plus, convoquant l'article 22 de la CIEDR¹ (voir ci-après), elle a rappelé que «sa compétence est fondée sur le consentement des parties, dans la seule mesure reconnue par celles-ci» (arrêt, par. 33).

5. Cela étant, il me semble nécessaire de rappeler ici que, dans l'affaire relative à l'*Application de la CIEDR (Géorgie c. Fédération de Russie)*, à l'opposé de la majorité des membres de la Cour et fermement convaincu de sa compétence en l'affaire, j'ai exhorté la Cour, dans une opinion dissidente, à ne pas méconnaître la raison d'être des traités relatifs aux droits de l'homme en continuant de se livrer à une «recherche mécanique et systématique du consentement de l'Etat» qu'elle fait passer avant les «valeurs fondamentales» qui sous-tendent ces conventions (*exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2011 (I)*, p. 298, par. 240, et p. 318, par. 202). A mon sens, les droits de l'homme et les valeurs fondamentales se situent nettement au-dessus de la «volonté» ou des «intérêts» de tel ou tel Etat (*ibid.*, p. 298, par. 139, et p. 316, par 194), et l'accès à la justice ne saurait être subordonné à quelque obligation de «négociation préalable» (*ibid.*, p. 298, par. 138).

6. Je soutenais encore, dans cette opinion dissidente, que l'on ne devrait plus envisager la question de la compétence de la Cour selon une conception dépassée du droit international privilégiant le consentement de l'Etat, comme on le faisait il y a près d'un siècle (*ibid.*, p. 257, par. 44). Je faisais valoir que de nos jours les conventions relatives aux droits de l'homme débordent le cadre des relations purement étatiques afin de pouvoir sauvegarder les droits de la personne humaine selon le principe *pro humana persona, pro victima* (*ibid.*, p. 270, par. 72). J'affirmais ensuite que, pour assurer le développement progressif du droit international, il fallait prendre des dispositions (*ibid.*, p. 257-258, par. 45) qui reconnaissent l'intérêt de la juridiction obligatoire pour la réalisation de la justice (*ibid.*, p. 63, par. 50, p. 265-266, par. 65, p. 267, par. 68, et p. 298, par. 141).

7. J'attirais aussi l'attention sur l'importance de garder à l'esprit la vulnérabilité et l'impuissance des victimes au sein de la population (*ibid.*, p. 300, par. 146), dans une affaire qui mettait en évidence la tragédie humaine subie par ces victimes ainsi que leur besoin de justice (*ibid.*, p. 305-306, par. 163-165, et p. 321, par. 208). Les personnes concernées, qui se trouvaient en situation de grande vulnérabilité ou de grande détresse, auraient dû bénéficier d'un degré de protection plus élevé et qui ne soit pas subordonné au «consentement» de l'Etat (*ibid.*, p. 305, par. 162).

8. Des situations aussi cruelles méritent beaucoup plus notre attention que les vieilles notions de «volonté» ou d'«intérêts» de l'Etat (*ibid.*, p. 316, par. 196, et p. 317, par. 199). Après tout, concluais-je, on ne peut

¹ Ainsi que le paragraphe 1 de l'article 24 de la convention internationale pour la répression du financement du terrorisme (CIRFT).

justice under a human rights convention like CERD can only be achieved taking due account and properly valuing the sufferings and needs of protection of the members of the victimized segments of the population (*I.C.J. Reports 2011 (I)*), p. 316, para. 194 and p. 321, para. 209).

9. May I here add that attention to the need to preserve human beings from their own violence and propensity to destruction has been constant in human history and thinking², until current times³, at times focusing attention on certain historical occurrences⁴. Already in antiquity, there were endeavours in search of the *recta*

² For an aetiology of evil in the historical evolution of human thinking, cf. A.-D. Sertillanges, *Le problème du mal*, Paris, Aubier/Ed. Montaigne, 1948, pp. 5-412; A. J. Toynbee, *Civilization on Trial*, Oxford/N.Y., Oxford University Press, 1948, pp. 3-263; A. J. Toynbee, *Guerra y Civilización* (1952), Madrid/Buenos Aires, Alianza/Emecé Eds., 1984 (reed.), pp. 7-169; S. Weil, *Force et malheur* (1933), Bordeaux, Ed. La Tempête, 2019 (reed.), pp. 21-50, and cf. pp. 197-209; S. Weil, *L'agonie d'une civilisation* (1943), Saint Clément de Rivière, Ed. Fata Morgana, 2017 (reed.), pp. 9-51; S. Weil, *Œuvres* (1929-1943), Paris, Gallimard, 1999 (reed.), pp. 449-462 and 503-507; R. Rolland and S. Zweig, *Correspondence (1910-1919)*, Paris, Ed. A. Michel, 2014, pp. 73-622; S. Zweig, *Seuls les vivants créent le monde* (1914-1918), Paris, Ed. R. Laffont, 2018, pp. 25-160; A. Schweitzer, *Pilgrimage to Humanity* (1961), N.Y., Philosophical Library Ed., 1961, pp. 1-106; and cf., subsequently, e.g., G. Bataille, *La littérature et le mal* (1957), Paris, Gallimard, 2016 (reed.), pp. 9-201; F. Alberoni, *Las Razones del Bien y del Mal*, Mexico, Ed. Gedisa, 1988, pp. 9-196; P. Ricoeur, *Le mal — Un défi à la philosophie et à la théologie*, 3rd ed., Geneva, Ed. Labor et Fides, 2004, pp. 19-65; P. Ricoeur, *A Simbólica do Mal*, Lisbon, Edic. 70, 2017, pp. 17-375; C. Crignon (coord.), *Le mal*, Paris, Flammarion, 2000, pp. 11-232; M. Buber, *Imágenes del Bien y del Mal*, Buenos Aires, Ed. Lilmod, 2006, pp. 11-227; among others.

³ Cf., e.g., N. Dubos (coord.), *Le mal extrême — La guerre civile vue par les philosophes*, Paris, CNRS Ed., 2010, pp. V-XXI and 1-361; H. Bouchilloux, *Qu'est-ce que le mal?*, 2nd ed., Paris, Ed. J. Vrin, 2010, pp. 7-124; J. Waller, *Becoming Evil — How Ordinary People Commit Genocide and Mass Killing*, 2nd ed., Oxford University Press, 2007, pp. 3-330; L. Svendsen, *A Philosophy of Evil*, 2nd ed., Champaign, Dalkey Archive Press, 2011, pp. 17-282; S. Baron-Cohen, *The Science of Evil — On Empathy and the Origins of Cruelty*, N.Y., Basic Books Ed., 2012, pp. 1-194; D. J. Goldhagen, *Worse than War — Genocide, Eliminationism, and the Ongoing Assault on Humanity*, London, Abacus, 2012 (reed.), pp. 3-628; E. Barnavi, *Dix thèses sur la guerre*, Paris, Flammarion, 2014, pp. 7-137; S. Neiman, *Evil in Modern Thought — An Alternative History of Philosophy*, Princeton/Oxford, Princeton University Press, 2015, pp. 1-359; [Various Authors], *Le sarcasme du mal — Histoire de la cruauté de la Renaissance à nos jours* (eds. F. Chauvaud, A. Rauch and M. Tsikounas), Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2016, pp. 9-356; F.-X. Putallaz, *Le mal*, Paris, Ed. du Cerf, 2017, pp. 7-185; L. Devillairs, *Etre quelqu'un de bien — Philosophie du bien et du mal*, Paris, PUF, 2019, pp. 9-217; among others.

⁴ Cf., e.g., J. de Romilly, *La Grèce antique contre la violence*, Paris, Ed. de Fallois, 2000, pp. 7-214; K. Mann, *Contre la barbarie* (1925-1948), Paris, Ed. Phébus, 2009 (reed.), pp. 19-436; C. G. Jung, *Aspects du drame contemporain*, Geneva/Paris, Libr. Univ. Georg/Eds. Colonne Vendôme, 1948, pp. 71-233; K. Jaspers, *The Question of German Guilt* (1947), N.Y., Fordham University Press, 2000 (reed.), pp. 1-117; H. Arendt, *Compreensão e Política e Outros Ensaios* (1930-1954), Lisbon, Antropos/Relógio d'Água Ed., 2001, pp. 41-287, esp. pp. 61-75; H. Arendt, *Responsabilité et jugement*, Paris, Ed. Payot & Rivages, 2009 (reed.), pp. 57-359; S. Sontag, *Regarding the Pain of Others*, London, Penguin Books, 2004 (reed.), pp. 3-113; R. Muchembled, *Une histoire de la violence — De la fin du Moyen Age à nos jours*, Paris, Ed. du Seuil, 2008, pp. 7-460; Ph. Spencer, *Genocide since 1945*, London/N.Y., Routledge, 2012, pp. 1-142; J.-J. Becker, *Comment meurent les civilisations*, Paris, Vendémiaire Ed., 2013, pp. 5-182; D. Muchnik, *La Humanidad frente*

rendre la justice sur le fondement d'un traité relatif aux droits de l'homme tel que la CIEDR qu'en tenant dûment compte et en prenant la mesure des souffrances des victimes au sein de la population et de leurs besoins de protection (*C.I.J. Recueil 2011 (I)*), p. 316, par. 194, et p. 321, par. 209).

9. Je me permettrai d'ajouter que la nécessité de protéger les êtres humains contre leur propension à la violence et à la destruction a été une constante de l'histoire et de la pensée humaine² jusqu'à nos jours³, conduisant parfois à s'interroger plus particulièrement sur certains événements historiques⁴. Dès l'Antiquité, des tentatives ont été faites pour par-

² Pour une étiologie du mal dans l'évolution historique de la pensée humaine, on consultera utilement les ouvrages suivants, entre autres: A. D. Sertillanges, *Le problème du mal*, Paris, Aubier-Montaigne, 1948, p. 5-412; A. J. Toynbee, *Civilization on Trial*, Oxford/New York, Oxford University Press, 1948, p. 3-263; A. J. Toynbee, *Guerra y Civilización* (1952), Madrid/Buenos Aires, Alianza/Emecé Eds., 1984 (rééd.), p. 7-169; S. Weil, *Force et malheur* (1933), Bordeaux, sous la dir. de La Tempête, 2019 (rééd.), p. 21-50 et p. 197-209; S. Weil, *L'agonie d'une civilisation* (1943), Saint Clément de Rivière, Ed. Fata Morgana, 2017 (rééd.), p. 9-51; S. Weil, *Œuvres* (1929-1943), Paris, Gallimard, 1999 (rééd.), p. 449-462 et 503-507; R. Rolland et S. Zweig, *Correspondance (1910-1919)*, Paris, Albin Michel, 2014, p. 73-622; S. Zweig, *Seuls les vivants créent le monde (1914-1918)*, Paris, Robert Laffont, 2018, p. 25-160; A. Schweitzer, *Pilgrimage to Humanity* (1961), N.Y., Philosophical Library Ed., 1961, p. 1-106; et plus récemment, par exemple, G. Bataille, *La littérature et le mal* (1957), Paris, Gallimard, 2016 (rééd.), p. 9-201; F. Alberoni, *Las Razones del Bien y del Mal*, Mexico, Ed. Gedisa, 1988, p. 9-196; P. Ricœur, *Le mal — Un défi à la philosophie et à la théologie*, 3^e éd., Genève, Labor et Fides, 2004, p. 19-65; P. Ricœur, *A Simbólica do Mal*, Lisbonne, Edic. 70, 2017, p. 17-375; C. Crignon (dir. publ.), *Le mal*, Paris, Flammarion, 2000, p. 11-232; M. Buber, *Imágenes del Bien y del Mal*, Buenos Aires, Ed. Lilmolod, 2006, p. 11-227.

³ Voir par exemple N. Dubos, *Le mal extrême — La guerre civile vue par les philosophes*, Paris, CNRS Ed., 2010, p. V-XXI et 1-361; H. Bouchilloux, *Qu'est-ce que le mal?*, 2^e éd., Paris, J. Vrin, 2010, p. 7-124; J. Waller, *Becoming Evil — How Ordinary People Commit Genocide and Mass Killing*, 2^e éd., Oxford University Press, 2007, p. 3-330; L. Svendsen, *A Philosophy of Evil*, 2^e éd., Champaign, Dalkey Archive Press, 2011, p. 17-282; S. Baron-Cohen, *The Science of Evil — On Empathy and the Origins of Cruelty*, New York, Basic Books, 2012, p. 1-194; D. J. Goldhagen, *Worse than War — Genocide, Eliminationism, and the Ongoing Assault on Humanity*, Londres, Abacus, 2012 (rééd.), p. 3-628; E. Barnavi, *Dix thèses sur la guerre*, Paris, Flammarion, 2014, p. 7-137; S. Neiman, *Evil in Modern Thought — An Alternative History of Philosophy*, Princeton/Oxford, Princeton University Press, 2015, p. 1-359; F.-X. Putallaz, *Le mal*, Paris, Ed. du Cerf, 2017, p. 7-185; L. Devil-lairs, *Etre quelqu'un de bien — Philosophie du bien et du mal*, Paris, PUF, 2019, p. 9-217.

⁴ Voir par exemple J. de Romilly, *La Grèce antique contre la violence*, Paris, Ed. de Fallois, 2000, p. 7-214; K. Mann, *Contre la barbarie (1925-1948)*, Paris, Phébus, 2009 (rééd.), p. 19-436; C. G. Jung, *Aspects du drame contemporain*, Paris/Genève, Libr. Univ. Georg/Eds. Colonne Vendôme, 1948, p. 71-233; K. Jaspers, *The Question of German Guilt* (1947), New York, Fordham University Press, 2000 (rééd.), p. 1-117; H. Arendt, *Compreensão e Política e Outros Ensaios (1930-1954)*, Lisbonne, Antropos/Relógio d'Água Ed., 2001, p. 41-287, en particulier p. 61-75; H. Arendt, *Responsabilité et jugement*, Paris, Payot & Rivages, 2009 (rééd.), p. 57-359; S. Sontag, *Regarding the Pain of Others*, Londres, Penguin Books, 2004 (rééd.), p. 3-113; R. Muchembled, *Une histoire de la violence — De la fin du Moyen Age à nos jours*, Paris, Seuil, 2008, p. 7-460; Ph. Spencer, *Genocide since 1945*, Londres/New York, Routledge, 2012, p. 1-142; J.-J. Becker, *Comment meurent les civilisations*, Paris, Vendémiaire, 2013, p. 5-182; D. Muchnik, *La Humanidad frente a la Barbarie — Reflexiones sobre*

*ratio*⁵ (as in the writings of Cicero, and in the *Moral Letters to Lucilius* of Seneca), as the search of the perfection of reason. The exponents of the school of thinking of stoicism (Seneca, Epictetus, Marcus Aurelius) always valued the use of *reason*, seeking the correct attitude in face of the fragility of human life, dedicating particular attention to the ethical questions.

10. In face of the presence of evil, there has been advice given which has maintained its perennial value over the centuries. For example, the words of Seneca's *Of Anger*, dated from the year 49 AD, seem to have been written nowadays:

“There is nothing more dangerous than animosity: it is anger that breeds this. Nothing is more deadly than war (. . .); it repudiates human nature, (. . .) while it incites hatred (. . .) to do harm. (. . .) [O]ne may learn (. . .): how much evil is inherent in anger when it has at its service all the power of extremely powerful men (. . .).

(. . .) [O]ne should take into account the boundaries of our human condition, if we are to be fair judges of all that happens (. . .). Let us grant to our soul that peace which will be provided by constant study of beneficial instruction, by noble actions, and a mind fixed on desire only for what is honourable.

