

LA *RECTA RATIO* DANS LES FONDEMENTS DU *JUS GENTIUM* COMME DROIT INTERNATIONAL DE L'HUMANITÉ*

*Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE***

- I -

La *recta ratio* a, en effet, été définie à partir des œuvres de ceux qu'on a surnommés aux XVI^e et XVII^e siècles les «fondateurs» du droit international, comme appartenant aux fondements mêmes du droit naturel et, pour certains, comme étant sa propre identification intégrale¹. La contribution des «fondateurs» du *jus gentium* en ce sens s'est inspirée, en grande partie, de la philosophie scolastique du droit naturel et, en particulier, de la conception aristotélique-stoïque-thomiste de la *recta ratio* et de la justice, laquelle a conçu l'être humain comme un être social, rationnel et doté d'une dignité intrinsèque ; la *recta ratio* étant devenue indispensable à la survie du droit international lui-même².

Bien que les racines de la *recta ratio* remontent à la pensée des anciens grecs (Platon et Aristote), Cicéron a été celui qui a formulé sa

* Conférence prononcée par l'auteur au Palais de la Paix, siège de la Cour Internationale de Justice, à La Haye, Pays-Bas, le 28 juin 2010.

** Juge à la Cour Internationale de Justice (La Haye); ancien Président de la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme (Costa Rica); Professeur Titulaire de Droit International de l'Université de Brasília, Brésil; Membre du *Curatorium* de l'Académie de Droit International de La Haye, et de l'Institut de Droit International

¹ E. Nys, "The Development and Formation of International Law", 6 *American Journal of International Law* [AJIL] (1912) pp. 1-29; et cf. G.E. Sherman, "Jus Gentium and International Law", 12 *AJIL* (1918) pp. 56-63.

² B.F. Brown, "Review of B.A. Wortley's *Jurisprudence* (1967)", 12 *Natural Law Forum* (1967) pp. 232-235.

plus célèbre caractérisation correspondant à son *orthos logos*³. Selon ce dernier, la *recta ratio* prescrit ce qui est bon et la *lex praeceptiva* est conforme à la *recta ratio*. Les stoïques ont cherché encore plus en avant – sur le chemin de la vertu éthique – la pensée aristotélicienne en particulier⁴, selon laquelle tout ce qui est correct est déterminé par l’*orthos logos*, sous de nombreux aspects⁵.

En conformité avec les principes de la *recta ratio*, chaque sujet de droit doit se comporter en faisant preuve de justice, bonne foi et bénévolat. Ce sont là les principes contraignants qui émanent, sans nul doute, de la conscience humaine et confirment la relation inéluctable entre le droit et l’éthique. Le droit naturel reflète les sentences de la *recta ratio* sur lesquelles la justice est fondée. Cicéron envisageait le droit de la *recta ratio* comme doté d’une validité pérenne et susceptible d’interrogation. Sa validité intransgressible s’étend à toutes les nations, à toutes les époques. Dans la célèbre synthèse formulée par M.T. Cicéron dans *De Republica*,

le droit véritable est la *recta ratio* en conformité avec la nature, universellement applicable, inaltérable et pérenne (...), un droit éternel et immuable (...) valable pour toutes les nations, à toutes les époques⁶.

Dans la Rome antique, Cicéron pondérait, dans son également célèbre *De Legibus*⁷, qu’il n’y avait rien «de plus destructible pour les États, rien de plus contraire à la loi, rien de moins civil et humain que l’utilisation de la violence dans les affaires publiques»⁸. Et de nouveau dans son *De Republica*⁹, Cicéron rajoutait que rien n’était «plus destructeur pour un État» et «aussi contraire à la justice et au

³ Cf. D.P. Dryer, “Aristotle’s Conception of *Orthos Logos*”, 66 *The Monist* (1983) pp. 106-119.

⁴ Cf. J.M. Rist, “An Early Dispute about *Right Reason*”, 66 *The Monist* (1983) pp. 39-48.

⁵ Cf. D.P. Dryer, *op. cit. supra* n. (4), pp. 117 et 119.

⁶ M.T. Cicero, *De Republica*, livre III, ch. XXII, p. 33.

⁷ *On the Laws*, livre II, circa 51-43 a.C..

⁸ Cicero, *On the Commonwealth and On the Laws* (ed. J.E.G. Zetzel), Cambridge, University Press, 2003 [rééd.], livre III, *ibid.*, p. 172.

⁹ Circa fin des années 50 et 46 a.C..

droit» que le recours à «la force au travers d'une mesure de violence» dans un pays qui a «une constitution établie»¹⁰.

- II -

Le *jus gentium* classique du droit romain¹¹, en transcendant avec le temps ses origines de droit privé, s'est complètement transformé lorsqu'il s'est associé au droit des gens émergent¹², – auquel ont contribué les écrits de ceux qu'on appelle les «fondateurs» de ce dernier, particulièrement ceux de F. Vitoria, F. Suárez, A. Gentili, H. Grotius, C. Bynkershoek, S. Pufendorf et C. Wolff, entre autres. À partir des XVIe et XVIIe siècles, le nouveau *jus gentium* a été associé à l'humanité elle-même, décidé à assurer son unité et la satisfaction de ses besoins et de ses aspirations¹³, en conformité avec une conception essentiellement universaliste (en plus de pluraliste)¹⁴.

Le *jus communicationis* de F. Vitoria, par exemple, a été conçu comme un droit pour tous les êtres humains. Ainsi, aux XVIe et XVIIe siècles, pour F. Vitoria et F. Suárez, l'État n'était pas un sujet exclusif du droit des gens, qui incluait en plus les villes et les individus. En plus, au XVIIe siècle, H. Grotius a pris en compte l'humanité en premier lieu et les États, à peine, en second lieu¹⁵. En visualisant l'ordre juridique

¹⁰ Cicero, *The Republic – The Laws*, Oxford, University Press, 1998, p. 166 (livre III, para. 42).

¹¹ Cf., e.g., Gabrio Lombardi, *Ricerche in Tema di "Ius Gentium"*, Milano, Giuffrè, 1946, pp. 3-272; Gabrio Lombardi, *Sul Concetto di "Ius Gentium"*, Roma, Istituto di Diritto Romano, 1947, pp. 3-390; W. Kunkel, *Historia del Derecho Romano*, 9e. éd., Barcelona, Ed. Ariel, 1999, pp. 85-87; H.C. Clark, "Jus Gentium - Its Origin and History", 14 *Illinois Law Review* (1919) pp. 243-265 et 341-355.

¹² P. Guggenheim, «Contribution à l'histoire des sources du droit des gens», 94 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1958) pp. 21-23 et 25.

¹³ J. Moreau-Reibel, «Le droit de société interhumaine et le `jus gentium': Essai sur les origines et le développement des notions jusqu'à Grotius», 77 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1950) pp. 500-501, 504 et 506-510.

¹⁴ A. Miele, *La Comunità Internazionale*, vol. I, 3e. éd., Torino, Giappichelli, 2000, pp. 75, 77-78, 80 et 89.

¹⁵ S. Laghmani, *Histoire du droit des gens - du jus gentium impérial au jus publicum europaeum*, Paris, Pédone, 2003, pp. 90-94.

international comme *nécessaire* et non pas *volontaire*, ce dernier a eu recours à la *recta ratio* pour asseoir sa position.

Depuis lors, le perfectionnement du *jus gentium* a été admis dans la mesure où le sentiment ou la notion d'une humanité commune à tous s'est développé dans toutes les nations. Les racines de ce qui s'annonçait comme le droit commun de l'humanité pouvaient être identifiées à travers l'évolution considérable du *jus gentium*. En vérité, bien avant les «fondateurs» du droit international, au XIII^e siècle, Thomas d'Aquin (1225-1274) avait déjà considéré le concept de *jus gentium* dans sa *Summa Theologiae*. Selon lui, le *jus gentium* n'avait pas besoin de l'autorité du législateur une fois qu'il était appréhendé par la propre raison naturelle (étant, de cette façon, plus parfait que le droit positif), révélant, ainsi, une conscience de la dimension temporelle et se réinvestissant d'une validité universelle¹⁶.

Pour Thomas d'Aquin, le droit ne devrait pas favoriser certains ou ne bénéficier qu'à quelques intérêts, mais devrait, au contraire, contribuer à la réalisation du bien commun au bénéfice ultime de tous les êtres humains – car s'il en était autrement, il serait injuste¹⁷. Dans sa correcte acception, c'est la propre *recta ratio* qui révèle que «le bien commun est meilleur» que le bien de l'un ou de l'autre individuellement¹⁸. Les préceptes du *jus gentium* dans la vision de Thomas d'Aquin, étaient universellement valides et satisfaisaient aux besoins naturels de la vie humaine ; ils reflétaient une sorte d'auto-compréhension humaine fondamentalement distincte de son successeur, le *jus inter gentes*¹⁹ (expression utilisée par F. Suárez).

¹⁶ J.-P. Rentto, "Jus Gentium: A Lesson from Aquinas", 3 *Finnish Yearbook of International Law* (1992) pp. 103, 105, 110 et 112-113; e cf. J. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press, 2003 [reprint], p. 296.