(. . .) The benefits of life are not to be squandered (. . .). Fate stands above our heads and numbers our days as they go by, drawing nearer and nearer to us (. . .). Let us rather spend the brief span we have left in rest and peace (. . .). [L]et us behave as men should; let us not be a cause of fear or danger to anyone (. . .).⁶

III. THE RATIONALE OF THE COMPROMISSORY CLAUSE OF THE CERD CONVENTION (ARTICLE 22)

11. Keeping in mind the importance of the basis of jurisdiction for the protection of vulnerable persons under UN human rights conventions, I shall now turn to my consideration to the rationale of the compromissory clause of the CERD Convention (Art. 22), as related to the *justiciables*' right of access to justice. This is a key point that I have been addressing within the ICJ over this last decade. Once again, in the present separate opinion, I shall stress the need and relevance of a proper understanding of the compromissory clause within a victim-oriented human rights convention, like CERD.

a la Barbarie — *Reflexiones sobre la Guerra, la Muerte y la Supervivencia*, Buenos Aires, Ariel, 2017, pp. 13-194; among others.

⁵ And virtue itself was at times described as *recta ratio*.

⁶ Seneca, *Of Anger* (circa 49 AD), Book 3, Parts 5, 13, 26 and 41-43.

venir à la *recta ratio*⁵ (comme dans les écrits de Cicéron ou les *Lettres à Lucilius* de Sénèque), ces tentatives constituant en quelque sorte une quête de la perfection de la raison. Les stoïques comme Sénèque, Epictète et Marc Aurèle ont toujours exalté l'usage de la *raison* et cultivé une juste attitude face à la fragilité de la vie humaine, en prêtant une attention toute particulière aux questions éthiques.

10. L'existence du mal a suscité un certain nombre de conseils au cours des âges qui n'ont rien perdu de leur pertinence. Ainsi, les observations de Sénèque dans son essai *De la colère* résonnent encore de nos jours :

«Rien n'est plus funeste que les inimitiés: c'est la colère qui les suscite; point de plus grand fléau que la guerre ...; elle abjure la nature humaine..., nous convie à la haine ... et nous ordonne de faire le mal ... [O]n peut apprendre ... quel fléau c'est que la colère, quand elle pousse à l'extrême l'abus de la toute-puissance.

... Nous devons considérer les limites de notre humaine condition si nous voulons juger équitablement de tout ce qui arrive ... Donnons la paix à notre âme; or ce qui la lui donne c'est la constante méditation des préceptes de la sagesse, et la pratique du bien, et la pensée vouée tout entière à l'unique passion de l'honnête!

... Ces jours que tu peux dépenser en honnêtes distractions, que sert de les faire tourner aux souffrances et au désespoir d'autrui? Ils n'admettent point un tel gaspillage; nul n'en a assez pour en perdre ... Le destin plane sur nos têtes et nous compte ces heures perdues, et de plus en plus se rapproche ... Que n'es-tu plutôt avare de ces jours bornés? Fais plutôt qu'ils soient doux et à toi-même et aux autres ... Tant que nous sommes parmi les humains, sacrifions à l'humanité; ne soyons pour personne un objet de crainte ou de péril.»⁶

III. DE LA RAISON D'ÊTRE DE LA CLAUSE COMPROMISSOIRE DE LA CIEDR (ARTICLE 22)

11. Etant donné l'importance de la question de la base de compétence du point de vue de la protection garantie aux personnes vulnérables par les conventions des Nations Unies relatives aux droits de l'homme, j'en viens maintenant à la raison d'être de la clause compromissoire résultant de l'article 22 de la CIEDR, en ce qu'elle concerne le droit d'accès à la justice du justiciable. Il s'agit là d'une question essentielle, que j'ai soulevée tout au long de cette décennie ici à la Cour. Je soulignerai donc une fois de plus, dans la présente opinion individuelle, la nécessité et l'intérêt de bien cerner la clause compromissoire d'une convention relative aux droits de l'homme axée sur les victimes telle que la CIEDR.

la Guerra, la Muerte y la Supervivencia, Buenos Aires, Ariel, 2017, p. 13-194.

⁵ La vertu elle-même était parfois désignée sous le terme de *recta ratio*.

⁶ Sénèque, *De la colère* (vers 49 après J.-C.), livre 3, chap. 5, 13, 26 et 41-43 [trad. Baillard].

1. *Compromissory Clause and the Justiciables' Right of Access to Justice*

12. In effect, over the years, the ICJ has unfortunately been experiencing an unnecessary difficulty in understanding the rationale of a compromissory clause within a human rights convention. May I recall that, in the aforementioned earlier case of the *Application of the CERD Convention (Georgia v. Russian Federation)*, I found it necessary to present my strong and extensive dissenting opinion furthermore sustaining that the ICJ's strict interpretation of its compromissory clause (Art. 22) of the CERD Convention was mistaken: in my understanding — I explained — compromissory clauses such as that of Article 22 of the CERD Convention are directly linked to the *justiciables' right of access to justice* itself, under human rights treaties (*I.C.J. Reports 2011 (I)*, p. 320, para. 207).

13. In that case, the ICJ should have, in my understanding, dismissed the preliminary objections, by means of the interpretation of the compromissory clause in the light of the CERD Convention as a whole, keeping in mind its legal nature, its material content, and its object and purpose (*ibid.*, pp. 265-276, paras. 64-78), mainly to protect the *justiciables* in situations of particular vulnerability (*ibid.*, p. 313, para. 185). Only in this way it would secure the CERD Convention's proper effects, to the benefit of human beings in need of protection (*ibid.*, p. 276, para. 78).

14. In that decision of 2011, the ICJ, in declaring itself without competence to proceed to the examination of the claim as to the merits, in my understanding failed to value, from the correct humanist perspective, the sufferings and needs of protection of the victimized population (*summum jus, summa injuria*) (*ibid.*, pp. 300-307, paras. 145-166). Human rights conventions are essentially victim-oriented, and can only be properly interpreted and applied from a humanist outlook, and not at all from a State-centric and voluntarist one.

15. In my aforementioned dissenting opinion I further sustained that the compromissory clause (Art. 22) of the CERD Convention ought to be interpreted bearing in mind the nature and material content of that Convention, besides its object and purpose, as a human rights treaty (*ibid.*, pp. 265-291, paras. 64-118), and I underlined the pressing need of the realization of justice on the basis of that compromissory clause; I thus disagreed with the voluntarist and restrictive posture assumed by the Court's majority in the *cas d'espèce* (*ibid.*, pp. 240-322, paras. 1-214).

16. In the present case of *Application of the ICSFT and CERD (Ukraine v. Russian Federation)*, the ICJ once again reiterated its finding in the case of *Application of the CERD Convention (Georgia v. Russian Federation)* that the phrase any dispute which is “not settled by negotiation or by the procedures expressly provided for in this Convention” sets up procedural “preconditions” to be fulfilled by the Parties for the Court to be validly seized (Judgment, para. 106).

17. On my part, just as I explained in my dissenting opinion attached to the ICJ Judgment of eight years ago in the aforementioned case oppos-

1. *De la clause compromissoire et du droit d'accès à la justice du justiciable*

12. Tout au long de ces années en effet, la Cour a malheureusement et inexplicablement eu bien du mal à saisir la raison d'être de la clause compromissoire d'une convention relative aux droits de l'homme. Je rappellerai à nouveau que, dans l'affaire relative à l'*Application de la CIEDR (Géorgie c. Fédération de Russie)*, j'avais jugé nécessaire de joindre à l'arrêt rendu par la Cour le 1^{er} avril 2011 un exposé long et approfondi de mon opinion dissidente, dans lequel je soutenais que la stricte interprétation que faisait la Cour de la clause compromissoire de l'article 22 de la CIEDR était erronée : j'y expliquais qu'à mon avis les clauses compromissoires telles que celle qui résulte de l'article 22 de la CIEDR sont directement liées au *droit d'accès à la justice garanti au justiciable* par les traités relatifs aux droits de l'homme (*C.I.J. Recueil 2011 (I)*, p. 320, par. 207).

13. Dans cette affaire, la Cour aurait dû, à mon sens, rejeter les exceptions préliminaires en interprétant la clause compromissoire à la lumière de la CIEDR dans son ensemble et en gardant à l'esprit la nature juridique, la teneur, l'objet et le but de cette convention (*ibid.*, p. 265-276, par. 64-78), principalement pour protéger les justiciables en situation de vulnérabilité (*ibid.*, p. 313, par. 185). C'était le seul moyen pour elle de faire en sorte que cette convention produise les effets escomptés, au service d'êtres humains ayant besoin d'être protégés (*ibid.*, p. 276, par. 78).

14. A mon avis, en concluant, dans son arrêt de 2011, qu'elle n'avait pas compétence pour connaître du fond de l'affaire, la Cour n'a pas pris la mesure, du point de vue humaniste qui s'imposait, des souffrances et du besoin de protection des victimes (*summum jus, summa injuria*) (*ibid.*, p. 300-307, par. 145-166). Etant essentiellement axées sur les victimes, les conventions relatives aux droits de l'homme ne peuvent être correctement interprétées et appliquées que selon une perspective humaniste, et certainement pas selon une perspective axée sur l'État et la volonté de l'État.

15. Dans la même opinion dissidente, je soutenais que, en interprétant la clause compromissoire de l'article 22 de la CIEDR, la Cour aurait dû garder à l'esprit, outre le but et l'objet de cette convention, sa nature et sa teneur en tant que traité relatif aux droits de l'homme (*ibid.*, p. 265-291, par. 64-118), et je soulignais l'impérieuse nécessité de réaliser la justice sur la base de cette clause compromissoire ; je m'inscrivais ainsi en faux contre la position restrictive, privilégiant la volonté des États, adoptée par la majorité des membres de la Cour en l'espèce (*ibid.*, p. 240-322, par. 1-214).

16. Dans son arrêt de 2019 en l'affaire *Ukraine c. Fédération de Russie*, la Cour reproduit la conclusion qu'elle avait formulée dans son arrêt de 2011 en l'affaire *Géorgie c. Fédération de Russie*, à savoir que les termes de l'article 22 (« tout différend qui n'aura pas été réglé par voie de négociation ou au moyen des procédures expressément prévues par ladite Convention ») établissent des conditions préalables auxquelles il doit être satisfait par les Parties pour que la Cour puisse être valablement saisie (par. 106).

17. De mon côté, je persiste à dire, comme dans mon opinion dissidente de 2011 en l'affaire *Géorgie c. Fédération de Russie*, que l'article 22

ing Georgia to the Russian Federation, I keep on sustaining that Article 22 of the CERD Convention does not provide that “preconditions” should be fulfilled for seizing the ICJ (*I.C.J. Reports 2011 (I)*, p. 282, para. 92). As I then stressed, Article 22 of the CERD Convention, taking into account the object and purpose of the Convention, “a *victim-oriented* human rights treaty”, should have led the ICJ to interpret it as not setting forth any procedural “precondition” (*ibid.*, pp. 282-284, paras. 92-96).

18. As to the present Judgment of the ICJ in the case of *Application of the ICSFT and CERD*, I can live — not entirely pleased — with its finding that the “preconditions” set forth in Article 22 are not “cumulative”, as such characterization would not be reasonable in respect of the relevant CERD provisions; the “cumulative” approach creates an unnecessary obstacle to access to justice, and the ICJ itself ponders that this would not be reasonable (Judgment, para. 110). Although I do not agree with the view that Article 22 of the CERD Convention sets out “preconditions” (*supra*), as the Court’s majority here interprets rather distinctly that “preconditions” are alternative (not at all cumulative), I can then live with that, to the extent that it preserves the ICJ’s jurisdiction.

19. In the present case of *Application of the ICSFT and CERD (Ukraine v. Russian Federation)*, the ICJ, in addressing what it considers the “preconditions” under Article 22 of the CERD Convention, rightly concluded that Article 22 “must also be interpreted in light of the object and purpose of the Convention” (Judgment, para. 111, and cf. also para. 112). In this respect, I go further than the ICJ. The due attention to the object and purpose of a human rights convention like CERD also calls, in my understanding, for a proper understanding of the relevance of the basis of jurisdiction under human rights conventions (Article 22 of CERD), as I have already pointed out, with fundamental human rights and values standing well above a misguided search for State “consent” (paras. 4-10 *supra*).

20. After all, the approach (of alternatives) adopted by the ICJ in the *cas d’espèce* is confirmed by the nature and substance of the CERD Convention, a *victim-oriented* human rights treaty. To attempt to consider that the “preconditions” would be “cumulative” would be contrary to the object and purpose of the CERD Convention, as I warned in my dissenting opinion in the previous ICJ decision in the case of *Application of the CERD Convention (Georgia v. Russian Federation)* (*I.C.J. Reports 2011 (I)*, pp. 283-284, para. 96). And as I further stated in my dissenting opinion in that earlier case,

“with regard to the question whether the previous engagement in negotiations and recourse to the procedures expressly provided for in the CERD Convention (referred to in Article 22) are cumulative or alternative, the conjunction ‘or’ indicates that the draftsmen of the CERD Con-

de la CIEDR n'établit pas de «conditions préalables» auxquelles il doit être satisfait avant toute saisine de la Cour (*C.I.J. Recueil 2011 (I)*, p. 282, par. 92). J'affirmais alors que, compte tenu de l'objet et du but de la CIEDR, «instrument des droits de l'homme *orienté vers les victimes*», la Cour n'aurait pas dû interpréter cet article comme établissant des «conditions préalables» de nature procédurale (*ibid.*, p. 282-284, par. 92-96).

18. En ce qui concerne le présent arrêt en l'affaire *Ukraine c. Fédération de Russie*, je peux me contenter — sans en être entièrement satisfait — de la conclusion de la Cour selon laquelle les «conditions préalables» énoncées à l'article 22 ne sont pas «cumulatives», au motif qu'une telle qualification ne serait pas raisonnable compte tenu des dispositions pertinentes de la CIEDR; la conception «cumulative» entrave en effet sans nécessité l'accès à la justice, ce qui, de l'avis de la Cour elle-même, ne serait pas raisonnable (arrêt, par. 110). Je ne souscris pas à l'opinion de la Cour selon laquelle l'article 22 de la CIEDR établirait des «conditions préalables» (voir plus haut), mais comme la majorité des membres regarde clairement ici ces prétendues «conditions préalables» comme ayant un caractère alternatif et non cumulatif, je peux m'en accommoder dans la mesure où cette interprétation ne remet pas en cause la compétence de la Cour.

19. En la présente affaire relative à l'*Application de la CIRFT et de la CIEDR (Ukraine c. Fédération de Russie)*, la Cour conclut à bon droit, au sujet de ce qu'elle considère comme les «conditions préalables» énoncées à l'article 22 de la CIEDR, que cet article «doit également être interprété à la lumière de l'objet et du but de la convention» (arrêt, par. 111 et 112). Sur ce point, j'irai plus loin que la Cour. Un examen attentif de l'objet et du but de toute convention relative aux droits de l'homme comme la CIEDR exige, à mon sens, de bien apprécier l'intérêt d'une compétence tirée de conventions de cette nature (article 22 de la CIEDR), étant entendu, comme je l'ai déjà signalé, que les droits de l'homme et les valeurs fondamentales l'emportent de très loin sur une recherche malavisée du «consentement» de l'Etat (voir par. 4-10 *supra*).

20. La décision prise par la Cour d'attribuer en l'espèce un caractère alternatif aux conditions préalables trouve appui dans la nature et la teneur de la CIEDR en tant que traité relatif aux droits de l'homme *axé sur les victimes*. Prétendre que les «conditions préalables» seraient «cumulatives» serait contraire à l'objet et au but de la CIEDR, comme je le faisais valoir au paragraphe 96 de mon opinion dissidente jointe à l'arrêt rendu en 2011 par la Cour en l'affaire *Géorgie c. Fédération de Russie (C.I.J. Recueil 2011 (I)*, p. 283-284). Dans la même opinion dissidente, je faisais également valoir que,

«s'agissant de la question de savoir si l'ouverture préalable de négociations et les procédures expressément prévues par la Convention (évoquées à l'article 22) sont cumulatives ou alternatives, la conjonction «ou» indique que les rédacteurs de la CIEDR considéraient

vention clearly considered ‘negotiation’ or ‘the procedures expressly provided for in this Convention’ as *alternatives*. The Court could well — and should — have discarded any doubts that could persist on this point; instead, it deliberately preferred to abstain from pronouncing (para. 183) on this aspect of the controversy raised before it. Instead of clarifying the point, of saying what the law is (*juris dictio*), it felt there was ‘no need’ to do so.” (*I.C.J. Reports 2011 (I)*, p. 290, para. 116.)

21. In the present case of *Application of the ICSFT and CERD (Ukraine v. Russian Federation)*, once again, throughout the arguments of the Parties on preliminary objections submitted to the ICJ, attention has been concentrated on Article 22 of the CERD Convention⁷, from two distinct approaches. Thus, in the preliminary objections it submitted, the Russian Federation presents its view that the requirements contained in Article 22 are *cumulative*, requiring Ukraine to have exhausted negotiations *and* to have attempted to resolve the dispute using the special procedures provided for in the CERD Convention itself (Preliminary Objections of the Russian Federation, paras. 373-410)⁸. Russia further refers to four other human rights conventions⁹, arguing that the compromissory clauses found in them are similar to those in the CERD Convention, and that the cumulative requirements are to be complied with by the applicant State before seizing the ICJ (*ibid.*, paras. 404-410).

22. For its part, Ukraine, in its written statement, firmly contests this view, holding that Article 22 of the CERD Convention does not contain preconditions, there being a misconstruction in reading Article 22 as requiring a dispute to be referred to the CERD Committee after negotiations have failed and before seizing the ICJ. Ukraine relies on the ordinary meaning of the disjunctive word “or” in interpreting Article 22 of the CERD Convention, indicating alternatives (*ibid.*, para. 314). To Ukraine, this is the most natural reading and the ordinary meaning of Article 22 (*ibid.*, para. 315).

⁷ Which reads as follows:

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

⁸ On their view of the “cumulative meaning” of Article 22, cf. also paragraphs 376, 378 and 387-403 of the Preliminary Objections of the Russian Federation.

⁹ Namely, Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CAT), Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families (CMW), Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance (CED), and Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW).

manifestement «la négociation» ou «les procédures expressément prévues par la Convention» comme *alternatives*. La Cour pouvait — et aurait dû — dissiper tout doute pouvant subsister sur ce point; au lieu de quoi elle a délibérément choisi de s’abstenir de se prononcer (par. 183) sur cet aspect de la controverse. Elle n’a pas jugé nécessaire d’éclaircir ce point, de dire ce qu’est le droit (*juris dictio*).» (*C.I.J. Recueil 2011 (I)*, p. 290, par. 116.)

21. En la présente espèce, les Parties ont essentiellement tiré leurs moyens de l’article 22 de la CIEDR⁷, dont elles ont donné deux interprétations différentes. La Fédération de Russie a soutenu que les conditions visées à l’article 22 étaient *cumulatives* et que l’Ukraine devait donc épuiser la voie des négociations *et* tenter de régler le différend en empruntant les procédures prévues par la convention (exceptions préliminaires, par. 373-410)⁸. Invoquant quatre autres conventions relatives aux droits de l’homme⁹, elle a fait valoir que leurs clauses compromissaires étaient semblables à celles de la CIEDR et qu’un Etat devait avoir satisfait à leurs conditions cumulatives avant de pouvoir saisir la Cour (*ibid.*, par. 404-410).

22. L’Ukraine, pour sa part, dans son exposé écrit sur les exceptions préliminaires, a vigoureusement contesté la thèse de la Fédération de Russie et soutenu, à l’opposé, que l’article 22 de la CIEDR ne prescrivait aucune condition préalable et que c’était une interprétation erronée de cet article qui faisait dire à la Russie qu’un différend qui n’aurait pas été réglé par la voie des négociations devait être renvoyé devant le comité pour l’élimination de la discrimination raciale avant toute saisine de la Cour. Pour interpréter l’article 22, l’Ukraine a tiré argument du sens ordinaire de la conjonction de coordination disjonctive «ou», qui introduit une alternative (*ibid.*, par. 314). Pour elle, c’est là l’interprétation la plus naturelle et le sens ordinaire de l’article 22 (*ibid.*, par. 315).

⁷ L’article 22 de la CIEDR se lit comme suit :

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

⁸ Sur la position de la Fédération de Russie concernant l’«interprétation cumulative» de l’article 22, voir aussi les paragraphes 376, 378 et 387-403 de ses exceptions préliminaires.

⁹ Ces conventions sont la convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, la convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille, la convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées et la convention sur l’élimination de toutes les formes de discrimination à l’égard des femmes.

23. Ukraine contends that the CERD Committee procedures referred to in Article 22 are voluntary and not mandatory, and the respondent State's interpretation of it would deprive the compromissory clause of effect; moreover, Article 11 concerns only the application of the Convention. Ukraine adds that if the draftsmen of the CERD Convention had intended the ICJ's jurisdiction to be contingent upon the use of the CERD Committee procedures, they would have addressed such conditions in Part II and not in Part III of the Convention (Preliminary Objections of the Russian Federation, paras. 316-323).

24. According to Ukraine, the drafting history of Article 22, and the object and purpose of the CERD Convention (the prompt elimination of racial discrimination), support the conclusion that Article 22 does not require recourse to the CERD Convention inter-State complaints procedure (*ibid.*, paras. 324-327). In considering the ICJ's treatment of Article 22 of the CERD Convention in the earlier case of *Application of the CERD Convention (Georgia v. Russian Federation)*, *ibid.*, paras. 341-348, Ukraine submits that the better interpretation of Article 22 (*ibid.*, para. 346) is to read it as creating no "precondition" to the ICJ's jurisdiction to hear disputes concerning the interpretation or application of the CERD Convention.

2. *Compromissory Clause Within a Victim-Oriented Human Rights Convention*

25. On my part, may I recall that, in my dissenting opinion in the earlier Judgment of the ICJ (of 1 April 2011) in the case of *Application of the CERD Convention (Georgia v. Russian Federation)*, I sustained the understanding that Article 22 of the CERD Convention does not set up "preconditions" for the ICJ to be seized (*I.C.J. Reports 2011 (I)*, p. 283, para. 92); this is in conformity with the object and purpose of the Convention, "a *victim-oriented*" human rights treaty (*ibid.*, p. 284, para. 96). As I clearly explained in my dissenting opinion of eight years ago,

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

23. L'Ukraine a également fait valoir que la procédure devant le comité pour l'élimination de la discrimination raciale visée à l'article 22 avait un caractère volontaire et non obligatoire, et que l'interprétation donnée de celle-ci par l'Etat demandeur priverait d'effet la clause compromissoire ; à cela s'ajoute que l'article 11 concerne la seule application de la convention. L'Ukraine a fait observer que, s'ils avaient entendu faire du recours préalable à la procédure du comité pour l'élimination de la discrimination raciale une condition de la saisine de la Cour, les rédacteurs de la CIEDR auraient inséré cette condition dans la deuxième partie de la convention et non dans sa troisième partie (exceptions préliminaires, par. 316-323).

24. Selon l'Ukraine, la genèse de l'article 22 et l'objet et le but de la CIEDR (à savoir l'élimination rapide de la discrimination raciale) autorisent à conclure que l'article 22 n'impose pas de recourir à la procédure de réclamation interétatique sous les auspices du comité pour l'élimination de la discrimination raciale (*ibid.*, par. 324-327). Examinant la façon dont la Cour avait analysé l'article 22 de la CIEDR dans l'affaire *Géorgie c. Fédération de Russie* (*ibid.*, par. 341-348), l'Ukraine a conclu que la juste interprétation de l'article 22 est que cette disposition ne met aucune condition préalable à l'exercice par la Cour de sa compétence à l'égard des différends touchant l'interprétation ou l'application de la convention (*ibid.*, par. 346).

2. De la clause compromissoire dans une convention relative aux droits de l'homme axée sur les victimes

25. Dans mon opinion dissidente jointe à l'arrêt du 1^{er} avril 2011 de la Cour dans l'affaire *Géorgie c. Fédération de Russie*, j'ai soutenu que l'article 22 de la CIEDR n'établissait pas de «conditions préalables» à la saisine de la Cour (*C.I.J. Recueil 2011 (I)*, p. 283, par. 92), cette interprétation étant conforme à l'objet et au but de la convention, «instrument des droits de l'homme orienté vers les victimes» (*ibid.*, p. 284, par. 96). Je le précisais en ces termes :

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

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

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

This confirms that, when the draftsmen of the CERD Convention considered it necessary to establish a procedural condition, they clearly did so, leaving no margin or room for further interpretation or doubts. If no such condition was clearly set forth, it could not at all be simply inferred, as that would not be in conformity with the nature and substance of the CERD Convention, a *victim-oriented* human rights treaty, and would clearly militate against the fulfilment of its object and purpose. This discloses the ordinary meaning of Article 22 of the CERD Convention.” (*I.C.J. Reports 2011 (I)*, pp. 283-284, paras. 93-96.)¹⁰

26. Moreover, from the standpoint of the *justiciables*, a compromissory clause such as that of Article 22 of the CERD Convention is directly related to their access to justice; the realization of justice thereunder can hardly be attained from a strict State-centered voluntarist perspective, and a recurring search for State “consent”. As I further sustained in that dissenting opinion,

“[I]n 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*

¹⁰ I added that the *travaux préparatoires* of the CERD Convention do not support or confirm the conclusion of the Court’s majority (paras. 97-109), and that resort to negotiation was generally referred to as a factual effort or attempt only, rather than as a resolutive obligation (para. 101).

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

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

Cela confirme que, lorsque les rédacteurs de la CIEDR ont jugé nécessaire d'élaborer une condition de procédure, ils l'ont manifestement fait sans laisser la moindre place à une autre interprétation ou au doute. Puisqu'une condition de cette nature n'a pas été clairement énoncée, elle ne saurait résulter d'une déduction, étant donné qu'elle ne serait pas conforme à la nature et au fond de la Convention, instrument des droits de l'homme *orienté vers les victimes*, et qu'elle empêcherait manifestement la réalisation de son objet et de son but. Cela montre bien le sens ordinaire de l'article 22 de la CIEDR.» (*C.I.J. Recueil 2011 (I)*, p. 283-284, par. 93-96.)¹⁰

26. De plus, une clause compromissoire comme celle de l'article 22 de la CIEDR a un rapport direct avec l'accès du justiciable à la justice, la réalisation de la justice à laquelle elle tend pouvant difficilement être atteinte si l'on s'en tient à une perspective strictement centrée sur la recherche constante du «consentement» des Etats. Comme je l'expliquais dans la même opinion dissidente,

«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'impé-

¹⁰ J'ajoutais que les travaux préparatoires de la CIEDR ne permettaient pas d'étayer ou de confirmer la conclusion de la majorité des membres de la Cour (par. 97-109) et que 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 (par. 101).

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*. (. . .)

Fundamental principles are those of *pacta sunt servanda*, of equality and non-discrimination (at substantive law level), of equality of arms (*égalité des armes* — at procedural law level). Fundamental principle is, furthermore, that of humanity (permeating the whole *corpus juris* of international human rights law, international humanitarian law, and international refugee law). Fundamental principle is, moreover, that of the dignity of the human person (laying a foundation of international human rights law). (. . .)

These are some of the true *prima principia*, which confer to the international legal order its ineluctable axiological dimension. These are some of the true *prima principia*, which reveal the values which inspire the *corpus juris* of the international legal order, and which, ultimately, provide its foundations themselves.” (*I.C.J. Reports 2011 (I)*, pp. 321-322, paras. 211-213.)

27. In sum, in my aforementioned dissenting opinion of 2011, I firmly disagreed with the Court’s majority in the *cas d’espèce*, and I stressed that Article 22 of the CERD Convention does not establish “preconditions” to the Court’s jurisdiction; neither the ordinary meaning of Article 22, nor its drafting history, would support any such formal “preconditions” to the ICJ’s jurisdiction. Article 22 refers only to “alternatives”, pursuant to a teleological approach, ensuring and rendering effective human rights protection under the CERD Convention (*ibid.*, p. 290, para. 116). Article 22 must therefore be interpreted in a manner that is conducive to ensuring human rights protection. To this effect, the ICJ is to construe the options contained in Article 22 as alternatives, and not at all as “preconditions”.

28. As I have already pointed out, in its present Judgment in the case of *Application of the ICSFT and CERD (Ukraine v. Russian Federation)*, the ICJ does not reiterate the strict outlook that it adopted in the earlier case of *Application of the CERD Convention (Georgia v. Russian Federation)*, also under the CERD Convention, and does not sustain any of the corresponding preliminary objections; it correctly dismisses them. Yet, I find it necessary to reiterate my dissenting reflections of 2011 at this end of the present decade (2019), so as to keep on contributing to achieve a proper understanding of the rationale of the compromissory clause of the CERD Convention (Art. 22) as well as of other UN human rights conventions.

ratif 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*...

Les principes fondamentaux sont ceux dits *pacta sunt servanda*, de l'égalité et de la non-discrimination (dans le droit matériel), de l'égalité des armes (dans le droit procédural), de l'humanité (qui imprègne l'ensemble du *corpus juris* du droit international des droits de l'homme, du droit international humanitaire et du droit international des réfugiés) et de la dignité de la personne humaine (qui est l'un des fondements du droit international des droits de l'homme)...

Voilà quelques-uns des véritables *prima principia* qui révèlent les valeurs dont s'inspire le *corpus juris* de l'ordre juridique international et qui, en fin de compte, en sont le fondement.» (C.I.J. *Recueil 2011 (I)*, p. 321-322, par. 211-213.)

27. En somme, j'ai, dans mon opinion dissidente de 2011, exprimé un ferme désaccord avec la majorité de la Cour, soulignant que l'article 22 de la CIEDR n'établissait pas de «conditions préalables» à la compétence de la Cour et que ni le sens ordinaire des termes dudit article ni sa genèse n'étayaient l'hypothèse de «conditions préalables» formelles. Les solutions résultant de l'article 22 sont «alternatives», envisagées selon une approche téléologique qui garantit et rend effective la protection des droits de l'homme organisée par la CIEDR (*ibid.*, p. 290, par. 116). L'article 22 doit donc s'interpréter dans un sens qui serve la protection des droits de l'homme. Pour cela, la Cour doit considérer les solutions prévues par cet article comme alternatives et non comme des «conditions préalables».

28. Comme je l'ai déjà signalé, c'est à juste titre que la Cour, s'écartant de la solution restrictive qu'elle avait retenue dans son arrêt de 2011 en l'affaire *Géorgie c. Fédération de Russie*, elle aussi introduite sur le fondement de la CIEDR, rejette par son présent arrêt les exceptions préliminaires soulevées par la Fédération de Russie. Je n'en ai pas moins estimé nécessaire de réitérer, en cette fin de décennie, mon point de vue dissident de 2011, pour continuer de mieux faire comprendre la raison d'être de la clause compromissoire de l'article 22 de la CIEDR et des clauses correspondantes des autres conventions des Nations Unies relatives aux droits de l'homme.