¹⁷ P. Groarke et J.L.A. West, "Reconciling Individual Rights and the Common Good: Aquinas and Contemporary Law", in *Philosophical Theory and the Universal Declaration of Human Rights* (ed. W. Sweet), Ottawa, University of Ottawa Press, 2003, pp. 158-161; de la même façon, les droits individuels doivent être examinés en harmonie avec le bien commun (*ibid.*, p. 165).

¹⁸ J. Finnis, *Aquinas - Moral, Political, and Legal Theory*, Oxford, University Press, 1998, p. 120; et cf. R. McNerny, *St. Thomas Aquinas*, Notre Dame/London, University of Notre Dame Press, 2004 [reprint], pp. 63-65.

¹⁹ J.-P. Rentto, *op. cit. supra* n. (17), p. 121, et cf. pp. 108-109.

Tant que le droit naturel était identifiable par la *recta ratio*²⁰ comme un «droit supérieur» d'application universelle, le droit positif, d'un autre côté, était promulgué par des autorités publiques différentes pour des communautés différentes (présumées en recherche du bien commun), devenant la raison asservie à la « volonté » ; pour Thomas d'Aquin, la *synderesis* dénotait une forme de connaissance ou de disposition de la raison à adhérer à des principes gérés lors de la recherche du bien commun²¹. Le *jus gentium* se proposait de régler les relations humaines sur une base éthique, formant une espèce de «raison commune à toutes les nations» à la recherche de la réalisation du bien commun²².

La *recta ratio* a effectivement doté le *jus gentium*, dans son évolution historique, de fondements éthiques et lui a octroyé un caractère universel, en devenant un droit commun à tous et émanant, en ultime analyse, de la *conscience juridique universelle* (sa source matérielle par excellence). Cicéron, inspiré, comme on l'a vu, par la pensée des anciens grecs, a laissé un précieux héritage à F. Vitoria, F. Suárez, H. Grotius et à d'autres, en situant la *recta ratio* dans les fondements du *jus gentium* lui-même.

Au XVIe siècle, l'œuvre célèbre de F. de Vitoria avançait la notion de prévalence de l'État de droit ; dans ses *Relecciones Teológicas* (1538-1539), il a pondéré que l'ordre juridique oblige à tous – gouvernants et gouvernés – et, dans cette même ligne de pensée, il a soutenu que la communauté internationale (*totius orbis*) prime sur l'arbitre de chaque État individuel²³. Dans sa conception, le droit des

²⁰ Thomas Aquinas, *Treatise on Law*, Washington D.C., Gateway Ed., 2001 [reprint], p. 44.

²¹ *Ibid.*, pp. 57 et 88; e T. Murphy, "St. Thomas Aquinas and the Natural Law Tradition", in *Western Jurisprudence* (ed. T. Murphy), Dublin/Ireland, Th. Round Hall, 2004, pp. 96, 103-105 et 114-115; et cf. aussi R. McNerny, *Ethica Thomistica - The Moral Philosophy of Thomas Aquinas*, éd. rev., Washington D.C., Catholic University of America Press, 1997 [reprint], pp. 26, 38 et 46.

²² J.P. Rentto, *op. cit. supra* n. (17), pp. 121-122.

²³ Cf. Francisco de Vitoria, *Relecciones - del Estado, de los Indios, y del Derecho de la Guerra*, Mexique, Porrúa, 1985, pp. 1-101; A. Gómez Robledo, *op. cit. infra* n. (30), pp. 30-39; et cf. F. de Vitoria, *De Indis - Relectio Prior* (1538-1539), in: *Obras de*

gens règle une communauté internationale constituée d'êtres humains socialement organisés en États et coextensive de la propre humanité. La réparation des violations des droits de l'homme reflète une nécessité internationale à laquelle répond le droit des gens avec les mêmes principes de justice appliqués, conformément à la *recta ratio*, aux États comme aux individus ou peuples qui les forment²⁴.

Dans un monde marqué par la diversité (des peuples et des cultures) et par le pluralisme (des idées et des cosmovisions), le nouveau *jus gentium* – qui était défini par Francisco de Vitoria lui-même comme *quod naturalis ratio inter omnes gentes constituit, vocatur jus gentium* – assurait l'unité de la *societas gentium*. Ce dernier ne pouvait dériver de la «volonté» de ses sujets de droit (au milieu desquels commençaient à apparaître les États nationaux), il était plutôt fondé sur une *lex praeceptiva* appréhendée par la raison humaine. D'après la vision de Vitoria, le *jus gentium* s'appliquait à tous les peuples et êtres humains (même sans le consentement de ses destinataires) et la *societas gentium* était «l'expression de l'unité fondamentale de l'humanité»²⁵. À partir de cette unité de l'humanité, il pouvait en découler que le *jus gentium* fournissait le fondement juridique (issu d'une *lex praeceptiva* du droit naturel) pour le *totius orbis*, susceptible d'être découvert par la raison humaine, la *recta ratio* étant inhérente à l'humanité²⁶. La voie était ainsi ouverte à l'appréhension d'un véritable *jus necessarium*, transcendant les limitations du *jus voluntarium*²⁷. Antérieurement, dans son *De Lege*,

Francisco de Vitoria - *Relecciones Teológicas* (ed. T. Urdanoz), Madrid, BAC, 1960, p. 675.

²⁴ A.A. Cançado Trindade, "Co-existence and Co-ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights (At Global and Regional Levels)", 202 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1987), p. 411; J. Brown Scott, *The Spanish Origin of International Law - Francisco de Vitoria and his Law of Nations*, Oxford/London, Clarendon Press/H. Milford - Carnegie Endowment for International Peace, 1934, pp. 282-283, 140, 150, 163-165, 172 et 272-273.

²⁵ P. Guggenheim, «Contribution à l'histoire des sources...», *op. cit. supra* n. (13), pp. 21-22.

²⁶ *Ibid.*, pp. 22-23 et 25.

²⁷ Aux chapitres VI et VII de son oeuvre *De Indis*, Vitoria clarifie sa conception du

Vitoria a soutenu la nécessité pour tout droit de rechercher le bien commun avant tout, en ajoutant que le droit naturel se trouve non pas dans la volonté, mais bien dans la *recta ratio*²⁸. Plus de quatre siècles et demi après, son message reste encore d'une remarquable actualité.

C'est ainsi qu'a émergé de l'œuvre de Vitoria - et en particulier de son *Relectio De Indis Prior* – le concept du *jus gentium* entièrement émancipé de son origine de droit privé (dans le droit romain), universel et embué d'une vision humaniste, respectueuse des libertés des nations et des individus. Le *jus gentium* universel de Vitoria, fondé sur les principes du droit naturel et de la *recta ratio*, règlementait les relations entre les peuples en respectant leurs droits, les territoires sur lesquels ils vivaient, leurs contacts et la liberté de mouvement (*jus communicationis*). En faisant écho à la vision universaliste du droit des gens, A. Gentili (l'auteur de *De Jure Belli*, 1588) soutenait, à la fin du XVIe siècle, que le droit règlemente les relations entre les membres de la *societas gentium* universelle²⁹.

Au XVIIe siècle, dans la vision de F. Suárez (l'auteur du traité *De Legibus ac Deo Legislatore*, 1612), le droit des gens révèle l'unité et l'universalité du genre humain ; les États ont besoin d'un système juridique qui règlemente leurs relations en tant que membres de la société universelle³⁰. Dans son œuvre également consacrée, F. Suárez maintenait que le *jus gentium* – qui transcendait de beaucoup le *jus civile* et le droit privé – est constitué par les us et coutumes communs à l'humanité, étant adapté par la raison naturelle à toute l'humanité en tant que droit universel³¹. Dans la vision de Suárez, les préceptes

jus gentium comme un droit pour tous, individus et peuples ainsi que des États, «toute fraction de l'humanité»; le *jus gentium*, dans sa vision, se forme par le «consensus commun de tous les peuples et nations»; *ibid.*, pp. 140 et 170.

²⁸ F. de Vitoria, *La Ley (De Lege - Commentarium in Primam Secundae)*, Madrid, Tecnos, 1995, pp. 5, 23 et 77.

²⁹ A. Gómez Robledo, *Fundadores del Derecho Internacional*, Mexique, UNAM, 1989, pp. 48-55.

³⁰ Cf. Association Internationale Vitoria-Suarez, *Vitoria et Suarez - Contribution des Théologiens au Droit International Moderne*, Paris, Pédone, 1939, pp. 169-170.

³¹ F. Suárez, *Selections from Three Works [De Legibus ac Deo Legislatore, 1612]* (orgs. G.L. Williams et alii), vol. II, Oxford, Clarendon Press, 1944, pp. 326-327 et 341.

du *jus gentium* se retrouvent emplis d'équité et de justice, et le *jus gentium* est représenté en totale harmonie avec le droit naturel, d'où ses normes sont issues, révélant l'un et l'autre un même caractère vraiment universel³².

La contribution de l'école théologique espagnole à la formation et à la consolidation du *jus gentium* est incontestable. Si, d'un côté, Vitoria a cherché à adapter la pensée thomiste à la réalité historique du XVI^e siècle, de l'autre, Suárez a présenté une formulation du sujet qui a ouvert la voie à l'œuvre de Grotius. L'un et l'autre, Vitoria et Suárez, ont construit les bases d'un droit d'application universelle (*commune omnibus gentibus*) d'un droit pour toute l'humanité³³.