IV. RATIONALE OF THE LOCAL REMEDIES RULE IN INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS PROTECTION: PROTECTION AND REDRESS, RATHER THAN EXHAUSTION

29. May I turn to the next selected point to consider, namely, that of the rationale of the local remedies rule under human rights conventions. Once again, the point is raised in respect of the CERD Convention. I shall first review the undue invocation of the rule in the recent case of *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Qatar v. United Arab Emirates)* (hereinafter *Application of the CERD Convention (Qatar v. United Arab Emirates)*). Then, I shall proceed to consider the undue invocation of the rule in the present case of *Application of the ICSFT and CERD*, opposing Ukraine to the Russian Federation. I shall then examine the overriding importance of redress.

1. *Undue Invocation of the Rule, in the Case of Application of the CERD Convention, Opposing Qatar to UAE*

30. Moving now to the other point, this is not the first time that I deem it necessary to warn against the inadequacy of the invocation of the local remedies rule in an inter-State case before the ICJ pertaining to the application of the CERD Convention. In a recent case of the kind, opposing Qatar to UAE, for example, I appended a separate opinion to the ICJ's Order of 23 July 2018, where I began by finding entirely inadequate and regrettable the invocation of the rule of exhaustion of local remedies at the early stage of a request for provisional measures of protection, and not on admissibility (*Provisional Measures, Order of 23 July 2018, I.C.J. Reports 2018 (II)*, p. 454, para. 48).

31. And I added that the incidence of the local remedies rule in human rights protection is certainly distinct from its application in the practice of diplomatic protection of nationals abroad, there being nothing to hinder the application of that rule with greater or lesser rigour in such different domains (*ibid.*, para. 49). And I then pondered that

“Its rationale is quite distinct in the two contexts. In the domain of the safeguard of the rights of the human person, attention is focused on the need to secure the faithful realization of the object and purpose of human rights treaties, and on the need of effectiveness of local remedies; attention is focused, in sum, on the needs of protection. The rationale of the local remedies rule in the context of diplomatic protection is entirely distinct, focusing on the process of exhaustion of such remedies.

IV. DE LA RAISON D'ÊTRE DE LA RÈGLE DE L'ÉPUISEMENT DES VOIES DE RECOURS INTERNES DANS LA PROTECTION INTERNATIONALE DES DROITS DE L'HOMME : PROTECTION ET RÉPARATION, ET NON ÉPUISEMENT

29. J'en viens maintenant au point suivant, qui est celui de la raison d'être de la règle de l'épuisement des voies de recours internes édictée par les conventions relatives aux droits de l'homme. Une fois de plus, je tire mon argument de la CIEDR. J'examinerai d'abord l'invocation fautive récente de cette règle dans l'affaire relative à l'*Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Qatar c. Emirats arabes unis)* (2018); puis l'invocation fautive de la même règle dans la présente affaire; et enfin l'extrême importance que revêt la question de la réparation.

1. *De l'invocation fautive de la règle en l'affaire relative à l'Application de la CIEDR (Qatar. c. Emirats arabes unis)*

30. Ce n'est pas la première fois que j'estime nécessaire de mettre en garde contre le caractère fautif de l'invocation de la règle de l'épuisement des voies de recours internes dans une affaire interétatique portée devant la Cour et touchant à l'application de la CIEDR. C'est ainsi que, récemment, dans une affaire similaire opposant le Qatar aux Emirats arabes unis, j'ai joint à l'ordonnance du 23 juillet 2018 de la Cour un exposé de mon opinion individuelle dans lequel, pour commencer, je disais trouver surprenant et même déplorable que la règle de l'épuisement des voies de recours internes ait été invoquée à un stade aussi précoce que celui d'une demande en indication de mesures conservatoires et non au stade de la recevabilité (*C.I.J. Recueil 2018 (II)*, p. 454, par. 48).

31. J'ajoutais que la règle de l'épuisement des voies de recours internes jouait assurément de façon différente en matière de protection des droits de l'homme et en matière de protection diplomatique des nationaux à l'étranger, et que rien ne s'opposait à ce que cette règle s'appliquât avec une plus ou moins grande rigueur dans des domaines aussi différents (*ibid.*, par. 49). Je faisais valoir ensuite que

«[l]a règle des recours internes a une raison d'être différente dans chacun de ces deux domaines. Dans celui de la sauvegarde des droits de la personne, elle répond principalement au souci d'assurer la fidèle réalisation de l'objet et du but des traités relatifs aux droits de l'homme et de garantir le caractère effectif des recours internes; l'attention se porte essentiellement sur les besoins de protection. Dans le contexte de la protection diplomatique, la règle des recours internes a une *raison d'être* entièrement différente, qui est axée sur le processus d'épuisement des recours.

Local remedies, in turn, form an integral part of the very system of international human rights protection, the emphasis falling on the element of *redress* rather than on the process of exhaustion. The local remedies rule bears witness of the interaction between international law and domestic law in the present context of protection¹¹. We are here before a *droit de protection*, with a specificity of its own, fundamentally victim-oriented, concerned with the rights of individual human beings rather than of States. Such rights are accompanied by obligations of States.

Generally recognized rules of international law (which the formulation of the local remedies rule in human rights treaties refers to), besides following an evolution of their own in the distinct contexts in which they apply, necessarily undergo, when inserted in human rights treaties, a certain degree of adjustment or adaptation, dictated by the special character of the object and purpose of those treaties and by the widely recognized specificity of the international protection of human rights.” (*I.C.J. Reports 2018 (II)*, pp. 454-455, paras. 50-52.)

32. In my same separate opinion in the case of *Application of the CERD Convention (Qatar v. United Arab Emirates)*, I further pointed out that, in its handling of successive cases under the CERD Convention, for example, the Committee on the Elimination of Racial Discrimination (CERD Committee) has deemed it necessary to single out that petitioners are only required to exhaust local remedies which are *effective* in the circumstances of the *cas d'espèce* (*ibid.*, p. 455, paras. 53-54). And I concluded, on this point, that

“The local remedies rule has a rationale of its own under human rights treaties; this cannot be distorted by the invocation of the handling of inter-State cases in the exercise of diplomatic protection, where the local remedies rule has an entirely distinct rationale. The former stresses *redress*, the latter outlines *exhaustion*. One cannot deprive a human rights convention of its *effet utile* by using the distinct rationale of the rule in diplomatic protection.

¹¹ Cf. A. A. Cançado Trindade, *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law*, Cambridge University Press, 1983, pp. 1-445; A. A. Cançado Trindade, *O Esgotamento de Recursos Internos no Direito Internacional*, 2nd ed., Brasília, Edit. University of Brasília, 1997, pp. 1-327; A. A. Cançado Trindade, “Origin and Historical Development of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law”, 12 *Revue belge de droit international/Belgisch Tijdschrift voor internationaal Recht*, Brussels (1976), pp. 499-527.

Les recours internes font partie intégrante du système international de protection des droits de l'homme, la prééminence étant accordée dans ce contexte à l'élément de *réparation* plutôt qu'au processus d'épuisement. La règle des recours internes est un reflet des interactions entre droit international et droit interne dans le contexte contemporain de la protection¹¹. Nous nous trouvons ici en présence d'un droit de protection, qui a une spécificité propre, est fondamentalement axé sur les victimes, et s'intéresse aux droits des personnes plutôt qu'à ceux des Etats. A ces droits des personnes correspondent des obligations des Etats.

Les règles généralement reconnues du droit international (auxquelles renvoie la formulation de la règle des recours internes dans les traités relatifs aux droits de l'homme), outre qu'elles évoluent d'elles-mêmes dans les différents contextes où elles s'appliquent, subissent, lorsqu'elles sont insérées dans des traités relatifs aux droits de l'homme, un certain degré d'ajustement ou d'adaptation dicté par le caractère particulier que revêtent le but et l'objet de ces traités et par la spécificité largement admise de la protection internationale des droits de l'homme.» (*C.I.J. Recueil 2018 (II)*, p. 454-455, par. 50-52.)

32. Dans la même opinion individuelle, je faisais observer que, saisi d'un certain nombre d'affaires intéressant la CIEDR, le comité pour l'élimination de la discrimination raciale, par exemple, avait jugé bon de souligner que les pétitionnaires n'étaient tenus d'épuiser que «des recours qui [étaient] *effectifs* dans les circonstances» de l'espèce (*ibid.*, p. 455, par. 53-54). Et je concluais, sur ce sujet, que

«[l]a règle des recours internes a une raison d'être spécifique dans les traités relatifs aux droits de l'homme; c'est pourquoi il est vain d'invoquer à son sujet la jurisprudence internationale concernant l'exercice de la protection diplomatique, puisque cette dernière a une *raison d'être* entièrement différente. Dans les traités relatifs aux droits de l'homme, la règle des recours internes insiste sur la *réparation*, tandis que, dans l'exercice de la protection diplomatique, elle insiste sur l'*épuisement*. Il ne saurait être question d'ôter à une convention relative aux droits de l'homme son effet utile en lui appliquant la raison d'être différente de cette règle dans le contexte de la protection diplomatique.

¹¹ A. A. Cançado Trindade, *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law*, Cambridge University Press, 1983, p. 1-445; A. A. Cançado Trindade, *O Esgotamento de Recursos Internos no Direito Internacional*, 2^e éd., Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1997, p. 1-327; A. A. Cançado Trindade, «Origin and Historical Development of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law», *Revue belge de droit international/Belgisch Tijdschrift voor internationaal Recht*, vol. 12, Bruxelles, 1976, p. 499-527.

Contemporary international tribunals share the common mission of realization of justice. There is here a fundamental unity of conception and mission. International human rights tribunals, created by conventions at regional levels, operate within the conceptual framework of the *universality* of human rights. International human rights tribunals have been faithful to the rationale of effectiveness of local remedies and redress¹². There is in this respect a *complementarity* in outlook between mechanisms of dispute-settlement at UN and regional levels, all operating under the conceptualized universality of the rights inherent to the human person.” (*I.C.J. Reports 2018 (II)*, pp. 455-456, paras. 55-56.)

2. *Undue Invocation of the Rule, in the Case of Application of the CERD Convention*¹³, *Opposing Ukraine to Russian Federation*

33. In its Judgment in the present case opposing Ukraine to the Russian Federation, the ICJ, in the part relating to the CERD Convention, rightly dismissed the preliminary objection of alleged non-exhaustion of local remedies. In its submission, the Russian Federation intended to widen its scope (p. 223, para. 447) so as to cover any claim under the CERD Convention, — in the light of its Articles 11 (3) and 14 (7) (a), — including inter-State claims (p. 224, paras. 448-449).

34. Ukraine, for its part, contested the applicability of the local remedies rule in this context, and held that this rule applied only in claims by a State on behalf of specific individuals or entities; in the present case, however, —Ukraine added, —its claims under the CERD Convention related to “a broad pattern of conduct” by the respondent State resulting in breaches of its obligations under the CERD Convention (p. 199, para. 373).

35. As to my own position on the matter at issue, it is clear from the wording of Article 11 (3) of the CERD Convention that the local remedies rule only applies to procedures before the CERD Committee. More

¹² To this effect, cf., for an analysis of the vast case law of the ECtHR on the matter, e.g., P. van Dijk, F. van Hoof, A. van Rijn and Leo Zwaak, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 4th ed., Antwerp/Oxford, Intersentia, 2006, pp. 125-161 and 560-563; D. J. Harris, M. O’Boyle, E. P. Bates and C. M. Buckley, *Law of the European Convention on Human Rights*, 2nd ed., Oxford University Press, 2009, pp. 759-776; as to the case law of the IACtHR, cf. A. A. Cançado Trindade, *El Agotamiento de los Recursos Internos en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, San José/C.R., IIDH, 1991, pp. 1-60; and as to the case law of the African Court on Human and Peoples’ Rights (AfCtHR), cf. M. Löffelman, *Recent Jurisprudence of the African Court on Human and Peoples’ Rights — Developments 2014 to 2016*, Arusha, Tanzania/Eschborn, Germany, Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ), 2016, pp. 1-63, esp. pp. 5-8, 22, 24-26 and 29-30.

¹³ Besides the Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism (ICSFT).

Les juridictions internationales contemporaines partagent une même mission de réalisation de la justice. Il y a là une unité fondamentale de conception et de mission. Les juridictions internationales garantes des droits de l'homme créées par des conventions régionales fonctionnent dans un cadre théorique qui est celui de l'*universalité* des droits de l'homme. Elles sont fidèles à une *raison d'être* qui insiste sur le caractère effectif des recours internes et sur la réparation¹². Il existe à cet égard une *complémentarité* entre les mécanismes de règlement des différends de l'ONU et ceux des organisations régionales, du fait que tous inscrivent leur action dans le cadre théorique de l'universalité des droits inhérents à la personne humaine.» (*C.I.J. Recueil 2018 (II)*, p. 455-456, par. 55-56.)

2. *De l'invocation fautive de la règle en l'affaire relative à l'Application de la CIEDR*¹³ (Ukraine c. Fédération de Russie)

33. Dans la partie consacrée à la CIEDR de son arrêt en la présente affaire opposant l'Ukraine à la Fédération de Russie, la Cour rejette, à juste titre, l'exception préliminaire tirée du non-épuisement présumé des voies de recours internes. Dans ses conclusions, la Fédération de Russie a cherché à étendre l'empire de cette règle (p. 223, par. 447) à toute prétention tirée de la CIEDR sur la base du paragraphe 3 de l'article 11 et du paragraphe 7, alinéa *a*), de l'article 14, y compris les contestations entre Etats (p. 224, par. 448-449).

34. L'Ukraine a, à l'opposé, contesté l'applicabilité de la règle de l'épuisement des voies de recours internes en l'espèce, arguant que cette règle ne trouvait application que dans les cas où l'Etat agissait en justice pour le compte de tel ou tel individu ou entité bien spécifiés, alors que, en l'espèce, elle tirait grief de la CIEDR contre «une ligne de conduite générale» de l'Etat défendeur à l'origine de violations par celui-ci des obligations mises à sa charge par la CIEDR (p. 199, par. 373).

35. Ma position sur cette question est qu'il ressort clairement du texte du paragraphe 3 de l'article 11 de la CIEDR que la règle de l'épuisement des voies de recours internes ne joue que dans le cas de procédures devant

¹² On trouvera une analyse de l'importante jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en la matière dans P. van Dijk, F. van Hoof, A. van Rijn et Leo Zwaak, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 4^e éd., Anvers/Oxford, Intersentia, 2006, p. 125-161 et 560-563; D. J. Harris, M. O'Boyle, E. P. Bates et C. M. Buckley, *Law of the European Convention on Human Rights*, 2^e éd., Oxford University Press, 2009, p. 759-776; pour la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, voir A. A. Cançado Trindade, *El Agotamiento de los Recursos Internos en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, San José (Costa Rica), IIDH, 1991, p. 1-60; pour la jurisprudence de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, voir M. Löffelman, *Recent Jurisprudence of the African Court on Human and Peoples' Right — Developments 2014 to 2016*, Arusha (Tanzanie) et Eschborn (Allemagne), Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ), 2016, p. 1-63, et en particulier p. 5-8, 22, 24-26 et 29-30.

¹³ Et de la convention pour la répression du financement du terrorisme (CIRFT).

specifically, it is only when the dispute is brought before the CERD Committee for the second time, because the matter is not adjusted to the satisfaction of both parties, that the Committee will ascertain that local remedies have been exhausted in the case at issue.

36. This is in contrast with the respondent State's argument of drawing the relevance of the wording in Articles 11 (3) and 14 (7) (a) of the CERD Convention, which cannot be sustained¹⁴. On the contrary, Article 22 of the CERD Convention, as the compromissory clause on the basis of which the ICJ is seized, makes no mention of a requirement to exhaust local remedies prior to seizing the Court. In effect, Article 22 is to be interpreted in a way conducive to ensuring human rights protection, and thus provides alternative (not cumulative) options.

37. In the present case, Ukraine, instead of protecting nationals, complains of an alleged internationally wrongful act of the respondent State against it, in breach of the CERD Convention. As such, it cannot be litigated in domestic courts of another State, and the local remedies rule does not apply. Ukraine is thus correct in pointing to the impossibility of bringing such a case in the respondent State's domestic courts.

38. It is clear that individual rights are here also at stake, and human rights treaties such as the CERD Convention protect them to the benefit of the human persons concerned. But a breach of the CERD Convention also entails the commission of an internationally wrongful act by a State, and here the Convention's enforcement does not require the application of the rule of exhaustion of local remedies. In the *cas d'espèce*, Ukraine points out that it does bring its claim on behalf of the individuals concerned, but rather in its own right; as a result, the respondent State's preliminary objection of alleged non-exhaustion of local remedies does not stand, and has been rightly dismissed by the ICJ.

3. *The Overriding Importance of Redress*

39. In any case, the ultimate beneficiaries of the application of the CERD Convention, among other human rights treaties, are the human beings protected by them, even in an inter-State claim thereunder, as the present one. It is necessary to keep in mind that the fundamental rights of human beings stand well above the States, which were historically created to secure those rights. After all, States exist for human beings, and not vice versa.

¹⁴ The respondent State's invocation of those provisions is linked to its unsustainable view that Article 22 of the CERD Convention contains cumulative requirements to be fulfilled for the Court to have jurisdiction over the case.

le comité pour l'élimination de la discrimination raciale. Plus précisément, ce n'est que lorsqu'il est saisi une seconde fois du différend, celui-ci n'ayant pas été réglé à la satisfaction des deux parties, que ledit comité apprécie si les voies de recours internes ont été épuisées en l'espèce.

36. Cette constatation est à l'opposé du moyen tiré par l'Etat défendeur du texte du paragraphe 3 de l'article 11 et du paragraphe 7, alinéa a), de l'article 14 de la CIEDR, moyen qui ne saurait prospérer¹⁴. Au contraire, l'article 22 de la CIEDR, en tant que clause compromissoire fondant la saisine de la Cour, ne prescrit nullement d'épuiser les voies de recours internes avant de se pourvoir devant la Cour. En effet, devant s'interpréter d'une manière propre à permettre de pourvoir à la protection des droits de l'homme, l'article 22 ménage ainsi des conditions alternatives (et non cumulatives).

37. En la présente espèce, l'Ukraine, loin d'agir en protection de tels de ses ressortissants, fait grief à l'Etat défendeur d'un acte internationalement illicite présumé contre elle en violation de la CIEDR. Ce grief n'étant pas, en tant que tel, justiciable des tribunaux internes d'un autre Etat, la règle de l'épuisement des voies de recours internes ne saurait trouver à s'appliquer. L'Ukraine est dès lors fondée à affirmer qu'un tel différend ne saurait être porté devant les tribunaux internes de l'Etat défendeur.

38. A l'évidence, sont également en jeu ici les droits de l'individu que les traités relatifs aux droits de l'homme comme la CIEDR viennent protéger dans l'intérêt des personnes humaines concernées. Mais toute violation de la CIEDR emporte également commission de quelque acte internationalement illicite par tel Etat et, en l'occurrence, il n'est pas nécessaire de faire jouer la règle de l'épuisement des voies de recours internes pour pouvoir donner effet à la convention. En l'espèce, l'Ukraine précise agir non pas tant pour le compte des individus concernés qu'en son nom propre et que, par suite, l'exception préliminaire tirée par l'Etat défendeur de la règle des recours internes ne peut prospérer ; c'est à juste titre que la Cour l'a rejetée.

3. *De l'importance primordiale de la réparation*

39. En tout état de cause, est l'ultime bénéficiaire de l'application de la CIEDR et des autres traités relatifs aux droits de l'homme la personne humaine protégée par lesdits traités même en présence de litige opposant tel Etat à tel autre comme cela est le cas en la présente espèce. Il ne faut jamais oublier que les droits fondamentaux de la personne humaine l'emportent nettement sur l'Etat, lequel a historiquement pour mission de garantir lesdits droits. Après tout, l'Etat existe pour servir la personne humaine et non l'inverse.

¹⁴ L'Etat défendeur invoque les dispositions en question pour soutenir à tort que l'article 22 de la CIEDR prescrit des conditions cumulatives à satisfaire pour donner à la Cour compétence en l'affaire.

40. 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 marks presence in the writings of the “founding fathers” of the sixteenth century, namely: Francisco de Vitoria (Second *Relectio* — *De Indis*, 1538-1539)¹⁵; Juan de la Peña (*De Bello 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).

41. 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.

42. The rationale of the local remedies rule in human rights protection discloses the overriding importance of the element of *redress*, the provision of which being a matter of *ordre public*; what ultimately matters is the redress obtained for the wrongs complained of, and not the mechanical exhaustion of local remedies. The incidence of the local remedies rule in human rights protection is certainly distinct from its application in diplomatic protection; as those two contexts are also distinct, there is nothing to hinder the application of that rule with lesser or greater rigour in such different situations¹⁶.

43. This *law of protection* of the rights of the human person, within the framework of which international and domestic law appear in constant *interaction*, is inspired by common superior values: this goes *pari passu* with an increasing emphasis on the State’s duty to provide effective local remedies. In sum, as I have been pointing out over the years,

“local remedies form an integral part of the very system of international human rights protection, the emphasis falling on the element of redress rather than on the process of exhaustion. The local remedies

¹⁵ 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 of *justice* applying likewise to States and individuals 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 Juridicas*, Rio de Janeiro (2008), No. 32, pp. 197-212.

¹⁶ A. A. Cançado Trindade, *The Access of Individuals to International Justice*, Oxford University Press, 2011, pp. 101, 103 and 105.

40. 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)¹⁵; Juan de la Peña (*De Bello contra Insulanos*, 1545); Bartolomé de Las Casas (*De Regia Potestate*, 1571); Juan Roa Dávila (*De Regnorum Justitia*, 1591); et Alberico Gentili (*De Jure Belli*, 1598).

41. 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.

42. La raison d'être de la règle de l'épuisement des voies de recours internes en matière de protection des droits de la personne humaine réside dans la primauté de l'élément de *réparation*, dont l'octroi relève de l'*ordre public*; ce qui importe en dernier ressort, c'est la réparation du tort invoqué et non l'épuisement mécanique des voies de recours internes. Le rôle de la règle des recours internes en matière de protection des droits de l'homme est incontestablement différent de ce qu'il est dans la pratique de la protection diplomatique; s'agissant ici de deux domaines distincts, rien ne s'oppose à ce que cette règle s'applique avec une plus ou moins grande rigueur dans des domaines aussi différents¹⁶.

43. Ce *droit de la protection* des droits de la personne humaine, dans le cadre duquel le droit international et le droit interne apparaissent en constante *interaction*, s'inspire de valeurs communes supérieures: ce qui va de pair avec l'affirmation de plus en plus forte de l'obligation faite à l'Etat d'organiser des recours internes effectifs. En somme, comme je l'ai fait observer au fil des ans,

«les recours internes font partie intégrante du système international de protection des droits de l'homme, la prééminence étant accordée dans ce contexte à l'élément de réparation plutôt qu'au processus

¹⁵ Déjà dans ses ouvrages de pionnier, F. de Vitoria regarde le droit des gens comme venant réglementer une communauté internationale (*totus orbis*) composée d'êtres humains organisés socialement en Etats naissants et constituant l'humanité; la réparation de toutes violations de leurs droits traduisait une nécessité internationale voulue par le droit des gens, les mêmes principes de justice s'appliquant également aux Etats et aux individus et populations qui le constituent. Voir. 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), n. 32, p. 197-212.

¹⁶ A. A. Cançado Trindade, *The Access of Individuals to International Justice*, Oxford University Press, 2011, p. 101, 103 et 105.

rule bears witness to the interaction between international law and domestic law in the present domain of protection, applying only when those remedies are indeed effective and capable to provide redress. We are here before a *droit de protection*, with a specificity of its own, fundamentally *victim-oriented*, concerned with the rights of individual human beings rather than of States. Generally recognized rules of international law (which the formulation of the local remedies rule in human rights treaties refers to), besides following an evolution of their own in the distinct contexts in which they apply, necessarily undergo, when inserted in human rights treaties, a certain degree of adjustment or adaptation, dictated by the special character of the object and purpose of those treaties and by the widely recognized specificity of the international protection of human rights.”¹⁷

V. THE RELEVANCE OF JURISDICTION IN FACE OF THE NEED TO SECURE PROTECTION TO THOSE IN SITUATIONS OF VULNERABILITY

44. My considerations in the present separate opinion leave it clear that there are aggravating circumstances which increase the need to secure protection to those directly affected by them. This is another point which cannot pass here unnoticed. The factual context of the present case of *Application of the ICSFT and the CERD Conventions* discloses that those who seek protection find themselves in utmost vulnerability, if not defencelessness, and, in addition, in need to safeguard themselves against arbitrariness. The ICJ cannot, and does not, make abstraction of such increased need of protection.

1. Protection in Face of Vulnerability

45. In effect, even in an earlier stage of the handling of the *cas d'espèce*, I had appended a separate opinion to the ICJ's Order (of 19 April 2017) on provisional measures of protection, wherein I dwelt upon the importance of such measures in face of the aggravated human vulnerability and defencelessness of the segments of the population affected (*I.C.J. Reports 2017*, pp. 164-166, paras. 21-29). As shown in the course of the proceedings, indiscriminate shelling against civilians (in eastern Ukraine) struck and damaged residential buildings, hospitals, schools, kindergartens, ambulances (*ibid.*, pp. 166-167, paras. 30-31), causing physical injuries and imposing limitations on freedom of movement (*ibid.*, pp. 168-169, paras. 32-35).

¹⁷ Cf. *supra* note 16, p. 107; and cf. A. A. Cañado Trindade, *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law*, *op. cit. supra* note 11, 1983, pp. 1-443.

d'épuisement. La règle des recours internes est un reflet des interactions entre droit international et droit interne dans le contexte contemporain de la protection, ne jouant que lorsque ces recours sont bel et bien effectifs et susceptibles de permettre d'obtenir réparation. Nous nous trouvons ici en présence d'un droit de protection, qui a une spécificité propre, est fondamentalement *axé sur les victimes*, et s'intéresse aux droits des personnes plutôt qu'à ceux des Etats. Les règles généralement reconnues du droit international (auxquelles renvoie la formulation de la règle des recours internes dans les traités relatifs aux droits de l'homme), outre qu'elles évoluent d'elles-mêmes dans les différents contextes où elles s'appliquent, subissent, lorsqu'elles sont insérées dans des traités relatifs aux droits de l'homme, un certain degré d'ajustement ou d'adaptation, dicté par le caractère particulier que revêtent l'objet et le but de ces traités, et par la spécificité largement admise de la protection internationale des droits de l'homme.»¹⁷

V. DE L'INTÉRÊT DE LA COMPÉTENCE FACE À LA NÉCESSITÉ D'ASSURER LA PROTECTION DE PERSONNES EN ÉTAT DE VULNÉRABILITÉ

44. Il ressort des développements qui précèdent qu'il est des circonstances aggravantes qui renforcent la nécessité d'assurer la protection de personnes souffrant directement de ces circonstances. C'est là un autre aspect à ne pas passer sous silence. Les éléments factuels de la présente espèce montrent bien que les personnes ayant besoin de protection se trouvent dans un état d'extrême vulnérabilité, sinon d'impuissance et, de surcroît, forcées de se prémunir contre l'arbitraire. La Cour ne saurait faire abstraction d'un tel besoin accru de protection et ne le fait d'ailleurs pas.

1. De la protection face à un état de vulnérabilité

45. Déjà à un stade antérieur de la présente espèce, le 19 avril 2017, j'avais joint une opinion individuelle à l'ordonnance rendue par la Cour sur la demande en indication de mesures conservatoires; je m'y étais arrêté sur la valeur de telles mesures au vu de l'extrême vulnérabilité et de l'impuissance des groupes de population affectés (*C.I.J. Recueil 2017*, p. 164-166, par. 21-29). Ainsi qu'il a été démontré en cours d'instance, des tirs d'artillerie sans discrimination contre des civils (en Ukraine orientale) ont frappé et endommagé des bâtiments résidentiels, des hôpitaux, des ambulances, des écoles et des jardins d'enfants (*ibid.*, p. 166-167, par. 30-31), causé des blessés et entravé la liberté de mouvement des personnes (*ibid.*, p. 168-169, par. 32-35).

¹⁷ Cf. *supra* note 16, p. 107; et voir A. A. Cançado Trindade, *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law*, *op. cit. supra* note de bas de page 11, 1983, p. 1-443.

46. Hence the importance — I proceeded — of due consideration of the test of human vulnerability, insufficiently considered by the ICJ at that stage (*I.C.J. Reports 2017*, p. 169, para. 36 and pp. 170-171, paras. 41-44). I then deemed it fit to recall that

“the CERD Convention is a core UN human rights convention intended to protect rights of the human person at intra-State level. Accordingly, concern for the protection of vulnerable segments of the population must inform the Court’s finding that the test of human vulnerability here applies, requiring provisional measures of protection” (*ibid.*, p. 172, para. 48).

47. In effect, this is a consideration to be kept in mind in all stages of the handling of the present case, including the present one on preliminary objections, here duly dismissed. I then stressed that “the vulnerability of victims, with its implications, are (. . .) clearly acknowledged in contemporary international case law, of distinct international tribunals” (*ibid.*, p. 173, para. 53). I recalled, e.g., that the European Court of Human Rights (ECtHR), has likewise been seized, since 2015, of two cases of *Ukraine v. Russian Federation* (*ibid.*, pp. 176-177, paras. 60-61), — the matter remaining pending with it¹⁸ to date (November 2019).

48. I then pointed out that the handling of the present case of the *Application of the ICSFT Convention and of the CERD Convention* requires “a humanist outlook”, going beyond the strict inter-State dimension, given the great need of protection of those in situations of great vulnerability or even defencelessness (*ibid.*, pp. 184-185, paras. 84 and 86). I added that here “[t]he principle of humanity comes to the fore”; it “permeates the whole *corpus juris* of contemporary international law” with “a clear incidence on the protection of persons in situations of great vulnerability. The *raison d’humanité* prevails here over the *raison d’Etat*. Human beings stand in need, ultimately, of protection against evil, which lies within themselves” (*ibid.*, p. 186, paras. 90-91).

2. Protection against Arbitrariness

49. In cases of extreme violence like the present one, human beings stand in need of protection against arbitrariness on the part not only of State authorities, but also of other (unidentified) individuals. In a wider horizon, *human beings need protection ultimately against themselves*¹⁹. Human rights conventions, like CERD, enable the exercise of

¹⁸ Cf. ECtHR, Press Release ECHR 173 (2018), of 9 May 2018, pp. 1-3.