- III -

Le concept du *jus gentium* de H. Grotius – développé surtout dans son *De Jure Belli ac Pacis* (1625) – a toujours été attentif au rôle de la société civile. Pour Grotius, l'État n'est pas une fin en soi, mais un moyen d'assurer l'ordre social conforme à l'intelligence humaine, de façon à parfaire la «société commune qui regroupe toute l'humanité»³⁴. Les sujets ont des droits vis-à-vis de l'État souverain, lequel ne peut exiger l'obéissance absolue (impératif du bien commun) de ses citoyens. Ainsi, dans la vision de Grotius, la raison d'État a ses limites et le concept absolu de cette dernière s'applique aux relations tant au niveau international qu'au niveau interne de l'État³⁵.

Dans la pensée grotienne, toute norme juridique – qu'elle soit de droit interne ou du droit des gens – crée des droits et des

³² *Ibid.*, pp. 352 e 357. Toutefois, sa vision n'a pas empêché à Suárez de prévoir la fragmentation du *jus gentium* dans le *jus inter gentes*, expression que, à partir Du siècle suivant, commencerait à être fréquemment utilisée; cf. B.F. Brown, «The Natural Law as the Moral Basis of International Justice», 8 *Loyola Law Review* (1955-1956) p. 60.

³³ A. García y García, "The Spanish School of the Sixteenth and Seventeenth Centuries: A Precursor of the Theory of Human Rights", 10 *Ratio Juris* - Universidade de Bologna (1997) pp. 27 et 29.

³⁴ P.P. Remec, *The Position of the Individual in International Law according to Grotius and Vattel*, The Hague, Nijhoff, 1960, pp. 216 et 203.

³⁵ *Ibid.*, pp. 219-220 et 217.

obligations pour les personnes auxquelles elle s'adresse. Au milieu du XVIIe siècle, l'œuvre précurseur de Grotius admet déjà la possibilité de la protection internationale des droits de l'homme contre l'État lui-même³⁶. Il faut, donc, toujours avoir à l'esprit le véritable legs de la tradition grotienne du droit international. La communauté internationale ne peut prétendre être fondée sur la *voluntas* de chaque État de façon individuelle.

Devant la nécessité historique de régir les relations des États émergents, Grotius maintenait que les relations internationales étaient sujettes à des normes juridiques et non à la « raison d'État », laquelle est incompatible avec l'existence même de la communauté internationale, cette dernière ne pouvant se passer du Droit³⁷. L'être humain et son bien-être occupent une position centrale dans le système des relations internationales³⁸.

Dans cette ligne de pensée, Samuel Pufendorf (l'auteur de *De Jure Naturae et Gentium*, 1672) affirmait également « l'assujettissement du législateur à la plus grande loi de la nature humaine et de la raison »³⁹, et identifiait le droit naturel à proprement dit comme la *recta ratio*⁴⁰. De son côté, Christian Wolff (l'auteur de *Jus Gentium Methodo Scientifica Pertractatum*, 1749) pondérerait que, comme les individus qui doivent promouvoir le bien commun dans leur association avec l'État, ce dernier a, à son tour, le devoir corrélatif de chercher la perfection⁴¹.

³⁶ *Ibid.*, pp. 243 et 221.

³⁷ Cf., sur ce point, l'étude classique de Hersch Lauterpacht, "The Grotian Tradition in International Law", 23 *British Year Book of International Law* (1946) pp. 1-53.

³⁸ Hersch Lauterpacht, "The Law of Nations, the Law of Nature and the Rights of Man", 29 *Transactions of the Grotius Society* (1943) pp. 7 et 21-31.

³⁹ *Ibid.*, p. 26

⁴⁰ S. Pufendorf, *De Jure Naturae et Gentium Libri Octo* (eds. C.H. Oldfather et W.A. Oldfather), tome II, Buffalo/N.Y., W.S. Hein, 1995 [reprint], pp. 202-203.

⁴¹ César Sepúlveda, *Derecho Internacional*, 13e. éd., Mexique, Ed. Porrúa, 1983, pp. 28-29. Wolff a conçu les États-nation comme membres d'une *civitas maxima*, concept que Emmerich de Vattel (auteur de *Le Droit des Gens*, 1758), plus tard, en invoquant la nécessité de « réalisme », a essayé de remplacer par une « société de nations » (concept moins avancé); cf. F.S. Ruddy, *International Law in the*

- IV -

Malheureusement, les réflexions et les visions de ceux que l'on surnomme les fondateurs du droit international (notamment les écrits des théologiens espagnols et l'œuvre grotienne), qui le concevaient comme un système véritablement *universel*⁴², ont été supplantées par l'émergence du positivisme juridique, qui a personnifié l'État en le dotant d'une volonté propre, en réduisant les droits des êtres humains à ceux que l'État leur « permettait » d'avoir. Le consentement ou la volonté des États (le positivisme volontariste) est devenu le critère prédominant en droit international, niant le *jus standi* aux individus, aux êtres humains⁴³. Cela a engendré des difficultés de compréhension de la part de la communauté internationale et a affaibli le droit international lui-même, en le réduisant à un droit strictement interétatique, pas au-dessus, mais entre États souverains⁴⁴. Les conséquences désastreuses de cette distorsion sont très connues.

La personnification de l'État tout-puissant, inspirée de la philosophie du droit de Hegel, a eu une influence néfaste sur l'évolution du droit international à la fin du XIXe siècle et au cours des premières décennies du XXe siècle. Ce courant doctrinaire a résisté de toutes ses forces à l'idéal d'émancipation de l'être humain par rapport à la tutelle absolue de l'État et à la reconnaissance de l'individu comme sujet de droit international. L'idée d'une souveraineté étatique absolue

Enlightenment - The Background of Emmerich de Vattel's Le Droit des Gens, Dobbs Ferry/N.Y., Oceana, 1975, p. 95; pour une critique de ce recul (incapable de fonder le principe d'*obligation* dans le droit international), cf. J.L. Briery, *The Law of Nations*, 6e. éd., Oxford, Clarendon Press, pp. 8-40. On doit remarquer, néanmoins, que dans son *Droit des Gens* Vattel s'est aussi référé expressément à la *recta ratio* (livre II, chapitre XVII, paragraphe 268). Pour des références à la *recta ratio* e à la conscience dans la doctrine de la moitié du siècle XIXème, cf., e.g., J.J. Burlamaqui, *The Principles of Natural and Politic Law* (réed. de la 7ème. ed. anglaise), Columbus, J.H. Riley, 1859, pp. 136, 138-139 et 156-163.

⁴² C.W. Jenks, *The Common Law of Mankind*, London, Stevens, 1958, pp. 66-69; et cf. aussi R.-J. Dupuy, *La communauté internationale entre le mythe et l'histoire*, Paris, Economica/UNESCO, 1986, pp. 164-165.

⁴³ P.P. Remec, *The Position of the Individual...*, *op. cit. supra* n. (35), pp. 36-37.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 37.

(à laquelle s'est identifié le positivisme juridique, inéluctablement soumise au pouvoir), qui a conduit à l'irresponsabilité et à la prétendue omnipotence de l'État, n'ayant pas empêché les atrocités successives que ce dernier a commises contre les êtres humains, s'est révélée totalement caduque avec le temps.

Depuis H. Grotius – pour qui le *jus gentium* était nécessaire et non volontaire, fondé sur la *recta ratio*⁴⁵ – jusqu'à nos jours, la tradition jusnaturaliste du droit international n'a jamais disparu⁴⁶; elle a survécu à toutes les crises qu'il a enduré et a toujours été présente dans la doctrine *jusinternationaliste* plus lucide, qui témoigne souvent de sa perpétuelle renaissance en tant que réaction humaine aux atrocités successives commises contre l'être humain, qui, malheureusement, ont dû compter, par ailleurs, avec la soumission et la lâcheté du positivisme juridique.

On pourrait argumenter que le monde contemporain est entièrement différent de celui de l'époque de ceux qu'on a surnommés les fondateurs du droit international, qui défendaient une *civitas maxima* régie par le droit des gens. Même s'il s'agit de deux scénarios mondiaux différents (personne ne dirait le contraire), on ne peut nier que l'aspiration humaine demeure identique, à savoir celle de la construction d'un ordre international applicable tant aux États (et aux organisations internationales) comme aux individus, selon certains modèles universels de justice⁴⁷.

Sous l'influence de la pensée de Francisco de Vitoria, on a toujours identifié une « renaissance » continue du droit naturel, bien que ce dernier n'ait jamais totalement disparu. Cela est dû au conservatisme et à la dégénérescence du positivisme juridique, inhérent au *statu quo* et doté d'une typique allégeance au pouvoir

⁴⁵ J. Dunn et I. Harris (eds.), *Grotius*, tome II, Cheltenham, Elgar, 1997, pp. 292-293.

⁴⁶ Cf., e.g., H. Accioly, *Tratado de Direito Internacional Público*, 2ème. éd., tome I, Rio de Janeiro, [M.R.E.], 1956, p. 13. Et cf. J. Maritain, "The Philosophical Foundations of Natural Law", in *Natural Law and World Law - Essays to Commemorate the 60th Birthday of Kotaro Tanaka*, Yuhikaku, Japan Academy, 1954, pp. 133-143.