¹⁹ Extreme violence has regrettably accompanied human relations over the centuries. Even those who survived acts of brutality became deeply harmed physically and psychologically by them for the rest of their lives. To recall only one example, of the mid-twentieth

46. D'où l'importance — poursuivais-je — de tenir dûment compte du critère de vulnérabilité humaine, insuffisamment pris en considération par la Cour à ce stade-là (*C.I.J. Recueil 2017*, p. 169, par. 36, et p. 170-171, par. 41-44). J'avais alors jugé bon de rappeler que

«[l]a CIEDR, qui fait partie des traités fondamentaux relatifs aux droits de l'homme conclus sous l'égide de l'Organisation des Nations Unies, a pour objet de protéger les droits de la personne humaine au niveau intraétatique. La nécessité de protéger les groupes vulnérables de la population aurait donc dû amener la Cour à conclure que le critère de vulnérabilité humaine s'appliquait en la présente affaire et que l'indication de mesures conservatoires s'imposait.» (*Ibid.*, p. 172, par. 48.)

47. De fait, c'est là une exigence à retenir à tous les stades de la présente cause, y compris à celui des exceptions préliminaires qui nous intéresse ici, exceptions que la Cour a, en l'occurrence, écartées à juste titre. Je soulignais alors que «la vulnérabilité des victimes, et ses implications, est ... clairement reconnue dans la jurisprudence internationale contemporaine de différentes instances judiciaires internationales» (*ibid.*, p. 173, par. 53). Je rappelais à titre d'exemple que la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) était de même saisie depuis 2015 de deux affaires opposant l'Ukraine à la Fédération de Russie (*ibid.*, p. 176-177, par. 60-61), affaires à ce jour (novembre 2019) encore pendantes devant elle¹⁸.

48. Je faisais observer alors que la Cour devait envisager la présente affaire relative à l'*Application de la CIRFT et de la CIEDR* selon «une perspective humaniste», lui imposant, étant donné la nécessité pressante d'assurer la protection des êtres humains en situation de grande vulnérabilité, voire d'impuissance, de dépasser la dimension strictement interétatique (*ibid.*, p. 184-185, par. 84 et 86). J'ajoutais qu'ici «[l]e principe d'humanité pass[ait] en premier», qu'il «impr[égnait] l'ensemble du *corpus juris* du droit international contemporain», et «a[vait] une incidence avérée sur la protection des êtres humains particulièrement vulnérables, la raison d'humanité l'emport[ant] ... sur la raison d'Etat, les êtres humains ayant en définitive besoin d'être protégés du mal inhérent à l'homme» (*ibid.*, p. 186, par. 90-91).

2. De la protection contre l'arbitraire

49. L'être humain en proie à une violence extrême comme en la présente espèce a besoin d'être protégé contre l'arbitraire de la part non seulement d'autorités étatiques, mais également de tous individus (non identifiés). Dans une plus large perspective, *l'homme doit en définitive être protégé contre lui-même*¹⁹. Les conventions relatives aux droits de l'homme,

¹⁸ Voir CEDH, communiqué de presse CEDH 173 (2018) du 9 mai 2018, p. 1-3.

¹⁹ La violence extrême a malheureusement accompagné les relations humaines au cours des âges. Même ceux qui ont survécu à la sauvagerie en ont été profondément marqués dans leur corps et leur âme le restant de leur vie. Pour ne citer qu'un seul exemple tiré du

protection against arbitrariness, in any circumstances. There is an absolute prohibition of arbitrariness in the rationale of those conventions, in support of the imperative of access to justice *lato sensu*, the *right to the Law* (*le droit au Droit, el derecho al Derecho*), to secure the realization of justice even in situations of utmost human vulnerability²⁰.

50. Fundamental principles of law reveal the *right to the Law* of which are *titulaires* all human beings in need of protection. Those principles do not depend on the State's "will" or "consent", and the inalienable rights under human rights conventions, like CERD, rest on the foundations of *jus gentium* itself²¹. Human beings in situations of great vulnerability or adversity stand in need of a higher standard of protection under human rights conventions, like CERD. The Court cannot remain hostage of State "consent" to the point of losing sight of the imperative of realization of justice, also in these situations.

51. After all, the safeguard and prevalence of dignity of the human person, — even amidst utmost vulnerability and facing arbitrariness, — are identified with the end itself of Law. General principles of law conform the *substratum* of the legal order itself, guaranteeing its unity, integrity and cohesion. Such indispensable principles, consubstantial to the international legal order itself, form the *jus necessarium* (not a *jus voluntarium*), prior and superior to the State's "will", and expressing an idea of objective justice, in the line of jusnaturalist thinking.

VI. CONCLUDING CONSIDERATIONS

52. In effect, UN human rights conventions, like CERD, attribute a *central place* to the human person in the domain of protection of rights

century, a survival of the acts of cruelty of the Second World War, Elie Wiesel, expressed in his reflections (of 1958-1961) his deep anguish. In referring to "the tragic fate of those who came back, left over, living-dead", he pondered:

"Anyone who has seen what they have seen cannot be like the others, cannot laugh, love, pray, bargain, suffer, have fun, or forget. (. . .) Something in them shudders and makes you turn your eyes away. These people have been amputated; they haven't lost their legs or eyes but their will and their taste for life. (. . .) What it comes down to is that man lives while dying, that he represents death to the living, and that's where tragedy begins." E. Wiesel, *The Night Trilogy — Night, Dawn, Day* (1958-1961), N.Y., Hill and Wang, 2008 (reed.), pp. 295-296 and 298.

²⁰ Cf. A. A. Cañado Trindade, *El Principio Básico de Igualdad y No-Discriminación: Construcción Jurisprudencial*, Santiago de Chile, Ed. Librotecnia, 2013, pp. 308 and 706-708.

²¹ A. A. Cañado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, Vol. III, Porto Alegre/Brazil, S.A. Fabris Ed., 2003, pp. 524-525, and cf. pp. 376-380, 383, 386 and 389-390.

comme la CIEDR, organisent la protection de la personne contre l'arbitraire en toutes circonstances. Ces instruments viennent faire interdiction absolue de l'arbitraire, au profit de l'impératif d'accès à la justice *lato sensu*, du *droit au Droit* (*el derecho al Derecho*), de la réalisation de la justice même en présence d'un état d'extrême vulnérabilité humaine²⁰.

50. Les principes de droit fondamentaux donnent expression au *droit au Droit* dont sont titulaires toutes personnes humaines ayant besoin de protection. Ces principes ne sont pas subordonnés à la «volonté» ou au «consentement» de l'Etat, les droits inaliénables résultant de conventions relatives aux droits de l'homme comme la CIEDR reposant sur les fondements du *jus gentium* même²¹. Tous les êtres humains en état de grande vulnérabilité ou de détresse méritent un régime de protection plus élevé sous l'empire de conventions relatives aux droits de l'homme telles que la CIEDR. La Cour ne saurait demeurer prisonnière du «consentement» de l'Etat au point de perdre de vue l'impératif de réalisation de la justice, y compris en pareils cas.

51. Après tout, la sauvegarde et la prééminence de la dignité de la personne humaine, même en présence de cas d'extrême vulnérabilité et d'arbitraire, se confondent avec la finalité du Droit proprement dite. Les principes généraux du droit constituent le substrat de l'ordre juridique même, venant en garantir l'unité, l'intégrité et la cohésion. Ces principes cardinaux, consubstantiels à l'ordre juridique international, forment le *jus necessarium* (et non un *jus voluntarium*), antérieur et supérieur à la «volonté» de l'Etat, donnant expression à l'idée de justice objective qui marque la pensée jusnaturaliste.

VI. CONCLUSION

52. De fait, à l'exemple de la CIEDR, les conventions relatives aux droits de l'homme conclues sous l'égide des Nations Unies attribuent une

milieu du XX^e siècle, Elie Wiesel, rescapé de la barbarie de la seconde guerre mondiale, dira le profond désarroi qu'il ressent dans ses souvenirs (de 1958-1961). Evoquant «le sort tragique de ceux qui sont revenus, ont été abandonnés, cadavres ambulants», il a eu cette réflexion :

«Quiconque a vu ce qu'ils ont vécu ne peut être comme les autres, ne peut rire, aimer, prier, marchander, souffrir, s'amuser ou oublier... Quelque chose en eux vous fait frémir et détourner le regard. Ces personnes ont été amputées — elles n'ont pas perdu de jambes ou la vue mais leur volonté et le goût de la vie... En fin de compte, l'homme est un cadavre ambulant, qui représente la mort aux yeux des vivants et c'est là que commence la tragédie.» E. Wiesel, *The Night Trilogy — Night, Dawn, Day* (1958-1961), N.Y., Hill and Wang, 2008 (rééd.), p. 295-296 et 298.

²⁰ Voir. A. A. Cançado Trindade, *El Principio Básico de Igualdad y No-Discriminación: Construcción Jurisprudencial*, Santiago du Chili, Ed. Librotecnia, 2013, p. 308 et 706-708.

²¹ A. A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. III, Porto Alegre/Brésil, S.A. Fabris, 2003, p. 524-525, et voir p. 376-380, 383, 386 et 389-390.

inherent to her, setting *limits to State voluntarism*, and thus safeguarding their integrity and the primacy of considerations of *ordre public* over the “will” of individual States. May I recall that, in the ICJ Judgment in the case of *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, Judgment, *I.C.J. Reports 2012 (I)*, where the Court upheld the sovereign immunities of Germany in the *cas d’espèce* (originated historically in the crimes of the Third Reich in the Second World War, in 1943-1945), I presented my extensive dissenting opinion (*ibid.*, pp. 179-290, paras. 1-316), strongly opposing the ICJ’s voluntarist-positivist approach, based on the “will” of the States; I further singled out that situations of injustice are unsustainable.

53. There have unfortunately been other recent examples to the same effect, wherein I have appended other lengthy dissenting opinions²². The central place — may I here reiterate — as clearly indicated by cases concerning human rights, is that of the human person, and the basic posture is *principiste*, without making undue concessions to State voluntarism. The assertion of an *objective* law, beyond the “will” of individual States, is, in my perception, a revival of jusnaturalist thinking.

54. After all, the basic foundations of international law, the law of nations (*droit des gens*), emanate ultimately from the human conscience, from the universal juridical conscience, and not from the “will” of individual States. Human rights conventions, like CERD, are *people-centered* and *victim-oriented* (rather than State-centric), focusing on the protection of human beings, in particular in situations of vulnerability or defenselessness. They acknowledge the need, in the adjudication of cases, to go beyond the strict inter-State outlook, with due attention to the persons in need of protection, in pursuance of a humanist outlook, and in the light of the principle of humanity²³.

²² For example, in its Judgment (of 3 February 2015) in the case of the *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*, the ICJ held that, while the prohibition of genocide has the character of *jus cogens*, with obligations *erga omnes*, its own jurisdiction is based on consent, on which it depends even when the dispute submitted to it relates to alleged violation of norms having peremptory character. After its own examination of the facts, it decided to reject the Applicant’s claim, and once again I appended an extensive dissenting opinion (*I.C.J. Reports 2015 (I)*, pp. 202-380, paras. 1-547). Other recent examples to the same effect can be found in the three recent Judgments (of 10 May 2016) of the ICJ in the three cases of *Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament (Marshall Islands v. India/Pakistan/United Kingdom)*. The ICJ decided, by a split-majority, to uphold one of the preliminary objections, grounded on the alleged absence of a dispute between the contending parties, and, thus, not to proceed to the merits of the cases. Once again, I appended three extensive dissenting opinions of over three hundred paragraphs to those three Judgments.

²³ For a recent study, cf. 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.

place centrale à la personne humaine s'agissant de la protection des droits qui lui appartiennent en propre, posant des *limites à la primauté de la volonté de l'Etat*, et sauvegardant ainsi leur intégrité et la prééminence des impératifs d'ordre public sur la «volonté» de tel ou tel Etat. Qu'il me soit permis de rappeler que, dans le cadre de l'affaire relative aux *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant))*, qui traitait de crimes commis par le troisième Reich pendant la Seconde Guerre mondiale, entre 1943 et 1945, et dans laquelle la Cour a, par son arrêt du 3 février 2012 (*C.I.J. Recueil 2012 (I)*), confirmé les immunités souveraines de l'Allemagne, je m'étais vigoureusement élevé, dans une longue opinion dissidente (*ibid.*, p. 179-290, par. 1-316), contre l'approche positiviste de la Cour adossée à la «volonté» de l'Etat, faisant notamment observer qu'aucune situation d'injustice n'est défendable.

53. Malheureusement, d'autres exemples analogues récents sont venus m'inspirer de nouvelles longues opinions dissidentes²². Je le répète : comme le montrent clairement les affaires concernant les droits de l'homme, la personne humaine occupe une place centrale, fondamentalement par *principlisme*, nulle concession induite n'étant faite à une conception privilégiant la volonté des Etats. L'affirmation d'un droit *objectif*, au-delà de la «volonté» de tel ou tel Etat, marque, à mon sens, le renouveau du jusnaturalisme.

54. Après tout, les fondements mêmes du droit international, du droit des gens, sont en dernier ressort l'émanation de la conscience humaine, de la conscience de la justice universelle et non de la «volonté» des Etats pris individuellement. Les conventions relatives aux droits de l'homme, telles que la CIEDR, sont *axées sur les personnes et sur les victimes* (et non sur l'Etat), privilégiant la protection de la personne humaine, surtout lorsque celle-ci se trouve en état de vulnérabilité ou d'impuissance. Elles reconnaissent la nécessité, s'agissant de dire le droit, d'aller au-delà de la stricte perspective interétatique pour accorder l'attention voulue à toutes personnes ayant besoin de protection, au service d'une optique humaniste, adossée au principe d'humanité²³.

²² Par exemple, dans son arrêt (du 3 février 2015) en l'affaire relative à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*, la Cour a déclaré que, si la prohibition du génocide a le caractère de *jus cogens*, emportant des obligations *erga omnes*, sa propre compétence repose sur le consentement, qui l'oblige même lorsque le différend qui lui est soumis a trait à la violation alléguée de normes impératives. Ayant examiné les faits, elle a décidé de rejeter la prétention du demandeur, ce qui m'a inspiré une fois de plus une longue opinion dissidente (*C.I.J. Recueil 2015 (I)*, p. 202-380, par. 1-547). On trouvera d'autres exemples allant dans ce sens dans les trois arrêts rendus récemment par la Cour (le 10 mai 2016) à l'occasion des trois affaires concernant les *Obligations relatives à des négociations concernant la cessation de la course aux armes nucléaires et le désarmement nucléaire (Iles Marshall c. Royaume-Uni; c. Inde; c. Pakistan)*. La Cour a décidé à la majorité de retenir l'une des exceptions préliminaires tirée de l'absence présumée d'un différend entre les parties et, par suite, de ne pas examiner les affaires au fond, ce qui m'a conduit à joindre trois longues opinions dissidentes (par. 1-331) à ces trois arrêts.

²³ Voir 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), p. 223-271.

55. In the course of the recent public hearings before the ICJ (of June 2019) on preliminary objections in the present case of *Application of the ICSFT and the CERD Conventions*, the contending Parties, in addition to their arguments on specific legal points, also addressed the factual context of the *cas d'espèce*. In doing so, occurrences of extreme violence were referred to by Ukraine²⁴ and the Russian Federation²⁵ (for example, the indiscriminate shelling victimizing civilians in Eastern Ukraine: Mariupol, Volnovakha, Kramatorsk and Avdiivka). This shows that, in a case like the present one, in my perception, one cannot make abstraction of events of extreme violence in the examination of preliminary objections themselves.

56. The decision of the ICJ, in the present case opposing Ukraine to the Russian Federation, to dismiss the preliminary objections, is in conformity with the rationale of human rights conventions, like CERD, but its reasoning could also have been likewise, if the Court had not once again relied mechanically upon the relevance it is used to attribute to State “consent” (cf. *supra*). Conscience stands above the “will”. Human beings, even in the most adverse conditions, stand as subjects of international law, endowed under human rights conventions with juridical personality together with procedural capacity.

57. This is the position that I have been sustaining for a long time. For example, almost two decades ago I pondered, in another international jurisdiction²⁶, that

“The considerable scientific-technological advances of our times has much increased the capacity of the human being to do all that is both good and evil. As to this latter, one cannot deny nowadays the importance and pressing need to devote greater attention to victimization, human suffering, and rehabilitation of the victims, — keeping in mind the current diversification of the sources of violations of human rights. The systematic violations of human rights and the growth of violence (in its multiple forms) in our days and everywhere disclose that, regrettably, the much praised material progress (enjoyed, in reality, by very few) has simply not been accompanied *pari pasu* of concomitant advances at spiritual level.”²⁷

58. Attention is to remain turned to the victimized persons, rather than to inter-State susceptibilities. In my perception, legal positivism has

²⁴ Cf. CR 2019/10, of 4 June 2019, p. 13, paras. 8-9, and pp. 42-44, paras. 59-62 and 68-71; CR 2019/12, of 7 June 2019, p. 32, para. 6, p. 39, paras. 41-42, and pp. 40-42, paras. 50-54 and 58-59.

²⁵ Cf. CR 2019/9, of 3 June 2019, p. 18, paras. 22-23, and pp. 29-31, pp. 39-42; CR 2019/11, of 6 June 2019, pp. 23-24, paras. 44-48.

²⁶ The Inter-American Court of Human Rights (IACtHR).

²⁷ Separate opinion (para. 23) of Judge Cañado Trindade, in the case of the “*Street Children*” (*Villagrán Morales and Others v. Guatemala*), IACtHR’s Judgment (reparations) of 26 May 2001.

55. Lors des audiences publiques que la Cour a consacrées en juin 2019 aux exceptions préliminaires en la présente affaire, outre les arguments qu'elles ont avancés sur tels ou tels points de droit donnés, les Parties se sont également intéressées aux faits de la cause. L'Ukraine²⁴ et la Fédération de Russie²⁵ ont ainsi évoqué des faits de violence extrême (par exemple, des tirs d'artillerie sans discrimination ayant causé des victimes civiles en Ukraine orientale — à Marioupol, Volnovakha, Kramatorsk et Avdiivka), ce qui vient démontrer, à mon sens, que, s'agissant d'une espèce comme la présente, l'on ne saurait faire abstraction de faits de violence extrême en examinant les exceptions préliminaires proprement dites.

56. La décision prise par la Cour en la présente espèce de rejeter les exceptions préliminaires est conforme à la raison d'être des conventions relatives aux droits de l'homme, comme la CIEDR; mais la Cour aurait pu aussi fonder son raisonnement sur cette raison d'être même, si elle n'avait pas, une fois de plus, invoqué mécaniquement, comme elle a coutume de le faire, le critère du «consentement» de l'Etat (voir *supra*). En effet, la conscience est supérieure à la «volonté». Même dans la plus grande détresse, l'être humain est un sujet de droit international, qui tire des conventions relatives aux droits de l'homme une personnalité juridique et la capacité d'agir.

57. C'est là la thèse que je défends depuis longtemps déjà. C'est ainsi que, voici près de deux décennies, je faisais valoir dans une autre juridiction internationale²⁶ que

«[d]u fait des prodigieuses avancées scientifiques et techniques de notre temps, l'homme a bien davantage les moyens de faire le mal tout autant que le bien. Pour ce qui est du mal, et compte tenu de la prolifération des sources d'atteintes aux droits de l'homme à laquelle nous assistons, on ne saurait nier de nos jours combien il importe et est de pressante nécessité de consacrer une plus grande attention aux victimes, à leurs souffrances et à leur réadaptation. Ces atteintes systématiques aux droits de l'homme et la montée de la violence (dans ses multiples formes) partout de nos jours viennent malheureusement montrer que le progrès matériel tant vanté (dont jouit en réalité une infime minorité) n'est tout simplement pas synonyme d'élévation de l'esprit.»²⁷

58. Notre attention doit demeurer tournée vers la personne des victimes davantage que vers les susceptibilités des Etats. A mon avis, le posi-

²⁴ Voir CR 2019/10 du 4 juin 2019, p. 13, par. 8-9, et p. 42-44, par. 59-62 et 68-71; CR 2019/12 du 7 juin 2019, p. 32, par. 6, p. 39, par. 41-42, et p. 40-42, par. 50-54 et 58-59.

²⁵ Voir CR 2019/9, du 3 juin 2019, p. 18, par. 22-23, p. 29-31, et p. 39-42; CR 2019/11 du 6 juin 2019, p. 23-24, par. 44-48.

²⁶ La Cour interaméricaine des droits de l'homme (CIDH).

²⁷ Opinion individuelle du juge Cançado Trindade en l'affaire «*Street Children*» (*Villagrán Morales and Others v. Guatemala*), arrêt de la CIDH (réparations) du 26 mai 2001, par. 23.

always been subservient to the established power (irrespective of the orientation of this latter), paving the way for decisions that do not realize justice. This cannot be overlooked, in particular in cases under human rights conventions; law cannot prescind from justice, they come ineluctably together.

59. Cases under UN human rights conventions, like the *cas d'espèce*, call for a reasoning beyond the strict inter-State outlook, and transcending the “will” of States. The voluntarist outlook is unsustainable. Nowadays, more than ever, human beings stand in need of protection from themselves. The basic foundations and the evolution of contemporary *jus gentium* emanates from human conscience, the universal juridical conscience, rather than the inscrutable “will” of States.

60. I have already made the point that the *jus gentium* of our times finds its historical roots in the conception and the ideals of the “founding fathers” of the law of nations during the sixteenth and seventeenth centuries (cf. paras. 40-41 *supra*). Theirs was, in my own perception, a universalist perspective (the *civitas maxima gentium*),

“going beyond purely inter-State relations. Its foundations are independent of the ‘will’ of its legal subjects (States or others). It is ultimately the product of human conscience and is based on ethical principles that integrate fundamental values shared by the international community as a whole and by humanity.”²⁸

61. It may be argued that the world wherein the “founding fathers” lived in the sixteenth and seventeenth centuries is quite distinct from the world of our times; yet, the ideals and aspirations are recurring for the realization of justice (also at international level). I have considered this point in an address that I delivered in Athens half a decade ago, wherein I pondered that

“Although the contemporary international scene is (undeniably) entirely different from that of the era of the renowned ‘founding fathers’ of international law who propounded a *civitas maxima* governed by the law of nations, there is a recurrent human aspiration,

²⁸ A. A. Cançado Trindade, “Le droit international contemporain et la personne humaine”, 120 *Revue générale de droit international public* (2016), No. 3, p. 501. And, on the perennial legacy of the “founding fathers” of the law of nations, cf. A. A. Cançado Trindade, “La Perennidad del Legado de los ‘Padres Fundadores’ del Derecho Internacional”, 13 *Revista Interdisciplinar de Direito da Faculdade de Direito de Valença* (2016), No. 2, pp. 15-43; A. A. Cançado Trindade, “La Perennidad del Legado de los ‘Padres Fundadores’ del Derecho Internacional”, *Discurso del Acto de Investidura como Doctor Honoris Causa del Profesor A. A. Cançado Trindade*, Madrid, Ed. Universidad Autónoma de Madrid, 20 May 2016, pp. 17-55, esp. pp. 25-26, 38, 42 and 55.

tivisme juridique a toujours été inféodé au pouvoir établi (quelle qu'en soit l'orientation), faisant ainsi le lit de décisions ennemies de la réalisation de la justice. C'est là une chose dont nous devons avoir conscience, singulièrement lorsque nous sommes en présence d'affaires touchant à des conventions relatives aux droits de l'homme; le droit ne peut divorcer de la justice, l'un et l'autre étant intimement liés.

59. Les affaires qui, comme la présente, touchent aux conventions onusiennes relatives aux droits de l'homme appellent un raisonnement qui doit aller au-delà de la stricte perspective interétatique et transcender la «volonté» des Etats, l'optique privilégiant cette dernière étant indéfendable en l'occurrence. De nos jours, plus que jamais, l'être humain a besoin d'être protégé contre lui-même. Les fondements mêmes et l'évolution du *jus gentium* contemporain sont l'émanation de la conscience humaine, de la conscience de la justice universelle, et non de l'insondable «volonté» des Etats.

60. J'ai déjà fait valoir que le *jus gentium* contemporain plongeait ses racines historiques dans l'esprit et les idéaux prônés par les «pères fondateurs» du droit des gens au cours des XVI^e et XVII^e siècles (voir par. 40-41 *supra*). Ils en avaient, selon moi, une conception universaliste (la *civitas maxima gentium*),

«outrepassant les relations purement interétatiques. Ses fondements sont indépendants de la «volonté» de ses sujets de droit (Etats ou autres). Il est en définitive le fruit de la conscience humaine, et s'appuie sur des principes éthiques qui intègrent des valeurs fondamentales partagées par la communauté internationale dans son ensemble et par l'humanité.»²⁸

61. On pourrait faire valoir que le monde des «pères fondateurs» des XVI^e et XVII^e siècles n'avait rien à voir avec celui dans lequel nous vivons de nos jours; pourtant les idéaux de justice et les aspirations à la réalisation de la justice (y compris dans la sphère internationale) demeurent. Je l'ai fait remarquer à l'occasion d'un discours que j'ai prononcé à Athènes voici cinq ans en disant que

«[b]ien que le scénario international contemporain soit entièrement distinct de celui de l'époque des célèbres «pères fondateurs» du droit international (personne ne peut le nier) qui ont avancé une *civitas maxima* régie par le droit des gens, il y a une aspiration humaine

²⁸ A. A. Cançado Trindade, «Le droit international contemporain et la personne humaine», *Revue générale de droit international public* (2016), vol. 120, n. 3, p. 501. Et sur la pérennité de l'héritage légué par les «pères fondateurs» du droit des gens, voir A. A. Cançado Trindade, «La Perennidad del Legado de los «Padres Fundadores» del Derecho Internacional», *Revista Interdisciplinar de Direito da Faculdade de Direito de Valença* (2016), vol. 13, n. 2, p. 15-43; A. A. Cançado Trindade, «La Perennidad del Legado de los «Padres Fundadores» del Derecho Internacional», *Discurso del Acto de Investidura como Doctor Honoris Causa del Profesor A. A. Cançado Trindade*, Madrid, Ed. Universidad Autónoma de Madrid, 20 mai 2016, p. 17-55, en particulier les pages 25-26, 38, 42 et 55.

passed down from generation to generation over the centuries, which has led to the construction of an international legal order applicable both to States (and international organizations) and to individuals, in accordance with certain universal standards of justice. This explains the importance assumed, in this new corpus juris of protection, by the international legal personality of the individual, as subject of both domestic and international law.”²⁹

62. States have humane ends, emanating from *recta ratio*, human conscience, resting on the foundations of *jus gentium*, as propounded by the jusnaturalist vision. The rights inherent to the human person are anterior and superior to the States, thus deauthorizing the archaic positivist dogma which intended to reduce such rights to those “granted” by the States. The State is not an end in itself, it was created for human beings, and conceived to be law-abiding (*état de Droit*), so as to achieve its humane ends.

63. Over nine decades ago, Nicolas Politis had warned that the State is subjected to Law, which has always the same end, namely, “it is aimed at human beings, and human beings alone. This is so evident that it would be needless to dwell on the point, had not the mists of sovereignty obscured the most basic of truths”³⁰. Human societies, he added, “exist only to ensure that human beings have the possibility to live and develop”³¹. There are other related points that can here be added, in the light of the evolution of contemporary international law.

64. Thus, the principle of humanity, with its wide dimension, gives expression to the *raison d’humanité* imposing limits to the *raison d’Etat*. It identifies itself, in my perception, with the aim of the international legal order, in acknowledging the [relevance of the] rights inherent to the human person. As I have been pointing out within the ICJ³², the principle of humanity permeates the whole *corpus juris gentium*, enhancing the international protection of the rights of the human person.

65. Furthermore, the principle of humanity extends itself, in my perception, to conventional and customary international law, having an incidence on all and any circumstances, in particular when persons seeking protection are in situations of great vulnerability or defencelessness. The principle of humanity counts on judicial recognition in a *corpus juris gen-*

²⁹ A. A. Cañado Trindade, “L’humanisation du droit international: la personne humaine en tant que sujet du droit des gens”/“The Humanization of International Law: The Human Person as Subject of the Law of Nations” [Discours de doctorat *honoris causa*], *TIMH/Hommage à A. A. Cañado Trindade for a Humanized International Law*, Athens, I. Sideris Ed., 1 July 2014, pp. 32-33.

³⁰ N. Politis, *Les nouvelles tendances du droit international*, Paris, Libr. Hachette, 1927, pp. 76-78.

³¹ *Ibid.*, pp. 78-79.

³² Cf., earlier on, e.g., my dissenting opinion in the case of the *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Judgment of 3 February 2015), paras. 65, 68-69, 84 and 523.

récurrente, transmise de génération en génération au cours des siècles, menant à la construction d'un ordre juridique international applicable à la fois aux Etats (et organisations internationales) et aux individus, conformément à certains standards universels de justice. Cela explique l'importance, dans ce nouveau *corpus juris* de protection, que la personnalité juridique internationale de l'individu a assumé, étant à la fois sujet de droit interne et de droit international.»²⁹

62. L'Etat a des fins humaines, émanation de la *recta ratio*, de la conscience humaine, qui reposent sur les fondements du *jus gentium*, proposés par le jusnaturalisme. Les droits inhérents à la personne humaine sont antérieurs et supérieurs à l'Etat, démentant ainsi un positivisme archaïque qui voudrait réduire lesdits droits à ceux « accordés » par l'Etat. L'Etat n'est pas une fin en soi, ayant été créé pour les êtres humains et voulu comme état de droit, au service de ses fins humaines.

63. Voici près d'un siècle, Nicolas Politis avertissait que l'Etat est soumis au Droit, qui a toujours la même fin, en ce qu'« il vise partout l'homme, et rien que l'homme. Cela est tellement évident, qu'il serait inutile d'y insister si les brumes de la souveraineté n'avaient pas obscurci les vérités les plus élémentaires »³⁰. Les sociétés humaines, ajoutait-il, « n'existent que pour assurer à l'homme la possibilité de vivre et de se développer »³¹. L'évolution du droit international contemporain autoriserait à en dire plus sur ce sujet.

64. Le principe d'humanité, qui doit s'entendre au sens large, donne ainsi expression à la *raison d'humanité* en venant imposer des limites à la *raison d'Etat*. Il s'identifie, à mon sens, à la finalité de l'ordre juridique international, en ce qu'il reconnaît [l'intérêt] des droits inhérents à la personne humaine. Ainsi que je ne cesse de le souligner depuis mon arrivée à la Cour³², le principe d'humanité imprègne l'ensemble du *corpus juris gentium*, venant renforcer la protection internationale des droits de la personne humaine.