⁴⁷ A.A. Cançado Trindade, *O Direito Internacional em um Mundo em Transformação*, Rio de Janeiro, Edit. Renovar, 2003, p. 547, et cf. pp. 539-550.

(même sous les régimes autoritaires, dictatoriaux et totalitaires). Il ne s'agit plus d'un retour au droit naturel classique mais de l'affirmation ou de la restauration d'un modèle de justice à travers lequel on évalue le droit positif⁴⁸.

La «renaissance» continue du droit naturel renforce le caractère universel des droits de l'homme, par là même inhérents à tous les êtres humains - en opposition aux normes positives qui manquent d'universalité, parce que variant d'un milieu social à un autre ; d'où l'importance de la personnalité juridique du titulaire de droits⁴⁹, même comme limite aux manifestations arbitraires du pouvoir étatique. La pensée de Francisco de Vitoria se projette dans la reconstruction du droit international à partir de la seconde moitié du XXe siècle, à travers la reconnaissance de l'importance de ses principes fondamentaux⁵⁰, se présentant de plus comme un précurseur de l'émergence et de l'évolution considérable du droit international des droits de l'homme dans ces six dernières décennies⁵¹.

⁴⁸ C.J. Friedrich, *Perspectiva Histórica da Filosofia do Direito*, Rio de Janeiro, Zahar Ed., 1965, pp. 196-197, 200-201 et 207. Et, pour une étude générale, cf. Y.R. Simon, *The Tradition of Natural Law - A Philosopher's Reflections* (ed. V. Kuic), N.Y., Fordham Univ. Press, 2000 [reed.], pp. 3-189.

⁴⁹ Vicente Ráo, *O Direito e a Vida dos Direitos*, 5ème. éd., São Paulo, Ed. Rev. dos Tribs., 1999, pp. 85, 101 et 641.

⁵⁰ Cf. A. Truyol y Serra (ed.), *The Principles of Political and International Law in the Work of Francisco de Vitoria*, Madrid, Ed. Cultura Hispánica, 1946, pp. 13-25, 29-32 et 53-73; L. Getino (ed.), *Francisco de Vitoria, Sentencias de Doctrina Internacional - Antología*, Madrid, Ediciones Fe, 1940, pp. 15-33 et 129-130; A. Pagden et J. Lawrance (eds.), "Introduction", in *Francisco de Vitoria - Political Writings*, Cambridge, University Press, 1991, pp. XIII-XXIII; R. Hernández, *Francisco de Vitoria, Síntesis de Su Vida y Pensamiento*, Burgos, Ed. OPE, 1983, pp. 27-32 et 47-55. E, sur l'importance des principes, cf. A.A. Cançado Trindade, "Foundations of International Law: The Role and Importance of Its Basic Principles", in *XXX Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano* (2003), Washington D.C., Secretaría General de la OEA, 2004, pp. 359-415.

⁵¹ Cf. A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, tome III, Porto Alegre, S.A. Fabris Ed., 2003, pp. 450-451; et cf. A.A. Cançado Trindade, "The Procedural Capacity of the Individual as Subject of International Human Rights Law: Recent Developments", in *Les droits de l'homme à l'aube du XXIe. siècle - K. Vasak Amicorum Liber*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 521-544.

« L'éternel retour » du jusnaturalisme à été reconnu par les *jusinternationalistes* eux-mêmes⁵², contribuant ainsi beaucoup à l'affirmation et à la consolidation du primat dans l'ordre des valeurs, des obligations étatiques en matière de droits de l'homme, vis-à-vis de la communauté internationale en tant que tout⁵³. Cette dernière, témoignant de la moralisation du droit lui-même, assume la revendication des intérêts communs supérieurs⁵⁴.

- V -

En ce début du XXI^e siècle, sauver l'héritage du *jus gentium* en évolution - comme je me propose de le faire depuis des années⁵⁵ - équivaut à soutenir la conception universaliste du droit international, orientée vers le monde dans lequel nous vivons. C'est là le grand défi auquel je fais face depuis quelques semaines, en administrant mon *Cours général de droit international public* à l'Académie de Droit International de La Haye (du 25 juillet au 12 août 2005) qui a pour titre «*Le droit international pour l'humanité – vers un nouveau jus gentium*»⁵⁶. C'est là un travail qui me paraît crucial de nos jours,

⁵² A. Truyol y Serra, «Théorie du Droit international public - Cours général», 183 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1981) pp. 142-143; et cf. J.L. Kunz, «Natural Law Thinking in the Modern Science of International Law», 55 *AJIL* (1961) pp. 951-958, esp. p. 956.

⁵³ J.A. Carrillo Salcedo, «Derechos Humanos y Derecho Internacional», 22 *Isegoría - Revista de Filosofía Moral y Política* - Madrid (2000) p. 75.

⁵⁴ R.-J. Dupuy, «Communauté internationale et disparités de développement - Cours général de Droit international public», 165 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1979) pp. 190, 193 et 202.

⁵⁵ Cf., e.g., A.A. Cançado Trindade, *O Direito Internacional em um Mundo em Transformação...*, *op. cit. supra* n. (48), pp. 1040-1109; A.A. Cançado Trindade, «Memorial por um Novo *Jus Gentium*, o Direito Internacional da Humanidade», 45 *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais* (2004) pp. 17-36.

⁵⁶ A.A. Cançado Trindade, «General Course on Public International Law - International Law for Humankind: Towards a New *Jus Gentium* – Part I», in 316 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (2005), chapitres I-XV, pp. 31-439; A.A. Cançado Trindade, «General Course on Public International Law - International Law for Humankind: Towards a New *Jus Gentium*

dans un monde dilacéré par les conflits et les disparités, pour que le droit international devienne capable de répondre aux besoins et aux aspirations de l'humanité d'aujourd'hui.

Nous vivons actuellement, plus que dans une époque de transformations, dans une transformation d'époque. Les aspirations humaines – d'un monde plus juste et plus solidaire – restent, toutefois, les mêmes tout au long des siècles. Le monde contemporain est certainement différent de celui des « fondateurs » du droit international, cependant, il est notoire que l'aspiration des hommes à l'unité harmonieuse de l'humanité, comme déjà évoqué, reste identique. D'après mon avis, le droit international ne peut tout simplement pas faire abstraction de cette aspiration, puisqu'il est aujourd'hui appelé à fournir des réponses à des questions qui se rapportent à l'humanité entière⁵⁷, et que chaque État, individuellement, ne peut traiter de façon satisfaisante et adéquate.

Dans un monde comme le notre, marqué à présent par une profonde crise du droit international qui reflète une crise encore plus profonde des valeurs, il devient impératif de recourir à la pensée des « fondateurs » de la discipline. Dans le monde dans lequel nous vivons, où les apologistes de l'utilisation de la force (surnommés les « intellectuels » malheureusement subordonnés aux détenteurs du pouvoir) qui cherchent à inventer des « doctrines » bâtardes en oubliant totalement la souffrance des générations passées et des avancées difficilement obtenues par le droit international, semblent croître en nombre malgré leurs arguments non convaincants - il paraît nécessaire de sauver les enseignements impérissables des classiques (des anciens grecs, de Cicéron, de Thomas d'Aquin, de F. Victoria, de F. Suárez, de H. Grotius, de C. Wolff, entre autres), convergeant vers un droit international objectif et nécessaire (et non simplement volontaire comme les positivistes le prétendirent dans d'autres temps

- Part II", in 317 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (2005), chapitres XVI-XXVII, pp. 19-312.

⁵⁷ A.A. Cançado Trindade, "La Humanización del Derecho Internacional y los Límites de la Razón de Estado", 40 *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais* - Belo Horizonte (2001) pp. 11-23.

dans leur habituelle et lamentable allégeance au pouvoir), qui donne de l'expression aux valeurs universelles.

Il me paraît tout à fait approprié de sauver ces enseignements classiques pour un droit impersonnel qui est le même pour tous - malgré les disparités du pouvoir - qui situe la solidarité au-dessus de la souveraineté et qui soumet les différends au jugement de la *recta ratio*. La renaissance de ces enseignements classiques à notre époque - que je soutiens fermement - lesquels proposaient de plus une large conception de la personnalité juridique internationale (y inclus les êtres humains et l'humanité comme un tout)⁵⁸, peut certainement nous aider à affronter d'une façon plus adéquate les problèmes auxquels s'oppose le droit international contemporain, ouvrant la voie à un nouveau *jus gentium* du XXI^e siècle, le droit international pour l'humanité.

- VI -

Comme je me suis permis de le signaler en 2005 dans mon *Cours général de droit international public* à l'Académie de Droit International de La Haye, sur la base de la reconnaissance sans équivoque qu'aucun État se situe au-dessus du droit international, nous retournons aux origines conceptuelles de l'État national et du droit international. Pour ce qui concerne le premier, il ne faut pas oublier que l'État a été conçu à l'origine pour la réalisation du bien commun et qu'il existe pour l'être humain, et non l'inverse. Quant au second,

⁵⁸ A.A. Cançado Trindade, *El Acceso Directo del Individuo a los Tribunales Internacionales...*, *op. cit. infra* n. (61), pp. 9-104; A.A. Cançado Trindade, "A Personalidade e Capacidade Jurídicas do Indivíduo como Sujeito do Direito Internacional", in *Jornadas de Derecho Internacional* (Ciudad de México, décembre 2001), Washington D.C., Subsecretaria de Assuntos Jurídicos de la OEA, 2002, pp. 311-347; A.A. Cançado Trindade, "El Nuevo Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2000): La Emancipación del Ser Humano como Sujeto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos", 3 *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos - Fortaleza* (2002) pp. 277-290; A.A. Cançado Trindade, "Vers la consolidation de la capacité juridique internationale des pétitionnaires dans le système interaméricain des droits de la personne", 14 *Revue québécoise de droit international* (2001) n. 2, pp. 207-239.

il ne faut pas oublier que le droit international n'était pas à l'origine un droit strictement interétatique, mais le *droit des gens*⁵⁹.

L'État – on le reconnaît aujourd'hui – est responsable de tous ses actes – tant *jure gestionis* comme *jure imperii* – et aussi de toutes ses omissions, émanant de ses agents ou de ses pouvoirs. Créé par les être humains eux-mêmes, composé par eux, il existe pour eux, pour la réalisation du bien commun. En cas de violation des droits de l'homme, l'accès direct de l'individu à la juridiction internationale pour faire valoir ses droits, même contre l'État⁶⁰, est pleinement justifié.

L'être humain passe à occuper, de nos jours, une position centrale qui lui correspond en tant que *sujet de droit interne et international*⁶¹, au milieu du processus d'*humanisation* du droit international, qui s'occupe, maintenant, plus directement de l'identification et de la réalisation des valeurs et des objectifs communs supérieurs. La titularisation juridique internationale de l'être humain étant aujourd'hui une réalité indéniable, il reste à consolider sa pleine capacité juridique processuelle sur le plan international. Nous avons tous le devoir inévitable d'apporter notre contribution en ce sens et encore plus parce que la reconnaissance de la centralité des droits de

⁵⁹ A.A. Cançado Trindade, "General Course on Public International Law... – Parts I and II", *op. cit. supra* n. (57), chapitres I et XXVII, pp. 37 et 269-282, respectivement.

⁶⁰ A.A. Cançado Trindade, *El Acceso Directo del Individuo a los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos*, Bilbao/Espagne, Université de Deusto, 2001, pp. 9-104.

⁶¹ Sur l'évolution historique de la personnalité juridique dans le droit des gens, cf. H. Mosler, «Réflexions sur la personnalité juridique en Droit international public», in *Mélanges offerts à Henri Rolin - Problèmes de droit des gens*, Paris, Pédone, 1964, pp. 228-251; G. Arangio-Ruiz, *Diritto Internazionale e Personalità Giuridica*, Bologna, Coop. Libr. Univ., 1972, pp. 9-268; G. Scelle, «Some Reflections on Juridical Personality in International Law», *Law and Politics in the World Community* (ed. G.A. Lipsky), Berkeley/L.A., University of California Press, 1953, pp. 49-58 et 336; J.A. Barberis, "Nouvelles questions concernant la personnalité juridique internationale", 179 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1983) pp. 157-238; A.A. Cançado Trindade, "The Interpretation of the International Law of Human Rights by the Two Regional Human Rights Courts", *Contemporary International Law Issues: Conflicts and Convergence* (Proceedings of the III Joint Conference ASIL/Asser Instituut, The Hague, July 1995), The Hague, Asser Instituut, 1996, pp. 157-162 et 166-167.

l'homme correspond au nouveau *ethos* de notre temps. L'être humain est incontestablement, en ultime analyse, le sujet ultime du droit tant au niveau interne qu'au niveau international⁶².

Ceux que l'on surnomme les «fondateurs» du droit international (notamment les écrits des théologiens espagnols et l'œuvre grotienne) concevaient l'ordre juridique international comme un système véritablement *universel*. Aujourd'hui, après l'influence néfaste du positivisme juridique international qui a personnifié l'État en le dotant d'une «volonté propre» qui a réduit les droits de l'homme à ceux que leur «octroyait» l'État - avec des conséquences désastreuses - est apparue la renaissance de la conception universaliste du droit international⁶³, conformément aux enseignements des «fondateurs» de la discipline.

Le nouveau *jus gentium* du XXI^e siècle révèle le domaine ou le contexte dans lequel s'est produite la notable évolution à laquelle je viens de me référer. Ce nouveau *jus gentium*, reconstruit sur des bases humanistes, constitue le point central de ma dernière ligne de considérations. Dans une plus large optique, nous nous situons, en effet, au milieu d'un processus historique et juridiquement révolutionnaire de reconstruction d'un nouveau paradigme du droit international public qui transcende clairement son ancienne dimension, purement interétatique et totalement dépassée aujourd'hui.

Dans le nouveau *jus gentium* du XXI^e siècle, l'être humain surgit comme un sujet de droits émanant directement du droit international, doté d'une capacité processuelle pour les revendiquer. Je me permettrais de caractériser cette plus ample évolution comme celle de la reconstruction du *jus gentium*, conformément à la *recta*

⁶² A.A. Cançado Trindade, "General Course on Public International Law...- Part I", *op. cit. supra* n. (57), chapitres IX-X, pp. 252-317. Et cf., pour un étude général, A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, Porto Alegre/Brésil, S.A. Fabris Ed., tome I, 2^eme. éd., 2003, pp. 1-640; tome II, 1^{ère}. éd., 1999, pp. 1-440; et tome III, 1^{ère}. éd., 2003, pp. 1-663.

⁶³ A.A. Cançado Trindade, "Memorial por um Novo *Jus Gentium*, o Direito Internacional da Humanidade", 45 *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais* (2004) pp. 17-36.

ratio, comme un nouveau et véritable *droit universel de l'humanité*. À travers son *humanisation* et son *universalisation*, le droit international contemporain s'occupe, à présent, plus directement de l'identification et de la réalisation des valeurs et des objectifs communs supérieurs qui se réfèrent à l'humanité comme un tout⁶⁴. Le droit international des droits de l'homme et le droit des organisations internationales⁶⁵ ont contribué, de manière décisive, à ce processus historique.

Comme je me suis déjà permis de le signaler dans mon vote concordant dans l'Avis Consultatif n° 16 de la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme sur le «*Droit à l'information sur l'assistance consulaire dans le cadre des garanties d'une procédure judiciaire régulière*» (1999),

tout au long des dernières décennies, toute la jurisprudence internationale en matière de droits de l'homme a développé, de façon convergente, une interprétation dynamique ou évolutive des traités de protection des droits de l'être humain. (...) L'émergence et la consolidation elles-mêmes du *corpus juris* du droit international des droits de l'homme sont dues à la réaction de la *conscience juridique universelle* devant les abus récurrents commis envers les êtres humains, fréquemment homologués par la loi positive : ainsi, le droit est venu à l'encontre de l'être humain, ultime destinataire de ses normes de protection (paragraphe 3-4).

L'importance et l'actualité de cette conception du *jus gentium* universel sont illustrées de façon éloquentes dans le récent Avis Consultatif n° 18 du 17 septembre 2003 de la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme sur «*La condition juridique et les droits des migrants sans papiers*». Étant donné la gravité du problème en question, dans cet avis consultatif de transcendance historique, la Cour interaméricaine a soutenu que les États se devaient de respecter et d'assurer le respect des droits de l'homme des migrants à la lumière du principe de base de l'égalité et de la non-discrimination. Elle a

⁶⁴ A.A. Cançado Trindade, "General Course on Public International Law...- Parts I and II", *op. cit. supra* n. (57), chapitres III, VI et XI-XXIII, pp. 85-121, 177-202, 318-439 (Part I), et 19-171 (Part II), respectivement.

⁶⁵ Sur ce dernier, cf. A.A. Cançado Trindade, *Direito das Organizações Internacionais*, 3ème. éd., Belo Horizonte/Brésil, Edit. Del Rey, 2003, pp. 1-990.

ajouté que tout traitement discriminatoire lié aux droits de l'homme des migrants engendre la responsabilité internationale des États.

Dans la vision de la Cour Interaméricaine, le principe fondamental de l'égalité et de la non-discrimination appartient au domaine du *jus cogens*. Le Tribunal interaméricain a ajouté que les États ne peuvent discriminer ou tolérer des situations de discrimination au détriment des migrants (même sans papiers), et doivent garantir la procédure judiciaire régulière à n'importe quel individu, indépendamment de son statut migratoire. Ce dernier – a conclu la Cour dans l'Avis Consultatif n° 18 de 2003 – ne peut constituer un justificatif pour priver une personne de la jouissance et de l'exercice de ses droits, y compris les droits du travail. Les travailleurs migrants sans papiers ont les mêmes droits au travail que les autres travailleurs de l'État qui les emploie, et ce dernier se doit d'assurer le respect de ces droits dans la pratique. Enfin, les États ne peuvent subordonner ou conditionner l'observance du principe de l'égalité devant la loi et de la non-discrimination aux objectifs de ses politiques migratoires, entre autres.

Dans mon Opinion Concurrente dans cet Avis Consultatif historique n° 18 de la Cour, qui a eu beaucoup de répercussions sur notre continent, je me suis permis de relier les considérations du Tribunal interaméricain avec l'héritage des enseignements de Francisco de Vitoria, à commencer par la pondération basique de ses acclamées «*Relecciones Teologicas*» (1538-1539), dans le sens où la communauté internationale (*totius orbis*) prime sur l'arbitre de chaque État individuel⁶⁶. Le nouveau *jus gentium* a apporté une réponse aux nouveaux besoins de l'humanité, ouvrant la voie, comme on l'a déjà vu, à la conception d'un droit international universel⁶⁷. Son émergence

⁶⁶ Cf. F. de Vitoria, *Relecciones...*, *op. cit. supra* n. (24), pp. 1-101; W.G. Grewe, *The Epochs of International Law*, Berlin, W. de Gruyter, 2000, pp. 189-190. Déjà dans son époque, F. Vitoria concevait la *societas gentium* comme expression de l'unité fondamentale du genre humain, formant une vraie *societas ac communicatio*, une fois qu'aucun État ne pouvait pas se prétendre auto-suffisant; P. Guggenheim, «Contribution à l'histoire des sources...», *op. cit. supra* n. (13), pp. 21-22.

⁶⁷ J. Moreau-Reibel, «Le droit de société interhumaine et le *jus gentium...*», *op. cit.*

a fait prévaloir la croyance selon laquelle il devenait possible de capter le contenu de ce droit (*jus gentium*) par la raison⁶⁸.

Comme je l'ai signalé dans mon Opinion Concurrente, le *jus communicationis* et la liberté de mouvement transfrontalier introduits depuis les XVIe et XVIIe siècles, ont perduré pendant longtemps et c'est seulement à une époque historiquement plus récente, au cours de la seconde moitié du XIXe siècle, lorsque l'*immigration* a définitivement pénétré la sphère du droit interne, qu'ils ont commencé à souffrir de restrictions successives et systématiques⁶⁹. De là l'importance croissante de la prévalence des droits déterminés comme le droit d'accès à la justice (dans le sens *lato sensu* du droit à la réalisation de la justice), le droit à la vie privée et familiale (y compris l'unité familiale), le droit de ne pas être soumis à des traitements cruels, inhumains et dégradants - transcendant toute cette problématique contemporaine à une dimension purement étatique ou interétatique.

Dans la même Opinion Concurrente, en situant le principe de base de l'égalité et de la non-discrimination dans le domaine du *jus cogens*, ce qui gère les obligations *erga omnes*, j'ai signalé la nécessité d'avoir toujours présents les principes fondamentaux du droit, sans lesquels l'ordre juridique (national et international) ne se réalise tout simplement pas et finit d'exister en tant que tel. Comme je me suis permis de pondérer à ce sujet dans mon vote concordant de référence dans l'Avis Consultatif n° 18 de la Cour :

tout système juridique a des principes fondamentaux qui inspirent, justifient et élaborent ses normes. En évoquant les causes primaires,

supra n. (14), pp. 506-510.

⁶⁸ G. Foulanos, *Sovereignty and the Ingress of Aliens*, Stockholm, Almqvist & Wiksell, 1986, p. 17, et cf. pp. 19-23, 79-81, 160-161 et 174-175.

⁶⁹ F. Crépeau, *Droit d'asile - De l'hospitalité aux contrôles migratoires*, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 17-353; F. Rigaux, «L'immigration: droit international et droits fondamentaux», in *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire - Mélanges en hommage à P. Lambert*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 693-696, et cf. pp. 707-708, 710-713, 717-720 et 722; et, pour une étude générale, cf. A.A. Cançado Trindade et J. Ruiz de Santiago, *La Nueva Dimensión de las Necesidades de Protección del Ser Humano en el Inicio del Siglo XXI*, 3ème. éd., San José du Costa Rica, ACNUR, 2004, pp. 27-127.

sources ou origines des normes et règles, ces principes confèrent de la cohésion, de la cohérence et de la légitimité aux normes juridiques et au système juridique comme un tout. Ce sont les principes généraux du droit (*prima principia*) qui confèrent à l'ordre juridique (...) son inéluctable dimension axiologique ; ce sont eux qui révèlent les valeurs qui inspirent tout l'ordre juridique et qui, en ultime analyse, fournissent ses propres fondements. C'est ainsi que je conçois la présence et la position des principes dans n'importe quel ordre juridique et leur fonction dans l'univers conceptuel du droit. (...) Des *prima principia* émanant des normes et des règles qui trouvent leur sens en eux. Les principes se trouvent ainsi présents dans les origines du droit lui-même (paragraphe 44 et 46).

-VII-

Chaque fois que l'on a fait abstraction de ces principes, on a encouru des violations du droit. Les positivistes ont fini par identifier les principes à partir des normes dont ils sont issus et, avec les surnommés « réalistes » des sciences sociales, ils ont confondu le monde de l'être avec le monde du devoir être, le *Sein* avec le *Sollen*. Ils ont propagé une vision étatique du monde en ignorant complètement sa dimension temporelle. Ils ont isolé le droit des autres domaines de la connaissance humaine. Les uns et les autres ont révélé une autosuffisance propre aux arrogants. Définitivement, être positiviste ou réaliste est trop facile vu que cela ne requiert aucune érudition, ni non plus de grandes connaissances.

Malheureusement, les Universités dans tant des pays, se trouvent aujourd'hui infestées de positivistes et de réalistes, ce qui explique le déclin préoccupant de la culture de la science juridique et des sciences sociales. On diffuse dans le cadre du droit international, sans le moindre esprit critique, des pseudo-doctrines comme celles du « recours à la force », des contremesures, des interventions supposément « humanitaires », de celle qu'on appelle « guerre préventive », de l'« action de préemption », de la « légitime défense anticipatoire » dans les relations interétatiques, des « limites » et de la « fragmentation » du droit international, du « conflit des civilisations », entre autres, qui desservent le droit international et qui ignorent

les principes généraux du droit, au-delà de révéler les distorsions, la léthargie et l'indigence mentale des segments de la « doctrine » *jusinternationnaliste* contemporaine.

On a eu recours à elles pour tenter d'expliquer le recours à la force brutale et de justifier une des plus flagrantes violations que le droit international n'ait jamais connu ces dernières décennies, celle de l'invasion et de l'occupation de l'Iraq par une auto-nommée « coalition d'États » en marge de la Charte des Nations Unies⁷⁰. Il faut répéter, chaque fois que nécessaire, que l'on ne combat pas la terreur par la terreur, mais par le droit ; c'est pour cela qu'il existe aujourd'hui treize conventions internationales dans le cadre universel et huit au niveau régional. Les victimes de la terreur ne peuvent pas se venger en faisant de nouvelles victimes innocentes.

La force brutale gère la force brutale et à la fin, qu'avons nous? Rien, la dévastation générale, la décomposition du tissu social, les vengeances, les tortures, les exécutions sommaires et d'autres violations graves du droit international humanitaire⁷¹ et du droit international des droits de l'homme, la transformation des êtres humains en de purs instruments de confrontation et de destruction - ouvrant des plaies qui vont prendre des générations à cicatriser. Que cela serve d'alerte aux apologistes irresponsables de la surnommée

⁷⁰ Cf. A.A. Cançado Trindade, "A Guerra como Crime", in *Correio Braziliense*, Brasília, 20.03.2003, p. 5; A.A. Cançado Trindade, "O Direito e os Limites da Força", 12 *Fonte - Procuradoria Geral do Estado do Ceará* (août/octobre 2002) - n. 51, p. 2; A.A. Cançado Trindade, "A Proibição Absoluta da Tortura", in *Correio Braziliense - Suplemento `Direito e Justiça`*, Brasília, 23.08.2004, p. 1; A.A. Cançado Trindade, "El Primado del Derecho sobre la Fuerza como Imperativo del *Jus Cogens*", in *Doctrina Latinoamericana del Derecho Internacional*, tome II (eds. A.A. Cançado Trindade et F. Vidal Ramírez), San José du Costa Rica, Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme, 2003, pp. 51-66.

⁷¹ Cf. J. Cardona Lloréns, «Libération ou occupation? Les droits et devoirs de l'État vainqueur», in *L'intervention en Irak et le Droit international* (eds. K. Bannelier, O. Corten, Th. Christakis et P. Klein), Paris, Pédone/CEDIN, 2004, pp. 221-250; G. Abi-Saab, «Les Protocoles Additionnels, 25 ans après», in *Les nouvelles frontières du Droit international humanitaire* (ed. J.-F. Flauss), Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 33-36; Y. Sandoz, «L'applicabilité du Droit international humanitaire aux actions terroristes», in *ibid.*, pp. 71-72.

«guerre contre la terreur», en marge du Droit et de la Charte des Nations Unies.

Comme je l'ai manifesté dans mon récente Opinion Individuelle dans l'affaire du *Massacre de Plan de Sánchez* (réparations, 2004) devant la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme, je crains que les brutalités et les massacres des décennies passées et des moments sombres que nous vivons dans cet année de 2005, dans divers endroits du monde, n'aient un profond *effet dé-civilisateur* et que la périlleuse escalade de violence qui se répand et s'étend dans ce début de XXI^e siècle ne vienne suggérer que

les êtres humains paraissent n'avoir appris que peu ou rien des souffrances des générations passées, et que la violence ne pourra être contenue que par le fidèle attachement au droit et à ses principes de base. Au-dessus de la force il y'a le droit, comme il y a la conscience au-dessus de la volonté (source matérielle ultime de tout droit) (paragraphe 30).

Rappelez-vous que dans une ligne de pensée similaire à celle des anciens grecs et de Cicéron dans la Rome antique, alors qu'il s'opposait au recours à la force, Emanuel Kant avertissait avec éloquence à la fin du XVIII^e siècle, dans son célèbre essai sur la paix perpétuelle (1795) :

(...) être rémunéré pour tuer ou mourir implique l'utilisation des hommes en tant que simples machines et instruments dans les mains d'un autre (l'État) et que cela ne peut se concilier avec le droit de l'humanité dans notre propre être⁷².

On ne peut combattre la terreur avec ses propres armes. C'est ce que dénonçait J. Pictet sur un ton presque prémonitoire dans la première édition de ses *Principes du droit international humanitaire*, il y a quatre décennies. Selon ses propres mots, «ce serait faire un pas rétrograde pour l'humanité si elle tentait de lutter contre le terrorisme avec ses propres armes»⁷³. Les apologistes de l'utilisation de la force

⁷² Cit. in: *La paix (Textes choisis)*, ed. M. Lequan), Paris, Flammarion, 1998, pp. 173-174.

⁷³ J. Pictet, *The Principles of International Humanitarian Law*, 1^{ère} éd., Genève, CICR, 1966, p. 36.

brutale de nos jours ne se rendent pas compte du profond *effet dé-civilisateur* de leur position et de ses effets nocifs ou néfastes pour l'humanité comme un tout.

Les surnommés «réalistes», à leur tour, se concentrent sur ce qu'ils perçoivent comme la «réalité» du moment, attribuant un élément de permanence à ce qui ne dure qu'un moment dans l'histoire du droit et des relations internationales. Ils considèrent l'État comme un acteur pérenne, oubliant les faits historiques qui lui ont donné naissance. Ils persistent à aborder les besoins et les aspirations actuelles de l'humanité à partir d'une vision exclusive, insuffisante et inadéquate de l'État et des relations interétatiques. Ils persistent dans cette optique perpétuellement incontestable et considèrent les relations de pouvoir inévitables. En procédant de cette façon, ils se plient devant ce qu'ils considèrent comme le primat des relations de domination sur le droit et la suprématie de l'ordre établi au détriment des impératifs de la justice. Le positivisme juridique et le «réalisme» politique ont ainsi sans surprise été invariablement asservis au pouvoir.

Au milieu des années 40, aucun positiviste n'a été en mesure d'anticiper l'émergence et la consolidation du droit international des droits de l'homme. Aucun réaliste n'a été capable de prévoir, au milieu des années 50, l'avènement du phénomène historique de la décolonisation. L'émancipation de la personne humaine vis-à-vis de son propre État et l'émancipation des peuples dans le droit international sont apparues à la surprise, devant le manque de préparation des positivistes de la science juridique et des «réalistes» des sciences sociales. Aucun réaliste n'a été capable de prévoir la chute du mur de Berlin à la fin des années 80. Ni les positivistes ni les «réalistes» ne sont en mesure de comprendre – et ont des difficultés à accepter – les profondes transformations du droit international contemporain dans la recherche de la réalisation des impératifs de la justice.

Positivistes et «réalistes» ont prétendu que la réalité sur laquelle ils travaillent était permanente et inévitable, mais ce qui est vraiment arrivé est que, perplexes devant les changements, ils ont dû se transporter d'un moment historique à un autre complètement différent.

En tentant de se réadapter à cette nouvelle «réalité» empirique, ils ont dû de nouveau tenter d'appliquer à cette dernière le schéma étatique auquel ils étaient habitués. Résistants aux changements, ils ont oublié d'analyser les profondes altérations qui ont conduit à cette nouvelle «réalité» sur laquelle ils ont commencé à travailler ; et, de nouveau, ils ont projeté leur illusion de l'«inévitabilité» du futur et parfois - en désespoir de cause – également du passé. Leur erreur de base a été de minimiser les *principes* qui appartiennent aux fondements de tout système juridique national et international, et qui justifient et élaborent les normes et l'action relative à ces dernières dans la recherche de la réalisation de la justice. À chaque fois que cette minimisation a prévalu, les résultats ont été désastreux.

Positivistes et «réalistes» n'ont pas résisté à la tentation de révéler leur orgueil par leur méthode de pure observation des faits et leur sens du «pragmatisme». Mais en dehors du pragmatisme comme position philosophique (reconnaissant que la vérité que l'on peut atteindre n'est pas toujours infaillible), dans la pratique, sans principes directeurs et sans orientation propre, le pragmatisme a révélé son côté obscur ou sinistre⁷⁴. Il a souvent donné lieu à des abus, à la fabrication de ce qu'on appelle l'«opinion publique», à la persécution des personnes et des groupes d'individus en raison de leurs opinions personnelles (autres que celle qui prévaut) et à des actes d'extrême violence⁷⁵. Les dégâts causés par le pragmatisme sans principes se prolongent indéfiniment dans le temps et sa praxis se montre dépourvue d'une

L'on ne peut prétendre à brandir un «nouvel» ordre juridique international à partir de dévastations et de guerres qui, au contraire, réduisent en cendres les conquêtes de la civilisation⁷⁶. *Ex injuria jus*

⁷⁴ Comme averti par Bertrand Russell, *Sceptical Essays*, London, Routledge, 1993 [reprint], p. 49.

⁷⁵ Comme les bombardements aériens de populations civiles sans défense et la destruction totale de villes entières, comme Hiroshima, Nagasaki, Coventry, Dresden, Guernica, entre autres.

⁷⁶ J. Maritain, *De la justice politique - Notes sur la présente guerre*, Paris, Libr. Plon, 1940, pp. 36-37, 40-41 et 44-45.

non oritur. C'est ce que les «réalistes» ne semblent pas comprendre - comme le mentionnait déjà en 1940 Jacques Maritain - ignorant complètement les impératifs de l'éthique et de la justice et révélant leur myopie face à la dimension temporelle des faits sociaux⁷⁷. En ces moments particuliers de «profonde crise spirituelle», comme celle que nous vivons dans ce début de XXI^e siècle, il faut se rattacher aux principes généraux du droit, aux principes du droit naturel⁷⁸.

Malheureusement, les «réalistes» sont complaisants avec le pouvoir en place – dans la ligne des écrits de Machiavel, de Hobbes et de leurs successeurs modernes – et enthousiasmés par l'opportunisme politique, s'abstenant de condamner l'agression ; dans leur mépris caractéristique de ce qui est relatif aux principes de droit de validité pérenne, ils acceptent et présupposent comme un fait inévitable – comme l'évoquait aussi à son époque Hersch Lauterpacht – «l'immoralité de la conduite des États» comme un «facteur permanent inhérent à leur existence en tant qu'unités collectives»⁷⁹. L'opportunisme des «réalistes» politiques les a toujours conduit, par exemple, à «désapprouver» l'idée de sécurité collective à l'époque des Nations Unies ; ils ne parviennent qu'à viser des intérêts et des avantages et ne paraissent pas croire à la raison humaine, ni à la *recta ratio* et non plus à la capacité des êtres humains de tirer des leçons de l'expérience historique⁸⁰.

-VIII-

Au contraire de ce qu'argumentent aujourd'hui certains «réalistes», le droit est préventif et anticipatoire, et non l'utilisation de la force. Malgré la pleine crise mondiale que nous vivons, qui se présente comme une crise de valeurs, l'ancien idéal de justice internationale réussit à faire des progrès grâce à la réaction de la

⁷⁷ *Ibid.*, pp. 88, 90-91 et 106-107.

⁷⁸ *Ibid.*, pp. 112-114.

⁷⁹ H. Lauterpacht, "On Realism, Especially in International Relations", in *International Law Being the Collected Papers of Hersch Lauterpacht*, tome 2, part I, Cambridge, University Press, 1975, pp. 53 et 57-62.

⁸⁰ *Ibid.*, pp. 58 et 61-65.

conscience humaine contre les abus perpétrés contre des millions d'êtres humains, les marginalisés et les exclus du monde «post moderne». Le cycle des Conférences mondiales des Nations Unies - auquel j'ai eu le privilège de participer activement - réalisé tout au long des années 90 jusqu'à 2001, s'est adapté à l'agenda social international du XXI^e siècle, avec un intérêt particulier pour ceux qui se trouvent en situation de vulnérabilité particulière.

Les tribunaux internationaux se sont multipliés, ce que je considère comme un phénomène très positif⁸¹: la voie juridique constitue effectivement la solution pacifique par excellence aux controverses internationales, qui doit se réaliser sur la base du droit et non sur la force. La juridiction pénale internationale permanente (le Tribunal Pénal International) a enfin été établie. Les tribunaux internationaux (les Cours Interaméricaine et Européenne) des droits de l'homme ont construit une jurisprudence riche liée à l'émancipation de l'être humain vis-à-vis de son propre État. Les tribunaux pénaux internationaux *ad hoc*, tels que ceux créés pour l'Ex-Yougoslavie et le Rwanda, ont donné lieu à une vaste jurisprudence de lutte contre l'impunité des violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire.

Nous sommes aujourd'hui plus de cent juristes à exercer la fonction juridique internationale, ce qui aurait été impensable il y'a de cela quelques décennies. La fonction juridique internationale s'est développée et s'est enrichie. Les besoins et les aspirations de l'humanité seront assouvis par le droit - et non par l'utilisation discrétionnaire de la force - dans la recherche de la justice. Le recours à la *recta ratio* est inévitable dans les fondements de tout le *corpus juris* du droit international contemporain. C'est au cours des grandes crises

⁸¹ Cf. A.A. Cançado Trindade, «The Merits of Coordination of International Courts on Human Rights», 2 *Journal of International Criminal Justice* - Oxford (2004) pp. 309-312; A.A. Cançado Trindade, «La perspective trans-atlantique: La contribution de l'oeuvre des Cours internationales des droits de l'homme au développement du droit public international», in *La Convention européenne des droits de l'homme à 50 ans - Bulletin d'information sur les droits de l'homme*, n. 50 (numéro spécial), Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2000, pp. 8-9 (publié aussi dans autres idiomes du Conseil de l'Europe).

internationales – comme celle-ci – que l’on arrive à faire des progrès qualitatifs, comme l’or que l’on extrait de la matière brute. Le monde dans lequel nous vivons a énormément besoin d’un ordre juridique international capable de régler efficacement les relations entre tous ses sujets (y compris la personne humaine) et de satisfaire, ainsi, aux besoins et aux aspirations de la communauté internationale, parmi eux la réalisation de la justice.

À ce propos, le document final résultant du dernier Sommet mondial de la réforme des Nations Unies du 15.09.2005, après le Sommet du Millenium, met en exergue «l’importance vitale d’un système multilatéral efficace» pour faire face à la complexité des défis actuels de la paix et de la sécurité internationales, en signalant qu’aucun État ne peut s’auto-entretenir ou s’auto-protéger tout seul devant les menaces actuelles qui les affectent tous⁸², car il dépend de tous les mécanismes collectifs liés aux principes et aux propos de la Charte des Nations Unies. On réitère, ensuite, l’obligation pour tous les États membres de s’abstenir de toute menace ou de tout usage de la force incompatible avec la Charte des Nations Unies⁸³. Le Sommet mondial reconnaît la nécessité d’examiner les causes des défis et les menaces qui concernent tout le monde, et de réaffirmer l’engagement des Nations Unies d’éradiquer la pauvreté et d’accroître le développement humain⁸⁴.

Le document final du récent Sommet mondial des Nations Unies condamne le terrorisme sous toutes ses formes et affirme que la lutte contre ce dernier doit s’effectuer dans le cadre des Nations Unies et des conventions internationales qui s’y réfèrent, et en conformité avec le droit international, en particulier le droit international des droits de l’homme, le droit international des réfugiés et le droit international humanitaire⁸⁵. Le document en question reconnaît la démocratie comme une «valeur universelle» et, au même temps,

⁸² U.N./General Assembly, 2005 *World Summit Outcome*, document A/60/L.1, de 15.09.2005, pp. 2 et 21-22, pars. 6-7 et 72.

⁸³ *Ibid.*, pp. 22-23, pars. 77-79.

⁸⁴ *Ibid.*, pp. 2-4, 6-7 et 12, pars. 8, 19, 24 et 48.

⁸⁵ *Ibid.*, pp. 23-24, pars. 81-91.

admet qu'il n'existe aucun «modèle unique» de démocratie qui puisse s'imposer aux autres⁸⁶. Il met en exergue l'importance de la diversité culturelle et du dialogue des civilisations pour l'avenir de l'humanité⁸⁷ en réaffirmant, enfin, les principes et les propos de la Charte des Nations Unies et la nécessité d'un ordre international fondé sur ces derniers, respectueux des droits de l'homme universels et essentiels à la coexistence pacifique et à la coopération entre les États⁸⁸.

À mon avis, la réponse de la communauté internationale à la flagrante violation du droit international perpétrée par un groupe d'États auto-nommé *coalition of the willing* n'a pu être plus claire face à l'invasion et à l'occupation d'un autre État, multipliant les victimes innocentes, silencieuses et de plus sans défense, et en agissant en dehors du cadre de la Charte des Nations Unies. La communauté internationale vient d'assumer une position de principe non volontariste ancrée dans les fondements du droit international, dans laquelle est située la *recta ratio*. Sans les principes généraux du droit il n'y a simplement pas de système juridique national ou international. Dans le récent Sommet mondial de la réforme des Nations Unies, la communauté internationale vient de réitérer sa profession de foi dans les principes généraux du droit international.

Les atrocités successives et les abus qui ont donné lieu ces dernières décennies à des millions de victimes d'êtres humains dans toutes les régions ont de fait réveillé la *conscience juridique universelle* (comme ultime source matérielle de tout droit) pour l'urgente nécessité de conceptualiser de nouveau les propres bases du droit international⁸⁹. Ce dernier ne se réduit pas, dans l'absolu, à un instrument au service du pouvoir ; son destinataire final est l'être humain, se devant le droit international de répondre à ses besoins basiques, entre lesquels la réalisation de la justice. L'émancipation de la personne humaine

⁸⁶ *Ibid.*, p. 31, par. 135.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 3, par. 14.

⁸⁸ *Ibid.*, pp. 30, 28 et 3, par. 134, 121 et 13.

⁸⁹ Comme j'ai signalé dans mon Opinion Concurrente mentionnée (paragraphe 25-26) dans l'Avis Consultatif n. 18 (de 2003) de la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme.

vis-à-vis de son propre État avance lentement, mais elle avance. Les progrès de l'ordre juridique international correspondent à l'ascension de la conscience humaine orientée vers la nécessité de réaliser le bien commun et la justice.

Il y a quelques années, personne ne pouvait supposer ou prévoir que les affaires englobant les marginalisés, les exclus, les migrants sans papiers (à la recherche de nourriture, de logement, de travail et d'éducation) et les enfants abandonnés dans les rues pourraient atteindre un tribunal international comme la Cour interaméricaine des droits de l'homme, comme cela a été effectivement le cas, de façon systématique, à partir de sa sentence en 1999 dans l'affaire paradigmatique des «Enfants des rues» (*Villagrán Morales et autres*). Le fait que les pauvres et les opprimés aient accès à la justice internationale est une réalité de nos jours qui est surtout due, à mon avis, au réveil de la conscience humaine de protéger les plus faibles et les plus démunis.

-IX-

Menée par la conscience juridique universelle, la dynamique même de la vie internationale contemporaine a pris la précaution de ne plus autoriser la compréhension traditionnelle selon laquelle les relations internationales sont régies par des règles entièrement dérivées de la libre volonté des États eux-mêmes. Le positivisme volontariste s'est montré incapable d'expliquer le processus de formation des normes de droit international général et il est devenu évident que l'on ne pourrait trouver une réponse aux problèmes des fondements et de la validité de ce dernier que dans la conscience juridique universelle⁹⁰, à partir de l'affirmation de l'idée d'une justice objective conforme à la *recta ratio*.

La reconstruction du *jus gentium* en tant que droit universel de l'humanité se situe dans la même ligne de pensée visionnaire préconisée au XVI^e siècle par les théologiens espagnols F. de

⁹⁰ A.A. Cançado Trindade, «General Course on Public International Law... – Part I», *op. cit. supra* n. (57), chapitre VI, pp. 177-202.

Victoria et F. Suárez, en conformité avec la plus lucide des pensées *jusinternationalistes*. En définitif, la fonction du juriste ne consiste simplement pas à prendre note de la pratique des États (fréquemment ambiguë et incongrue), mais il lui incombe de dire ce qu'est le droit. Depuis l'œuvre classique de H. Grotius au XVIIe siècle - suivie de celle de C. Bynkershoek et de C. Wolff, entre autres - un fort courant de pensée *jusinternationaliste* s'est développé en concevant le droit international comme un ordre juridique doté d'une valeur propre ou intrinsèque (et par conséquent supérieure à un droit simplement « volontaire »), qui tire son autorité de certains principes de la droite raison (*est dictatum rectae rationis*).

La *recta ratio* a toujours effectivement revendiqué, des siècles durant, un droit de gens véritablement universel. L'on ne peut définitivement pas visualiser l'humanité comme un sujet de droit depuis la vision de l'État ; il faut reconnaître les limites de l'État à partir de la vision de l'humanité⁹¹. Et le juriste a un rôle d'une importance cruciale dans la reconstruction, conforme à la *recta ratio*, du nouveau *jus gentium* du XXIe siècle, *le droit universel de l'humanité*. J'espère, en fin de cette conférence, avoir transmis, avec la force de ma conviction, à ce distingué collège académique, ma profonde reconnaissance de la haute signification que revêt pour moi la devise de la *recta ratio*: il n'existe pour moi aucune autre devise plus significative, conformément à tout ce qui a été exposé antérieurement.

La Haye, Pays-Bas,
le 28 juin 2010.

A.A.C.T.

⁹¹ A.A. Cançado Trindade, «General Course on Public International Law... – Part I», *op. cit. supra* n. (57), chapitre XI, pp. 318-333.