65. De plus, à mon avis, le principe d'humanité s'étend au droit international tant conventionnel que coutumier, trouvant à s'appliquer en toutes circonstances, singulièrement lorsque les personnes en quête de protection se trouvent en état de grande vulnérabilité ou d'impuissance. Le principe d'humanité tend à trouver sa consécration par la justice dans un *corpus*

²⁹ A. A. Cançado Trindade, « L'humanisation du droit international: la personne humaine en tant que sujet du droit des gens/The Humanization of International Law: The Human Person as Subject of the Law of Nations » [Discours de doctorat *honoris causa*], *TIMHI/Hommage à A. A. Cançado Trindade for a Humanized International Law*, Athènes, I. Sideris Ed., 1^{er} juillet 2014, p. 32-33.

³⁰ N. Politis, *Les nouvelles tendances du droit international*, Paris, Hachette, 1927, p. 76-78.

³¹ *Ibid.*, p. 78-79.

³² Voir, par exemple, mon opinion dissidente jointe à l'arrêt du 3 février 2015 de la Cour en l'affaire de *l'Application de la convention contre le génocide*, par. 65, 68-69, 84 et 523.

tium oriented towards the victims, in the line — as I have already pointed out — of jusnaturalist thinking. Human rights conventions have enriched this *corpus juris*, conforming a true law of protection (*droit de protection*), well beyond the outdated and strict inter-State dimension.

66. Such conception has thus paved the way to the evolution of the law of nations itself. The imperative of the realization of justice acknowledges that conscience (*recta ratio*), the universal juridical conscience, necessarily stands well above the “will” of States. It is in this understanding that the realization of justice at international level has been assuming a much wider dimension. There is nowadays a vast *corpus juris communis* on matters of concern to the international community as a whole (e.g., those dealt with by UN human rights conventions), overcoming the traditional inter-State paradigm of the international legal order.

67. In effect, the inter-State mechanism of the *contentieux* before the ICJ cannot be invoked in justification for a strictly inter-State reasoning in cases concerning the safeguard of vulnerable or defenceless human beings. The nature and substance of a case of the kind before the ICJ, on the basis of a human rights convention like CERD, thus calls for a reasoning going well beyond that strict inter-State dimension, with attention focused on victimized human beings, in pursuance of a humanist outlook.

68. In sum, the law of nations is endowed with universality, with human conscience (*recta ratio*) prevailing over the “will” of States, of all legal subjects. Moreover, the concomitant expansion of international jurisdiction, responsibility, personality and capacity, rescues and enhances the position of the human person as subject of international law. As I have been firmly sustaining over the years, the evolution of contemporary *jus gentium* does not emanate from the inscrutable “will” of the States, but rather from human conscience (*recta ratio*), — the universal juridical conscience as the ultimate *material* source of the law of nations.

VII. EPILOGUE: A RECAPITULATION

69. I deem it fit, at this final stage of my present separate opinion in the *cas d'espèce*, to recapitulate briefly, in this epilogue, the points of my own reasoning developed herein, for the sake of clarity, and in order to stress their interrelatedness. *Primus*: The rationale of UN human rights conventions, like CERD, cannot be overlooked by a misguided search for State “consent”. *Secundus*: Attention is to focus on the relevance of the basis of jurisdiction for the protection of the vulnerable under human rights conventions.

70. *Tertius*: Human rights conventions, like CERD, go beyond the outdated inter-State outlook, ascribing a central position to the individ-

juris gentium axé sur les victimes, dans la droite ligne, je l'ai déjà dit, de l'école jusnaturaliste. Les conventions relatives aux droits de l'homme sont venues enrichir ce *corpus juris*, pour constituer un véritable droit de protection, transcendant nettement une logique interétatique étriquée et dépassée.

66. Cette manière de voir a rendu possible l'évolution du droit des gens même. L'impératif de réalisation de la justice reconnaît que la conscience (*recta ratio*), la conscience de la justice universelle, est nécessairement bien au-dessus de la «volonté» de l'État. C'est à cette manière de voir que l'impératif de réalisation de la justice dans l'ordre international doit d'avoir pris une dimension nettement plus large. Il existe de nos jours, s'agissant de matières qui intéressent la communauté internationale dans son ensemble (par exemple, celles dont traitent les conventions des Nations Unies relatives aux droits de l'homme), tout un *corpus juris communis* qui dépasse le paradigme interétatique classique de l'ordre juridique international.

67. De fait, on ne saurait s'autoriser du mécanisme interétatique du contentieux devant la Cour pour envisager, selon une perspective strictement interétatique, des affaires intéressant la sauvegarde d'êtres humains vulnérables ou sans défense. Etant donné la nature et le fond de l'affaire dont elle est saisie sur la base d'une convention relative aux droits de l'homme telle la CIEDR, la Cour doit, par-delà la perspective strictement interétatique, s'intéresser avant tout aux victimes humaines, dans une optique humaniste.

68. Bref, le droit des gens est universel, imprégné d'une conscience humaine (*recta ratio*) qui prime sur la «volonté» de l'État et de tous sujets de droit. Au surplus, l'expansion concomitante, dans la sphère internationale, du domaine de compétence, de la responsabilité, de la personnalité et de la capacité pour agir vient préserver et asseoir la position de la personne humaine en tant que sujet de droit international. Comme je n'ai cessé de le soutenir fermement au fil des ans, le *jus gentium* doit son évolution non pas tant à la «volonté» insondable des États qu'à la conscience humaine (*recta ratio*) — à la conscience de la justice universelle comme source matérielle première du droit des gens.

VII. ÉPILOGUE: RÉCAPITULATIF

69. J'estime bon, à ce stade de mon opinion individuelle en l'espèce, de revenir brièvement, par souci de clarté mais aussi pour mettre en évidence les rapports qu'elles entretiennent entre elles, sur les idées que je viens d'exposer. *Primus*: on ne saurait méconnaître la raison d'être des conventions des Nations Unies relatives aux droits de l'homme telles que la CIEDR en recherchant à tort le «consentement» de tel État. *Secundus*: il convient de s'attacher avant tout à l'importance de la base de compétence pour la protection de personnes vulnérables au titre des conventions relatives aux droits de l'homme.

70. *Tertius*: les conventions relatives aux droits de l'homme comme la CIEDR transcendent la perspective interétatique, dépassée, pour attri-

ual victims, rather than to their States. *Quartus*: In doing so, human rights conventions, like CERD, are turned to securing the effective protection of the rights of the human person, in light of the principle *pro persona humana, pro victima*. *Quintus*: Had the inter-State dimension not been surmounted, not much development would have taken place in the present domain.

71. *Sextus*: Careful account is to be taken of the needs of protection of persons in situations of vulnerability or defencelessness. *Septimus*: The realization of justice, with the judicial recognition of the sufferings of the victims, is an imperative. *Octavus*: The compromissory clause of a victim-oriented human rights convention, like CERD (Art. 22), is related to the *justiciables'* right of access to justice. *Nonus*: This requires a necessary humanist outlook, and not at all a State-centric and voluntarist one.

72. *Decimus*: In the consideration of utmost vulnerability or defencelessness of the human person, the principle of humanity comes to the fore. *Undecimus*: The principle of humanity assumes a clear incidence in the protection of human beings, in particular in situations of vulnerability or defencelessness of those victimized. *Duodecimus*: The principle of humanity, which has met with judicial recognition, permeates human rights conventions, and the whole *corpus juris* of protection of human beings.

73. *Tertius decimus*: The principle of humanity is in line with the long-standing jusnaturalist thinking (*recta ratio*), permeating likewise the law of the United Nations. *Quartus decimus*: General principles of law enshrine common and superior values, shared by the international community as a whole. *Quintus decimus*: Article 22 of the CERD Convention does not set forth “preconditions”; in any case, the ICJ’s jurisdiction is rightly preserved in the *cas d’espèce*, with due attention to be given to the object and purpose of the Convention, as a victim-oriented human rights treaty.

74. *Sextus decimus*: We are here before a law of protection (*droit de protection*), where the local remedies rule has a rationale entirely distinct from the one in diplomatic protection: the former stresses *redress*, the latter outlines *exhaustion*. *Septimus decimus*: The prevalence of human beings over States marked presence in the writings of the “founding fathers” of the law of nations (sixteenth-seventeenth centuries), already attentive to the need of redress for the harm done to the human person.

75. *Duodevicesimus*: Human beings stand in need of protection against evil, they need protection ultimately against themselves. *Undevicesimus*: Furthermore, they stand in need of protection against arbitrariness, hence the importance of the imperative of access to justice *lato sensu*, the *right to the Law* (*le droit au Droit, el derecho al Derecho*), to secure the realization of justice also in situations of utmost human vulnerability. *Vicesi-*

buer une place centrale aux victimes prises dans leur individualité et non à l'Etat dont elles sont ressortissantes. *Quartus*: les conventions relatives aux droits de l'homme comme la CIEDR ont ainsi pour vocation d'organiser la protection effective des droits de la personne humaine, sur la base du principe *pro persona humana, pro victima*. *Quintus*: on n'aurait guère connu d'évolution dans ce domaine si l'on n'avait pas triomphé de la logique interétatique.

71. *Sextus*: il convient de tenir dûment compte de l'impératif de protection de toutes personnes en état de vulnérabilité ou sans défense. *Septimus*: la réalisation de la justice est un impératif, les souffrances des victimes devant être reconnues devant elle. *Octavus*: la clause compromissaire de toute convention relative aux droits de l'homme axée sur les victimes, comme la CIEDR (article 22), entretient un rapport étroit avec le droit d'accès à la justice qui appartient à tous justiciables. *Nonus*: pour donner effet à ce droit, force est de l'envisager selon une perspective humaniste, tout à l'opposé d'une logique qui privilégierait la volonté de l'Etat.

72. *Decimus*: le principe d'humanité prime lorsqu'il s'agit de traiter du cas de toute personne en état d'extrême vulnérabilité ou d'impuissance. *Undecimus*: le principe d'humanité trouve manifestement à s'appliquer en matière de protection d'êtres humains, singulièrement dans le cas de victimes en état de vulnérabilité ou sans défense. *Duodecimus*: consacré par la justice, le principe d'humanité imprègne les conventions relatives aux droits de l'homme et l'ensemble du *corpus juris* de la protection de la personne humaine.

73. *Tertius decimus*: le principe d'humanité qui s'inscrit dans le prolongement de la pensée jusnaturaliste (*recta ratio*), déjà ancienne, imprègne de même le droit des Nations Unies. *Quartus decimus*: les principes généraux de droit consacrent des valeurs communes supérieures partagées par la communauté internationale dans son ensemble. *Quintus decimus*: l'article 22 de la CIEDR n'édicte pas de «conditions préalables»; en tout état de cause, la Cour a eu raison de se déclarer compétente en l'espèce, compte dûment tenu de l'objet et du but de la convention en tant que traité relatif aux droits de l'homme axé sur les victimes.

74. *Sextus decimus*: on est ici en présence d'un droit de protection, la règle des recours internes trouvant à s'appliquer tout à fait autrement qu'en matière de protection diplomatique, l'accent étant mis sur la *réparation* dans la première hypothèse et sur l'*épuiement* dans la seconde. *Septimus decimus*: la prééminence de l'être humain par rapport à l'Etat apparaît dans les écrits des «pères fondateurs» du droit des gens (aux XVI^e et XVII^e siècles), déjà attentifs à la nécessité de voir réparé tout tort causé à la personne humaine.

75. *Duodevicesimus*: l'être humain a besoin d'être protégé contre le mal et, en définitive, contre lui-même. *Undevicesimus*: il a en outre besoin d'être protégé contre l'arbitraire, d'où l'importance de l'impératif d'accès à la justice *lato sensu*, le *droit au Droit* (*the right to Law; el derecho al Derecho*), aux fins de la réalisation de la justice, y compris en présence de cas d'extrême vulnérabilité humaine. *Vicesimus*: les principes de droit

mus: Fundamental principles of law conform the *substratum* of the *jus necessarium* (not a *jus voluntarium*) in protection of human beings, expressing an idea of objective justice, in the line of jusnaturalist thinking.

76. *Vicesimus primus*: The basic foundations of the law of nations emanate ultimately from the universal juridical conscience. *Vicesimus secundus*: Human beings are subjects of the law of nations, and attention is to remain turned to the victimized persons, rather than to inter-State susceptibilities. *Vicesimus tertius*: Overcoming the limitations of legal positivism, attention is to focus on the humane ends of States, emanating from *recta ratio*, as propounded by the jusnaturalist vision. *Vicesimus quartus*: Rights inherent to the human person are anterior and superior to the States.

77. *Vicesimus quintus*: The principle of humanity counts on judicial recognition in a *corpus juris gentium* oriented towards the victims, in the line of jusnaturalist thinking. *Vicesimus sextus*: The universal juridical conscience (*recta ratio*) necessarily prevails over the “will” of States. *Vicesimus septimus*: A decision under human rights conventions, like CERD, calls for a reasoning going well beyond the strict inter-State dimension, with attention turned to victimized human beings, in pursuance of a humanist outlook.

78. *Vicesimus octavus*: The concomitant expansion of international jurisdiction, responsibility, personality and capacity, rescues and enhances the position of the human person as subject of international law. *Vicesimus nonus*: The law of nations is endowed with universality, with human conscience (*recta ratio*) prevailing over the “will” (of any of the subjects of law), as its ultimate *material* source. *Trigesimus*: The prevalence of the universal juridical conscience as the ultimate *material* source of the law of nations points to securing the realization of justice in any circumstances.

(Signed) Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE.

fondamentaux forment le *substrat* du *jus necessarium* (et non d'un *jus voluntarium*) de la protection de l'être humain, étant l'expression de l'idée d'une justice objective venant s'inscrire dans le sillage de la pensée jus-naturaliste.

76. *Vicesimus primus*: le droit des gens tire en définitive ses fondements premiers de la conscience de la justice universelle. *Vicesimus secundus*: l'être humain est sujet du droit des gens et il convient de toujours privilégier la personne des victimes et non les susceptibilités interétatiques. *Vicesimus tertius*: triomphant du positivisme juridique, il convient de s'attacher avant tout aux fins humaines de l'Etat, qui sont l'émanation de la *recta ratio*, tel que prôné par le jusnaturalisme. *Vicesimus quartus*: les droits inhérents à la personne humaine précèdent et transcendent l'Etat.

77. *Vicesimus quintus*: le principe d'humanité tend à sa consécration en justice dans un *corpus juris gentium* axé sur les victimes, dans la droite ligne de la pensée jusnaturaliste. *Vicesimus sextus*: la conscience de la justice universelle (*recta ratio*) l'emporte nécessairement sur la «volonté» des Etats. *Vicesimus septimus*: toute décision fondée sur une convention relative aux droits de l'homme telle que la CIEDR doit s'appuyer sur un raisonnement allant au-delà de l'étroite logique interétatique et tendre à une solution humaniste privilégiant la victime humaine.

78. *Vicesimus octavus*: l'expansion concomitante, dans la sphère internationale, du domaine de compétence, de la responsabilité, de la personnalité et de la capacité pour agir vient préserver et asseoir la position de la personne humaine en tant que sujet de droit international. *Vicesimus nonus*: le droit des gens est universel et la conscience humaine (*recta ratio*), étant sa source *matérielle* première, prime la «volonté» (de tout sujet de droit). *Trigesimus*: la prééminence de la conscience de la justice universelle, source *matérielle* première du droit des gens, tend à la réalisation de la justice en toutes circonstances.

(Signé) Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE.