

SEPARATE OPINION OF JUDGE CANÇADO TRINDADE

TABLE OF CONTENTS

	<i>Paragraphs</i>
I. <i>PROLEGOMENA</i>	3-7
II. “GENERAL PRINCIPLES OF LAW”: THE LEGISLATIVE HISTORY OF THE PCIJ/ICJ STATUTE REVISITED	8-16
III. GENERAL PRINCIPLES OF LAW AS A FORMAL “SOURCE” OF INTERNATIONAL LAW: THEIR AUTONOMY	17-19
IV. RECOURSE TO PRINCIPLES IN THE CASE LAW OF THE ICJ	20-25
V. GENERAL PRINCIPLES OF DOMESTIC AND INTERNATIONAL LAW	26-47
1. A lesson from the legislative history of the PCIJ (and ICJ) Statute	26-28
2. Relevant doctrinal developments on general principles of law	29-47
(a) In the PCIJ times	29-36
(b) In the ICJ times	37-47
VI. “GENERAL PRINCIPLES” OF INTERNATIONAL LAW: SCOPE OF APPLICATION <i>RATIONE MATERIAE</i>	48-51
VII. GENERAL PRINCIPLES OF INTERNATIONAL ENVIRONMENTAL LAW	52-96
1. Principle of prevention	54-61
2. Precautionary principle	62-92
(a) Risks	69-73
(b) Scientific uncertainties	74-92
3. The principles of prevention and of precaution together	93-96
VIII. THE ACKNOWLEDGEMENT BY THE CONTENDING PARTIES OF THE PRINCIPLES OF PREVENTION AND OF PRECAUTION	97-113
1. Principle of prevention	100-102
2. Precautionary principle	103-113
IX. THE LONG-TERM TEMPORAL DIMENSION: INTER-GENERATIONAL EQUITY	114-131
X. THE UNDERLYING TEMPORAL DIMENSION: SUSTAINABLE DEVELOPMENT	132-147

OPINION INDIVIDUELLE
DE M. LE JUGE CANÇADO TRINDADE

[Traduction]

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
I. PROLÉGOMÈNES	3-7
II. LES «PRINCIPES GÉNÉRAUX DE DROIT»: RETOUR SUR LES TRAVAUX PRÉPARATOIRES DU STATUT DE LA COUR ET DE SA DEVANCIÈRE	8-16
III. AUTONOMIE DES PRINCIPES GÉNÉRAUX DE DROIT EN TANT QUE «SOURCE» FORMELLE DU DROIT INTERNATIONAL	17-19
IV. LE RECOURS AUX PRINCIPES DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR	20-25
V. LES PRINCIPES GÉNÉRAUX DE DROIT — INTERNE ET INTERNATIONAL	26-47
1. Enseignements à tirer des travaux préparatoires du Statut de la Cour et de sa devancière	26-28
2. La doctrine et les principes généraux de droit	29-47
a) Du temps de la Cour permanente	29-36
b) A l'époque de la Cour	37-47
VI. CHAMP D'APPLICATION <i>RATIONE MATERIAE</i> DES «PRINCIPES GÉNÉRAUX» DU DROIT INTERNATIONAL	48-51
VII. LES PRINCIPES GÉNÉRAUX DU DROIT INTERNATIONAL DE L'ENVIRONNEMENT	52-96
1. Le principe de prévention	54-61
2. Le principe de précaution	62-92
a) Les risques	69-73
b) L'incertitude scientifique	74-92
3. Les principes de prévention et de précaution combinés	93-96
VIII. LA RECONNAISSANCE DES PRINCIPES DE PRÉVENTION ET DE PRÉCAUTION PAR LES PARTIES ADVERSES	97-113
1. Le principe de prévention	100-102
2. Le principe de précaution	103-113
IX. LA DIMENSION TEMPORELLE À LONG TERME: L'ÉQUITÉ INTERGÉNÉRATIONNELLE	114-131
X. LA DIMENSION TEMPORELLE SOUS-JACENTE: LE DÉVELOPPEMENT DURABLE	132-147

1. The formulation and the implications of sustainable development	132-140
2. The awareness of the contending Parties of the implications of sustainable development	141-147
XI. JUDICIAL DETERMINATION OF THE FACTS	148-151
XII. BEYOND THE INTER-STATE DIMENSION: RELATED ASPECTS	152-190
1. The imperatives of human health and the well-being of peoples	153-164
2. The role of civil society in environmental protection	165-171
3. Beyond reciprocity: obligations of an objective character	172-178
4. CARU's legal personality	179-190
XIII. FUNDAMENTAL PRINCIPLES AS <i>SUBSTRATUM</i> OF THE LEGAL ORDER ITSELF	191-200
XIV. <i>PRIMA PRINCIPIA</i> : THE AXIOLOGICAL DIMENSION	201-206
XV. "GENERAL PRINCIPLES OF LAW" AS INDICATORS OF THE <i>STATUS CONSCIENTIAE</i> OF THE INTERNATIONAL COMMUNITY	207-217
XVI. EPILOGUE	218-220

USINES DE PÂTE À PAPIER (OP. IND. CANÇADO TRINDADE)	136
1. La formulation et les implications du développement durable	132-140
2. Les Parties à l'instance avaient conscience des implications du développement durable	141-147
XI. L'ÉTABLISSEMENT JUDICIAIRE DES FAITS	148-151
XII. AU-DELÀ DE LA DIMENSION INTERÉTATIQUE: ASPECTS CONNEXES	152-190
1. Les impératifs de la santé humaine et du bien-être des populations	153-164
2. Le rôle de la société civile dans la protection de l'environnement	165-171
3. Au-delà de la réciprocité: les obligations à caractère objectif	172-178
4. La personnalité juridique de la CARU	179-190
XIII. LES PRINCIPES FONDAMENTAUX EN TANT QUE SUBSTRAT DE L'ORDRE JURIDIQUE LUI-MÊME	191-200
XIV. LA DIMENSION AXIOLOGIQUE DES <i>PRIMA PRINCIPIA</i>	201-206
XV. LES «PRINCIPES GÉNÉRAUX DE DROIT» TÉMOINS DU <i>STATUS CONSCIENTIAE</i> DE LA COMMUNAUTÉ INTERNATIONALE	207-217
XVI. ÉPILOGUE	218-220

1. I have accompanied the Court's majority in the decision which it has just taken in the *Pulp Mills* case (*Argentina v. Uruguay*), for understanding that it contains what the Court could have found on the basis of a strict valuation of the evidence produced before it, but I regret not to be able to concur with parts of the Court's reasoning in the present Judgment, in particular its unfortunate overlooking of the general principles of law. I feel thus obliged to leave on the records the foundations of my own personal position in this respect. To this end, I purport, in this separate opinion, to review the process of enunciation of general principles of law in the realm of contemporary international law, for the proper consideration of the issues raised in the *cas d'espèce*. In the course of the examination that follows, it will be clear that my own conception of the matter at issue contrasts with that of the Court's majority, as disclosed in the reasoning developed in the present case of the *Pulp Mills*.

2. My own position is in line with a current of international legal thinking, sedimented over the last nine decades (1920-2010), which, ever since the mid-1970s, has marked presence also in the domain of International Environmental Law. In my understanding, general principles of domestic as well as international law are endowed with autonomy. Their scope of application *ratione materiae* has in recent years been the object of attention of contemporary international tribunals, and I believe an important role is here to be played by the International Court of Justice (ICJ), attentive as it ought to be to the role of general principles, of particular relevance in the evolution of the expanding *corpus juris* of international law in our times. Bearing this in mind, I shall turn my attention to some preliminary points.

I. PROLEGOMENA

3. Irrespective of the way a case is presented by the contending parties to the ICJ, this latter is not restrained or bound by their arguments: it is entirely free to proceed to its own determination of the facts and to its own identification of the applicable law. In doing this — as it is entirely free to do, in the faithful exercise of its function — the Court proceeds in such a way that discloses, to a careful observer, its own conception of the law. There are always distinct ways to develop a legal reasoning, and my natural inclination, even in a case like the present one of the *Pulp Mills* (*Argentina v. Uruguay*), is to dwell to a greater extent on legal principles than on chemical substances, unlike the Court has done in the present case.

4. In the examination of the substantive obligations under the 1975 Statute of the River Uruguay, the Court proceeded, with diligence and zeal, to a long and necessary examination of the impact of the discharges on the quality of the waters of the River Uruguay (Judgment, paras. 234-

1. Si je me suis rangé à la décision que la majorité de la Cour vient de rendre dans l'affaire des *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, c'est parce qu'elle énonce les conclusions pouvant être tirées d'une stricte appréciation des éléments de preuve versés au dossier, mais je ne puis, à mon grand regret, souscrire à certaines parties du raisonnement suivi dans le présent arrêt, déplorant en particulier le peu de cas que la Cour a fait des principes généraux de droit. Je me sens donc tenu d'exposer les fondements de ma position personnelle en la matière. A cette fin, j'examinerai dans la présente opinion individuelle le processus d'élaboration des principes généraux en droit international contemporain, afin de bien cerner les questions qui sont en jeu ici. Il ressortira clairement de l'examen ci-après que ma propre conception des enjeux de l'espèce diffère de celle de la majorité de la Cour, telle que révélée par le raisonnement formulé dans cette affaire des *Usines de pâte à papier*.

2. Ma position personnelle s'inscrit dans un courant de pensée qui s'est développé en droit international au fil des neuf dernières décennies (de 1920 à 2010) et qui, depuis le milieu des années 1970, a également trouvé écho dans le domaine du droit international de l'environnement. De mon point de vue, les principes généraux possèdent une autonomie propre aussi bien en droit interne qu'en droit international. Les juridictions internationales se sont ces dernières années intéressées à leur champ d'application *ratione materiae*, et la Cour internationale de Justice (la «Cour») a un rôle important à jouer en la matière, me semble-t-il, en prêtant l'attention voulue à la fonction de ces principes généraux, qui occupent une place particulière dans l'évolution du *corpus juris* foisonnant du droit international contemporain. Ces considérations à l'esprit, j'entame l'examen de quelques points préliminaires.

I. PROLÉGOMÈNES

3. Quelle que soit la façon dont les parties en litige lui présentent leur affaire, la Cour n'est ni limitée ni liée dans son action par leurs arguments: elle demeure totalement libre d'établir elle-même les faits et le droit applicable. Ce faisant — comme elle est totalement libre de le faire, dans l'exercice rigoureux de sa fonction —, la Cour dévoile nécessairement à un observateur perspicace sa propre conception du droit. Un raisonnement juridique peut toujours se construire de différentes manières, et, même dans une affaire comme celle des *Usines de pâte à papier (Argentine c. Uruguay)*, j'ai naturellement tendance à m'intéresser davantage aux principes juridiques qu'aux substances chimiques, contrairement à ce que la Cour a fait.

4. Dans le cadre de son examen des obligations de fond découlant du statut du fleuve Uruguay de 1975, la Cour s'est livrée, avec diligence et zèle, à une longue et nécessaire analyse de l'effet des rejets de l'usine sur la qualité de l'eau du fleuve Uruguay (arrêt, par. 234-264), mais elle semble

264), but that diligence and zeal seem to have vanished in respect of general principles of law (comprising those of International Environmental Law), only mentioned *in passim*, and without elaboration, in a few paragraphs of the present Judgment¹. I feel thus obliged, in the present separate opinion, to attempt to redress the balance, by concentrating my thoughts on legal principles, and in particular those applicable in the *cas d'espèce*. I do so in a constructive spirit, in the hope (may I dare to nourish it?) that the Court will be more sensitive to legal principles in its future decisions; after all, over the last decades, legal principles have been much more familiar to me than chemical substances.

5. This point is intertwined with that of the identification of the applicable law in the *cas d'espèce* which, in turn, ineluctably leads to the “sources” of law, of international law. Even if the contending parties had not invoked general principles of law before the ICJ, this latter is entirely free to dwell upon them *motu proprio*. It so happens that, in the present case of the *Pulp Mills*, both Parties, Argentina and Uruguay, *did* invoke those principles; yet, the Court, for reasons which escape my comprehension, preferred not to dwell upon them, missing a unique occasion to give a remarkable contribution to our discipline. In the *cas d'espèce*, a key point which promptly comes to one's mind, for the settlement of a case like the present one, is whether an international tribunal like the ICJ can or should have recourse to *principles of environmental law*, under Article 38 (1) (c) of its Statute.

6. Such principles, proper to International Environmental Law, comprise the principle of prevention and the precautionary principle, added to the long-term temporal dimension underlying inter-generational equity, and the temporal dimension underlying the principle of sustainable development. Those principles are to be kept in mind also in the judicial determination of the facts of the concrete case. Among some preliminary questions (*questions préalables*) to be addressed, and which do not seem to have been considered with sufficient clarity to date, are the following: (a) whether the reference to “general principles of law” found in Article 38 (1) (c) of the ICJ Statute refers only to those principles found *in foro domestico* or encompasses likewise those principles identified also at international law level; and (b) whether these latter are only those of general international law or whether they comprise also those principles which are proper to a domain of international law.

7. Attention is next turned, in this separate opinion, in the light of the facts of the present case of the *Pulp Mills*, to related aspects beyond the

¹ As to the Court's considerations (not the Parties' arguments), cf. paragraph 101 (principle of prevention), paragraph 145 (principle of good faith), paragraph 162 (principle of *onus probandi incumbit actori*), and paragraph 164 (precautionary “approach”).

ne pas s'être donné autant de peine au sujet des principes généraux de droit (y compris ceux du droit international de l'environnement), qu'elle n'a évoqués qu'en passant, sans s'y arrêter, dans quelques paragraphes de son arrêt¹. Je me sens donc tenu, dans la présente opinion individuelle, de tenter de rétablir l'équilibre en faisant la part belle aux principes juridiques, en particulier à ceux qui sont applicables en l'espèce. J'agis ainsi dans un esprit constructif, en osant espérer que la Cour fera plus grand cas des principes juridiques dans ses décisions futures; après tout, ces dernières décennies, les principes juridiques m'ont été bien plus familiers que les substances chimiques.

5. Cette question est étroitement liée à celle de la détermination du droit applicable en l'espèce, qui renvoie elle-même inéluctablement aux «sources» du droit, du droit international s'entend. Même si les parties en litige n'invoquent pas les principes généraux de droit devant elle, la Cour est totalement libre de les prendre d'office en considération. Il se trouve que, dans cette affaire des *Usines de pâte à papier*, les deux Parties, l'Argentine et l'Uruguay, ont *bel et bien* invoqué ces principes; pourtant, la Cour, pour des raisons qui m'échappent, a préféré ne pas s'y arrêter, manquant une occasion unique d'apporter une contribution remarquable à notre discipline. En effet, une question déterminante qui vient immédiatement à l'esprit ici, pour régler une affaire comme celle-ci, est celle de savoir si une juridiction internationale telle que la Cour peut ou doit avoir recours aux *principes du droit de l'environnement*, en application de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'article 38 de son Statut.

6. Ces principes, propres au droit international de l'environnement, comprennent les principes de prévention et de précaution, auxquels s'ajoutent celui de l'équité intergénérationnelle, qui s'inscrit nécessairement dans la durée, et la notion de pérennité sous-jacente au principe du développement durable. Ces principes doivent également être gardés à l'esprit pour statuer sur les faits de l'affaire qui nous occupe. Voici quelques-unes des questions préalables qui sont à prendre en considération, et qui ne semblent pas avoir été examinées de manière suffisamment claire jusqu'ici: a) la référence aux «principes généraux de droit» figurant à l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour vise-t-elle uniquement les principes établis *in foro domestico* ou englobe-t-elle aussi ceux définis à l'échelle du droit international? b) ces derniers sont-ils uniquement ceux du droit international général ou comprennent-ils également ceux qui sont propres à un domaine particulier de ce droit?

7. Dans la présente opinion individuelle, je m'intéresserai ensuite, compte tenu des faits qui sont en cause en l'espèce, à certains aspects

¹ Pour une lecture des considérants de la Cour (et non des arguments des Parties), voir le paragraphe 101 (principe de prévention), le paragraphe 145 (principe de bonne foi), le paragraphe 162 (principe dit *onus probandi incumbit actori*) et le paragraphe 164 («approche» de précaution).

inter-State dimension (with which this Court is so familiarized), namely: the imperatives of human health and well-being of peoples, the role of civil society in environmental protection; obligations of an objective character, beyond reciprocity; and the legal personality of the Administrative Commission of the River Uruguay (CARU). Last but not least, the relevant general principles of law are considered in their axiological dimension, and as indicators of the *status conscientiae* of the international community. In order to address those points, there is need, at first, to revise the legislative history of Article 38 of the Hague Court (PCIJ and ICJ) — on which so much has been written — as well as the recourse to principles in the case law of the ICJ, for the purposes of consideration of the matter in the framework of the present case of the *Pulp Mills*.

II. “GENERAL PRINCIPLES OF LAW”: THE LEGISLATIVE HISTORY OF THE PCIJ/ICJ STATUTE REVISITED

8. One of the most debated issues within the Advisory Committee of Jurists entrusted with the drafting of the Statute of the old Permanent Court of International Justice (PCIJ), in June-July 1920, pertained to the meaning to be ascribed to, and the material content of, the general principles of law as a (formal) “source” of international law. The original proposal of President Edward Descamps included in the list of (four) sources “the rules of international law as recognised by the legal conscience of civilised nations”². In the debates of 2 July 1920, this proposal found fierce opposition on the part of Elihu Root, to whom principles of justice varied from country to country³. President Descamps replied that this might only be “partly true as to certain rules of secondary importance”; however, he added,

“it is no longer true when it concerns the fundamental law of justice and injustice deeply engraved on the heart of every human being and which is given its highest and most authoritative expression in the legal conscience of civilised nations”⁴.

9. Albert de Lapradelle, likewise, opposed Elihu Root’s positivist position that judges could only decide in accordance with “recognised rules” and that in their absence they “should pronounce a *non-liquet*”; he regarded this view as “inadmissible”, and added that “[t]he competence

² PCIJ/Advisory Committee of Jurists, *Procès-verbaux of the Proceedings of the Committee (16 June-24 July 1920) with Annexes*, The Hague, Van Langenhuysen Frères, 1920, point No. 3, p. 306, Ann. No. 3.

³ *Ibid.*, p. 310.

⁴ *Ibid.*, pp. 310-311.

connexes qui dépassent la dimension interétatique (si familière à la Cour), à savoir : les impératifs liés à la santé humaine et au bien-être des populations ; le rôle de la société civile dans la protection de l'environnement ; les obligations revêtant un caractère objectif, au-delà de la réciprocité ; et la personnalité juridique de la commission administrative du fleuve Uruguay (la «CARU»). Enfin, et ce n'est pas le moins important, j'envisagerai les principes généraux de droit pertinents dans leur dimension axiologique, et en tant qu'indicateurs du *status conscientiae* de la communauté internationale. Dans cette optique, il me faudra tout d'abord revenir sur les travaux préparatoires de l'article 38 du Statut (de la Cour et de sa devancière) — qui ont fait couler tant d'encre — ainsi que sur le recours aux principes dans la jurisprudence de la Cour, aux fins de l'examen à réaliser dans le cadre de la présente affaire.

II. LES «PRINCIPES GÉNÉRAUX DE DROIT» : RETOUR SUR LES TRAVAUX PRÉPARATOIRES DU STATUT DE LA COUR ET DE SA DEVANCIÈRE

8. L'une des questions les plus débattues au sein du comité consultatif de juristes chargé d'élaborer le Statut de la Cour permanente de Justice internationale (la «Cour permanente»), en juin et juillet 1920, portait sur le sens et sur le contenu matériel à attribuer aux principes généraux de droit en tant que «source» (formelle) du droit international. Dans sa proposition initiale, le président Edouard Descamps recensa parmi les (quatre) sources possibles «les règles de droit international telles que les reconnaît la conscience juridique des peuples civilisés»². Lors des débats du 2 juillet 1920, cette proposition rencontra une vive opposition en la personne d'Elihu Root, pour qui les principes de justice variaient d'un pays à un autre³. Le président Descamps répondit que cela pouvait être «vrai en partie, lorsqu'il s'agit[ssai]t de certaines règles secondaires»; toutefois, ajouta-t-il,

«ce n'est plus vrai lorsqu'il s'agit de la loi fondamentale du juste et de l'injuste, profondément gravée au cœur de tout être humain et qui reçoit son expression la plus haute et la plus autorisée dans la conscience juridique des peuples civilisés»⁴.

9. Albert de Lapradelle était lui aussi opposé à la vision positiviste d'Elihu Root selon laquelle les juges ne pouvaient statuer qu'en application de «règles reconnues» en l'absence desquelles ils devaient «prononcer[re] un *non liquet*» — une vision qu'il qualifia d'«inadmissible», avant

² Cour permanente de Justice internationale, comité consultatif de juristes, *Procès-verbaux des séances du comité avec annexes, 16 juin-24 juillet 1920*, La Haye, Van Langenhuisen Frères, 1920, point 3, p. 306, annexe 3.

³ *Ibid.*, p. 310.

⁴ *Ibid.*, p. 310-311.

of arbitrators might be limited, but not that of the judges”⁵. Trying to find a breakthrough, Lord Phillimore pondered that “[g]enerally speaking, all the principles of common law are applicable to international affairs. They are in fact part of international law.”⁶ George Francis Hagerup added that judges should issue their decision according to “rules of law”, and should “not declare that it is impossible for them to decide because of the absence of rules. There must be no possibility of a denial of justice.”⁷

10. In this line of reasoning, President Edward Descamps also opposed the possibility of *non liquet*, asserting that, if neither conventional law nor custom existed, the judge ought then to apply general principles of law⁸. And he then clearly reasserted his jusnaturalist position, in upholding — besides treaties and custom — the search for

“objective justice . . . under conditions which are calculated to prevent arbitrary decisions . . . [O]bjective justice is the natural principle to be applied by the judge . . . In the second place I would allow [the judge] to take into consideration the legal conscience of civilised nations, which is illustrated so strikingly. . . .”⁹

11. In the continuing debates of 3 July 1920, Lord Phillimore expressed his own view that general principles (referred in amended point No. 3) were those accepted by all nations *in foro domestico*¹⁰. Albert de Lapradelle, while admitting that such principles “were also sources of international law”, added that they were so if they had obtained “unanimous or quasi-unanimous support”¹¹. The original proposal (*supra*) was amended, and, as submitted by Elihu Root, included in the list of (four) sources “the general principles of law recognised by civilised nations”¹². It was clearly a solution of compromise by the Advisory Committee of Jurists, between the supporters of the jusnaturalist and the positivist outlooks of the matter, led by President Edward Descamps and Elihu Root, respectively.

12. This phraseology was provisionally adopted, to form the basis of what would shortly afterwards become Article 38 (3) of the Statute of the PCIJ, later ICJ (new Article 38 (1) (*c*)). Two significant statements were made, in favour of the insertion of the express reference to

⁵ PCIJ/Advisory Committee of Jurists, *Procès-verbaux of the Proceedings of the Committee (16 June-24 July 1920) with Annexes*, op. cit. *supra* note 2, p. 335.

⁶ *Ibid.*, p. 316.

⁷ *Ibid.*, p. 317.

⁸ *Ibid.*, pp. 318-319, and cf. p. 322.

⁹ *Ibid.*, p. 323.

¹⁰ *Ibid.*, p. 335.

¹¹ *Ibid.*, pp. 313-314.

¹² *Ibid.*, p. 344, Annex No. 1.

d'ajouter qu'«on p[ouvait] limiter la compétence des arbitres, mais non ... celle des juges»⁵. Tentant de débloquer la situation, lord Phillimore estima que, «[e]n général[,] tous les principes du droit commun sont applicables aux rapports internationaux. Ce sont en fait des règles de droit international»⁶. George Francis Hagerup ajouta que les juges devaient rendre leur décision à l'aune des «règles du droit», et «non pas déclarer qu'il leur est impossible, faute de règles, de se prononcer. Il ne faut pas qu'un déni de justice soit possible»⁷.

10. Dans cet ordre d'idées, le président Descamps, lui aussi hostile à la possibilité d'un *non liquet*, affirma que, si aucune règle n'existait en droit conventionnel ou coutumier, le juge devait alors appliquer les principes généraux de droit⁸. Il réaffirma ensuite clairement sa position jusnaturaliste, en confirmant la quête à mener — au-delà des traités et de la coutume — pour trouver

«la norme de la justice objective dans des conditions qui soient précisément de nature à prévenir l'arbitraire... [L]a justice objective est la norme naturelle dont l'application s'impose au juge... Le second des clairs regards que je donne au juge, c'est la conscience juridique des nations civilisées dans ses éclatantes manifestations.»⁹

11. Lors des débats du lendemain, le 3 juillet 1920, lord Phillimore exprima son propre point de vue, à savoir que les principes généraux (visés au point 3 tel qu'amendé) étaient ceux qui étaient acceptés par toutes les nations *in foro domestico*¹⁰. Albert de Lapradelle admit que ces principes «constitu[ai]ent aussi des sources de droit international», pourvu toutefois qu'ils fissent «l'unanimité ou la quasi-unanimité»¹¹. La proposition initiale (*supra*) fut modifiée et, dans la proposition soumise par Elihu Root, les «quatre» sources possibles comprenaient «les principes généraux de droit reconnus par les peuples civilisés»¹². Cette solution constituait manifestement, pour le comité consultatif de juristes, un compromis entre les partisans de l'approche jusnaturaliste et les tenants du positivisme, dont les chefs de file étaient le président Edouard Descamps et Elihu Root, respectivement.

12. Cette formulation fut adoptée à titre provisoire, pour former la base de ce qui allait devenir peu de temps après le paragraphe 3 de l'article 38 du Statut de la Cour permanente, puis de la Cour actuelle (actuel alinéa c) du paragraphe 1 de l'article 38). Deux déclarations importantes

⁵ Cour permanente de Justice internationale, comité consultatif de juristes, *Procès-verbaux des séances du comité avec annexes, 16 juin-24 juillet 1920, op. cit. supra* note 2, p. 335.

⁶ *Ibid.*, p. 316.

⁷ *Ibid.*, p. 317.

⁸ *Ibid.*, p. 318-319; voir aussi p. 322.

⁹ *Ibid.*, p. 323.

¹⁰ *Ibid.*, p. 335.

¹¹ *Ibid.*, p. 313-314.

¹² *Ibid.*, p. 344, annexe 1.

general principles of law in the proposed list of formal sources of international law. The day before the provisional adoption, President Edward Descamps eloquently defended his view of the existence of an “objective justice” in the following way:

“One of the most profound convictions of my life, which has been devoted to the study and application of international law, is that it is impossible to disregard a fundamental principle of justice in the application of law, [where it] indicates certain rules, necessary for the system of international relations, and applicable to the various circumstances arising in international affairs.

.

Let us therefore no longer hesitate . . . to insert, amongst the principles to be followed by the judge in the solution of the dispute submitted to him, the law of objective justice . . . [T]he conception of justice and injustice as indelibly written on the hearts of civilised peoples . . . is not only the element *par excellence* making for progress in international law, but an indispensable complement to the application of law, and as such essential to the judge in the performance of the great task entrusted to him.”¹³

13. The statement of Raul Fernandes, on the day of the provisional adoption, likewise supported the inclusion, into the part of the draft under discussion, of an express reference to general principles of law, so as to satisfy a need of the judge in order to decide a case. He pondered that “the sentences thus passed” — on general principles of law — “were generally the more just; because the principles are always based on justice, while strict law often departs from it”¹⁴. Rules emanating from principles are “not established either by convention or custom”, and the draft under consideration would, in the opinion of Raul Fernandes, much gain “in giving to the Court of Justice the power to base its sentences — in the absence of any convention or customary law — on [the] principles of international law. . .”¹⁵.

14. Last but not least, in the course of the debates, Albert de Lapradelle commented that the inclusion of the reference to “general principles of law” was sufficient, and did not need the requirement of having to be recognized by “civilised nations”; he deemed this to be “superfluous, because law implies civilisation”¹⁶. His colleagues, however, missed his point, and

¹³ PCIJ/Advisory Committee of Jurists, *Procès-verbaux of the Proceedings of the Committee (16 June-24 July 1920) with Annexes*, *op.cit.supra* note 2, pp. 324-325.

¹⁴ *Ibid.*, pp. 345-346.

¹⁵ *Ibid.*, p. 346.

¹⁶ *Ibid.*, p. 335.

furent faites en faveur de l'insertion d'une référence expresse aux principes généraux de droit dans le projet de liste recensant les sources formelles du droit international. La veille de l'adoption provisoire, le président Edouard Descamps défendit avec éloquence l'existence d'une «justice objective», dans les termes suivants :

«C'est une des convictions les plus profondes de ma vie vouée à l'étude et à la pratique du droit international qu'il n'est pas possible de chasser du domaine de l'ordre juridique, en ses applications, une loi fondamentale de justice, ... pour promulguer certaines règles comme nécessairement liées à l'économie essentielle des rapports sociaux dans la vie internationale, et comme s'appliquant à la diversité des faits qu'embrasse cette vie.

N'hésitons donc pas ... à placer, parmi les normes que doit suivre le juge dans la solution des différends qui lui sont soumis, la loi de la justice objective... [L]a loi du juste et de l'injuste, telle qu'elle est gravée et tracée de façon ineffaçable au cœur des peuples civilisés, ... est non seulement l'élément générateur par excellence du progrès du droit international, mais le complément indispensable pour le juge de l'application du droit, dans la haute mission qui lui est confiée.»¹³

13. Le jour de l'adoption provisoire, Raul Fernandes s'exprima lui aussi en faveur de l'inclusion, dans la partie du texte à l'examen, d'une référence expresse aux principes généraux de droit, afin de répondre aux besoins du juge et de lui permettre de statuer. Il indiqua que «les sentences ainsi fondées» — sur les principes généraux de droit — «sont en règle générale les plus justes, car les principes s'inspirent toujours de la justice, tandis que la loi formelle s'en écarte souvent»¹⁴. Les règles découlant de ces principes «ne sont établies ni par convention ni par coutume», et le projet examiné aurait, de l'avis de Raul Fernandes, beaucoup gagné «en accordant à la Cour internationale de Justice le pouvoir de juger — à défaut de droit conventionnel ou coutumier — selon les principes de droit international»¹⁵.

14. Dernier point, mais non des moindres, Albert de Lapradelle fit observer au cours des débats qu'il suffisait de faire référence aux «principes généraux de droit» sans exiger que ceux-ci aient été reconnus par les «peuples civilisés»; cette exigence lui semblait «superflue puisque qui dit droit dit civilisation»¹⁶. Ses confrères ne virent toutefois pas l'intérêt de

¹³ Cour permanente de Justice internationale, comité consultatif de juristes, *Procès-verbaux des séances du comité avec annexes, 16 juin-24 juillet 1920, op. cit. supra* note 2, p. 324-325.

¹⁴ *Ibid.*, p. 345-346.

¹⁵ *Ibid.*, p. 346.

¹⁶ *Ibid.*, p. 335.

the deletion of that requirement was not made. The draft, with the inclusion of such general principles of law, was adopted¹⁷, to become draft Article 35¹⁸, subsequently renumbered Article 38, of the PCIJ Statute.

15. A quarter of a century later, in the debates of the 1945 San Francisco Conference prior to the adoption of the United Nations Charter and the Statute of the ICJ, it was agreed by the participating delegations (IV Commission, Committee I) that the corresponding Article 38 of the new Statute would not undergo a general revision; the time was “not opportune” for that, as *rapporteur* Jules Basdevant pointed out¹⁹. The only minor change introduced — in the *chapeau* of Article 38 — resulted from a Chilean proposal, unanimously adopted²⁰.

16. The new Article 38 of the Statute opened, from then onwards, with the provision that “The Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply: . . .” On the occasion, it was pointed out that this sole small modification in the drafting of Article 38 was meant to be a clarification; yet, the *lacuna* in the previous Statute in respect of the point concerned had not prevented the old PCIJ from “regarding itself as an organ of international law; but the addition will accentuate that character of the new Court”²¹.

III. GENERAL PRINCIPLES OF LAW AS A FORMAL “SOURCE” OF INTERNATIONAL LAW: THEIR AUTONOMY

17. The *mens legis* of the expression “general principles of law”, as it appears in Article 38 (1) (*c*) of the ICJ Statute, clearly indicates that those principles constitute a (formal) “source” of international law, on their own, not necessarily to be subsumed under custom or treaties. The attitude of part of contemporary expert writing, of trying to see if a given principle has attained the “status” of a “norm” of customary international law, or has been “recognized” in conventional international law, simply misses the point, and is conceptually flawed. Such attitude fails to understand that a general principle of law is quite distinct from a rule of customary international law or a norm of conventional international law. A principle is not the same as a norm or a rule; these latter are inspired in the former, and abide by them. A principle is not the same as a custom or a conventional norm.

¹⁷ PCIJ/Advisory Committee of Jurists, *Procès-verbaux of the Proceedings of the Committee (16 June-24 July 1920) with Annexes*, *op.cit.supra* note 2, p. 584.

¹⁸ *Ibid.*, p. 730.

¹⁹ *Documents of the United Nations Conference on International Organization (UNCIO, San Francisco, 1945)*, Vol. XIV, p. 843.

²⁰ *Ibid.*, Vol. XIII, pp. 284-285.

²¹ *Ibid.*, Vol. XIII, p. 392.

la supprimer, et elle fut conservée. Le projet, qui faisait référence aux principes généraux de droit en question, fut adopté¹⁷ et devint le projet d'article 35¹⁸, puis l'article 38 du Statut de la Cour permanente.

15. Un quart de siècle plus tard, lors des débats de la conférence de San Francisco de 1945 qui précédèrent l'adoption de la Charte des Nations Unies et du Statut de la Cour, les délégations participantes (quatrième commission, premier comité) convinrent que l'article 38 correspondant du nouveau Statut ne ferait pas l'objet d'une revision générale; le moment n'était «pas opportun», comme le rapporteur Jules Basdevant le fit observer¹⁹. La seule modification mineure introduite — dans le chapeau de l'article 38 — fut le résultat d'une proposition chilienne, adoptée à l'unanimité²⁰.

16. Le nouvel article 38 du Statut débutait — et débute toujours — comme ceci: «La Cour, dont la mission est de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis, applique...» Il a parfois été dit que cette modification mineure, la seule qui ait été apportée au libellé de l'article 38, devait servir à éclaircir le texte: pourtant, l'absence de cette précision dans la version antérieure du Statut n'avait pas empêché la Cour permanente, en son temps, de «se considérer comme un organe de droit international; cet ajout a[vait] néanmoins pour effet de renforcer ce caractère chez la nouvelle Cour»²¹.

III. AUTONOMIE DES PRINCIPES GÉNÉRAUX DE DROIT EN TANT QUE «SOURCE» FORMELLE DU DROIT INTERNATIONAL

17. La *mens legis* de l'expression «principes généraux de droit» figurant à l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour indique clairement que ces principes constituent, en eux-mêmes, une «source» (formelle) du droit international, et qu'ils ne doivent pas nécessairement être subsumés sous la coutume ou les traités. La position d'une partie de la doctrine contemporaine, qui consiste à tenter de déterminer si un principe donné a atteint le «statut» de «norme» du droit international coutumier, ou s'il est «reconnu» en droit international conventionnel, passe tout bonnement à côté de l'essentiel et pêche d'un point de vue conceptuel. Elle revient à ne pas saisir qu'un principe général de droit est très différent d'une règle du droit international coutumier ou d'une norme du droit international conventionnel. Un principe n'est pas une norme ou une règle; celles-ci en sont inspirées, et lui restent subordonnées. Un principe n'est pas une coutume ni une norme conventionnelle.

¹⁷ Cour permanente de Justice internationale, comité consultatif de juristes, *Procès-verbaux des séances du comité avec annexes*, 16 juin-24 juillet 1920, op. cit. supra note 2, p. 584.

¹⁸ *Ibid.*, p. 730.

¹⁹ *Documents de la conférence des Nations Unies sur l'organisation internationale* (San Francisco, 1945), t. XIV, p. 843.

²⁰ *Ibid.*, t. XIII, p. 284-285.

²¹ *Ibid.*, t. XIII, p. 392.

18. Not seldom general legal principles are expressly invoked, or referred to, not only in treaties and international practice (of States and other subjects of international law), but also in national and international case law (cf. *infra*), and in doctrine. But even if they were not so invoked, they would not thereby be deprived of their condition of an autonomous formal “source” of international law. Furthermore, in our times, they are also invoked, or referred to, in resolutions of international organizations (starting with the United Nations); despite the fact that such resolutions are not listed in Article 38 (1) (*c*) of the ICJ Statute, the ICJ has taken them into account and has applied them (cf. *infra*). Such references or invocations of general principles, in distinct manifestations or formal “sources” of international law, bear witness of their importance, and proclaim it. But even if such invocations or references did not exist, general principles would still be there, at the origins and foundations of any legal system; in my perception, there cannot be any legal system without them. They cannot be overlooked by the ICJ.

19. Furthermore, my own understanding is in the sense that general principles of law — of domestic or international manifestation — stand as a category of their own, conceptually distinct from customary or conventional international law, in the list of “formal” sources under Article 38 of the ICJ Statute. General principles of law stand on their own, as one of the (formal) “sources” of international law (endowed with autonomy), that the judge can resort to, bearing in mind the circumstances of the case at issue. In the drafting of the PCIJ (and ICJ) Statute, those principles were not equated with custom or treaties, they were identified as a separate and additional category, as one of the “formal” sources of international law. And that is how, in my perception, they have been applied by the Hague Court in its *jurisprudence constante* (cf. *infra*).

IV. RECOURSE TO PRINCIPLES IN THE CASE LAW OF THE ICJ

20. In its case law, the Hague Court [PCIJ and ICJ] has, in the judicial settlement of the cases brought before its attention, often resorted to general principles of law. It has taken the expression to cover general principles of international law as well. The old PCIJ, for example, in the *Oscar Chinn* case (1934), expressly referred to “general principles of international law” (*Judgment, 1934, P.C.I.J., Series A/B, No. 63*, pp. 81 and 87). In the *célèbre Chorzów Factory* case (1928), it took the obligation to make reparation for any breach of an international engagement as amounting to “[a general] principle of international law” (*Merits, Judgment No. 13, 1928, P.C.I.J., Series A, No. 17*, p. 29). And in the *Mavrommatis Palestine Concessions* case (1924), it characterized the protection of nationals or subjects by resort to diplomatic protection as cor-

18. Il n'est pas rare que les principes juridiques généraux soient expressément invoqués, ou visés, non seulement dans des traités et la pratique internationale (des Etats et d'autres sujets du droit international), mais aussi dans la jurisprudence nationale et internationale (voir *infra*), et dans la doctrine. Mais, quand bien même ils ne seraient pas invoqués de la sorte, ils n'en demeureraient pas moins une «source» formelle autonome du droit international. En outre, à notre époque, ils sont également invoqués ou visés dans les résolutions d'organisations internationales (à commencer par celles de l'Organisation des Nations Unies); bien que ces résolutions ne figurent pas dans la liste contenue à l'alinéa *c*) du paragraphe 1 de l'article 38 de son Statut, la Cour en tient compte et les applique (voir *infra*). Le fait que les principes généraux soient ainsi visés ou invoqués dans différentes manifestations ou sources formelles du droit international témoigne de leur importance et la proclame. Mais, même si tel n'était pas le cas, les principes généraux conserveraient tout de même leur place, aux origines et aux fondements de tout système juridique; à mes yeux, nul système juridique ne peut exister sans eux. La Cour ne peut les laisser de côté.

19. Qui plus est, il me semble que les principes généraux de droit — qu'ils s'expriment en droit interne ou en droit international — constituent en eux-mêmes, dans la liste des sources «formelles» recensées à l'article 38 du Statut de la Cour, une catégorie foncièrement distincte du droit international coutumier ou conventionnel. Ils ont leur existence propre, en tant que l'une des «sources» (formelles) du droit international (dotée d'une autonomie) auxquelles le juge peut avoir recours, compte tenu des circonstances de l'affaire concernée. Lors de la rédaction du Statut de la Cour permanente (et de la Cour actuelle), ces principes n'ont pas été assimilés à la coutume ni aux traités, mais ont été désignés comme un autre type, différent, de source «formelle» du droit international. Et c'est ainsi qu'ils ont, si je ne m'abuse, été appliqués par la Cour et par sa devancière dans une jurisprudence constante (voir *infra*).

IV. LE RECOURS AUX PRINCIPES DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR

20. Dans sa jurisprudence, la Cour et sa devancière ont, pour régler les affaires portées devant elles, souvent eu recours aux principes généraux de droit. Elles ont interprété cette expression comme englobant également les principes généraux du droit international. La Cour permanente, par exemple, dans son arrêt en l'affaire *Oscar Chinn* (1934), fit expressément référence aux «principes généraux du droit international» (*arrêt*, 1934, *C.P.J.I. série A/B* n° 63, p. 81 et 87). Dans la célèbre affaire relative à l'*Usine de Chorzów* (1928), elle vit dans l'obligation de réparer en cas de manquement à un engagement international «un principe [général] du droit international» (*fond*, *arrêt* n° 13, 1928, *C.P.J.I. série A* n° 17, p. 29). Et dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine* (1924), elle présenta la protection des ressortissants ou des personnes fai-

responding to “an elementary principle of international law” (*Judgment No. 2, 1924, P.C.I.J., Series A, No. 2, p. 12*).

21. As for the ICJ, it has likewise applied general principles of law in the same understanding, i.e., as comprising principles recognized both in *foro domestico* (and transposed into international level) and in international law itself. Thus, in the *Corfu Channel* case (1949), the Court invoked “well-recognized principles” of international law (*United Kingdom v. Albania, I.C.J. Reports 1949, p. 22*). In its Advisory Opinion on *Reservations to the Convention against Genocide* (1951), the ICJ, after referring to the “conscience of mankind”, asserted that the principles underlying the Convention against Genocide are “binding on States, even without any conventional obligation” (*I.C.J. Reports 1951, p. 23*).

22. In the *Nicaragua v. United States* case (1986), the Court reiteratedly referred to “fundamental general principles of humanitarian law” (*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, I.C.J. Reports 1986, pp. 113-115, 129-130, paras. 218, 220 and 255*). In that same Judgment of 27 June 1986, the ICJ further referred to “principles which the General Assembly declared to be ‘basic principles’ of international law” (*ibid.*, p. 107, para. 203), and itself invoked “the principle of non-intervention” (*ibid.*, pp. 106-107, paras. 202 and 204). Much earlier on, in the *Right of Passage over Indian Territory* case, the ICJ took note of the invocation by Portugal of “general international custom, as well as the general principles of law” (*Portugal v. India, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1960, p. 43*), of course not taking them as synonymous.

23. The Court has, for example, invoked the principle of self-determination of peoples in its Advisory Opinion on *Namibia* (*I.C.J. Reports 1971, p. 31, para. 52*); in its Judgment in the *East Timor (Portugal v. Australia)* case (*I.C.J. Reports 1995, p. 201, para. 29*); in its Judgment of 1986 in the *Frontier Dispute (Burkina Faso v. Mali)* case (*I.C.J. Reports 1986, pp. 566-567, para. 25*); in its Advisory Opinion on *Western Sahara* (*I.C.J. Reports 1975, pp. 31 and 33, paras. 55 and 59*); and in its Advisory Opinion on *Legal Consequences of the Construction of a Wall* (*I.C.J. Reports 2004 (I), p. 271, para. 88*). In the aforementioned Judgment in the *East Timor* case, it characterized the principle of self-determination of peoples as “one of the essential principles of contemporary international law” (*I.C.J. Reports 1995, p. 102, para. 29*). In the case of the *Gabčíkovo-Nagymaros Project*, the ICJ used interchangeably the expressions “a principle of international law” and “a general principle of law” (*Hungary/Slovakia, Judgment, I.C.J. Reports 1997, p. 53, para. 75*), as well as “a principle of international law or a general principle of law” (*ibid.*, para. 76).

sant l'objet du recours à la protection diplomatique comme «un principe élémentaire du droit international» (*arrêt n° 2, 1924, C.P.J.I. série A n° 2, p. 12*).

21. Quant à la Cour actuelle, elle a également appliqué les principes généraux de droit en ce sens, c'est-à-dire en tant qu'englobant les principes reconnus à la fois *in foro domestico* (puis transposés à l'échelle internationale) et dans le cadre du droit international lui-même. Ainsi, dans son arrêt en l'affaire du *Détroit de Corfou* (1949), la Cour invoqua les «principes ... bien reconnus» du droit international (*Royaume-Uni c. Albanie, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1949, p. 22*). Dans son avis consultatif sur les *Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (1951), la Cour, après s'être référée à la «conscience humaine», indiqua que les principes sous-tendant la convention contre le génocide «obligea[ie]nt les Etats même en dehors de tout lien conventionnel» (*C.I.J. Recueil 1951, p. 23*).

22. Dans son arrêt en l'affaire *Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique*, la Cour se référa à plusieurs reprises aux «principes généraux de base du droit humanitaire» (*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, C.I.J. Recueil 1986, p. 113-114, par. 218, p. 114-115, par. 220, et p. 129-130, par. 255*). Toujours dans cet arrêt (du 27 juin 1986), la Cour renvoya aux «principes que l'Assemblée générale a[vait] qualifiés de «principes fondamentaux du droit international»» (*ibid.*, p. 107, par. 203), invoquant elle-même «le principe de non-intervention» (*ibid.*, p. 106, par. 202, et p. 107, par. 204). Longtemps auparavant, dans l'affaire du *Droit de passage sur territoire indien*, la Cour avait pris note du fait que le Portugal avait invoqué la «coutume internationale générale et les principes généraux de droit» (*Portugal c. Inde, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1960, p. 43*), sans les considérer comme synonymes, bien entendu.

23. La Cour a par exemple invoqué le principe de l'autodétermination des peuples dans son avis consultatif sur la *Namibie* (*C.I.J. Recueil 1971, p. 31, par. 52*), dans son arrêt en l'affaire relative au *Timor oriental* (*Portugal c. Australie, C.I.J. Recueil 1995, p. 201, par. 29*), dans son arrêt en l'affaire du *Différend frontalier (Burkina Faso/République du Mali, C.I.J. Recueil 1986, p. 566-567, par. 25)*, dans son avis consultatif sur le *Sahara occidental* (*C.I.J. Recueil 1975, p. 31-32, par. 55, et p. 33, par. 59*) et dans son avis consultatif sur les *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé* (*C.I.J. Recueil 2004 (I), p. 271, par. 88*). Dans son arrêt précité relatif au *Timor oriental*, la Cour présenta le principe de l'autodétermination des peuples comme l'«un des principes essentiels du droit international contemporain» (*C.I.J. Recueil 1995, p. 102, par. 29*). Dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, la Cour utilisa indifféremment les expressions «un principe du droit international», «un principe général de droit» (*Hongrie/Slovaquie, arrêt, C.I.J. Recueil 1997, p. 53, par. 75*) et «un principe de droit international ou un principe général de droit» (*ibid.*, par. 76).

24. General principles of law applied by the ICJ have encompassed those of both substantive²² and procedural law. In the (first) *Nuclear Tests* case (1974), the ICJ invoked, e.g., the principle of good faith (*I.C.J. Reports 1974*, p. 472, para. 46). In its Advisory Opinion on the *Application for Review of Judgement No. 158 of the United Nations Administrative Tribunal*, the ICJ relied on the general principle of law of the equality of arms/*égalité des armes* (of the procedural parties), (*I.C.J. Reports 1973*, p. 180, para. 36). On other occasions (e.g., Advisory Opinion on *Effect of Awards of Compensation Made by the United Nations Administrative Tribunal*, *I.C.J. Reports 1954*, p. 53; *Application of the Convention against Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)* case, *I.C.J. Reports 2007 (I)*, p. 90, para. 115), it has invoked the principle of *res judicata*. In the case of the *Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali)*, *I.C.J. Reports 1986*, pp. 565 and 567, paras. 20 and 26), it resorted to the principle of *uti possidetis*.

25. In its former Advisory Opinion from half a decade ago on *Legal Consequences of the Construction of a Wall* (2004), the ICJ proceeded to identify the “principles of international law” that were relevant to tackle the issue submitted to its cognizance by the United Nations General Assembly (*I.C.J. Reports 2004 (I)*, p. 154, para. 39, p. 171, para. 86 and p. 181, para. 114). The Court made express mention of the principle of the prohibition of the threat or use of force (Article 2 (4) of the United Nations Charter), and of the principle of self-determination of peoples²³ (*I.C.J. Reports 2004 (I)*, p. 171, para. 87). The ICJ also referred to this latter as the right of all peoples to self-determination (as under Article 1 of the two United Nations Covenants on Human Rights, *ibid.*, p. 171, para. 88 and p. 182, para. 118). The ICJ also referred to the principle of peaceful settlement of disputes (*ibid.*, p. 200, para. 161), as well as to the principles of International Humanitarian Law (*ibid.*, p. 199, para. 157).

V. GENERAL PRINCIPLES OF DOMESTIC AND INTERNATIONAL LAW

1. *A Lesson from the Legislative History of the PCIJ (and ICJ) Statute*

26. When Article 38 of the Statute of the Hague Court was adopted, there were, within the Advisory Committee of Jurists, two outlooks. The

²² Cf., e.g., the Advisory Opinion on *Namibia* (*I.C.J. Reports 1971*), p. 48, para. 98.

²³ As set forth in the 1970 Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States (General Assembly resolution 2625 (XXV)).

24. Les principes généraux de droit appliqués par la Cour relèvent aussi bien du droit substantiel²² que du droit procédural. Dans la (première) affaire des *Essais nucléaires* (1974), la Cour invoqua, entre autres, le principe de la bonne foi (*bona fides*) (*Nouvelle-Zélande c. France*, C.I.J. Recueil 1974, p. 472, par. 46). Dans son avis consultatif relatif à la *Demande de réformation du jugement n° 158 du Tribunal administratif des Nations Unies*, la Cour fit fond sur le principe général de droit dit de l'égalité des armes (des parties à la procédure) (C.I.J. Recueil 1973, p. 180, par. 36). En d'autres occasions (voir, par exemple, l'avis consultatif quant à l'*Effet de jugements du Tribunal administratif des Nations Unies accordant indemnité*, C.I.J. Recueil 1954, p. 53, et l'arrêt en l'affaire relative à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, C.I.J. Recueil 2007 (I), p. 90, par. 115), elle invoqua le principe de la chose jugée. Dans l'affaire du *Différend frontalier (Burkina Faso/République du Mali)*, C.I.J. Recueil 1986, p. 565, par. 20, et p. 567, par. 26), elle eut recours au principe de l'*uti possidetis*.

25. Dans le dernier avis consultatif qu'elle a rendu, il y a cinq ans, sur les *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé* (2004), que j'ai déjà évoqué, la Cour a déterminé les «principes de droit international» à appliquer pour répondre à la question qui lui avait été posée par l'Assemblée générale des Nations Unies (C.I.J. Recueil 2004 (I), p. 154, par. 39, p. 171, par. 86, et p. 181, par. 114). La Cour a expressément mentionné le principe de l'interdiction de la menace ou de l'emploi de la force (paragraphe 4 de l'article 2 de la Charte des Nations Unies), et celui de l'autodétermination des peuples²³ (C.I.J. Recueil 2004 (I), p. 171, par. 87), qu'elle a également présenté comme le droit de tous les peuples à disposer d'eux-mêmes (ainsi qu'exposé à l'article premier des deux Pactes des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme — *ibid.*, p. 171, par. 88, et p. 182, par. 118). La Cour s'est aussi référée au principe du règlement pacifique des différends (*ibid.*, p. 200, par. 161), ainsi qu'aux principes du droit international humanitaire (*ibid.*, p. 199, par. 157).

V. LES PRINCIPES GÉNÉRAUX DE DROIT — INTERNE ET INTERNATIONAL

1. Enseignements à tirer des travaux préparatoires du Statut de la Cour et de sa devancière

26. Lorsque l'article 38 du Statut de la Cour permanente fut adopté, deux courants de pensée prédominaient au sein du comité consultatif

²² Voir, par exemple, l'avis consultatif sur la *Namibie*, C.I.J. Recueil 1971, p. 48, par. 98.

²³ Tel qu'établi dans la déclaration de 1970 relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats (Nations Unies, résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée générale).

first pursued the identification of those principles as recognized *in foro domestico* (Elihu Root, Lord Phillimore); the other pursued the identification of the principles of international law (Edward Descamps, Raul Fernandes). The first attitude can be understood (not necessarily accepted) in view of the fact that it was at domestic law level that general principles of law (and mainly of procedural law) first found expression, in historical perspective. The law of nations (as we behold it today) emerged later.

27. Yet, to hold this view as inescapable, seems to amount to a static, and dogmatic position, which requires demonstration. It does not appear persuasive to me at all. In our days, given the extraordinary development of the law of nations (*droit des gens*), there is epistemologically no reason not to have recourse to general principles of law as recognized in domestic as well as international law (cf. *infra*). As early as in 1920, there were those who had an intuition in support of this view. It is, moreover, to my understanding, well in keeping with the letter and spirit of Article 38 of the Hague Court, and it takes into due account the progressive development of international law in our times.

28. In contemporary international law, general principles of law find concrete expression not only *in foro domestico*, but also at international level. There can be no legal system without them. Always keeping their autonomy, they may find expression in other formal “sources” or manifestations of international law (and not only treaties and custom), even though not listed in Article 38 (1) (c) of the ICJ Statute, but nonetheless resorted to by the ICJ in practice. It is the case, *inter alia*, of resolutions of international organizations, in particular of the United Nations General Assembly²⁴. Bearing this in mind, may I recall, at this stage, some relevant doctrinal developments on general principles of law (found at

²⁴ Cf., in general, e.g., [Various Authors], *Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Cooperation* (M. Sahovic, ed.), Belgrade, Institute of International Politics and Economics/Oceana Publs., 1972, pp. 3-275; M. Sahovic, “Codification des principes du droit international des relations amicales et de la coopération entre les Etats”, 137 *Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye* (1972), pp. 249-310; G. Arangio-Ruiz, “The Normative Role of the General Assembly of the United Nations and the Declaration of Principles of Friendly Relations”, 137 *Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye* (1972), pp. 419-742; [Various Authors], *The United Nations and the Principles of International Law — Essays in Memory of M. Akehurst* (V. Lowe and C. Warbrick, eds.), London, Routledge, 1994, pp. 1-255. And, for the view that United Nations General Assembly resolutions acknowledge general principles of law as universal principles of international law, cf. debates on “The Role of General Principles of Law and General Assembly Resolutions”, *Change and Stability in International Law-Making* (A. Cassese and J. H. H. Weiler, eds.), Berlin, W. de Gruyter, 1988, pp. 34, 37, 47-48, 50-52 and 54-55 (interventions by W. Riphagen, J. H. H. Weiler, E. Jiménez de Aréchaga, G. Abi-Saab and A. Cassese); and cf. also G. Balladore Pallieri, *Diritto Internazionale Pubblico*, 8th rev. ed., Milan, Giuffrè, 1962, pp. 25-26 and 95-97; A. Verdross, “Les principes généraux de droit dans le système des sources du droit international public”, *Recueil d’études de droit international en hommage à P. Guggenheim*, Geneva, IUHEI, 1968, pp. 526 and 530.

de juristes. Les partisans du premier (Elihu Root et lord Phillimore) voulaient présenter ces principes comme ayant été reconnus *in foro domestico*, tandis que ceux du second (Edouard Descamps et Raul Fernandes) voulaient renvoyer simplement aux principes de droit international. Je peux comprendre la première attitude (sans pour autant l'accepter) puisque c'est en droit interne qu'historiquement les principes généraux du droit (et surtout du droit procédural) ont trouvé leur première expression. Le droit des gens (tel que nous l'entendons aujourd'hui) n'est apparu que plus tard.

27. Toutefois, dire qu'il ne saurait en être autrement revient à adopter une position statique et dogmatique dont le bien-fondé reste à démontrer; elle ne me paraît pas du tout convaincante. De nos jours, étant donné l'évolution extraordinaire du droit des gens, il n'existe du point de vue épistémologique aucune raison de ne pas avoir recours aux principes généraux de droit tels qu'ils sont reconnus en droit interne comme international (voir *infra*). Dès 1920, certains penchaient déjà en ce sens. Ce point de vue est en outre, à mes yeux, parfaitement conforme à la lettre et à l'esprit de l'article 38 du Statut de la Cour et de sa devancière, et il tient compte du développement progressif que connaît le droit international à notre époque.

28. En droit international contemporain, en effet, les principes généraux de droit trouvent leur expression concrète non seulement *in foro domestico*, mais aussi au niveau international. Nul système juridique ne peut exister sans eux. Gardant toujours leur autonomie, ils peuvent trouver expression dans d'autres «sources» ou manifestations formelles du droit international (et non pas uniquement dans les traités ou la coutume) dont la Cour a tenu compte dans la pratique, même si elles ne figuraient pas dans la liste de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'article 38 de son Statut. Je songe notamment aux résolutions adoptées par les organisations internationales, en particulier par l'Assemblée générale des Nations Unies²⁴. Ces considéra-

²⁴ Voir d'une manière générale, par exemple, [divers auteurs], *Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Cooperation* (M. Sahovic, dir. publ.), Belgrade, Institute of International Politics and Economics/Oceana Publications, 1972, p. 3-275; M. Sahovic, «Codification des principes du droit international des relations amicales et de la coopération entre les Etats», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, t. 137 (1972), p. 249-310; G. Arangio-Ruiz, «The Normative Role of the General Assembly of the United Nations and the Declaration of Principles of Friendly Relations», *ibid.*, p. 419-742; [divers auteurs], *The United Nations and the Principles of International Law — Essays in Memory of M. Akehurst* (V. Lowe et C. Warbrick, dir. publ.), Londres, Routledge, 1994, p. 1-255. Enfin, en ce qui concerne le point de vue selon lequel les résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies reconnaissent les principes généraux de droit comme des principes universels du droit international, voir les débats sur «The Role of General Principles of Law and General Assembly Resolutions», *Change and Stability in International Law-Making* (A. Cassese et J. H. H. Weiler, dir. publ.), Berlin, W. de Gruyter, 1988, p. 34, 37, 47-48, 50-52 et 54-55 (interventions de W. Riphagen, J. H. H. Weiler, E. Jiménez de Aréchaga, G. Abi-Saab et A. Cassese); voir aussi G. Ballardore Pallieri, *Diritto Internazionale Pubblico*, 8^e éd. révisée, Milan, Giuffrè, 1962, p. 25-26 et 95-97; A. Verdross, «Les principes généraux de droit dans le système des sources du droit international public», *Recueil d'études de droit international en hommage à P. Guggenheim*, Genève, IUHEI, 1968, p. 526 et 530.

national as well as international levels), as manifested in the times of both the PCIJ and the ICJ.

2. Relevant Doctrinal Developments on General Principles of Law

(a) In the PCIJ times

29. The review that follows is not meant to be exhaustive, but rather selective, to illustrate the point I am making, as advanced in doctrinal writings in the periods of operation of both the old PCIJ and the ICJ. In his study of the case law of the old PCIJ on the sources of international law, for example, Max Sørensen, while subscribing to the then prevailing view that general principles of law were those crystallized *in foro domestico*²⁵, did not fail to point out that, however, already at that time, there were jurists (like Jules Basdevant and Frede Castberg) who thought differently. The minority view of expert writing, already in the twilight of the old PCIJ, was that those principles allowed the Court to decide also on the basis of the *general principles of international law* itself²⁶.

30. In fact, in the minority — and in my view more enlightened — position, already in 1936, Jules Basdevant, for example, sustained that “the general principles of law recognized by civilized nations may be sought not only in domestic law, but also in private or related international law through the use of the comparative method”²⁷ [*translation by the Registry*]. To look for those principles only *in foro domestico* would hardly be adequate, as not always would such principles be transposed onto international level without difficulties; hence the inescapable need to identify or acknowledge them also at international level itself, though this was, at that time, still a somewhat “unexplored” exercise²⁸.

31. Likewise, Frede Castberg, as early as in 1933, in assessing the work of the Advisory Committee of Jurists which drafted in 1920 the Statute of the PCIJ (cf. *supra*), challenged the promptly prevailing view that — in the line of a remark by Lord Phillimore — general principles of law were those applied *in foro domestico*. Distinctly, Frede Castberg beholding in them true *principles of justice*, contended that

²⁵ Max Sørensen, *Les sources du droit international*, Copenhagen, E. Munksgaard, 1946, p. 113.

²⁶ *Ibid.*, p. 113.

²⁷ Jules Basdevant, “Règles générales du droit de la paix”, 58 *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye* (1936), p. 504.

²⁸ *Ibid.*, pp. 498-504.

tions à l'esprit, je vais maintenant rappeler certains développements doctrinaux intéressants sur les principes généraux de droit (tant au niveau national qu'à l'échelle internationale), qui datent non seulement de l'époque de la Cour mais aussi du temps de sa devancière.

2. La doctrine et les principes généraux de droit

a) Du temps de la Cour permanente

29. L'examen qui va suivre ne vise pas à l'exhaustivité mais se veut sélectif pour illustrer le point que j'entends démontrer, tel qu'il ressort des ouvrages de doctrine rédigés tant à l'époque de l'ancienne Cour qu'à celle de la Cour actuelle. Dans son analyse de la jurisprudence de la Cour permanente sur les sources du droit international, par exemple, Max Sørensen, bien qu'adhérant au point de vue, alors dominant, selon lequel les principes généraux de droit étaient ceux qui s'étaient cristallisés *in foro domestico*²⁵, ne manqua pas de relever que, déjà à l'époque, certains juristes (comme Jules Basdevant et Frede Castberg) étaient d'un autre avis. En effet, une minorité d'auteurs estimait déjà, alors que la Cour permanente se trouvait au crépuscule de son existence, que ces principes lui permettaient de statuer également sur la base des *principes généraux du droit international* lui-même²⁶.

30. En fait, l'un des tenants de cette position minoritaire — et, selon moi, plus éclairée —, Jules Basdevant, soutint par exemple dès 1936 que «les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées peuvent être cherchés non seulement dans le droit interne, mais aussi dans le droit international particulier ou relatif par l'emploi de la méthode comparative»²⁷. Rechercher ces principes uniquement *in foro domestico* ne serait guère approprié, leur transposition dans le droit international n'allant pas toujours sans difficultés, d'où la nécessité absolue de les identifier ou de les reconnaître également au niveau de l'ordre international lui-même, même si cela supposait toujours à l'époque de «sortir des sentiers battus», si je puis dire²⁸.

31. De même, dès 1933, Frede Castberg, lorsqu'il examina les travaux du comité consultatif de juristes qui avait rédigé en 1920 le Statut de la Cour permanente (voir *supra*), contesta le point de vue qui s'était rapidement imposé, à savoir — selon une remarque de lord Phillimore — que les principes généraux de droit étaient ceux appliqués *in foro domestico*. En particulier, Frede Castberg, qui voyait dans ces principes de véritables *principes de justice*, fit valoir que

²⁵ Max Sørensen, *Les sources du droit international*, Copenhague, E. Munksgaard, 1946, p. 113.

²⁶ *Ibid.*, p. 113.

²⁷ Jules Basdevant, «Règles générales du droit de la paix», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, t. 58 (1936), p. 504.

²⁸ Voir *ibid.*, p. 498-504.

“It would be far too unreasonable to allow the Court to seek the rules to be applied in its decisions from among the general principles in any field of domestic law, without allowing it to rule in accordance with the general principles of international law. There is no reasonable ground to assume that, of all the general principles of law, it is precisely those of international law that are precluded from providing the basis for decisions of the Permanent Court of International Justice. It is true that general principles of domestic law are indeed applicable also in relations between States.

Some years ago, we were perhaps overly inclined, in the theory of international law, to exclude any application of the principles of domestic law. But we should not now go to the other extreme and seek even to exclude the principles of international law in favour of the principles of domestic law. Such an irrational system is unacceptable, unless expressly established by a treaty . . .”²⁹ [*Translation by the Registry.*]

32. May I, in addition, recall the views of two other jurists on the matter at issue, made public also in the years of operation of the old PCIJ. In his thematic course of 1935 at The Hague Academy of International Law, Alfred Verdross pondered that, in approaching the “sources” of international law, there are ultimately two basic opposing conceptions: one, which starts from the “*idée du droit*”, and the other, which privileges consent or the will; the latter is found in (philosophical) positivism, while the former upholds that the “*idée du droit*”, emanating from human conscience, paves the way for a universal *jus gentium*³⁰.

33. This approach, starting from the idea of an “objective justice”, sustains the autonomy of principles, thus opposing the typical positivist outlook, which insists that they ought to be manifested through treaties or custom³¹. General principles of law, as set forth in Article 38 (3) of the Statute of the PCIJ, are thus an autonomous “source” of international

²⁹ Frede Castberg, “La méthodologie du droit international public”, 43 *Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye (RCADI)* (1933), pp. 370 and 372. Precisely four decades later, in 1973, Frede Castberg, referring to “the great principle *pacta sunt servanda*”, as a “fundamental principle of public international law”, observed that the confines between this latter and domestic law had at that time “become blurred”, and insisted on his view that there was “not sufficient reason to separate ... the general principles of law from their attachment” to the two “traditional” main branches of the law, namely, “internal law and public international law”; Frede Castberg, “International Law in Our Time”, 138 *Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye* (1973), pp. 5 and 8. In other words, general principles of law can be identified at the levels of both domestic law and public international law itself.

³⁰ A. Verdross, “Les principes généraux du droit dans la jurisprudence internationale”, 52 *Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye* (1935), pp. 195-197 and 202-203.

³¹ *Ibid.*, pp. 216 and 221.

«[i]l serait par trop irrationnel de permettre à la Cour de rechercher les normes à appliquer dans ses décisions parmi les principes généraux de n'importe quel domaine de droit interne, sans qu'elle pût statuer selon les principes généraux du droit international. Il n'y a aucun motif rationnel pour supposer que, de tous les principes généraux du droit, précisément ceux du droit international soient exclus comme base des décisions de la Cour permanente de Justice internationale. Il est vrai que bien des principes généraux du droit interne sont valables aussi dans les rapports entre États.

Il y a quelques dizaines d'années, on était peut-être trop porté, dans la théorie du droit international, à exclure toute application des principes du droit interne. Mais il ne faut pas maintenant se jeter à l'autre extrême et vouloir même exclure les principes du droit international en faveur des principes du droit interne. Un système aussi peu rationnel ne saurait être accepté, à moins qu'il ne soit établi d'une manière expresse par un traité...»²⁹

32. Je rappellerai aussi le point de vue que deux autres juristes exprimèrent publiquement sur la question, toujours à l'époque de l'ancienne Cour. Dans le cours thématique qu'il donna en 1935 à l'Académie de droit international de La Haye, Alfred Verdross fit observer que, s'agissant des «sources» du droit international, il existait finalement deux conceptions fondamentalement opposées: l'une partait de l'«idée du droit» et l'autre privilégiait le consentement ou la volonté; la seconde se retrouvait dans le positivisme (au sens philosophique), tandis que la première tendait à affirmer que l'«idée du droit», émanation de la conscience humaine, ouvrait la voie à un *jus gentium* universel³⁰.

33. Cette approche, fondée sur l'idée d'une «justice objective», défend l'autonomie des principes en question, s'opposant ainsi à la conception positiviste classique, qui soutient qu'ils doivent trouver leur expression dans les traités ou la coutume³¹. Les principes généraux de droit, tels qu'évoqués au paragraphe 3 de l'article 38 du Statut de la Cour permanente, consti-

²⁹ Frede Castberg, «La méthodologie du droit international public», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye (RCADI)*, t. 43 (1933), p. 370 et 372. Exactement quarante ans plus tard, en 1973, Frede Castberg, se référant «au grand principe dit *pacta sunt servanda*», un «principe fondamental du droit international public», fit observer que, à l'époque, les limites entre ce principe et le droit interne «étaient devenues plus floues», et insista sur le fait qu'il n'existait selon lui «aucune raison de détacher ... les principes généraux de droit» des deux grandes branches «traditionnelles» du droit, à savoir «le droit interne et le droit international public»; Frede Castberg, «International Law in Our Time», *RCADI*, t. 138 (1973), p. 5 et 8. En d'autres termes, les principes généraux de droit peuvent se retrouver aussi bien au niveau du droit interne qu'à l'échelle du droit international lui-même.

³⁰ A. Verdross, «Les principes généraux du droit dans la jurisprudence internationale», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, t. 52 (1935), p. 195-197 et 202-203.

³¹ *Ibid.*, p. 216 et 221.

law³², and can be applied concomitantly with treaties and custom, and be resorted to in order to interpret provisions of treaties and rules of customary law³³.

34. For his part, in a study published one decade later, in 1944, Charles Rousseau expressed his view that the concept of “general principles of law” is not limited only to those of domestic law, but comprises likewise the general principles of international law³⁴. He insisted that the concept encompasses “the principles universally accepted in domestic law and the general principles of the international legal order”, thus “clearly including both international law and domestic law”³⁵ [*translation by the Registry*].

35. General principles of law, thus understood — he proceeded — are an autonomous “source” of international law, distinct from customary rules and conventional norms³⁶. He further pointed out that, already at that time, expert writing seemed divided on the matter: “positivist writers, who believe that international law is of an exclusively voluntarist nature, have naturally sought to downplay the role of general principles of law”³⁷ [*translation by the Registry*]; those who opposed the positivist dogma ascribed greater importance to general principles of law, “deriving directly from objective law”³⁸ [*translation by the Registry*].

36. Those were some of the more penetrating reflections devoted to the general principles of law (comprising the principles of international law) in the times of the old PCIJ. As already pointed out, they were not the only ones, as other doctrinal works were dedicated particularly to the study of the matter at issue, a subject which attracted considerable attention at that time³⁹. Such was the case of Alejandro Alvarez, who, in an *exposé de motifs* of a proposed declaration of principles of international law, published on the eve of the outbreak of the Second World War, called for a reconstruction of international law bearing in mind not only positive law, but also the *principles*, which oriented legal norms and rules, and which, in his view, prevailed in the whole of international law, and appeared as “manifestations of the juridical conscience of the peoples”⁴⁰.

³² A. Verdross, “Les principes généraux du droit dans la jurisprudence internationale”, *op. cit. supra* note 30, pp. 223, 228, 234 and 249.

³³ *Ibid.*, p. 227.

³⁴ Ch. Rousseau, *Principes généraux du droit international public*, Vol. I (*Sources*), Paris, Pedone, 1944, p. 891.

³⁵ *Ibid.*, p. 901.

³⁶ *Ibid.*, pp. 913-914.

³⁷ *Ibid.*, p. 926.

³⁸ *Ibid.*, p. 927.

³⁹ Cf. further, *inter alia*, T. J. Lawrence, *Les principes de droit international*, 5th ed. (transl. J. Dumas and A. de Lapradelle), Oxford University Press, 1920, pp. 99-120; P. Der-evitzky, *Les principes du droit international*, Paris, Pedone, 1932; Bin Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, London, Stevens, 1953; G. Scelle, *Précis de droit des gens: principes et systématique*, Paris, Rec. Sirey, 1934.

⁴⁰ A. Alvarez, *Exposé de motifs et déclaration des grands principes du droit international moderne*, 2nd ed., Paris, Eds. Internationales, 1938, pp. 8-9 and 16-23, and cf. pp. 27 and 51.

tuent donc une «source» autonome du droit international³², et ils peuvent être appliqués conjointement avec les traités et la coutume, et utilisés pour interpréter les dispositions de traités ou de règles du droit coutumier³³.

34. Pour sa part, dans une étude publiée dix ans plus tard, en 1944, Charles Rousseau souligna que la notion de «principes généraux de droit» ne visait pas uniquement les principes du droit interne, mais comprenait également les principes généraux du droit international³⁴. Il insistait sur le fait que cette notion recouvrait «les principes universellement admis dans les législations internes et les principes généraux de l'ordre juridique international», «englobant [ainsi] de toute évidence le droit international aussi bien que le droit interne»³⁵.

35. Les principes généraux de droit, entendus en ce sens — poursuivait-il —, constituent une «source» autonome du droit international, distincte des règles coutumières et des normes conventionnelles³⁶. Il relevait en outre que, déjà à l'époque, la doctrine semblait partagée sur la question : «les auteurs positivistes, pour qui le droit international a un contenu exclusivement volontaire, ont naturellement cherché à minimiser le rôle des principes généraux du droit»³⁷; les détracteurs du dogme positiviste attachaient une plus grande importance à ces principes «provenant directement du droit objectif»³⁸.

36. Voilà quelques-unes des réflexions les plus prégnantes qui aient été faites au sujet des principes généraux de droit (y compris les principes du droit international) du temps de la Cour permanente. Comme je l'ai déjà dit, ce ne furent pas les seules, d'autres ouvrages de doctrine ayant été consacrés à ce thème particulier, qui suscitait une attention considérable à l'époque³⁹. Ainsi, Alejandro Alvarez, dans un exposé de motifs concernant un projet de déclaration sur les principes du droit international, publié à la veille de la seconde guerre mondiale, appela à une reconstruction du droit international tenant compte non seulement du droit positif mais aussi des *principes*, qui orientaient les normes et règles juridiques et qui, à ses yeux, présidaient au droit international tout entier comme des «manifestations de la conscience juridique des peuples»⁴⁰.

³² A. Verdross, «Les principes généraux du droit dans la jurisprudence internationale», *op. cit. supra* note 30, p. 223, 228, 234 et 249.

³³ *Ibid.*, p. 227.

³⁴ Ch. Rousseau, *Principes généraux du droit international public*, vol. I (*Sources*), Paris, Pedone, 1944, p. 891.

³⁵ *Ibid.*, p. 901.

³⁶ *Ibid.*, p. 913-914.

³⁷ *Ibid.*, p. 926.

³⁸ *Ibid.*, p. 927.

³⁹ Voir aussi, entre autres, T. J. Lawrence, *Les principes de droit international*, 5^e éd. (trad. J. Dumas et A. de Lapradelle), Oxford, University Press, 1920, p. 99-120; P. Derévitzy, *Les principes du droit international*, Paris, Pedone, 1932; Bin Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Londres, Stevens, 1953; G. Scelle, *Précis de droit des gens — principes et systématique*, Paris, Rec. Sirey, 1934.

⁴⁰ A. Alvarez, *Exposé de motifs et déclaration des grands principes du droit international moderne*, 2^e éd., Paris, Editions internationales, 1938, p. 8-9 et 16-23, et p. 27 et 51.

(b) *In the ICJ times*

37. Considerably more attention was devoted to the principles of international law some decades ago (including the times of the PCIJ) than in our days. Yet, those principles retain, in my view, their utmost importance, as they inform of and conform to the legal norms of any legal system. In the past, successive doctrinal works were dedicated particularly to the study of the principles of international law, in the framework of the foundations of the discipline and the consideration of the validity of its norms. In the 1950s⁴¹ and the 1960s⁴² some courses delivered at The Hague Academy of International Law addressed the theme of the principles of international law, which was retaken in monographs in the 1960s⁴³ and the 1970s⁴⁴. Subsequently, except for a few works⁴⁵, there appeared to occur, rather surprisingly, a decline in the interest in the study of the matter, parallel to the dissemination of a seemingly — and regrettably — pragmatic approach to the study of international law.

38. Although concern with the need to consider the principles of international law appears to have declined in the last quarter of century, those principles have, nevertheless, always marked their presence in the doctrine of international law, including the contemporary one⁴⁶. Principles of inter-

⁴¹ Cf. H. Rolin, "Les principes de droit international public", 77 *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye (RCADI)* (1950), pp. 309-479; G. Schwarzenberger, "The Fundamental Principles of International Law", 87 *RCADI* (1955) pp. 195-385; P. Guggenheim, "Les principes de droit international public", 80 *RCADI* (1952) pp. 5-189; Ch. Rousseau, "Principes de droit international public", 93 *RCADI* (1958), pp. 369-549; G. Fitzmaurice, "The General Principles of International Law Considered from the Standpoint of the Rule of Law", 92 *RCADI* (1957), pp. 1-223.

⁴² Cf. M. Sørensen, "Principes de droit international public", 101 *RCADI* (1960), pp. 1-251; P. Reuter, "Principes de droit international public", 103 *RCADI* (1961), pp. 429-656; R. Y. Jennings, "General Course on Principles of International Law", 121 *RCADI* (1967), pp. 327-600.

⁴³ Cf. M. Miele, *Principi di Diritto Internazionale*, 2nd ed., Padova, Cedam, 1960; L. Delbez, *Les principes généraux du contentieux international*, Paris, LGDJ, 1962; L. Delbez, *Les principes généraux du droit international public*, 3rd ed., Paris, LGDJ, 1964; H. Kelsen, *Principles of International Law*, 2nd ed., N.Y., Holt Rinehart & Winston, 1966; W. Friedmann, "The Uses of 'General Principles' in the Development of International Law", 57 *American Journal of International Law* (1963), pp. 279-299; M. Virally, "Le rôle des 'principes' dans le développement du droit international", *Recueil d'études de droit international en hommage à P. Guggenheim*, Geneva, IUHEI, 1968, pp. 531-554; M. Bartos, "Transformations des principes généraux en règles positives du droit international", *Mélanges offerts à J. Andrassy*, The Hague, Nijhoff, 1968, pp. 1-12.

⁴⁴ Cf., e.g., B. Vitanyi, "La signification de la 'généralité' des principes de droit", 80 *Revue générale de droit international public* (1976), pp. 536-545.

⁴⁵ Cf., e.g., I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6th ed., Oxford, Clarendon Press, 2003, pp. 3 *et seq.*

⁴⁶ Cf., e.g., *inter alia*, H. Thierry, "L'évolution du droit international: Cours général de droit international public", 222 *RCADI* (1990), pp. 123-185; G. Abi-Saab, "Cours général de droit international public", 207 *RCADI* (1987), pp. 328-416.

b) *A l'époque de la Cour*

37. L'attention consacrée aux principes du droit international était bien plus grande il y a quelques dizaines d'années (notamment du temps de la Cour permanente) qu'à l'heure actuelle. Pourtant, ces principes n'en demeurent pas moins, selon moi, de la plus haute importance, puisqu'ils inspirent et façonnent les normes constituant tout système juridique. Par le passé, des ouvrages de doctrine successifs furent consacrés en particulier à l'étude des principes du droit international, sous l'angle des fondements de cette discipline et de la validité des normes existant en la matière. Ainsi, dans les années 1950⁴¹ et 1960⁴², certains cours furent donnés à l'Académie de droit international de La Haye sur le thème des principes de droit international, qui fut repris dans des monographies des années 1960⁴³ et 1970⁴⁴. Par la suite, exception faite de quelques ouvrages⁴⁵, l'intérêt pour la question semble avoir décliné, de façon assez surprenante, à mesure que se répandait une approche apparemment pragmatique — et regrettable — de l'étude du droit international.

38. Bien que la nécessité d'examiner les principes de droit international semble avoir été reléguée au second plan ces vingt-cinq dernières années, ces principes sont toutefois restés très présents dans la doctrine, y compris contemporaine⁴⁶. Le système juridique international tout entier est impré-

⁴¹ Voir H. Rolin, «Les principes de droit international public», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye (RCADI)*, t. 77 (1950), p. 309-479; G. Schwarzenberger, «The Fundamental Principles of International Law», *RCADI*, t. 87 (1955), p. 195-385; P. Guggenheim, «Les principes de droit international public», *RCADI*, t. 80 (1952), p. 5-189; Ch. Rousseau, «Principes de droit international public», *RCADI*, t. 93 (1958), p. 369-549; G. Fitzmaurice, «The General Principles of International Law, Considered from the Standpoint of the Rule of Law», *RCADI*, t. 92 (1957), p. 1-223.

⁴² Voir M. Sørensen, «Principes de droit international public», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye (RCADI)*, t. 101 (1960), p. 1-251; P. Reuter, «Principes de droit international public», *RCADI*, t. 103 (1961), p. 429-656; R. Y. Jennings, «General Course on Principles of International Law», *RCADI*, t. 121 (1967), p. 327-600.

⁴³ Voir M. Miele, *Principi di Diritto Internazionale*, 2^e éd., Padoue, Cedam, 1960; L. Delbez, *Les principes généraux du contentieux international*, Paris, LGDJ, 1962; L. Delbez, *Les principes généraux du droit international public*, 3^e éd., Paris, LGDJ, 1964; H. Kelsen, *Principles of International Law*, 2^e éd., New York, Holt Rinehart & Winston, 1966; W. Friedmann, «The Uses of «General Principles» in the Development of International Law», *American Journal of International Law* (1963), vol. 57, p. 279-299; M. Virally, «Le rôle des «principes» dans le développement du droit international», *Recueil d'études de droit international en hommage à P. Guggenheim*, Genève, IUHEI, 1968, p. 531-554; M. Bartos, «Transformations des principes généraux en règles positives du droit international», *Mélanges offerts à J. Andrassy*, La Haye, Nijhoff, 1968, p. 1-12.

⁴⁴ Voir, par exemple, B. Vitanyi, «La signification de la «généralité» des principes de droit», *Revue générale de droit international public* (1976), vol. 80, p. 536-545.

⁴⁵ Voir, par exemple, I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6^e éd., Oxford, Clarendon Press, 2003, p. 3 et suiv.

⁴⁶ Voir, par exemple, H. Thierry, «L'évolution du droit international — Cours général de droit international public», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye (RCADI)*, t. 222 (1990), p. 123-185; G. Abi-Saab, «Cours général de droit international public», *RCADI*, t. 207 (1987), p. 328-416.

national law permeate the entire international legal system, playing an important role in international law-making as well as in the application of international law. In some cases (such as, e.g., in the Law of Outer Space), they have paved the way for the construction of a new *corpus juris*, in a new domain of international law which required regulation, and the principles originally proclaimed have fully retained their value to date⁴⁷. This is the case, e.g., of International Environmental Law in our times (cf. *infra*).

39. Principles of international law are guiding principles of general content, and, in that, they differ from the norms or rules of positive international law, and transcend them. As basic pillars of the international legal system (as of any legal system), those principles give expression to the *idée de droit*, and furthermore to the *idée de justice*, reflecting the conscience of the international community⁴⁸. Irrespective of the distinct approaches to them, those principles stand ineluctably at a superior level than the norms or rules of positive international law. Such norms or rules are binding, but it is the principles which guide them⁴⁹. Without these latter, rules or techniques could serve whatever purposes. This would be wholly untenable.

40. Already in the era of the United Nations, Grigori Tunkin perspicaciously went forward in his support for the application by the ICJ of general principles of international law. Attentive to the sole change (proposed by Chile) introduced into Article 38 (1) (*c*) of the new ICJ Statute in 1945 (*supra*), to the effect that the ICJ has the function "to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it", G. Tunkin contended that that amendment clarified that general principles of law comprised those principles *common* to national legal systems *and* to international law: they are legal postulates followed "in national legal systems and in international law", and resorted to in the process of interpretation and application of pertinent rules in concrete cases⁵⁰.

41. In the mid-1950s, Hildebrando Accioly stressed the "pre-eminent character" of general principles of law, at domestic and international levels, emanating directly from natural law, and rendering concrete the norms and rules of positive law, in conformity with them⁵¹. Shortly afterwards, by the late 1950s, C. Wilfred Jenks expressed his belief that an

⁴⁷ Cf. M. Lachs, "Le vingt-cinquième anniversaire du traité régissant les principes du droit de l'espace extra-atmosphérique, 1967-1992", 184 *Revue française de droit aérien et spatial* (1992), No. 4, pp. 365-373, especially pp. 370 and 372.

⁴⁸ G. M. Danilenko, *Law-Making in the International Community*, Dordrecht, Nijhoff, 1993, pp. 7, 17, 175 and 186-187, and cf. p. 215.

⁴⁹ Bin Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, *op. cit. supra* note 39, p. 393.

⁵⁰ G. Tunkin, "'General Principles of Law' in International Law", *Internationale Festschrift für A. Verdross* (R. Marcic, H. Mosler, E. Suy and K. Zemanek, eds.), Munich/Salzburg, W. Fink Verlag, 1971, pp. 526 and 531.

⁵¹ H. Accioly, *Tratado de Direito Internacional Público*, 2nd ed., Vol. I, Rio de Janeiro, M.R.E., 1956, pp. 33 and 37.

gné de ces principes, qui jouent un rôle important dans l'élaboration du droit international et dans son application. Dans certaines disciplines (par exemple le droit de l'espace extra-atmosphérique), ils ont ouvert la voie à l'élaboration d'un nouveau *corpus juris*, dans un nouveau domaine du droit international qui devait être réglementé, et les principes initialement proclamés demeurent parfaitement d'actualité⁴⁷. Tel est le cas, par exemple, du droit international moderne de l'environnement (voir *infra*).

39. Les principes de droit international sont des principes directeurs d'ordre général et, en cela, ils diffèrent des normes ou règles du droit international positif, qu'ils transcendent. Piliers fondamentaux du système juridique international (comme de tout système juridique), ces principes expriment l'idée de droit, ainsi que l'idée de justice, puisqu'ils sont le miroir de la conscience de la communauté internationale⁴⁸. Quelle que soit la façon dont on les appréhende, ces principes se trouvent à un niveau incontestablement supérieur à celui des normes et règles du droit international positif. Celles-ci sont certes obligatoires, mais elles obéissent aux principes⁴⁹. Sans eux, les règles ou les techniques pourraient être utilisées à n'importe quelle fin, ce qui serait indéfendable.

40. Dans le cadre des Nations Unies déjà, Grigori Tounkine milita avec sagacité en faveur de l'application par la Cour des principes généraux du droit international. Attentif à la seule modification introduite (sur la proposition du Chili) à l'alinéa *c*) du paragraphe 1 de l'article 38 du nouveau Statut de la Cour en 1945 (*supra*) — qui donna à celle-ci pour fonction «de régler conformément au droit international les différends qui lui [étaient] soumis» —, Grigori Tounkine fit valoir que cette modification indiquait clairement que les principes généraux de droit comprenaient les principes *communs* aux systèmes juridiques nationaux *et* au droit international: il s'agissait de postulats juridiques en vigueur «dans les systèmes juridiques nationaux et en droit international», et invoqués pour interpréter et appliquer les règles pertinentes dans des affaires concrètes⁵⁰.

41. Au milieu des années 1950, Hildebrando Accioly mit l'accent sur le «caractère prééminent» des principes généraux de droit, sur les plans interne et international, en tant qu'ils découlaient directement du droit naturel et donnaient une dimension concrète aux normes et règles du droit positif, qui leur étaient conformes⁵¹. Peu après, à la fin des années 1950,

⁴⁷ Voir M. Lachs, «Le vingt-cinquième anniversaire du traité régissant les principes du droit de l'espace extra-atmosphérique, 1967-1992», *Revue française de droit aérien et spatial* (1992) n° 4, vol. 184, p. 365-373, et en particulier p. 370 et 372.

⁴⁸ G. M. Danilenko, *Law-Making in the International Community*, Dordrecht, Nijhoff, 1993, p. 7, 17, 175 et 186-187; voir aussi p. 215.

⁴⁹ Bin Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, op. cit. *supra* note 39, p. 393.

⁵⁰ G. Tounkine, ««General Principles of Law» in International Law», *Internationale Festschrift für A. Verdross* (R. Marcic, H. Mosler, E. Suy et K. Zemanek, dir. publ.), Munich/Salzburg, W. Fink Verlag, 1971, p. 526 et 531.

⁵¹ H. Accioly, *Tratado de Direito Internacional Público*, 2^e éd., vol. I, Rio de Janeiro, M.R.E., 1956, p. 33 et 37.

inquiry into the general principles of law (found in distinct legal systems, and further encompassing the principles of international law itself) could much contribute to provide the “basic foundations of a universal system of international law”⁵². One decade later, Antoine Favre sustained, in 1968, that general principles of law are “the expression of the idea of justice”, having a universal scope and expressing the “juridical conscience of humankind”; rather than deriving from the “will” of States, they have an “objective character” and constitute a “fonds juridique commun pour l’ensemble des états”⁵³, thus securing the unity of law and enhancing the idea of justice to the benefit of the international community as a whole. It is in the light of those principles that the whole *corpus* of the *droit des gens* is to be interpreted and applied.

42. In the mid-1980s, Hermann Mosler observed that general principles of law have their origins either in national legal systems or at the level of international legal relations, being consubstantial with *jus gentium*, and applied to relations among States as well as relations among individuals. To him, those principles, endowed with autonomy and conforming to the *jus gentium*, do not emanate from positive law-making, but rather by their awareness which gives them expression: those principles are ethical “commandments” emanating from the “conscience of mankind”, which considers them “indispensable for the co-existence of man in organized society”⁵⁴.

43. The sustained validity of the principles of international law has been upheld in the evolving law of the United Nations. The ICJ, as “the principal judicial organ of the United Nations” (Article 92 of the United Nations Charter), cannot prescind from them in the exercise of its contentious function. As proclaimed in the United Nations Charter (Article 2) in 1945, and restated in the 1970 United Nations Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States⁵⁵, the general principles of international law retain their full and continuing validity in our days. A violation of a

⁵² C. W. Jenks, *The Common Law of Mankind*, London, Stevens, 1958, pp. 106 and 120-121, and cf. p. 172.

⁵³ A. Favre, “Les principes généraux du droit, fonds commun du droit des gens”, *Recueil d’études de droit international en hommage à P. Guggenheim*, Geneva, IUHEI, 1968, pp. 369, 374-375, 379, 383 and 390.

⁵⁴ H. Mosler, “General Principles of Law”, *Encyclopedia of Public International Law* (R. Bernhardt, ed.), Vol. 7, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law/Ed. North-Holland, Amsterdam, 1984, pp. 90-92 and 95. For his part, in his later years, Alfred Verdross pondered that general principles of law “illuminate the whole international legal order”; A. Verdross, *Derecho Internacional Público* (5th Spanish ed., 1st reimpr., transl. from 4th ed. of *Völkerrecht*, 1959), Madrid, Ed. Aguilar, 1969, p. 98.

⁵⁵ United Nations, General Assembly resolution 2625 (XXV).

Clarence Wilfred Jenks se déclara convaincu qu'un examen des principes généraux de droit (existant dans différents systèmes juridiques, et comprenant également les principes du droit international lui-même) pouvait beaucoup contribuer à jeter les «premières bases d'un système universel fondé sur le droit international»⁵². Dix ans plus tard, en 1968, Antoine Favre indiqua que les principes généraux de droit étaient «des traductions fidèles de l'idée de justice» ayant une portée universelle et exprimant la «conscience juridique de l'humanité»; ils n'étaient pas dictés par la «volonté» des Etats, mais revêtaient un «caractère objectif» et constituaient un «fonds juridique commun pour l'ensemble des Etats»⁵³, assurant ainsi la cohésion du droit et renforçant la notion de justice au profit de la communauté internationale dans son ensemble. C'est à l'aune de ces principes que tout le *corpus* du droit des gens devait être interprété et appliqué.

42. Au milieu des années 1980, Hermann Mosler fit observer que les principes généraux de droit trouvaient leur origine soit dans les systèmes juridiques nationaux, soit au niveau des relations juridiques internationales, étant ainsi consubstantiels au *jus gentium*, et qu'ils s'appliquaient aux relations entre Etats ainsi qu'aux relations entre individus. Selon lui, ces principes, qui sont autonomes et façonnent le *jus gentium*, découlent non pas d'un processus formel de création juridique mais d'une connaissance intime qui nous conduit à les exprimer: ce sont des «commandements» éthiques émanant de la «conscience de l'humanité», qui les tient pour «indispensables à la coexistence des hommes au sein d'une société organisée»⁵⁴.

43. La pérennité des principes de droit international a été confirmée dans le droit des Nations Unies, qui est en constante évolution. La Cour, en tant qu'«organe judiciaire principal des Nations Unies» (article 92 de la Charte des Nations Unies), ne peut s'en désintéresser lorsqu'elle exerce sa fonction contentieuse. Les principes généraux du droit international, tels que proclamés par les Nations Unies dans la Charte (art. 2) en 1945 puis réaffirmés en 1970 dans la déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats⁵⁵, demeurent pleinement valides de nos jours. Une violation d'une

⁵² C. W. Jenks, *The Common Law of Mankind*, Londres, Stevens, 1958, p. 106 et 120-121; voir aussi p. 172.

⁵³ A. Favre, «Les principes généraux du droit, fonds commun du droit des gens», *Recueil d'études de droit international en hommage à P. Guggenheim*, Genève, IUHEI, 1968, p. 369, 374-375, 379, 383 et 390.

⁵⁴ H. Mosler, «General Principles of Law», *Encyclopedia of Public International Law* (R. Bernhardt, dir. publ.), vol. 7, Institut Max Planck pour le droit public comparé et le droit international/éd. North-Holland, Amsterdam, 1984, p. 90-92 et 95. Pour sa part, Alfred Verdross estima dans ses vieux jours que les principes généraux de droit «éclairaient l'ordre juridique international tout entier»: A. Verdross, *Derecho Internacional Público* (5^e éd. espagnole, 1^{re} réimp. — trad. de la 4^e éd. de *Völkerrecht*, 1959), Madrid, éd. Aguilar, 1969, p. 98.

⁵⁵ Nations Unies, résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée générale.

norm or rule of international law does not affect the validity of its *corpus juris* and its guiding principles.

44. Given the overriding importance of those principles, it is not surprisingly that they found expression in the United Nations Charter (Article 2), adopted in 1945. A quarter of a century afterwards, the 1970 Declaration of Principles was meant to be a law-declaring resolution as to those basic principles, so as to serve as a guide for all States in their behaviour. While the traditional general principles of law (found *in foro domestico*) disclosed a rather procedural character, the general principles of international law — such as the ones proclaimed in the 1970 Declaration — revealed instead a substantive content (so as to guide State conduct), proper of the very foundations of international law; such general principles of international law (as set forth in the 1970 Declaration of Principles) are thus vested with universal importance for the international community itself⁵⁶.

45. Principles of international law constitute altogether the pillars of the international legal system itself. By the turn of the century, the *United Nations Millenium Declaration*, adopted by the United Nations General Assembly (resolution 55/2) on 18 September 2000, has stated that the principles of the United Nations Charter “have proved timeless and universal” (para. 3). Half a decade later, in its recent *2005 World Summit Outcome* (of 15 September 2005), the United Nations General Assembly had again evoked the principles of the United Nations Charter, expressly referring to the aforementioned 1970 Declaration of Principles (para. 73).

46. As already seen, the Hague Court (PCIJ and ICJ) has often applied general principles of law in its *jurisprudence constante* (cf. *supra*). It has applied them as an autonomous formal “source” of international law. Yet, the Hague Court, always so sober in applying them, has apparently not felt it necessary to dwell further upon them, or to stress their utmost importance; in its present Judgment in the *Pulp Mills* case, it has not even asserted or endorsed the general principles of International Environmental Law (such as those of prevention and of precaution). I thus feel it my duty to do so, particularly in the *cas d'espèce*, as, in addition, *both* contending Parties, Argentina and Uruguay, have expressly invoked such principles in the contentious proceedings before this Court.

47. It is indeed significant — and it should not pass unnoticed — that Uruguay and Argentina, concurring in their invocation of

⁵⁶ Cf. debates on “The Role of General Principles of Law and General Assembly Resolutions”, *Change and Stability in International Law-Making* (A. Cassese and J. H. H. Weiler, eds.), Berlin, W. de Gruyter, 1988, pp. 47-48 and 54-55 (interventions of J. H. H. Weiler, E. Jiménez de Aréchaga and A. Cassese).

norme ou règle de droit international n'affecte pas la validité du *corpus juris* et des principes directeurs qui le sous-tendent.

44. Etant donné leur importance cardinale, il n'est guère étonnant que ces principes aient été consacrés dans la Charte des Nations Unies (art. 2), adoptée en 1945. Un quart de siècle plus tard, la déclaration de principes de 1970 était censée leur donner juridiquement expression et, ainsi, guider tous les Etats dans leur comportement. Contrairement aux principes généraux de droit traditionnels (existant *in foro domestico*), qui revêtent un caractère assez procédural, les principes généraux du droit international — tels que ceux proclamés dans la déclaration de 1970 — portent sur le fond (pour guider les Etats dans leur comportement), ce qui est le propre des fondations mêmes du droit international; ces principes généraux du droit international (tels qu'énoncés dans la déclaration de principes de 1970) revêtent donc une importance universelle pour la communauté internationale elle-même⁵⁶.

45. Les principes de droit international constituent dans leur ensemble les piliers de l'ordre juridique international lui-même. A l'aube de ce siècle, dans sa *Déclaration du millénaire* du 18 septembre 2000 (résolution 55/2), l'Assemblée générale des Nations Unies déclara que les principes énoncés dans la Charte «[avaient] une valeur éternelle et universelle» (par. 3). Cinq ans plus tard, dans son récent *Document final du sommet mondial de 2005* (du 15 septembre 2005), l'Assemblée générale invoqua à nouveau les principes de la Charte des Nations Unies, en faisant expressément référence à la susdite déclaration de principes de 1970 (par. 73).

46. Comme nous l'avons déjà vu, la Cour (la Cour actuelle et sa devancière s'entend) a souvent appliqué les principes généraux de droit dans sa *jurisprudence constante* (voir *supra*). Elle les a appliqués comme une «source» formelle autonome du droit international. Mais, contre toute attente, la Cour, d'habitude si soucieuse de les appliquer, n'a apparemment pas estimé nécessaire de s'y arrêter ici, ni même d'en souligner l'importance fondamentale; dans son présent arrêt en l'affaire des *Usines de pâte à papier*, elle n'a même pas exposé ni fait siens les principes généraux du droit international de l'environnement (tels que le principe de prévention et le principe de précaution). Je me sens donc tenu de combler cette lacune, d'autant plus que, en l'espèce, les *deux* Parties, l'Argentine et l'Uruguay, ont elles-mêmes invoqué expressément ces principes dans le cadre de leur procédure contentieuse devant la Cour.

47. Il importe en effet de relever — et il ne devrait échapper à personne — que l'Uruguay et l'Argentine, invoquant à l'unisson les principes

⁵⁶ Voir les débats sur «The Role of General Principles of Law and General Assembly Resolutions», *Change and Stability in International Law-Making* (A. Cassese et J. H. H. Weiler, dir. publ.), Berlin, W. de Gruyter, 1988, p. 47-48 et 54-55 (interventions de J. H. H. Weiler, E. Jiménez de Aréchaga et A. Cassese).

general principles of law, were both being faithful to the long-standing tradition of Latin American international legal thinking, which has always been particularly attentive and devoted to general principles of law, in the contexts of both the formal “sources” of international law⁵⁷ as well of codification of international

⁵⁷ Andrés Bello, *Principios de Derecho Internacional* (1832), 3rd ed., Paris, Libr. Garnier Hermanos, 1873, pp. 3 et seq.; C. Calvo, *Manuel de droit international public et privé*, 3rd rev. ed., Paris, A. Rousseau Ed., 1892, Chap. I, pp. 69-83; L. M. Drago, *La República Argentina y el Caso de Venezuela*, Buenos Aires, Impr. Coni Hermanos, 1903, pp. 1-18; L. M. Drago, *La Doctrina Drago: Colección de Documentos* (pres. S. Pérez Triana), London, Impr. Wertheimer, 1908, pp. 115-127 and 205; A. N. Vivot, *La Doctrina Drago*, Buenos Aires, Edit. Coni Hermanos, 1911, pp. 39-279; II Conférence de la Paix, *Actes et discours de M. Ruy Barbosa*, The Hague, W. P. Van Stockum, 1907, pp. 60-81, 116-126, 208-223 and 315-330; Ruy Barbosa, *Obras Completas*, Vol. XXXIV (1907), II: *A Segunda Conferência da Paz*, Rio de Janeiro, MEC, 1966, pp. 65, 163, 252, 327 and 393-395; Ruy Barbosa, *Conceptos Modernos del Derecho Internacional*, Buenos Aires, Impr. Coni Hermanos, 1916, pp. 28-29 and 47-49; Clovis Bevilacqua, *Direito Público Internacional* (A Synthese dos Principios e a Contribuição do Brazil), Vol. I, Rio de Janeiro, Livr. Francisco Alves, 1910, pp. 11-15, 21-26, 90-95, 179-180 and 239-240; Raul Fernandes, *Le principe de l'égalité juridique des Etats dans l'activité internationale de l'après-guerre*, Geneva, Impr. A. Kundig, 1921, pp. 18-22 and 33; J.-M. Yepes, “La contribution de l'Amérique latine au développement du droit international public et privé”, 32 *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye (RCADI)* (1930), pp. 731-751; J.-M. Yepes, “Les problèmes fondamentaux du droit des gens en Amérique”, 47 *RCADI* (1934), p. 8; Alejandro Alvarez, *Exposé de motifs et déclaration des grands principes du droit international moderne*, op. cit. supra note 40, pp. 8-9, 13-23 and 51; C. Saavedra Lamas, *Por la Paz de las Américas*, Buenos Aires, M. Gleizer Ed., 1937, pp. 69-70, 125-126 and 393; Alberto Ulloa, *Derecho Internacional Público*, Vol. I, 2nd ed., Lima, Impr. Torres Aguirre, 1939, pp. 4, 20-21, 29-30, 34, 60, 62 and 74; Alejandro Alvarez, *La Reconstrucción del Derecho de Gentes — El Nuevo Orden y la Renovación Social*, Santiago de Chile, Ed. Nascimento, 1944, pp. 19-25 and 86-87; Ph. Azevedo, *A Justiça Internacional*, Rio de Janeiro, MRE, 1949, pp. 24-26, and cf. pp. 9-10; J.-C. Puig, *Les principes du droit international public américain*, Paris, Pedone, 1954, p. 39; H. Accioly, *Tratado de Direito Internacional Público*, 2nd ed., Vol. I, Rio de Janeiro, IBGE, 1956, pp. 32-40; Alejandro Alvarez, *El Nuevo Derecho Internacional en Sus Relaciones con la Vida Actual de los Pueblos*, Santiago, Edit. Jurídica de Chile, 1961, pp. 155-157, 304 and 356-357; A. Gómez Robledo, *Meditación sobre la Justicia*, Mexico, Fondo de Cultura Económica, 1963, p. 9; R. Fernandes, *Nonagésimo Aniversário — Conferências e Trabalhos Esparsos*, Vol. I, Rio de Janeiro, M.R.E., 1967, pp. 174-175; A. A. Conil Paz, *Historia de la Doctrina Drago*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1975, pp. 125-131; E. Jiménez de Aréchaga, “International Law in the Past Third of a Century”, 159 *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye (RCADI)* (1978), pp. 87 and 111-113; L. A. Podestá Costa and J. M. Ruda, *Derecho Internacional Público*, 5th rev. ed., Vol. I, Buenos Aires, Tip. Ed. Argentina, 1979, pp. 17-18 and 119-139; E. Jiménez de Aréchaga, *El Derecho Internacional Contemporáneo*, Madrid, Ed. Tecnos, 1980, pp. 107-141; A. A. Cançado Trindade, *Principios do Direito Internacional Contemporâneo*, Brasília, Edit. University of Brasília, 1981, pp. 1-102 and 244-248; Jorge Castañeda, *Obras Completas — Vol. I: Naciones Unidas*, Mexico, S.R.E./El Colegio de México, 1995, pp. 63-65, 113-125, 459, 509-510, 515, 527-543 and 565-586; [Various Authors], *Andrés Bello y el Derecho* (Colloquy of Santiago de Chile of July 1981), Santiago, Edit. Jurídica de Chile, 1982, pp. 41-49 and 63-76; D. Uribe Vargas, *La Paz es una Trégua — Solución Pacífica de Conflictos Internacionales*, 3rd ed., Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1999, p. 109; A. A. Cançado Trindade, *O Direito Internacional em um Mundo em Transformação*, Rio de Janeiro, Edit. Renovar, 2002, pp. 91-140, 863-889 and 1039-1071.

généraux de droit, sont tous deux restés fidèles à la tradition profondément ancrée dans la conception latino-américaine du droit international, qui consiste à toujours prêter une attention particulière aux principes généraux de droit et à en faire grand cas, tant en ce qui concerne les «sources» formelles du droit international⁵⁷ que dans le cadre de la codi-

⁵⁷ Andrés Bello, *Principios de Derecho Internacional* (1832), 3^e éd., Paris, Libr. Garnier Hermanos, 1873, p. 3 et suiv. ; C. Calvo, *Manuel de droit international public et privé*, 3^e éd. rev., Paris, A. Rousseau Ed., 1892, chap. I, p. 69-83; L. M. Drago, *La República Argentina y el Caso de Venezuela*, Buenos Aires, Impr. Coni Hermanos, 1903, p. 1-18; L. M. Drago, *La Doctrina Drago* — *Colección de Documentos* (prés. S. Pérez Triana), Londres, Impr. Wertheimer, 1908, p. 115-127 et 205; A. N. Vivot, *La Doctrina Drago*, Buenos Aires, Edit. Coni Hermanos, 1911, p. 39-279; II^e Conférence de la paix, *Actes et discours de M. Ruy Barbosa*, La Haye, W. P. Van Stockum, 1907, p. 60-81, 116-126, 208-223 et 315-330; Ruy Barbosa, *Obras Completas*, vol. XXXIV (1907)-II: *A Segunda Conferência da Paz*, Rio de Janeiro, MEC, 1966, p. 65, 163, 252, 327 et 393-395; Ruy Barbosa, *Conceptos Modernos del Derecho Internacional*, Buenos Aires, Impr. Coni Hermanos, 1916, p. 28-29 et 47-49; Clovis Bevilacqua, *Direito Público Internacional* (A Synthese dos Principios e a Contribuição do Brazil), vol. I, Rio de Janeiro, Livr. Francisco Alves, 1910, p. 11-15, 21-26, 90-95, 179-180 et 239-240; Raul Fernandes, *Le principe de l'égalité juridique des Etats dans l'activité internationale de l'après-guerre*, Genève, Impr. A. Kundig, 1921, p. 18-22 et 33; J. M. Yepes, «La contribution de l'Amérique latine au développement du droit international public et privé», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye (RCADI)*, t. 32 (1930), p. 731-751; J. M. Yepes, «Les problèmes fondamentaux du droit des gens en Amérique», *RCADI*, t. 47 (1934), p. 8; Alejandro Alvarez, *Exposé de motifs et déclaration des grands principes du droit international moderne*, op. cit. supra note 40, p. 8-9, 13-23 et 51; C. Saavedra Lamas, *Por la Paz de las Américas*, Buenos Aires, M. Gleizer Ed., 1937, p. 69-70, 125-126 et 393; Alberto Ulloa, *Derecho Internacional Público*, vol. I, 2^e éd., Lima, Impr. Torres Aguirre, 1939, p. 4, 20-21, 29-30, 34, 60, 62 et 74; Alejandro Alvarez, *La Reconstrucción del Derecho de Gentes* — *El Nuevo Orden y la Renovación Social*, Santiago du Chili, Ed. Nascimento, 1944, p. 19-25 et 86-87; Ph. Azevedo, *A Justiça Internacional*, Rio de Janeiro, MRE, 1949, p. 24-26, et voir p. 9-10; J. C. Puig, *Les principes du droit international public américain*, Paris, Pedone, 1954, p. 39; H. Accioly, *Tratado de Direito Internacional Público*, 2^e éd., vol. I, Rio de Janeiro, IBGE, 1956, p. 32-40; Alejandro Alvarez, *El Nuevo Derecho Internacional en Sus Relaciones con la Vida Actual de los Pueblos*, Santiago, Edit. Jurídica de Chile, 1961, p. 155-157, 304 et 356-357; A. Gómez Robledo, *Meditación sobre la Justicia*, Mexico, Fondo de Cultura Económica, 1963, p. 9; R. Fernandes, *Nonagésimo Aniversário — Conferências e Trabalhos Esparsos*, vol. I, Rio de Janeiro, MRE, 1967, p. 174-175; A. A. Conil Paz, *Historia de la Doctrina Drago*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1975, p. 125-131; E. Jiménez de Aréchaga, «International Law in the Past Third of a Century», *RCADI*, t. 159 (1978), p. 87 et 111-113; L. A. Podestá Costa et J. M. Ruda, *Derecho Internacional Público*, 5^e éd. rev., vol. I, Buenos Aires, Tip. Ed. Argentina, 1979, p. 17-18 et 119-139; E. Jiménez de Aréchaga, *El Derecho Internacional Contemporáneo*, Madrid, Ed. Tecnos, 1980, p. 107-141; A. A. Cançado Trindade, *Principios do Direito Internacional Contemporâneo*, Brasília, Edit. University of Brasília, 1981, p. 1-102 et 244-248; Jorge Castañeda, *Obras Completas* — vol. I: *Naciones Unidas*, Mexico, SRE/El Colegio de México, 1995, p. 63-65, 113-125, 459, 509-510, 515, 527-543 et 565-586; [divers auteurs], *Andrés Bello y el Derecho* (colloque de Santiago du Chili, juillet 1981), Santiago, Edit. Jurídica de Chile, 1982, p. 41-49 et 63-76; D. Uribe Vargas, *La Paz es una Trégua — Solución Pacífica de Conflictos Internacionales*, 3^e éd., Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1999, p. 109; A. A. Cançado Trindade, *O Direito Internacional em um Mundo em Transformação*, Rio de Janeiro, Edit. Renovar, 2002, p. 91-140, 863-889 et 1039-1071.

law⁵⁸. Even those who confess to reason still in an inter-State dimension, concede that general principles of law, in the light of natural law (preceding historically positive law), touch on the origins and foundations of international law, guide the interpretation and application of its rules, and point towards its universal dimension; those principles being of a general character, there is no sharp demarcation line between those recognized in domestic law (*in foro domestico*) and those of international law proper⁵⁹.

VI. "GENERAL PRINCIPLES" OF INTERNATIONAL LAW: SCOPE OF APPLICATION *RATIONE MATERIAE*

48. There are, in fact, general principles of law proper to international law in general, and there are principles of law proper to some domains of international law, such as, *inter alia*, International Environmental Law. In our days, international tribunals are called upon to pronounce on cases, for the settlement of which they do need to have recourse to general principles of law, including those which are proper to certain domains of international law. This has often taken place, particularly in the recent case law of, e.g., the *ad hoc* International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (mainly period 1998-2005) and the Inter-American Court of Human Rights (mainly period 1997-2006).

49. It may well happen that an international tribunal of universal

⁵⁸ Lafayette Rodrigues Pereira, *Princípios de Direito Internacional*, Vols. I-II, Rio de Janeiro, J. Ribeiro dos Santos Ed., 1902-1903, pp. 1 *et seq.*; A. S. de Bustamante y Sirvén, *La II Conferencia de la Paz Reunida en La Haya en 1907*, Vol. II, Madrid, Libr. Gen. de v. Suárez, 1908, pp. 133, 137-141, 145-147, 157-159, and cf. also Vol. I, pp. 43, 80-81 and 96; Epitacio Pessoa, *Projecto de Código de Direito Internacional Público*, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1911, pp. 5-323; F.-J. Urrutia, "La codification du droit international en Amérique", 22 *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye (RCADI)* (1928), pp. 113, 116-117 and 162-163; G. Guerrero, *La codification du droit international*, Paris, Pedone, 1930, pp. 11, 13, 16, 152, 182 and 175; J.-M. Yepes, "La contribution de l'Amérique Latine au développement du droit international public et privé", 32 *RCADI* (1930), pp. 714-730 and 753-756; Alejandro Alvarez, "Méthodes de la codification du droit international public — Rapport", *Annuaire de l'Institut de droit international* (1947), pp. 38, 46-47, 50-51, 54, 64 and 69; J.-M. Yepes, *Del Congreso de Panama a la Conferencia de Caracas (1826-1954)*, Caracas, M.R.E., 1955, pp. 143, 177-178, 193 and 203-208; R. J. Alfaro, "The Rights and Duties of States", 97 *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye* (1959), pp. 138-139, 145-154, 159 and 167-172; G. E. do Nascimento e Silva, "A Codificação do Direito Internacional", 55/60 *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional* (1972-1974), pp. 83-84 and 103; R. P. Anand, "Sovereign Equality of States in International Law", 197 *RCADI* (1986), pp. 73-74; A. A. Cançado Trindade, "The Presence and Participation of Latin America at the II Hague Peace Conference of 1907", *Actualité de la Conférence de La Haye de 1907, II Conférence de la Paix* (Colloque du centenaire, 2007, ed. Yves Daudet), La Haye/Leiden, Académie de droit international de La Haye/Nijhoff, 2008, pp. 51-84.

⁵⁹ G. Herczegh, *General Principles of Law and the International Legal Order*, Budapest, Akadémiai Kiadó, 1969, pp. 9, 36, 42, 69, 90, 120 and 122.

fication de celui-ci⁵⁸. Même ceux qui admettent raisonner encore dans une perspective interétatique concèdent que les principes généraux de droit, à la lumière du droit naturel (historiquement antérieur au droit positif), touchent aux origines et aux fondements du droit international, éclairent l'interprétation et l'application de ses règles et révèlent sa dimension universelle; parce qu'ils revêtent un caractère général, il n'y a pas de démarcation nette entre ceux qui sont reconnus en droit interne (*in foro domestico*) et ceux qui relèvent du droit international proprement dit⁵⁹.

VI. CHAMP D'APPLICATION *RATIONE MATERIAE* DES «PRINCIPES GÉNÉRAUX» DU DROIT INTERNATIONAL

48. Il existe, en fait, des principes généraux de droit propres au droit international en général, et des principes de droit propres à certains domaines de celui-ci, comme le droit international de l'environnement. De nos jours, les juridictions internationales sont appelées à se prononcer sur des affaires qu'elles ne peuvent régler sans avoir recours aux principes généraux de droit, notamment à ceux qui sont propres à certains domaines du droit international. Tel a souvent été le cas, ainsi qu'il ressort en particulier, par exemple, de la jurisprudence récente du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (surtout celle des années 1998 à 2005) et de la Cour interaméricaine des droits de l'homme (période 1997-2006, principalement).

49. Une juridiction internationale dotée d'un champ d'action et d'une

⁵⁸ Lafayette Rodrigues Pereira, *Princípios de Direito Internacional*, vol. I-II, Rio de Janeiro, J. Ribeiro dos Santos Ed., 1902-1903, p. 1 et suiv. ; A. S. de Bustamante y Sirvén, *La II Conferencia de la Paz Reunida en La Haya en 1907*, vol. II, Madrid, Libr. Gen. de v. Suárez, 1908, p. 133, 137-141, 145-147, 157-159; voir aussi vol. I, p. 43, 80-81 et 96; Epitacio Pessôa, *Projecto de Código de Direito Internacional Público*, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1911, p. 5-323; F. J. Urrutia, «La codification du droit international en Amérique», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye (RCADI)*, t. 22 (1928), p. 113, 116-117 et 162-163; G. Guerrero, *La codification du droit international*, Paris, Pedone, 1930, p. 11, 13, 16, 152, 182 et 175; J. M. Yepes, «La contribution de l'Amérique latine au développement du droit international public et privé», *RCADI*, t. 32 (1930), p. 714-730 et 753-756; Alejandro Alvarez, «Méthodes de la codification du droit international public — Rapport», *Annuaire de l'Institut de droit international* (1947), p. 38, 46-47, 50-51, 54, 64 et 69; J. M. Yepes, *Del Congreso de Panama a la Conferencia de Caracas (1826-1954)*, Caracas, MRE, 1955, p. 143, 177-178, 193 et 203-208; R. J. Alfaro, «The Rights and Duties of States», *RCADI*, t. 97 (1959), p. 138-139, 145-154, 159 et 167-172; G. E. do Nascimento e Silva, «A Codificação do Direito Internacional», *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, vol. 55/60 (1972-1974), p. 83-84 et 103; R. P. Anand, «Sovereign Equality of States in International Law», *RCADI*, t. 197 (1986), p. 73-74; A. A. Cançado Trindade, «The Presence and Participation of Latin America at the II Hague Peace Conference of 1907», *Actualité de la Conférence de La Haye de 1907, II^e Conférence de la paix* (colloque du centenaire, 2007 — Yves Daudet, dir. publ.), La Haye/Leyde, Académie de droit international de La Haye/Nijhoff, 2008, p. 51-84.

⁵⁹ G. Herczegh, *General Principles of Law and the International Legal Order*, Budapest, Akadémiai Kiadó, 1969, p. 9, 36, 42, 69, 90, 120 et 122.

scope and vocation, such as the International Court of Justice, in pronouncing on cases brought into its cognizance, makes recourse to general principles of law to settle the cases at issue without elaborating further on such principles. This has often happened in its practice (cf. *supra*). The ICJ is entirely free to do so. Yet, this corresponds to one particular conception of the exercise of the international judicial function, which is not the only one which exists.

50. It is my view that it is perfectly warranted, and necessary, for the ICJ to dwell upon the principles it resorts to, and to elaborate on them, particularly when such principles play an important role in the settlement of the disputes at issue, and when these latter pertain to domains of international law which are undergoing a remarkable process of evolution in time. This is precisely the case of the present dispute concerning the *Pulp Mills*, and of the evolving International Environmental Law in our times, there being, in my view, no apparent reason for the Court not to elaborate on the applicable principles.

51. There have been occasions, in other contexts, as already seen, wherein the ICJ paid due regard to general principles, and pointed this out (cf. *supra*). It is thus all too proper, at this stage, first, to move on to the consideration of the general principles of International Environmental Law that have application in the present case of the *Pulp Mills*, and, secondly, to turn, then, to the acknowledgement by *both* contending Parties, Argentina and Uruguay, of those principles (in particular the principles of prevention and of precaution) throughout the proceedings of the *cas d'espèce*.

VII. GENERAL PRINCIPLES OF INTERNATIONAL ENVIRONMENTAL LAW

52. General principles of law emanate, in my perception, from human conscience, from the universal juridical conscience, which I regard as the ultimate material "source" of all law. A clear illustration is provided by the gradual acknowledgment, in the last decades, of the principles proper to a domain like that of International Environmental Law (cf. *infra*) — such as those of prevention and of precaution — as consciousness has emerged of the pressing need to secure the protection of the environment, given its vulnerability, the risks surrounding everyone, and the harmful consequences of irreparable damages caused to it. The awakening of such consciousness has accounted for the assertion of those principles. This turns my attention to the scope of application of these latter.

53. I find it necessary to develop these reflections in the present separate opinion, as, in its Judgment in the present case of the *Pulp Mills*, the Court did not elaborate on the general principles of International Environmental Law. I would have surely preferred that the Court had done

vocation universels telle que la Cour internationale de Justice peut fort bien, pour régler les affaires portées devant elle, se servir des principes généraux de droit sans en faire l'exégèse. Telle a souvent été la pratique de la Cour (voir *supra*), et il est tout à fait loisible à la Cour d'agir ainsi. Cela traduit toutefois une conception particulière de l'exercice de la fonction judiciaire internationale, qui n'est pas la seule possible.

50. Il me semble parfaitement justifié et même nécessaire, pour la Cour, de s'arrêter sur les principes dont elle se sert, et de les expliciter, en particulier lorsqu'ils jouent un rôle important dans le règlement du différend en cause, et lorsque celui-ci relève de domaines du droit international qui connaissent une évolution remarquable au fil du temps. Tel est précisément le cas du présent différend relatif aux *Usines de pâte à papier*, et du droit international de l'environnement des temps modernes, qui est en plein essor, d'autant plus qu'il ne semblait exister aucun obstacle à ce que la Cour en dise davantage sur les principes applicables.

51. En d'autres occasions, dans d'autres contextes que j'ai déjà évoqués, la Cour a dûment tenu compte des principes généraux et l'a souligné (voir *supra*). Il est donc grand temps, à ce stade, de passer à l'examen des principes généraux du droit international de l'environnement qui sont applicables dans la présente affaire des *Usines de pâte à papier*, pour examiner ensuite la manière dont les *deux* Parties en litige, l'Argentine et l'Uruguay, ont reconnu ces principes (en particulier les principes de prévention et de précaution) tout au long de la présente procédure.

VII. LES PRINCIPES GÉNÉRAUX DU DROIT INTERNATIONAL DE L'ENVIRONNEMENT

52. A mon sens, les principes généraux de droit émanent de la conscience humaine, de la conscience juridique universelle, qui constitue pour moi la «source» matérielle ultime de tout droit. La preuve en est qu'ont été progressivement reconnus, ces dernières décennies, les principes propres à un domaine comme celui du droit international de l'environnement (voir *infra*) — tels ceux de prévention et de précaution —, l'homme ayant pris conscience de la nécessité urgente de protéger l'environnement, compte tenu de la vulnérabilité de celui-ci, des risques pesant sur chacun et des conséquences néfastes des dommages irréparables pouvant être infligés au milieu. C'est cette prise de conscience qui explique l'affirmation des principes en question, dont je vais maintenant examiner le champ d'application.

53. Il me paraît nécessaire de développer ces réflexions ici puisque, dans l'arrêt qu'elle a rendu dans la présente affaire des *Usines de pâte à papier*, la Cour n'a pas été très disert sur les principes généraux du droit international de l'environnement. J'aurais assurément préféré qu'elle le

so, as, to my perception, this is what was generally expected from it. Had it done so, as I think it should, it would have contributed to the progressive development of international law in the present domain of the international protection of the environment. In fact, the contending Parties themselves had seen it fit to invoke those general principles, in a distinct way, but *both of them* significantly did invoke them, in their respective arguments put before the Court. Before summarizing the approaches of the contending Parties to those principles, may I briefly review them, in particular the preventive and precautionary principles, followed by that of sustainable development, in addition to inter-generational equity.

1. Principle of Prevention

54. With the gradual awakening, during the 1960s, half a century ago, of human conscience to the pressing need to secure the protection of the environment, International Environmental Law — as we know it today — began to take shape. Attention was promptly turned to the identification of the general principles to orient or guide the newly-emerging *corpus juris*. The *célèbres* United Nations Conferences of Stockholm (1972) and of Rio de Janeiro (1992) became milestones in this evolution. At the time of the former, early doctrinal endeavours had already identified the long-term temporal dimension, and the *principle of prevention*, as proper to the discipline.

55. That principle was articulated in relation to damage and in face of scientific certainty as to its occurrence; yet, it was conceded that prevention could be exercised in distinct ways, according to the nature of the source of pollution⁶⁰. Another landmark in these early endeavours was the 1982 United Nations World Charter for Nature (adopted by General Assembly resolution 37/7, of 28 October 1982) — with its great effort in the identification of principles — wherefrom the conception was propounded that

“mankind is a part of nature, civilization is rooted in nature, every form of life is unique, warranting respect, regardless of its worth to man. (. . .) Since man can alter nature and exhaust natural resources, he must maintain the stability and quality of nature and conserve natural resources. It is accordingly necessary to maintain essential ecological processes and life support systems, and the diversity of life forms. The very survival of the economic, social and political framework of civilization, and ultimately the maintenance of peace,

⁶⁰ A.-Ch. Kiss, *Droit international de l'environnement*, Paris, Pedone, 1989, p. 202.

soit, car il me semble que c'est ce qui était généralement attendu d'elle. Si elle l'avait été, comme je pense qu'elle aurait dû l'être, elle aurait contribué au développement progressif du droit international dans le domaine qui nous intéresse ici, à savoir celui de la protection internationale de l'environnement. En fait, les Parties en litige ont elles-mêmes estimé nécessaire d'invoquer ces principes généraux, certes chacune à sa propre manière, mais l'important est qu'elles les ont *toutes deux* invoqués lorsqu'elles ont défendu leurs positions devant la Cour. Avant de résumer comment chacune d'elles conçoit ces principes, qu'il me soit permis de faire un bref retour sur ces derniers, en particulier sur les principes de prévention et de précaution, puis sur celui du développement durable et, enfin, sur la notion d'équité intergénérationnelle.

1. Le principe de prévention

54. A mesure que l'homme prenait conscience, au fil des années 1960, il y a un demi-siècle, de la nécessité urgente de protéger l'environnement, le droit international de l'environnement — tel que nous l'entendons aujourd'hui — commença à prendre forme. L'on s'attela promptement à l'identification des principes généraux susceptibles d'orienter ou de guider la création du nouveau *corpus juris*. Les célèbres conférences des Nations Unies tenues à Stockholm (1972) et Rio de Janeiro (1992) furent des étapes marquantes de cette évolution. A l'époque de la conférence de Stockholm, certains auteurs avaient déjà dégagé deux notions propres à cette discipline, à savoir sa dimension temporelle à long terme et le *principe de prévention*.

55. Ce principe fut exprimé en termes de dommage et compte tenu de la certitude scientifique de la survenance de celui-ci; il fut cependant reconnu que la prévention pouvait être exercée de différentes manières, selon la nature de la source de la pollution⁶⁰. Un autre événement charnière, à l'aube de cette discipline, fut l'adoption de la Charte mondiale de la nature de 1982 (adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa résolution 37/7, en date du 28 octobre 1982) — qui contribua beaucoup à l'identification des principes applicables —, donnant lieu aux réflexions suivantes:

«l'humanité fait partie elle-même de la nature, la civilisation a ses racines dans la nature, toute forme de vie est unique et mérite d'être respectée quelle que soit son utilité pour l'homme. Comme l'homme peut transformer la nature et épuiser ses ressources, il doit maintenir l'équilibre et la qualité de la nature et conserver les ressources naturelles. Il est donc nécessaire de maintenir les processus écologiques et des systèmes essentiels à la subsistance, ainsi que la diversité de formes organiques. La survie même des structures économiques, sociales et

⁶⁰ A.-Ch. Kiss, *Droit international de l'environnement*, Paris, Pedone, 1989, p. 202.

depend on the conservation of the natural world and its resources.”⁶¹ [*Translation by the Registry.*]

56. Although International Environmental Law, guided by principles proper to its own domain, such as that of prevention, has emerged and developed only in the last half-century, the awareness of the need to secure the harmony between man and nature is deep-rooted in human thinking, going back in time centuries ago. Thus, the unfinished dialogue *Critias*, of Plato — who lived approximately between 427-347 BC — written shortly after *Timaeus*⁶², contains descriptions of an island (associated with the island of Atlantis) which ranked among the most fertile in the world, before having been devastated by many deluges and having disappeared in the deep sea.

57. One of the four persons in the dialogue, Critias himself, describes the harmony between man and nature, the care peasants and artisans (clearly apart from warriors) had with their rich and beautiful lands (110c-111c, 111d-112d), their rivers and lakes and forests and plains, which provided them the means to survive (food, water, and the quality of the ambiance (114e-115e) before degeneration took place. Critias’s description sounds like a warning to the need of sustaining peacefully that natural beauty and the harmony between man and nature, and a warning against the surrounding threats and dangers.

58. For his part, Aristotle (384-322 BC), in his *Politics* (Book I), pondered that the *modus vivendi* of men is intertwined with nature, which provides them a living from the cultivated fruits of the soil (1256a23-1256b9), and which furnishes food to all those who were born (1258a34-36). In sum, already in his times, Aristotle believed that the fate of men and of their surroundings, — of nature itself — were inseparable. Over the centuries, the ineluctable relationship between man and nature did not pass unnoticed; it captured the attention, not of lawyers, but of thinkers, poets and philosophers. As lucidly narrated by the learned historian Jacob Burckhardt,

“From the time of Homer downwards, the powerful impression made by nature upon man is shown by countless verses and chance expressions. . . . By the year 1200, at the height of the Middle Ages, a genuine, hearty enjoyment of the external world was again in existence, and found lively expression in the minstrelsy of different nations, which gives evidence of the sympathy felt with all the simple phenomena of nature . . . The unmistakable proofs of a deepening effect of nature on the human spirit begin with Dante. Not only does he awaken in us by a few vigorous lines the sense of the morning air

⁶¹ A.-Ch. Kiss, *Droit international de l’environnement*, *op.cit. supra* note 60, p. 43, and cf. pp. 39 and 60.

⁶² The two dialogues, *Timaeus* and the fragmentary *Critias*, belong to the later years of Plato’s life.

politiques de la civilisation et en dernière analyse la sauvegarde de la paix dépendent de la conservation de la nature et de ses ressources.»⁶¹

56. Bien que le droit international de l'environnement, fondé sur des principes propres à son domaine comme le principe de prévention, n'ait vu le jour et ne se soit développé qu'au cours des cinquante dernières années, la nécessité d'une harmonie entre l'homme et la nature est profondément ancrée dans la conscience humaine depuis des siècles. Ainsi, dans *Critias*, dialogue inachevé écrit peu après *Timée*⁶², Platon — qui vécut vers les années 427-347 av. J.-C. — évoque une île (qu'on associe à l'Atlantide) qui comptait parmi les plus fertiles au monde avant d'être dévastée par une longue série de déluges et engloutie par les flots.

57. L'un des quatre protagonistes de ce dialogue, Critias lui-même, décrit l'harmonie que l'homme et la nature, les laboureurs et les artisans (clairement distingués des guerriers) entretenaient avec leurs belles terres prospères (110c-111c, 111d-112d), leurs cours d'eau, leurs lacs, leurs forêts et leurs plaines, qui leur procuraient leurs moyens d'existence (nourriture, eau, et qualité de l'environnement — 114e-115e), avant que la situation ne se dégrade. Le récit de Critias ressemble à une mise en garde, nous rappelant combien il est nécessaire de préserver de manière pacifique la beauté de la nature et l'harmonie entre l'homme et la nature, et de parer aux menaces et aux périls qui nous entourent.

58. Dans sa *Politique* (livre I), Aristote (384-322 av. J.-C.) remarquait à son tour que le mode de vie de l'homme était associé à la nature, dont il tire sa subsistance grâce au produit de la culture de la terre (1256a23-1256b9) et qui nourrit tous ceux qui sont nés (1258a34-36). En somme, Aristote pensait, déjà à son époque, que le sort de l'homme et celui de son environnement — de la nature elle-même — étaient inséparables. Au cours des siècles, cette relation inéluctable entre l'homme et la nature n'est pas passée inaperçue; elle a retenu l'attention, sinon des juristes, du moins des penseurs, poètes et philosophes. Comme l'a clairement expliqué l'éminent historien Jacob Burckhardt,

«[d]epuis Homère on trouve une foule de mots et de vers qui attestent la profonde impression que la nature faisait sur les Grecs et les Romains... En plein moyen âge, vers 1200, l'amour naïf de la nature extérieure reparaît; on le reconnaît chez les chantres d'amour des différentes nations. Ils s'intéressent on ne peut plus vivement aux choses les plus simples... C'est Dante qui donne les premières preuves sérieuses de l'impression profonde que peut faire naître la vue d'un beau site, d'un paysage grandiose. Non seulement il peint d'une manière vivante, en quelques traits, le réveil de la nature au matin et

⁶¹ A.-Ch. Kiss, *Droit international de l'environnement*, op. cit. supra note 60, p. 43; voir aussi p. 39 et 60.

⁶² Platon a rédigé ces deux dialogues, *Timée* et l'inachevé *Critias*, à la fin de sa vie.

and the trembling light on the distant ocean, or of the grandeur of the storm-beaten forest, but he makes the ascent of lofty peaks, with the only possible object of enjoying the view – the first man, perhaps, since the days of antiquity who did so.”⁶³

59. With the advent of the age of International Environmental Law in the second half of the 20th century (from the 1960s onwards), already by the early 1970s the principle of prevention was acknowledged, so as to avoid environmental harm *in genere*, and to prohibit transfrontier environmental harm in particular; the principle of prevention found expression in Principle 21 of the 1972 Stockholm Declaration, and Principle 2 of the 1992 Rio Declaration, and provided support to the general obligations of information, notification and consultation (as foreseen in Principle 19 of the 1992 Rio Declaration)⁶⁴.

60. One decade earlier, the principle of prevention permeated the World Charter for Nature, adopted by the United Nations General Assembly, on 28 October 1982. And half a decade after the Rio Declaration, the 1997 United Nations Convention on the Law of Non-Navigational Uses of International Watercourses, in the same line of thinking, provided that “[w]atercourse States shall, in utilizing an international watercourse in their territories, take all appropriate measures to prevent the causing of significant harm to other watercourse States” (Article 7 (1)). Yet, prevention alone was to prove insufficient for the guidance and development of this domain of international law, turned to environmental protection.

61. As human conscience became gradually aware of the continuing vulnerability of human beings and the environment in face of persisting risks, and of insufficiencies of scientific knowledge to avoid threats and dangers likely to take place, the *precautionary principle* began to flourish, from the late 1980s onwards. It was, however, not to replace prevention, but to add a new dimension to it; as it will be seen later, a series of International Environmental Law instruments were to capture the *rationale* of the principle of prevention and the precautionary principle *together* (cf. *infra*).

2. Precautionary Principle

62. We have before us two key elements which account for this evolution, namely, the awareness of the existence or persistence of *risks*, and the awareness of *scientific uncertainties* surrounding the issue at stake.

⁶³ J. Burckhardt, *The Civilization of the Renaissance in Italy*, New York, Barnes & Noble Books, 1992, pp. 178-179.

⁶⁴ J. Juste Ruiz, *Derecho Internacional del Medio Ambiente*, Madrid, McGraw-Hill, 1999, pp. 72-73.

la lumière tremblotante qui se joue au loin sur la mer doucement agitée, la tempête dans la forêt, etc., mais encore il gravit de hautes montagnes dans l'unique but de jouir d'une belle vue et d'embrasser un vaste horizon ; il est peut-être, depuis l'antiquité, un des premiers qui aient fait cela.»⁶³

59. A la faveur de l'avènement de l'ère du droit international de l'environnement au cours de la seconde moitié du XX^e siècle (à partir des années 1960), le principe de prévention, qui consiste à éviter tout dommage à l'environnement en général et à interdire les dommages transfrontières à l'environnement en particulier, fut reconnu dès le début des années 1970. Il a trouvé son expression dans le principe 21 de la déclaration de Stockholm de 1972 et dans le principe 2 de la déclaration de Rio de 1992, et a constitué le fondement des obligations générales d'information, de notification et de consultation (comme le prévoyait le principe 19 de la déclaration de Rio de 1992)⁶⁴.

60. Une décennie plus tôt, le principe de prévention était omniprésent dans la Charte mondiale de la nature, adoptée le 28 octobre 1982 par l'Assemblée générale des Nations Unies, et, une demi-décennie après la déclaration de Rio, la convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, adoptée par l'Organisation des Nations Unies en 1997, disposait, dans le même ordre d'idées, que, «[l]orsqu'ils utilisent un cours d'eau international sur leur territoire, les Etats du cours d'eau prennent toutes les mesures appropriées pour ne pas causer de dommages significatifs aux autres Etats du cours d'eau» (art. 7, par. 1). Pourtant, la prévention à elle seule devait s'avérer insuffisante pour orienter et développer la branche du droit international tournée vers la protection de l'environnement.

61. L'homme prenant progressivement conscience de sa vulnérabilité permanente et de celle de l'environnement face à des risques persistants, ainsi que de l'insuffisance des connaissances scientifiques pour éviter les menaces et les dangers susceptibles de survenir, le *principe de précaution* commença à se développer à partir de la fin des années 1980. Il ne devait cependant pas remplacer le principe de prévention, mais y ajouter une nouvelle dimension ; comme on le verra ultérieurement, une série d'instruments de droit international de l'environnement allaient intégrer la logique de ces deux principes *réunis* (voir *infra*).

2. Le principe de précaution

62. Deux éléments principaux expliquent cette évolution, à savoir la conscience de l'existence ou de la persistance de *risques*, et la conscience de l'*incertitude scientifique* relative au problème concerné. Ces deux élé-

⁶³ J. Burckhardt, *La civilisation en Italie au temps de la Renaissance*, Plon-Nourrit, 1906, t. 2, p. 16-18.

⁶⁴ J. Juste Ruiz, *Derecho Internacional del Medio Ambiente*, Madrid, McGraw-Hill, 1999, p. 72-73.

These two elements have occupied a central position in the configuration of the *precautionary principle*. In the light of the principle of prevention, one is facing threat or dangers to the environment, whilst in the light of the precautionary principle, one is rather before likely of potential threats and dangers to the environment. In these distinct circumstances, both principles are intended to guide or orient initiatives to avoid harm or probable harm to the environment.

63. Over the years, the precautionary principle has been emerging also in consideration of contentious cases lodged with this Court, in the form of invocations to it by the contending parties in the course of international legal proceedings. Thus, in the (second) *Nuclear Tests* case (underground testing, *New Zealand v. France*), the Court was faced (in the proceedings concerning its Order of 22 September 1995) with New Zealand's contention that, under conventional and customary international law, there was an obligation to conduct an environmental impact assessment before carrying out nuclear tests, and an obligation to provide prior evidence that planned nuclear tests

“will not result in the introduction of such material to [the] environment, in accordance with the ‘precautionary principle’ very widely accepted in contemporary international law” (*I.C.J. Reports 1995*, p. 290, para. 5).

In any circumstances — New Zealand insisted — the “precautionary principle” required an environmental impact assessment “as a precondition for undertaking the activities, and to demonstrate that there was no risk associated with them” (*ibid.*, p. 298, para. 35).

64. More than two decades earlier, in the (first) *Nuclear Tests* case (atmospheric testing, *Australia and New Zealand v. France*), in an oral argument before the ICJ, of 24 May 1973, advanced in a language which seemed ahead of its time, counsel for New Zealand began by warning that the intensification of nuclear weapons testing in the 1950s presented “the dangers of radio-active fall-out to the health of present and future generations”, accompanied by a growing awareness of the “grave threat” that the continuation of such a situation raised “ultimately to the very survival of mankind”⁶⁵. He then invoked the “danger to mankind” and the need “to minimize the risk to health”, the need of protection of “the peoples of the area”, mankind’s hope to secure its own welfare, the growth of “a regional consciousness” of the surrounding risk and of the health hazards affecting “the whole population” and the “rights of peoples”⁶⁶, and added that “an activity that is inherently harmful

⁶⁵ *I.C.J. Pleadings, Nuclear Tests (Australia v. France)*, Vol. II (1973), p. 103.

⁶⁶ *Ibid.*, pp. 104, 106-107 and 110-111.

ments ont occupé une position centrale dans la configuration du *principe de précaution*. Le principe de prévention amène à considérer les menaces ou dangers pour l'environnement, tandis que, avec le principe de précaution, ce sont les menaces ou dangers pour l'environnement probables ou potentiels que l'on envisage. Dans ces circonstances distinctes, les deux principes ont pour objectif de guider et d'orienter les initiatives afin d'éviter tout dommage, ou tout dommage probable, à l'environnement.

63. Au fil des ans, le principe de précaution est également apparu dans les affaires contentieuses portées devant la Cour pour avoir été invoqué devant celle-ci par les parties à l'instance. Ainsi, dans la (seconde) affaire des *Essais nucléaires* (essais souterrains, *Nouvelle-Zélande c. France*), la Cour fut amenée (dans le cadre de la procédure relative à son ordonnance du 22 septembre 1995) à statuer sur l'allégation de la Nouvelle-Zélande selon laquelle, en vertu du droit international conventionnel et coutumier, il existait une obligation d'effectuer une évaluation de l'impact sur l'environnement avant de procéder à des essais nucléaires, ainsi qu'une obligation d'apporter, avant la réalisation des essais nucléaires prévus, la preuve

«qu'ils n'aur[ai]ent pas pour effet d'introduire de telles matières dans ce milieu, conformément au «principe de précaution» très largement accepté dans le droit international contemporain» (*C.I.J. Recueil 1995*, p. 290, par. 5).

En tout état de cause — insistait la Nouvelle-Zélande — le «principe de précaution» obligeait à procéder à une étude d'impact sur l'environnement «avant d'entreprendre les activités en question, ainsi [qu'à] démontrer qu'il n'existait aucun risque lié auxdites activités» (*ibid.*, p. 298, par. 35).

64. Plus de deux décennies auparavant, dans la (première) affaire des *Essais nucléaires* (essais atmosphériques, *Australie et Nouvelle-Zélande c. France*), le conseil de la Nouvelle-Zélande, dans un langage qui semblait en avance sur son époque, ouvrit sa plaidoirie du 24 mai 1973 en avertissant la Cour que l'intensification des essais nucléaires dans les années 1950 présentait «un danger de retombées radioactives pour la santé des générations actuelles et futures» et en faisant état de la prise de conscience croissante de la «sérieuse menace» que la poursuite d'une telle situation faisait peser «à terme sur la survie même de l'humanité»⁶⁵. Invoquant ensuite le «danger pour l'humanité», la nécessité «de minimiser les risques sanitaires» et de protéger «les populations de la région», l'espoir de l'humanité d'assurer son propre bien-être, la «prise de conscience [croissante], au niveau régional» du risque environnant et des risques sanitaires pour «l'ensemble de la population» et les «droits des peuples»⁶⁶, il ajouta qu'«une activité dangereuse de manière inhérente ne

⁶⁵ *C.I.J. Mémoires, Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*, vol. II (1973), p. 103.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 104, 106-107 et 110-111.

is not made acceptable even by the most stringent precautionary measures”⁶⁷.

65. The use of this language in an argument before the Court, as early as 1973, seems to have passed unnoticed even in contemporary expert writing on the subject. Yet, with foresight, it reveals the importance of the awakening of conscience as to the need to resort to precaution, beyond prevention. Finally, in the same statement, counsel for New Zealand, recalling the (then) recently adopted final document of the Stockholm United Nations Conference on the Human Environment (with emphasis on Principle 21), laid emphasis on the “heightened sense of international responsibility for environmental policies”, and asserted the existence of “a moral duty” to the “benefit of all mankind”, to be complied with, so as to “meet the requirements of natural justice”⁶⁸.

66. In the more recent *Gabčíkovo-Nagymaros Project case (Hungary/Slovakia)*, the ICJ took note of Hungary’s invocation of the “precautionary principle” (*Judgment, I.C.J. Reports 1997*, p. 62, para. 97), and recognized that “both Parties agree on the need to take environmental concerns seriously and to take the required precautionary measures, but they fundamentally disagree on the consequences this has for the joint Project” (*ibid.*, p. 68, para. 113). The ICJ unfortunately refrained from acknowledging the precautionary principle as such, and from elaborating on the legal implications ensuing therefrom.

67. The Court had a unique opportunity to do so, in the present case of the *Pulp Mills*, when *both* contending Parties, Uruguay and Argentina, expressly referred to both the preventive principle and the precautionary principle. Yet, the Court, once again, preferred to guard silence on this relevant point. It escapes my comprehension why the ICJ has so far had so much precaution with the precautionary principle. I regret to find that, since 1973, the Court has not displayed more sensitiveness to the invocation of precaution before it, when it comes to protecting human beings and their environment, even well before the corresponding precautionary principle began to take shape in contemporary International Environmental Law.

68. Yet, this latter has indeed taken shape, in our days, moved above all by human conscience, the universal juridical conscience, which is, in my view — may I reiterate — the ultimate material “source” of all law, and of the new *jus gentium* of our times. Be that as it may, the fact that the Court has not expressly acknowledged the existence of this general principle of International Environmental Law does not mean that it does not exist. There is nowadays an abundant literature on it — which is not

⁶⁷ *I.C.J. Pleadings, Nuclear Tests (Australia v. France)*, Vol. II (1973), p. 108.

⁶⁸ *Ibid.*, pp. 113-114.

peut être rendue acceptable même par les mesures de précaution les plus draconiennes»⁶⁷.

65. Le recours à un tel langage dès 1973 dans une plaidoirie présentée devant la Cour semble être passé inaperçu même dans la doctrine contemporaine sur le sujet. Pourtant il révèle avec anticipation l'importance de l'éveil des consciences quant au besoin de recourir, au-delà de la prévention, à la précaution. Enfin, lors de la même plaidoirie, le conseil de la Nouvelle-Zélande, rappelant le document final alors récemment adopté à Stockholm par la conférence des Nations Unies sur l'environnement (en insistant sur le principe 21), souligna «le renforcement du sentiment de responsabilité internationale au titre des politiques environnementales» et affirma qu'il existait «un devoir moral» au «profit de l'humanité tout entière» qu'il convenait de respecter afin de «répondre aux exigences de la justice naturelle»⁶⁸.

66. Plus récemment, dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagy-maros (Hongrie/Slovaquie)*, la Cour releva que la Hongrie avait invoqué le «principe de précaution» (*arrêt, C.I.J. Recueil 1997*, p. 62, par. 97) et reconnu que «les Parties s'accord[ai]ent sur la nécessité de se soucier sérieusement de l'environnement et de prendre les mesures de précaution qui s'impos[ai]ent, mais [qu']elles [étaient] fondamentalement en désaccord sur les conséquences qui en découla[ai]ent pour le projet conjoint» (*ibid.*, p. 68, par. 113). Malheureusement, la Cour s'abstint de reconnaître le principe de précaution en tant que tel et de préciser les implications juridiques qui en découlaient.

67. La Cour avait une occasion unique de le faire en la présente affaire des *Usines de pâte à papier* car les deux Parties, l'Uruguay et l'Argentine, se sont expressément référées au principe de prévention et au principe de précaution. Pourtant, elle a une fois de plus préféré garder le silence sur ce point pertinent. Je ne saisis pas pourquoi la CIJ a jusqu'à présent pris tant de précautions avec le principe de précaution et je déplore que, depuis 1973, la Cour ne se soit pas montrée plus sensible à l'invocation de la précaution par les parties lorsqu'il s'agissait de protéger l'homme et son environnement, même bien avant que le principe de précaution correspondant ne commençât à prendre forme en droit international de l'environnement.

68. Cependant, ce principe a effectivement pris forme de nos jours, principalement sous l'effet de la conscience humaine, la conscience juridique universelle qui, à mon sens — je le répète —, est la «source» essentielle ultime de tout droit ainsi que du *jus gentium* de notre époque. Quoi qu'il en soit, le fait que la Cour n'ait pas expressément reconnu l'existence de ce principe général du droit international de l'environnement ne signifie pas qu'il n'existe pas. Il existe de nos jours une doctrine abondante à

⁶⁷ C.I.J. *Mémoires, Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*, vol. II (1973), p. 108.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 113-114.

my intention to review in this separate opinion — but, irrespective of that, one can hardly escape acknowledging the relevance of the consideration of at least its constitutive elements, as I proceed to do now.

(a) *Risks*

69. The last decades have indeed witnessed a growing awareness of the vulnerability of human beings and of the environment, requiring care and due diligence in face of surrounding risks, incurred by man himself. That vulnerability has led to the acknowledgement of the need to take initiatives and decisions, even without a thorough knowledge of the relevant factors in a given situation, so as to protect human life and the environment. Prevention envisaged risks, but assumed they were certain. Precaution thus emerged, as an ineluctable principle, to face also uncertain risks, given the uncertainties of life itself, and the intuition of surrounding death.

70. This development had to do not only with the inescapable limitations of human knowledge, but also, beyond that, with human fallibility, and — one has to admit it — with human wickedness. Looking back in anger⁶⁹, we realize how the recent advances in specialized scientific knowledge have led not only to remarkable achievements, but also to devastating catastrophes, to the detriment of humankind and the environment, as illustrated by the arms race, for example. The twentieth century has witnessed an unprecedented growth in scientific knowledge and technology, accompanied tragically by an also unprecedented display of cruelty and destruction.

71. For the first time in human history, human beings became aware that they had acquired the capability to destroy the whole of humankind. In so far as the environment is concerned, the emergence of the precautionary principle brought about the requirement to undertake complete environmental impact assessments, and the obligations of notification and of sharing information with the local population (and, in extreme cases, even with the international community). Moreover, the reckoned need of consideration of alternative courses of action, in face of probable threats or dangers, also contributes to give expression to the precautionary principle, amidst the recognition of the limitations in scientific knowledge on ecosystems.

72. While the principle of prevention (*supra*) assumed that risks could be objectively assessed so as to avoid damage, the precautionary principle

⁶⁹ To paraphrase the title of the renowned theatrical play by the dramatist John Osborne.

ce sujet — que je n'entends pas passer en revue dans le cadre de la présente opinion individuelle — mais, en dehors de cela, on ne peut guère éviter de reconnaître qu'il est pertinent d'en considérer au moins les éléments constitutifs, comme je vais le faire maintenant.

a) *Les risques*

69. Ces dernières décennies ont en effet vu se développer une prise de conscience croissante de la vulnérabilité de l'homme et de son environnement et de la nécessité de faire dès lors preuve de vigilance et de diligence face aux risques créés par l'homme lui-même. On en est ainsi venu à reconnaître qu'il fallait prendre des initiatives et des décisions, même si les facteurs pertinents dans une situation donnée étaient mal connus, afin de protéger la vie humaine et l'environnement. La prévention envisageait les risques, mais en les présumant certains; c'est ainsi qu'est apparue la précaution, comme un principe inéluctable, pour faire également face aux risques incertains, à l'image de l'incertitude de la vie elle-même et sous l'impulsion de l'intuition d'une mort omniprésente.

70. Cette évolution a dû se faire non seulement malgré les inévitables limites de la connaissance humaine, mais également en dépit de la faillibilité et — il faut bien l'admettre — de la méchanceté humaines. Contemplant le chemin parcouru avec amertume⁶⁹, nous réalisons que les récentes avancées de la connaissance scientifique spécialisée ont conduit non seulement à des progrès remarquables, mais également à des catastrophes dévastatrices, au détriment de l'humanité et de l'environnement, comme l'illustre par exemple la course aux armements. Le XX^e siècle a été témoin d'un progrès sans précédent des connaissances et des techniques scientifiques, qui s'est tragiquement accompagné d'un déploiement de cruauté et de destructions tout aussi inédit.

71. Pour la première fois de son histoire, l'homme prit conscience qu'il avait acquis la capacité de détruire l'humanité tout entière. S'agissant de l'environnement, l'apparition du principe de précaution s'est traduite par les obligations d'entreprendre une évaluation exhaustive de l'impact sur l'environnement, de procéder à des notifications et d'échanger des informations avec la population locale (et, dans les cas extrêmes, même avec la communauté internationale). Par ailleurs, dans le contexte de la reconnaissance des limites de la connaissance scientifique en matière d'écosystèmes, le fait qu'on estime nécessaire d'envisager des mesures alternatives face à des menaces ou des dangers probables contribue également à l'expression du principe de précaution.

72. Tandis que le principe de prévention (*supra*) reposait sur l'hypothèse selon laquelle les risques peuvent être objectivement évalués, en vue

⁶⁹ Dans la version anglaise de son opinion, le juge Cançado Trindade fait ici allusion au titre de la pièce de John Osborne «Look back in Anger». Cette pièce ayant été adaptée en français sous le titre «La paix du dimanche», il n'est pas possible de reproduire cette allusion dans la traduction française de l'opinion.

arose, to face with anticipation, probable threats, surrounded by uncertainties; risks were to be reasonably assessed. In addition, the precautionary principle went beyond the logic — or lack of it — of the *homo oeconomicus* (of attributing an economic value to everything), as environmental goods are not mere commodities, and risks cannot be assessed by means of cost-benefit techniques only⁷⁰.

73. In considering the element of probable *risk*, proper to the precautionary principle, I have so far detected two related aspects, namely, the growing awareness of the vulnerability of human beings and the environment, and the recognition of the need to take precautionary action, prompted by the probability of irreversible environmental harm. The growth of scientific knowledge came to be appreciated with the awareness of human fallibility. Such aspects were kept in mind in the formulation of the precautionary principle, as asserted in the landmark 1992 Rio de Janeiro Declaration on Environment and Development (Principle 15), in face of the probability of harm. The States' duty to counter environmental hazards was at last reckoned.

(b) *Scientific uncertainties*

74. The element of *risks* has been ineluctably linked to the other element of *scientific uncertainties*. In order to approach this latter, in my view four other aspects are to be considered, in addition to that of the aforementioned knowledge and awareness of human fallibility, namely: (a) the formation and growth of scientific knowledge; (b) the emergence of specialized knowledge; (c) the persisting *décalage* between knowledge and wisdom; and (d) the humane ends of knowledge. I shall go briefly through them, to the extent they may fulfil the purpose of the present separate opinion.

75. It may, first of all, be asked, why has it taken so long for precaution to find its place and be articulated amidst the growth of human knowledge over centuries? After all, around 24 centuries ago it had been reckoned that human knowledge was far too limited (unsurprisingly), and even more scarce was, and is, human wisdom. This latter, in fact, looked alien to humans, as conceded in the *Apology of Socrates* (399 BC):

“I know that I have no wisdom, small or great. . . . Accordingly, I went to one who had the reputation of wisdom . . .; he was a politi-

⁷⁰ N. de Sadeleer, *Environmental Principles: From Political Slogans to Legal Rules*, Oxford University Press, 2002, pp. 91, 127, 164 and 170.

d'éviter tout dommage, l'apparition du principe de précaution participait quant à elle d'une approche anticipative, visant à répondre aux menaces probables, entourées d'incertitude, dans laquelle les risques doivent être raisonnablement évalués. Ce principe dépassait en outre la logique — ou l'absence de logique — de l'*homo oeconomicus* (qui consiste à attribuer une valeur économique à toute chose), les biens environnementaux n'étant pas de simples marchandises et les risques en la matière ne pouvant dès lors pas être évalués à l'aune des seules techniques coût/bénéfice⁷⁰.

73. J'ai jusqu'à présent mis au jour deux aspects liés à l'élément du *risque* probable, propre au principe de précaution, à savoir la prise de conscience croissante de la vulnérabilité de l'homme et de son environnement, et la reconnaissance de la nécessité de prendre des mesures de précaution, motivée par la probabilité d'engendrer des dommages irréversibles à l'environnement. On en vint par ailleurs à apprécier les progrès de la connaissance scientifique en toute conscience de la faillibilité humaine, et tous ces éléments furent pris en considération dans la formulation du principe de précaution face à la probabilité des dommages, tel qu'il fut affirmé en 1992 dans la déclaration de Rio sur l'environnement et le développement (principe 15), qui fait date. On envisageait enfin l'obligation, pour les Etats, de lutter contre les risques pour l'environnement.

b) *L'incertitude scientifique*

74. L'élément du *risque* a inéluctablement été lié à l'autre élément, l'*incertitude scientifique*, dont l'examen nécessite à mon sens la prise en compte de quatre autres aspects, en plus de la connaissance et de la prise de conscience de la faillibilité humaine évoquées précédemment, à savoir : a) la formation et le développement de la connaissance scientifique ; b) l'apparition de la connaissance spécialisée ; c) la persistance du décalage entre connaissance et sagesse ; et d) les finalités humaines de la connaissance. Je passerai brièvement en revue ces éléments, dans la mesure où ils répondent à l'objectif que je poursuis en rédigeant la présente opinion individuelle.

75. Tout d'abord, on pourrait se demander pourquoi, alors que la connaissance humaine s'est développée au fil des siècles, il a fallu si longtemps pour que la précaution y trouve sa place et soit exprimée clairement. Après tout, on avait déjà relevé, il y a de cela quelque vingt-quatre siècles, que la connaissance humaine était bien trop limitée (ce qui n'est pas surprenant) et que la sagesse humaine l'était encore plus, et le demeure. De fait, comme le reconnaissait Platon dans l'*Apologie de Socrate* (399 av. J.-C.), la sagesse semblait étrangère à l'être humain :

«[J]e sais bien qu'il n'y a en moi aucune sagesse, ni petite ni grande... J'allai chez un de nos concitoyens, qui passe pour un des

⁷⁰ N. de Sadeleer, *Environmental Principles — From Political Slogans to Legal Rules*, Oxford, University Press, 2002, p. 91, 127, 164 et 170.

cian whom I selected for examination – and the result was as follows: When I began to talk to him, I could not help thinking that he was not really wise, although he was thought wise by many, and still wiser by himself; and thereupon I tried to explain to him that he thought himself wise, but was not really wise; and the consequence was that he hated me, and his enmity was shared by several who were present and heard me.

After the politicians, I went to the poets; . . . I knew that not by wisdom do poets write poetry, but by a sort of genius and inspiration; . . . upon the strength of their poetry they believed themselves to be the wisest of men in other things in which they were not wise.

At last I went to the artisans. . . . They did know many things of which I was ignorant, and in this they certainly were wiser than I was. But I observed that even the good artisans fell into the same error as the poets; because they were good workmen they thought that they also knew all sorts of high matters, and this defect in them overshadowed their wisdom.

This inquisition has led to my having many enemies of the worst and most dangerous kind . . . The truth is, O men of Athens, is the wisest, who, like Socrates, knows that his wisdom is in truth worth nothing.”⁷¹

76. One is led to imagine that, if experts existed in those times, the times of Socrates, they would most probably have also been consulted, and their views would most likely not have changed Socrates’s conclusion at all. The wise message of the *Apology of Socrates* lies in the warning as to the need to have conscience of one’s own limits. This humanist outlook was captured centuries later, in the writings published in the sixteenth century by humanists like Erasmus (1465-1536), Rabelais (*circa* 1488-1553) and Montaigne (1533-1592), among others.

77. In the seventeenth century, modern science (as it became known) had already emerged: the new age of reason was marked by the rise of physical sciences, *pari passu* with the decline of the medieval conception of knowledge. Later on, in the eighteenth century — the age of enlightenment (*pensée illuministe*) — in the same line of concern as that of Socrates, Voltaire (1694-1778) warned, in his *Dictionnaire philosophique* (1764), as to the uncertainties surrounding human beings (despite scientific advances) and the limits of the human mind (*l’esprit humain*)⁷².

⁷¹ Plato, *Apology of Socrates* [399 BC], 21b-d; 22a-c; 22d; 23a-b.

⁷² Entries on “certitude, certainty” and on “limits of the human mind”, respectively, of his *Dictionnaire philosophique*.

plus sages de la ville... Examinant donc cet homme, ... c'était un de nos plus grands politiques, et m'entretenant avec lui, je trouvai qu'il passait pour sage aux yeux de tout le monde, surtout aux siens, et qu'il ne l'était point. Après cette découverte, je m'efforçai de lui faire voir qu'il n'était nullement ce qu'il croyait être ; et voilà déjà ce qui me rendit odieux à cet homme et à tous ses amis, qui assistaient à notre conversation.

.....

Après les politiques, je m'adressai aux poètes... Je reconnus ... que ce n'est pas la raison qui dirige le poète, mais une sorte d'inspiration naturelle, un enthousiasme ... à cause de leur talent pour la poésie, ils se croyaient sur tout le reste les plus sages des hommes.

.....

Des poètes, je passai aux artistes... Ils savaient bien des choses que j'ignorais; et en cela ils étaient beaucoup plus habiles que moi. Mais ... les plus habiles me parurent tomber dans les mêmes défauts que les poètes; il n'y en avait pas un qui, parce qu'il excellait dans son art, ne crut très bien savoir les choses les plus importantes, et cette folle présomption gâtait leur habileté.

.....

Ce sont ces recherches ... qui ont excité contre moi tant d'inimitiés dangereuses... Mais, Athéniens, la vérité est [que] le plus sage d'entre vous, c'est celui qui, comme Socrate, reconnaît que sa sagesse n'est rien.»⁷¹

76. Je suis enclin à penser que, si des experts avaient existé à l'époque de Socrate, ils auraient très certainement également été consultés, et que leur opinion n'aurait très probablement en rien modifié la conclusion de Socrate. Toute la sagesse du message de l'*Apologie de Socrate* repose dans l'avertissement fait à l'homme de la nécessité qu'il y a pour lui de prendre conscience de ses propres limites. Cette perspective humaniste a été illustrée des siècles plus tard dans des ouvrages d'humanistes tels qu'Erasme (1465-1536), Rabelais (v. 1488-1553) et Montaigne (1533-1592), notamment, publiés au XVI^e siècle.

77. Au XVII^e siècle, la science moderne (comme on la désigna) était déjà née: l'ère nouvelle de la raison était marquée par la montée en puissance des sciences physiques, qui allait de pair avec le déclin de la conception médiévale de la connaissance. Plus tard, au XVIII^e siècle — le siècle des Lumières —, mû par des préoccupations identiques à celles de Socrate, Voltaire (1694-1778) mettait lui aussi l'homme en garde, dans son *Dictionnaire philosophique* (1764), contre l'incertitude qui caractérise sa condition (en dépit des progrès scientifiques) et les limites de l'esprit humain⁷².

⁷¹ Platon, *Apologie de Socrate* (399 av. J.-C.), 21b-d; 22a-c; 22d; 23a-b.

⁷² Voir respectivement les entrées «certain, certitude» et «bornes de l'esprit humain» de son *Dictionnaire philosophique*.

78. With the gradual advent of the age of technology and the industrial revolution, science was largely equated with a techno-science; associated with pure technique and the illusion of unlimited material progress or economic growth. This proved disastrous for man and his environment, as recognized only much later, in the second half of the twentieth century. But still at the end of the eighteenth century, when Condorcet, another humanist, professed, in his inspired and moving *Esquisse d'un tableau historique des progrès de l'esprit humain* (1793), his faith in progress (and in the *droits de l'humanité*), he had in mind progress not strictly limited to the accumulation of knowledge, but also encompassing the moral improvement of man, that is, progress duly attentive to ethics and values.

79. Regrettably, his philosophy of progress was taken up by thinkers of the nineteenth century who, under the new influence of positivism and "modernity", reduced it to material progress or economic growth, moved by a techno-system⁷³. This reductionist outlook of progress generated problems which seemed soluble only with more progress⁷⁴. In this vertiginous spiral, stimulated by the new conception of material progress, man lost sight of ethical values, and acquired, for the first time in human history, the capacity to destroy the whole of humankind (as attested by today's arsenals of weapons of mass destruction). Man and his environment became victims of the putting into practice of this deplorable and distorted vision of material progress, devoid of values. By losing sight of the demands of reason and ethics, man became a serious threat to himself and his environment.

80. The formation and growth of scientific knowledge generated at first a generalized belief in science, which was to be reckoned, in recent decades, as an illusion. It did not last long enough. Successive man-made disasters began to dissipate the old belief in scientific knowledge and in its assumed capacity even to predict and to avoid likely threats and dangers to human beings and the environment; that old belief gradually yielded to *uncertainties*, to a recognition of the limitations of scientific knowledge to predict, with some degree of accuracy, those threats and dangers, and to avoid them. Scientific uncertainties gave a strong impetus to the emergence of the precautionary principle.

81. This new awareness, however, faced many obstacles before it at last emerged in our times. During the nineteenth and twentieth centuries

⁷³ G. H. von Wright, *Le mythe du progrès*, Paris, L'Arche éd., 2000, pp. 10-12, 34-37, 42, 61 and 64-65.

⁷⁴ R. Wright, *Breve História do Progresso*, Lisbon, Dom Quixote, 2006, pp. 19-21, 35 and 75, and cf. pp. 90 and 104.

78. Avec l'avènement progressif de l'ère technologique et la révolution industrielle, la science devint largement synonyme de technoscience, associée à la technique pure et à l'illusion d'un progrès matériel et d'une croissance économique illimitée, ce qui s'avéra désastreux pour l'homme et son environnement, comme cela ne fut reconnu que bien plus tard, dans la seconde moitié du XX^e siècle. Mais, toujours à la fin du XVIII^e siècle, lorsque Condorcet, un autre humaniste, déclarait, dans sa brillante et émouvante *Esquisse d'un tableau historique des progrès de l'esprit humain* (1793), sa foi dans le progrès (et dans les droits de l'humanité), il avait à l'esprit un progrès qui n'était pas strictement limité à l'accumulation des connaissances, mais qui englobait également le perfectionnement moral de l'homme, en d'autres termes un progrès dûment soucieux d'éthique et de valeurs.

79. Malheureusement, sa philosophie du progrès fut reprise par les penseurs du XIX^e siècle qui, sous l'influence nouvelle du positivisme et de la « modernité », réduisirent celui-ci au progrès matériel ou à la croissance économique, mus par un technosystème⁷³, et cette approche réductrice a engendré des problèmes que seul davantage de progrès semblait pouvoir résoudre⁷⁴. Dans cette spirale vertigineuse, stimulé par la nouvelle conception du progrès matériel, l'homme perdit de vue les valeurs éthiques et acquit, pour la première fois de son histoire, la capacité de détruire l'humanité tout entière (comme l'attestent les arsenaux d'armes de destruction massive de notre époque). L'homme et son environnement devinrent les victimes de la mise en pratique de cette déplorable vision déformée du progrès matériel, dépourvue de valeurs. En perdant de vue les exigences de la raison et de l'éthique, l'homme devint une grave menace pour lui-même et pour son environnement.

80. La foi généralisée en la science à laquelle ont tout d'abord donné naissance la formation et le développement de la connaissance scientifique en est venue à être perçue, au cours des récentes décennies, comme une illusion. Elle ne persista pas suffisamment longtemps. Les désastres successifs dont l'homme était à l'origine commencèrent à dissiper la vieille foi en la connaissance scientifique et en sa capacité supposée à même de prévoir et éviter les menaces et dangers probables pour l'homme et l'environnement; cette vieille foi céda progressivement le pas à l'*incertitude*, à la reconnaissance des limites de la capacité de la connaissance scientifique à prévoir, avec un certain degré de précision, ces menaces et dangers, et à les éviter. L'incertitude scientifique contribua fortement à l'émergence du principe de précaution.

81. Cependant, cette nouvelle conscience dut affronter de nombreux obstacles avant de pouvoir enfin émerger à notre époque. Tout au long

⁷³ G. H. von Wright, *Le mythe du progrès*, Paris, éd. L'Arche, 2000, p. 10-12, 34-37, 42, 61 et 64-65.

⁷⁴ R. Wright, *Breve História do Progresso*, Lisboa, Publs. Dom Quixote, 2006, p. 19-21, 35 et 75, et voir p. 90 et 104. [Pour une version française, voir R. Wright, *Brève histoire du progrès*, Hurtubise HMH, Montréal, 2005.]

(from the times of Auguste Comte onwards), positivism — with its characteristic self-sufficiency — kept on maintaining that the only valid propositions were the ones which were scientifically verifiable; it kept on upholding all knowledge empirically obtained from the method of observation, believing it capable of solving problems indefinitely. Yet, problems it thought were solved, proved not to have been. But the myth of unending progress had already been diffused.

82. The relentless belief in scientific knowledge, professed by positivism, as being capable of solving all problems, had become almost an ideology. Gradually, in all branches of knowledge and everywhere, so-called “experts” began to appear, knowing more and more about less and less. And the general belief flourished that the cultivation of specialized knowledge was the most adequate path to human safety and even happiness. Only in our times — the times of the growth of International Environmental Law — after so much destruction occurred in the twentieth century — including man-made destruction — the pressing need has been acknowledged of controlling the uses of scientific knowledge, and of thinking and acting with moderation and care.

83. In so far as the environment was concerned, such awareness has led to the formulation of the principles of prevention — to avoid environmental damage — and of precaution, to take action so as to foresee probable and even long-term harmful consequences to the environment, amidst scientific uncertainties. Given the recurring prevalence of these latter, the epistemology of the precautionary principle is geared to the duty of care, of due diligence. Unlike the positivist belief that science can reduce uncertainties by carrying on further scientific research, its presumption is invariably in support of the conservation of the environment and the protection of public health⁷⁵, identified with the common good.

84. However, the assertion and acknowledgement of those principles are not the end of the saga. Have human beings really learned all they could from the errors and sufferings of preceding generations? I have my doubts. They have apparently not learned as much as they could. Twenty-four centuries after the *Apology of Socrates*, the *décalage* between knowledge and wisdom remains as vivid as ever. And surrounding threats and dangers have become more formidable than ever, given the incapacity of man to generate knowledge and to utilize it *with wisdom*. The accumulation of knowledge, and mainly of specialized knowledge, has lately taken

⁷⁵ N. de Sadeleer, *Environmental Principles: From Political Slogans to Legal Rules*, *op. cit. supra* note 70, pp. 178, 203, 207 and 212.

du XIX^e et du XX^e siècle (à partir de l'époque d'Auguste Comte), on continua, sous l'effet du positivisme — avec son autosuffisance caractéristique —, d'affirmer que les seules propositions valides étaient celles qui pouvaient être vérifiées scientifiquement et de soutenir toute connaissance obtenue de manière empirique par la méthode de l'observation, la croyant capable de résoudre indéfiniment les problèmes. Pourtant, des problèmes que l'on pensait résolus se sont avérés ne pas l'être, mais le mythe du progrès infini s'était déjà répandu.

82. La croyance acharnée en la capacité de la connaissance scientifique de résoudre tous les problèmes, professée par le positivisme, était presque devenue une idéologie. On vit progressivement apparaître, partout et dans toutes les branches de la connaissance, de soi-disant « experts », disposant de connaissances de plus en plus vastes sur des sujets de plus en plus restreints, et l'on se mit à croire que le développement de la connaissance spécialisée était le plus sûr moyen pour l'homme d'accéder à la sécurité, voire au bonheur. C'est seulement à notre époque — celle du développement du droit international de l'environnement — et après que le XX^e siècle a été le témoin de tant de destructions, engendrées notamment par l'homme, qu'a été reconnu le besoin pressant de contrôler l'utilisation de la connaissance scientifique ainsi que de penser et d'agir avec modération et prudence.

83. En matière d'environnement, cette prise de conscience a conduit à la formulation des principes de prévention, qui vise à éviter que des dommages ne soient causés à l'environnement, et de précaution, qui vise à prendre des mesures afin de prévoir les conséquences dommageables probables et même à long terme pour l'environnement, sur fond d'incertitude scientifique. Or, étant donné la prévalence récurrente de cette dernière, l'épistémologie du principe de précaution est orientée vers le devoir de prudence, de diligence. Contrairement à la croyance positiviste selon laquelle, par la poursuite de la recherche scientifique, la science peut réduire le champ de l'incertitude, le principe de précaution repose lui sur une hypothèse invariablement favorable à la conservation de l'environnement et à la protection de la santé publique⁷⁵, identifiés au bien commun.

84. Toutefois, l'affirmation et la reconnaissance de ces principes ne mettent pas un terme à la saga. L'être humain a-t-il vraiment tiré toutes les leçons possibles des erreurs et des souffrances des générations précédentes? J'en doute. Il n'a, semble-t-il, pas appris autant qu'il aurait pu et, vingt-quatre siècles après l'*Apologie de Socrate*, le décalage entre connaissance et sagesse est plus saisissant qu'il ne l'a jamais été, de même que sont devenus plus redoutables que jamais les menaces et les dangers qui nous entourent, étant donné l'incapacité de l'homme à produire de la connaissance et à l'utiliser *avec sagesse*. Perdant tragiquement de vue la

⁷⁵ N. de Sadeleer, *Environmental Principles — From Political Slogans to Legal Rules*, op. cit. supra note 70, p. 178, 203, 207 et 212.

place again, in a recurrent way, tragically losing sight of the humane ends of knowledge. From time to time warnings have been expressed as to this dangerous state of affairs, but they seem to have soon been forgotten.

85. Thus, to recall but one example, only half a century ago, in 1960, the learned twentieth-century humanist, Bertrand Russell, pondered:

“There are several factors that contribute to wisdom. Of these I should put first a sense of proportion: the capacity to take account of all the important factors in a problem and to attach to each its due weight. This has become more difficult than it used to be owing to the extent and complexity of the specialized knowledge required of various kinds of technicians. (. . .) You study the composition of the atom from a disinterested desire for knowledge, and incidentally place in the hands of powerful lunatics the means of destroying the human race. In such ways the pursuit of knowledge may become harmful unless it is combined with wisdom; and wisdom in the sense of comprehensive vision is not necessarily present in specialists in the pursuit of knowledge.

Comprehensiveness alone, however, is not enough to constitute wisdom. There must be, also, a certain awareness of the ends of human life. (. . .) The disastrous results of hatred and narrow-mindedness to those who feel them can be pointed out incidentally in the course of giving knowledge. I do not think that knowledge and morals ought to be too much separated. It is true that the kind of specialized knowledge which is required for various kinds of skill has little to do with wisdom. . . . Even the best technicians should also be good citizens; . . . I mean citizens of the world and not of this or that sect or nation. With every increase of knowledge and skill, wisdom becomes more necessary, for every such increase augments our capacity for realizing our purposes, and therefore augments our capacity for evil, if our purposes are unwise. The world needs wisdom as it has never needed it before; and if knowledge continues to increase, the world will need wisdom in the future even more than it does now.”⁷⁶

86. In the same epoch of this ponderation, another learned thinker of the twentieth century, Karl Popper, also grasping the message of the *Apology of Socrates*, and dwelling upon the growth of scientific knowledge, contended, in his *Conjectures and Refutations*, that scientific knowledge advances by means of anticipations or conjectures, which are controlled by the critical spirit, that is, by refutations; therefrom we can

⁷⁶ Bertrand Russell, “Knowledge and Wisdom”, *Essays in Philosophy* (H. Peterson, ed.), N.Y., Pocket Library, 1960 [reprint], pp. 499 and 502.

finalité humaine de la connaissance, l'homme a récemment renoué avec la course à la connaissance, surtout spécialisée, oubliant bien vite les avertissements sporadiques quant à la dangerosité de cette situation.

85. Ainsi, pour ne citer qu'un exemple, il n'y a de cela qu'un demi-siècle, en 1960, un humaniste érudit du XX^e siècle, Bertrand Russell, nous faisait part des réflexions suivantes :

«Plusieurs facteurs contribuent à la sagesse, au premier rang desquels je placerais le sens de la proportion: la capacité de tenir compte, dans un problème, de tous les facteurs importants et d'attribuer à chacun d'entre eux sa juste valeur. Cela est devenu plus difficile qu'autrefois en raison de l'ampleur et de la complexité de la connaissance spécialisée que doivent détenir toutes sortes de techniciens... Mû par un attrait désintéressé pour la connaissance, vous étudiez la composition de l'atome et mettez accidentellement dans les mains de déséquilibrés au pouvoir les moyens de détruire l'espèce humaine. C'est ainsi que, à moins d'être associée à la sagesse, la recherche de la connaissance peut devenir dangereuse; or, la sagesse, au sens d'une vision globale, n'est pas nécessairement l'apanage des spécialistes chargés d'étendre le champ de la connaissance.

Toutefois, il ne suffit pas d'avoir une vision globale pour être sage. Encore faut-il également avoir une certaine conscience de la finalité de la vie humaine... On peut, en diffusant la connaissance, souligner en passant les résultats désastreux de la haine et de l'étroitesse d'esprit pour ceux qui en font preuve. Je ne pense pas qu'il convienne de trop séparer connaissance et morale. Il est vrai que le type de connaissance spécialisée nécessaire à diverses compétences a peu à voir avec la sagesse... Même les meilleurs techniciens devraient également être de bons citoyens... J'entends par là des citoyens du monde et non de telle ou telle secte ou nation. Dans la mesure où il accroît notre capacité de réaliser nos objectifs et, partant, de faire le mal si nos objectifs ne sont pas sages, chaque progrès de la connaissance et des compétences rend la sagesse encore plus nécessaire. Ce monde a besoin de sagesse comme il n'en a jamais eu besoin auparavant; et si la connaissance continue de progresser, le monde aura à l'avenir encore plus besoin de sagesse qu'aujourd'hui.»⁷⁶

86. A la même époque, un autre penseur érudit du XX^e siècle, Karl Popper, qui avait également saisi la teneur du message de l'*Apoloogie de Socrate*, affirma, dans son ouvrage *Conjectures et réfutations*, que la connaissance scientifique progresse par voie d'anticipations et de conjectures, elles-mêmes contrôlées par l'esprit critique, c'est-à-dire par des réfutations; d'où notre capacité à apprendre de nos propres

⁷⁶ Bertrand Russell, «Knowledge and Wisdom», *Essays in Philosophy* (H. Peterson, dir. publ.), New York, Pocket Library, 1960 [réimp.], p. 499 et 502.

learn from our own mistakes⁷⁷. To him, all sources of knowledge — including the method of observation, the empirical solutions, which positivists continue to defend — are susceptible of sometimes leading us into errors; there are ultimately no sure sources, and the progress of knowledge is essentially a transformation of previous knowledge, and the relevance of discoveries lies generally in “their capacity to modify our own previous theories”, with human knowledge remaining only limited (and ignorance unlimited)⁷⁸.

87. Not even accumulated knowledge can be entirely mastered by human beings. Technological progress, leading, for example, to environmental degradation, or being used in modern warfare, has raised serious doubts as to whether scientific knowledge alone can really satisfy all human needs, and has led to the crisis of spiritual values we live in today⁷⁹. Be that as it may, the development of scientific specialized knowledge has by no means amounted to growth of human wisdom.

88. Behind the uses of knowledge stands another element, namely, State policies, together with all sorts of interests: economic, industrial, technocratic, not excluding competition, with all its consequences. Are pulp mills built nowadays by European industrial enterprises in the southern cone of South America, and their technology, an exception to that? I have my doubts. Such industrial and other interests — material interests — rather than being moved by a scientific mind, are those of *homo oeconomicus*, they rather often utilize all powers and influence they can gather, in order to obtain whatever science can provide them⁸⁰, for their own purposes (including profits). Pragmatism and utilitarianism, generating risks, should thus not be forgotten or overlooked here.

89. It is not at all surprising that, as a result of all that, scientific advances have been surrounded by uncertainties and complexities, also due to the limitations of the human mind and its manifest lack of wisdom. This is the brave new world⁸¹ wherein we live today. Precaution is, more than ever, necessary, in face not only of human fallibility, but also

⁷⁷ K. R. Popper, *Conjecturas e Refutações — O Progresso do Conhecimento Científico*, 5th ed., Brasília, Edit. University of Brasília, 2008, pp. 31-449.

⁷⁸ K. R. Popper, *Des sources de la connaissance et de l'ignorance*, Paris, éd. Payot & Rivages, 1998 (reed.), pp. 112-113, 133-135, 143, 146 and 149-152.

⁷⁹ G. H. von Wright, *Le mythe du progrès*, op. cit. *supra* note 73, pp. 65-66, 73, 76 and 83, and cf. pp. 95 and 98.

⁸⁰ E. Morin, *Science avec conscience*, 2nd ed., Paris, Fayard/Seuil, 2003, pp. 8-11, 17, 19, 23, 35 and 38.

⁸¹ To paraphrase a well-known allegory of another lucid thinker of the twentieth century.

erreurs⁷⁷. Pour lui, toutes les sources de connaissance — y compris la méthode de l'observation, les solutions empiriques, que les positivistes continuent à défendre — peuvent parfois nous induire en erreur; en définitive, il n'existe pas de source sûre de connaissance, tout progrès en la matière consiste essentiellement en une transformation des connaissances antérieures et la pertinence des découvertes repose généralement dans «leur capacité à modifier nos propres théories antérieures», la connaissance humaine demeurant limitée (et l'ignorance illimitée)⁷⁸.

87. L'homme ne peut pas même maîtriser entièrement la connaissance accumulée. Le progrès technologique conduit, par exemple, à la dégradation de l'environnement, et est utilisé dans les guerres modernes, de sorte qu'on en est venu à douter sérieusement de la capacité de la seule connaissance scientifique à satisfaire réellement les besoins de l'homme, ce qui a débouché sur la crise des valeurs spirituelles que nous vivons actuellement⁷⁹. Quoi qu'il en soit, le développement de la connaissance scientifique spécialisée ne s'est en aucun cas traduit par un surcroît de sagesse humaine.

88. Derrière l'utilisation de la connaissance se profilent un autre élément, à savoir la politique de l'Etat, ainsi que toutes sortes d'intérêts, économiques, industriels, technocratiques, sans oublier la concurrence et toutes ses conséquences. Les usines de pâte à papier construites de nos jours par des entreprises industrielles européennes dans le cône méridional de l'Amérique du Sud, et leur technologie, échappent-elles à cette situation? J'en doute. Ces intérêts industriels et autres — des intérêts matériels — sont ceux de l'*homo oeconomicus*, qui, loin d'être mû par un esprit scientifique, utilise bien souvent tout le pouvoir et l'influence qu'il peut pour obtenir tout ce que la science peut lui apporter⁸⁰, et ce pour servir ses propres fins (notamment le profit). Aussi convient-il de ne pas oublier ou négliger dans notre raisonnement les sources de risque que constituent le pragmatisme et l'utilitarisme.

89. Dans ce contexte, et également en raison des limites de l'esprit de l'homme et de son manque manifeste de sagesse, il n'est pas du tout surprenant que le progrès scientifique ait constitué un processus complexe, teinté d'incertitude. Tel est le meilleur des mondes⁸¹ dans lequel nous vivons aujourd'hui et, face non seulement à la faillibilité mais également

⁷⁷ K. R. Popper, *Conjecturas e Refutações — O Progresso do Conhecimento Científico*, 5^e éd., Brasília, Edit. University of Brasília, 2008, p. 31-449. [Pour une version française, voir K. R. Popper, *Conjectures et réfutations: la croissance du savoir scientifique*, Payot, 2006.]

⁷⁸ K. R. Popper, *Des sources de la connaissance et de l'ignorance*, Paris, éd. Payot & Rivages, 1998 (rééd.), p. 112-113, 133-135, 143, 146 et 149-152.

⁷⁹ G. H. von Wright, *Le mythe du progrès*, op. cit. supra note 73, p. 65-66, 73, 76 et 83, et voir p. 95 et 98.

⁸⁰ E. Morin, *Science avec conscience*, 2^e éd., Paris, Fayard/Seuil, 2003, p. 8-11, 17, 19, 23, 35 et 38.

⁸¹ Pour paraphraser une célèbre allégorie d'un autre penseur lucide du XX^e siècle.

of human wickedness. Given the vulnerability of human kind, the risks surrounding everyone, the insufficiencies of scientific knowledge — surrounded by uncertainties — and the unpredictability and likely irreversibility of probable environmental harms, we cannot prescind from the precautionary principle. This latter has already been forcefully asserted in certain areas of International Environmental Law (such as in atmospheric and marine pollution issues), and it permeates this whole domain of contemporary international law. It has had an impact on legal philosophy at large, taking necessarily into account ethical values.

90. The precautionary principle, furthermore, discloses, in my perception, the ineluctable inter-temporal dimension, which has been somewhat overlooked by the ICJ in the present Judgment. This dimension is necessarily a long-term one, since the decisions taken by public authorities of today may have an impact on the living conditions of not only present, but also future generations. It is a particularly compelling fact of inter-generational ethics that at least part of the abundant literature on environmental law issues nowadays recognizes or concedes to being situated in the realm of natural law thinking⁸². In my own understanding, it is not possible to conceive the legal order making abstraction of the moral order, just as it is not possible to conceive the advancement of science making abstraction of the ethical order either.

91. Among the great legacies of the thinking of the ancient Greeks is the acknowledgement of the *chiaroscuro* of human existence, as in the continuous succession of nights and days. With the considerable advancement of specialized knowledge in modern times, that *chiaroscuro* discloses a new dimension in our times, unknown to the ancient Greeks. Specialized knowledge has shed light on specific points (to the benefit of human beings), in all areas of human knowledge, unknown or insufficiently known before.

92. But it so happens that this focused light is surrounded by dark shadows, as to the impact of the new discoveries upon other areas of human activity, and as to the uses which will be made of those discoveries, which will, in turn, affect directly our *modus vivendi* and even our cultural identity, our relationship with the outside world. This

⁸² Cf., *inter alia*, e.g., J. M. MacDonald, "Appreciating the Precautionary Principle as an Ethical Evolution in Ocean Management", 26 *Ocean Development and International Law* (1995), pp. 256-259 and 278; (T. O'Riordan and J. Cameron, eds.) "The History and Contemporary Significance of the Precautionary Principle", *Interpreting the Precautionary Principle*, London, Earthscan Pubs., 1994, pp. 18 and 22; Nagendra Singh, "Sustainable Development as a Principle of International Law", *International Law and Development* (P. de Waart, P. Peters and E. Denters, eds.), Dordrecht, Nijhoff, 1988, pp. 1 and 4.

à la méchanceté humaines, la précaution est plus que jamais nécessaire. Etant donné la vulnérabilité de la nature humaine, les risques encourus par chacun d'entre nous, les insuffisances de la connaissance scientifique — baignée d'incertitude —, l'imprévisibilité et l'irréversibilité probable des dommages potentiels à l'environnement, nous ne pouvons pas faire l'impasse sur le principe de précaution. Il a déjà été affirmé avec force dans certains domaines du droit international de l'environnement (par exemple en ce qui concerne les problèmes de pollution atmosphérique et marine), et il est omniprésent dans toute cette branche du droit international contemporain. Il a également influencé la philosophie du droit dans son ensemble, qui prend nécessairement en compte les valeurs éthiques.

90. Par ailleurs, le principe de précaution révèle, à mon sens, l'inéluctable dimension intertemporelle qui a quelque peu été négligée par la Cour dans le présent arrêt. Cette dimension est nécessairement à long terme, puisque les décisions prises par les autorités publiques d'aujourd'hui pourraient avoir des conséquences sur les conditions de vie non seulement des générations actuelles, mais également des générations futures. Il s'agit là d'une éthique intergénérationnelle particulièrement contraignante dont au moins une partie de l'abondante doctrine actuelle relative aux questions de droit de l'environnement reconnaît ou admet qu'elle s'inscrit dans la pensée du droit naturel⁸². En ce qui me concerne, je ne pense pas qu'il soit possible de concevoir l'ordre juridique en faisant abstraction de l'ordre moral, tout comme il n'est pas non plus possible de concevoir le progrès scientifique en faisant abstraction de l'ordre éthique.

91. L'un des grands apports de la pensée grecque antique est d'avoir reconnu que, à l'instar de la succession continue des nuits et des jours, l'existence humaine est un clair-obscur. Avec le progrès considérable de la connaissance spécialisée à l'époque moderne, ce clair-obscur dévoile aujourd'hui une nouvelle dimension, inconnue de la Grèce antique. La connaissance spécialisée a éclairé (au profit de l'humanité) des problèmes spécifiques inconnus ou insuffisamment connus auparavant dans tous les domaines de la connaissance humaine.

92. Mais il se trouve que cette lumière est entourée de profondes zones d'ombre quant aux répercussions des nouvelles découvertes sur d'autres domaines de l'activité humaine et quant à l'utilisation qui sera faite de ces découvertes, laquelle, à son tour, aura un impact direct sur notre mode de vie et même sur notre identité culturelle, notre relation au monde exté-

⁸² Voir notamment, par exemple, J. M. MacDonald, «Appreciating the Precautionary Principle as an Ethical Evolution in Ocean Management», *Ocean Development and International Law*, vol. 26 (1995), p. 256-259 et 278; T. O'Riordan et J. Cameron (dir. publ.), «The History and Contemporary Significance of the Precautionary Principle», *Interpreting the Precautionary Principle*, Londres, Earthscan Publs., 1994, p. 18 et 22; Nagenda Singh, «Sustainable Development as a Principle of International Law», *International Law and Development* (P. de Waart, P. Peters et E. Denters, dir. publ.), Dordrecht, Nijhoff, 1988, p. 1 et 4.

appears to me as a new, contemporary dimension, of the *chiaroscuro* of human existence, which clearly conveys the warning that technical and economic progress alone, devoid of ethics, may throw us into greater darkness.

3. *The Principles of Prevention and of Precaution Together*

93. In the domain of environmental protection, just as there are international instruments, as we have seen, that give expression to the principle of prevention⁸³ (*supra*), there are also those which lean towards the precautionary principle, like, e.g., the 1985 Vienna Convention for the Protection of the Ozone Layer (preamble and Article 2 (1), and the 1997 Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer (preamble), among others. Yet, the aforementioned 1985 Vienna Convention for the Protection of the Ozone Layer determines also prevention, besides precaution (Article 2 (2) (*b*)). References to both principles, together, are also found, at regional level, e.g., in the 1991 OAU Bamako Convention on the Ban of the Import into Africa and the Control of Transboundary Movement and Management of Hazardous Wastes within Africa (Article 4 (3) (*f*)), in the 1992 Convention for the Protection of the Marine Environment of the North-East Atlantic (OSPAR Convention, Article 2 (2) (*a*)), and in the 1992 Convention on the Protection of the Marine Environment of the Baltic Sea Area (Article 3 (1) and (2)).

94. In fact, some of the environmental law Conventions referred to in the file of the present case of the *Pulp Mills* give expression to both the principle of prevention and the precautionary principle. It is the case, e.g., of the 1992 Convention on Biological Diversity, which reflects the principle of prevention (preamble and Article 3) as well as the precautionary principle (preamble), and of its 2000 Cartagena Protocol on Biosafety (preamble and Articles 2 and 4). It is also the case of the 2001 Convention on Persistent Organic Pollutants (POPs Convention), which invokes both prevention (preamble) and precaution (preamble and Article 1).

95. Other examples, to the same effect, are afforded by the 1992 United Nations Framework Convention on Climate Change (preamble and Article 3 (3)), and the 1997 Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change (preamble). These are just a

⁸³ The aforementioned United Nations Convention on the Law of Non-Navigational Uses of International Watercourses, providing for prevention, was the object of an exchange of views between the contending Parties in the present case of the *Pulp Mills*; cf. Counter-Memorial of Uruguay, para. 4.67, followed by the Reply of Argentina, paras. 4.43-4.45, and the Rejoinder of Uruguay, para. 5.53.

rieur. Je considère cela comme une nouvelle dimension, contemporaine, du clair-obscur de l'existence humaine, qui nous avertit clairement que le progrès technique et économique seul, dénué de toute éthique, peut nous plonger dans une obscurité plus grande encore.

3. *Les principes de prévention et de précaution combinés*

93. Dans le domaine de la protection de l'environnement, tout comme, ainsi que nous l'avons vu, il existe des instruments internationaux qui forment le principe de prévention⁸³ (*supra*), il en existe également qui penchent vers le principe de précaution, tels que, par exemple, la convention de Vienne de 1985 pour la protection de la couche d'ozone (préambule et art. 2, par. 1) et le protocole de Montréal de 1997 relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone (préambule). Cependant, la convention de Vienne susmentionnée évoque également, au-delà de la précaution, la prévention (art. 2, par. 2, al. *b*)). Au niveau régional on trouve également des références aux deux principes combinés, par exemple à l'article 4, paragraphe 3, alinéa *f*), de la convention de Bamako sur l'interdiction d'importer en Afrique des déchets dangereux et sur le contrôle des mouvements transfrontières et la gestion des déchets dangereux produits en Afrique, adoptée par l'OUA en 1991, à l'article 2, paragraphe 2, alinéa *a*), de la convention de 1992 pour la protection du milieu marin de l'Atlantique Nord-Est («convention OSPAR») et à l'article 3, paragraphes 1 et 2, de la convention de 1992 pour la protection du milieu marin dans la zone de la mer Baltique.

94. En fait, certaines des conventions de droit de l'environnement visées dans le dossier de la présente affaire relative à des *Usines de pâte à papier* sont l'expression à la fois du principe de prévention et du principe de précaution, comme c'est le cas par exemple de la convention de 1992 sur la diversité biologique, qui est le reflet à la fois du principe de prévention (en son préambule et en son article 3) et du principe de précaution (en son préambule), ainsi que du protocole de Cartagena de 2000 sur la prévention des risques biotechnologiques relatif à cette convention (en son préambule et en ses articles 2 et 4). C'est également le cas de la convention de 2001 sur les polluants organiques persistants (convention POP), qui invoque à la fois la prévention (en son préambule) et la précaution (en son préambule et en son article premier).

95. On trouve d'autres exemples allant dans le même sens dans le préambule et l'article 3, paragraphe 3, de la convention-cadre sur les changements climatiques adoptée par l'Organisation des Nations Unies en 1992, ainsi que dans le préambule du protocole de Kyoto relatif à cette

⁸³ La convention susmentionnée de l'Organisation des Nations Unies sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, qui a un aspect préventif, a fait l'objet d'un échange de vues entre les Parties à la présente affaire des *Usines de pâte à papier*; voir contre-mémoire de l'Uruguay, par. 4.67, suivi de la réplique de l'Argentine, par. 4.43-4.45, et de la duplique de l'Uruguay, par. 5.53.

few illustrations, not intended, of course, to be exhaustive. They display, however, the intended linkage between preventive and precautionary measures, so as to enhance environmental protection. The two principles, far from excluding each other, serve their purposes together. The phraseology whereby they are given expression is not uniform, but the *rationale* of one and the other is clearly identifiable.

96. May I only add that the precautionary principle, in my view, is not to be equated with over-regulation, but more properly with *reasonable* assessment in face of probable risks and scientific uncertainties (*supra*). This may take the form of carrying out complete environmental impact assessments, and of undertaking further studies on the environmental issues at stake, as well as careful environmental risk analysis, before the issuance of authorizations. At the end, it has to do with common sense, seemingly the least common of all senses. This also brings to the fore the *objective* character of environmental obligations, which I shall consider later on (cf. *infra*).

VIII. THE ACKNOWLEDGEMENT BY THE CONTENDING PARTIES OF THE PRINCIPLES OF PREVENTION AND OF PRECAUTION

97. In effect, as already pointed out in the present case of the *Pulp Mills (Argentina v. Uruguay)*, both the complainant and the respondent States invoked the aforementioned general principles of International Environmental Law. This is hardly surprising (being in the best tradition of international legal thinking in Latin America), and it promptly brings to the fore — for the consideration of the obligations under the 1975 Statute of the River Uruguay — the general rule of treaty interpretation, set forth in Article 31 the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties. The constitutive elements of that general rule, enunciated in Article 31 (1) — namely, the text (ordinary meaning of the terms), the context, and the object and purpose of the treaty — are those which currently more often appear in the interpretation of treaties⁸⁴; such elements are set forth jointly in the same formulation, thus pointing out the unity of the process of treaty interpretation.

98. Article 31 (2) of the 1969 Vienna Convention indicates the elements comprised by the context of a treaty, while Article 31 (3) adds

⁸⁴ Cf., for some of the works following the aforementioned 1969 Vienna Convention, *inter alia*, W. Lang, "Les règles d'interprétation codifiées par la Convention de Vienne sur le droit des traités et les divers types de traités", 24 *Osterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht* (1973), pp. 113-173; Maarten Bos, "Theory and Practice of Treaty Interpretation", 27 *Netherlands International Law Review* (1980), pp. 3-38 and 135-170; C. H. Schreuer, "The Interpretation of Treaties by International Courts", 45 *British Year Book of International Law* (1971), pp. 255-301.

convention, adopté en 1997. Il ne s'agit là que de quelques exemples qui n'ont, bien entendu, pas vocation à être exhaustifs, mais qui témoignent de la volonté d'associer mesures de prévention et mesures de précaution en vue de renforcer la protection de l'environnement. Loin de s'exclure mutuellement, ces deux principes servent ensemble leur objectif et, si la phraséologie utilisée pour les exprimer n'est pas uniforme, on peut néanmoins clairement identifier la *logique sous-jacente* à chacun d'eux.

96. J'aimerais simplement ajouter que, à mon sens, le principe de précaution ne conduit pas à une sur-réglementation, mais plutôt à une évaluation *raisonnable* face à des risques probables et à l'incertitude scientifique (*supra*). Cela peut se traduire par la réalisation d'études d'impact sur l'environnement exhaustives et d'études supplémentaires sur les questions environnementales en jeu, ainsi que par une analyse approfondie des risques pour l'environnement, avant la délivrance de toute autorisation. En définitive, ce principe relève du sens commun qui, semble-t-il, est le moins commun de tous les sens. Il met aussi en avant le caractère *objectif* des obligations environnementales, sur lequel je reviendrai ultérieurement (voir *infra*).

VIII. LA RECONNAISSANCE DES PRINCIPES DE PRÉVENTION ET DE PRÉCAUTION PAR LES PARTIES ADVERSES

97. En fait, comme je l'ai déjà souligné, dans la présente affaire des *Usines de pâte à papier (Argentine c. Uruguay)*, l'Etat demandeur et l'Etat défendeur ont *tous les deux* invoqué les principes généraux du droit international de l'environnement mentionnés précédemment. Cela étant dans la plus pure tradition de la pensée du droit international en Amérique latine, ce n'est guère surprenant, et cela amène rapidement au premier plan — pour analyser les obligations qui découlent du statut du fleuve Uruguay de 1975 — la règle générale d'interprétation des traités énoncée à l'article 31 de la convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités. Les éléments constitutifs de cette règle générale, énoncés au paragraphe 1 de l'article 31 — à savoir, le texte (sens ordinaire des termes), le contexte, ainsi que l'objet et le but du traité —, sont ceux qui, à l'heure actuelle, apparaissent le plus souvent dans l'interprétation des traités⁸⁴, et le fait qu'ils soient cités ensemble dans une même formule souligne l'unité du processus d'interprétation des traités.

98. La convention de Vienne de 1969 précise, en son article 31, paragraphe 2, les éléments constitutifs du contexte d'un traité, tandis que le

⁸⁴ Voir, pour certains des travaux réalisés à la suite de la convention de Vienne de 1969 mentionnée précédemment, notamment, W. Lang, «Les règles d'interprétation codifiées par la convention de Vienne sur le droit des traités et les divers types de traités», *Osterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 24 (1973), p. 113-173; Maarten Bos, «Theory and Practice of Treaty Interpretation», *Netherlands International Law Review*, vol. 27 (1980), p. 3-38 et 135-170; C. H. Schreuer, «The Interpretation of Treaties by International Courts», *British Year Book of International Law*, vol. 45 (1971), p. 255-301.

further elements to be taken into account, *together with the context*; amongst such additional elements, Article 31 (3) refers to “any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties”. In the present case, if any such rules are found in other (multilateral) treaties ratified or adhered to by the two Parties at issue, they can be accounted as an *element of interpretation*, for the purposes of application of the 1975 Statute of the River Uruguay⁸⁵.

99. Yet, treaties are living instruments, and the development of international law itself may have effect upon the application of the treaty at issue; such a treaty ought then to be considered in the light of international law at the moment its interpretation is called for⁸⁶. General principles of law are thus to be taken into account, and it is significant that the contending Parties in the present case, pertaining to International Environmental Law, do not have any basic disagreement on this particular point, even if their perception or interpretation of one particular principle may not coincide. It is further significant, in this respect, that both Argentina and Uruguay refer, for example, to the principles of prevention and of precaution, as well as to the concept of sustainable development (which permeates the whole of environmental protection), though their reading of such principles and concept by the two Parties in the context of the present case is not the same.

1. Principle of Prevention

100. As to the *principle of prevention*, both Parties referred to its *formulation*, embodied in Principle 21 of the 1972 Stockholm Declaration on the Human Environment, i.e., the principle of prevention as pertaining to the responsibility incumbent upon States to ensure that activities performed within their jurisdiction or control do not cause damage to the environment of other States (also Principle 2 of the Rio Declaration on Environment and Development) or of areas beyond the limits of national jurisdiction⁸⁷. Moreover, as to its *legal status*, both Parties agreed on the customary nature of the principle of prevention⁸⁸; they diverged, however, as to the scope of the principle in the present case.

101. In its Memorial, Argentina identified the principle of prevention as part of the law applicable to the present dispute under the 1975 Statute

⁸⁵ Article 60 of which provides the basis of jurisdiction for the ICJ.

⁸⁶ M. K. Yasseen, “L’interprétation des traités d’après la convention de Vienne sur le droit des traités”, 151 *Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye (RCADI)* (1976), p. 62, and cf. p. 59.

⁸⁷ Cf., e.g., Memorial of Argentina, para. 3.189, and Rejoinder of Uruguay, para. 5.52.

⁸⁸ Cf. *ibid.*, paras. 3.189 and 5.52, respectively.

paragraphe 3 de ce même article indique d'autres éléments à prendre en compte, *en même temps que le contexte*, parmi lesquels figure «toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties». En l'espèce, si une telle règle figure dans d'autres traités (multilatéraux) ratifiés par les deux Parties à l'instance, ou auxquels elles ont toutes deux adhéré, il peut en être tenu compte en tant qu'*élément d'interprétation* dans le cadre de l'application du statut du fleuve Uruguay de 1975⁸⁵.

99. Néanmoins, les traités sont des instruments vivants, et l'évolution du droit international lui-même peut avoir des conséquences sur l'application du traité en question, qui doit dès lors être examiné à la lumière du droit international tel qu'il est au moment où son interprétation est requise⁸⁶. Ainsi, il convient de tenir compte des principes généraux du droit et il est révélateur que les Parties à la présente affaire, qui relève du droit international de l'environnement, ne soient pas en désaccord fondamental sur ce point particulier, même si leur conception ou leur interprétation de tel ou tel principe ne sont pas toujours identiques. A cet égard, il est également révélateur que l'Argentine et l'Uruguay se réfèrent tous deux, par exemple, aux principes de prévention et de précaution, ainsi qu'au concept de développement durable (qui imprègne l'ensemble du domaine de la protection de l'environnement), bien que, dans le cadre de la présente affaire, leur lecture de ces principes et de ce concept ne soit pas la même.

1. Le principe de prévention

100. S'agissant du *principe de prévention*, les deux Parties se sont référées à sa *formulation* telle qu'elle figure au principe 21 de la déclaration de Stockholm de 1972 sur l'environnement humain, c'est-à-dire le principe de prévention en ce qu'il concerne l'obligation qui incombe aux Etats de veiller à ce que les activités exercées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle ne causent pas de dommage à l'environnement dans d'autres Etats (également principe 2 de la déclaration de Rio sur l'environnement et le développement) ou dans des régions ne relevant d'aucune juridiction nationale⁸⁷. De plus, s'agissant du *statut juridique* du principe de prévention, les deux Parties se sont accordées sur sa nature coutumière⁸⁸, mais leurs points de vue divergent quant à sa portée en l'espèce.

101. Dans son mémoire, l'Argentine a déclaré que le principe de prévention faisait partie du droit applicable au présent différend en vertu du

⁸⁵ Dont l'article 60 constitue le fondement de la compétence de la CIJ.

⁸⁶ M. K. Yasseen, «L'interprétation des traités d'après la convention de Vienne sur le droit des traités», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye (RCADI)*, t. 151 (1976), p. 62, et voir p. 59.

⁸⁷ Voir, par exemple, mémoire de l'Argentine, par. 3.189, et duplique de l'Uruguay, par. 5.52.

⁸⁸ Voir *ibid.*, par. 3.189 et 5.52, respectivement.

(para. 3.188). Uruguay, for its part, claimed, in its Counter-Memorial, that the principle of prevention under international law — and as embodied in the 1975 Statute — imposes in its view an obligation of conduct (due diligence) rather than an obligation of result (requiring full avoidance of pollution) (paras. 4.68-4.69); it added that prevention, *in casu*, ought to be assessed by reference to Article 7 (1) of the United Nations Convention on International Watercourses, which provides that States shall “take all appropriate measures to prevent the causing of significant harm to other watercourse States” (para. 4.67).

102. In its Reply, Argentina dismissed Uruguay’s narrower interpretation of Article 41 of the Statute and claimed that “[t]he obligation to prevent significant damage to the other party, to the quality of the waters and to the ecosystem of the River Uruguay and the areas affected by it has its own particular features”, to be assessed in light of the “regime for overall protection” established by the 1975 Statute (para. 4.45). Uruguay, in turn, in its Rejoinder, retorted that “it is not plausible to suggest that anything more can be read into the Statute than was subsequently codified by the ILC in the Watercourses Convention”, as the object and purpose of Articles 36, 41, 42 and 56 (*a*) (4) of the 1975 Statute was “to give effect to the obligation [of due diligence] to prevent transboundary damage in the Uruguay River” (para. 5.53). In sum, Argentina gave a broader interpretation to the principle of prevention, though both Argentina and Uruguay significantly relied upon such principle, recognizing its relevance in the *cas d’espèce*.

2. Precautionary Principle

103. Moving on to the *precautionary principle*, once again both contending Parties referred to this principle as well, and based their distinct arguments in this respect, to start with, on its *formulation* as embodied in the 1992 Rio Declaration on Environment and Development (Principle 15), namely:

“In order to protect the environment, the precautionary approach shall be widely applied by States according to their capabilities. Where there are threats of serious or irreversible damage, lack of full scientific certainty shall not be used as a reason for postponing cost-effective measures to prevent environmental degradation.”⁸⁹

In its Memorial, Argentina argued that “the 1975 Statute must be interpreted and applied in the light of the precautionary principle as a rule of international law” (para. 5.13). Furthermore, counsel for Argentina

⁸⁹ Cf., e.g., Memorial of Argentina, para. 3.195; and Counter-Memorial of Uruguay, para. 4.80.

statut de 1975 (par. 3.188). L'Uruguay a pour sa part affirmé dans son contre-mémoire que le principe de prévention en droit international — et tel qu'il est formulé dans le statut de 1975 — imposait une obligation de comportement (de diligence raisonnable) et non une obligation de résultat (éviter totalement de polluer) (par. 4.68 et 4.69), ajoutant en outre que, en l'espèce, il convenait d'évaluer la prévention en se référant à l'article 7, paragraphe 1, de la convention des Nations Unies sur les cours d'eau internationaux, qui stipule que les Etats doivent «pren[dre] toutes les mesures appropriées pour ne pas causer de dommages significatifs aux autres Etats du cours d'eau» (par. 4.67).

102. Dans sa réplique, l'Argentine a réfuté l'interprétation plus restrictive faite par l'Uruguay de l'article 41 du statut, soutenant que «[l']obligation de prévention d'un préjudice sensible à l'autre partie, à la qualité des eaux et à l'écosystème du fleuve Uruguay et à ses zones d'influence a des contours particuliers» qu'il convient d'évaluer à la lumière du «régime de protection globale» établi par le statut de 1975 (par. 4.45), ce à quoi l'Uruguay a à son tour rétorqué, dans sa duplique, qu'«il n'est pas plausible de voir dans le statut autre chose que ce qui a par la suite été codifié par la CDI dans la convention sur les cours d'eau», l'objectif des articles 36, 41, 42 et 56, alinéa a), point 4, du statut de 1975 étant de «donner effet à l'obligation [de diligence raisonnable] de prévenir les dommages transfrontières sur le fleuve Uruguay» (par. 5.53). En somme, l'Argentine a interprété plus largement le principe de prévention que l'Uruguay, bien que les deux pays se soient fortement appuyés sur ce principe, reconnaissant sa pertinence en l'espèce.

2. Le principe de précaution

103. S'agissant maintenant du *principe de précaution*, là encore les deux Parties adverses s'y sont référées et ont tout d'abord fondé leurs arguments distincts à cet égard sur la *formulation* du principe telle qu'elle figure au principe 15 de la déclaration de Rio de 1992 sur l'environnement et le développement, à savoir:

«Pour protéger l'environnement, des mesures de précaution doivent être largement appliquées par les Etats selon leurs capacités. En cas de risque de dommages graves ou irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures effectives visant à prévenir la dégradation de l'environnement.»⁸⁹

Dans son mémoire, l'Argentine a soutenu que «l'interprétation et la mise en œuvre du statut de 1975 [devaient] être conduites à la lumière du principe de précaution, pris en tant que norme de droit international» (par.

⁸⁹ Voir, par exemple, mémoire de l'Argentine, par. 3.195; et contre-mémoire de l'Uruguay, par. 4.80.

expressed the hope that the Court would in the present case “declare Principle 15 to reflect customary law”⁹⁰.

104. To Uruguay, in turn, the precautionary principle is “a ‘soft law’ principle”, which ought to be taken into account when interpreting treaties in accordance with Article 31 (3) (c) of the Vienna Convention on the Law of Treaties. Even so — Uruguay added — that principle “does not appear to meet the requirements of customary international law”, and international case law has not yet treated it as “an obligatory rule of customary law”⁹¹. In any case, in its view, Argentina “failed to identify any significant risk” in respect of which measures were to be taken pursuant to the precautionary principle⁹².

105. As to the *applicability* of the principle, Argentina, on its part, submitted in its Memorial that the precautionary principle should guide the interpretation of the 1975 Statute (para. 5.13). The principle would be applicable in the *cas d’espèce* as a result of the remaining areas of “scientific uncertainty” (as to the environmental impact of the Botnia plant) and the corresponding “risk” of serious or irreversible damage. Areas of scientific uncertainty would include “the implications of reverse flow for the concentration of pollutants, wind direction, climate change and the likely impact of the presence of pollutants on the fish in the river” (paras. 5.17-5.18).

106. Uruguay, in turn, reckoned, in its Rejoinder, that the principle at issue played a role in the interpretation of certain environmental law treaties (para. 5.66), but argued that it was not relevant in the context of the present dispute, first, because there was no scientific uncertainty in the operation of pulp mills, and also, because risks associated with their operation “are monitored comprehensively and can be empirically tested” so that any uncertainties be removed or dealt with (para. 5.58). Argentina, for its part, recalled, in its Memorial, that, pursuant to Principle 15 of the 1992 Rio Declaration (*supra*), “[t]he precautionary principle is applicable to the protection of the environment once there exists a ‘risk of serious or irreversible harm’” (para. 5.14). Uruguay retorted, in its Counter-Memorial, that there was in its view no reason to believe that the pulp mills might cause “serious or irreversible harm” to the environment, and, in particular, to the water quality of the River Uruguay (para. 4.81).

107. Last but not least, as to the *content* of the precautionary principle, Argentina sustained in its Memorial that, within the framework of the 1975 Statute, such principle means that “the parties to the 1975 Stat-

⁹⁰ CR 2009/14, p. 58, para. 8.

⁹¹ Rejoinder of Uruguay, para. 5.66.

⁹² *Ibid.*, para. 5.67.

5.13). En outre, le conseil de l'Argentine a exprimé le souhait que la Cour «déclare ... que [l]e principe 15 reflète le droit coutumier» en l'espèce⁹⁰.

104. Pour l'Uruguay en revanche, le principe de précaution est une «règle de «soft law»» qui doit entrer en ligne de compte lors de l'interprétation des traités, conformément au point c) du paragraphe 3 de l'article 31 de la convention de Vienne. Pourtant — a ajouté l'Uruguay — ce principe «ne semble pas correspondre aux exigences du droit international coutumier», et il n'a jamais été traité, dans la jurisprudence des tribunaux internationaux, «comme une règle obligatoire de droit coutumier»⁹¹. En tout cas, l'Uruguay a estimé que l'Argentine «n'a[vait] pas identifié de risque significatif» face auquel des mesures auraient dû être prises en vertu du principe de précaution⁹².

105. Quant à l'*applicabilité* du principe de précaution, l'Argentine a pour sa part soutenu dans son mémoire que ce principe devait guider l'interprétation du statut de 1975 (par. 5.13) et qu'il était applicable en l'espèce du fait de la persistance de zones d'«incertitude scientifique» (quant à l'incidence sur l'environnement de l'usine Botnia) et du «risque» de dommage grave et irréversible. Parmi les zones d'incertitude scientifique figureraient «les implications de l'inversion du courant dans le fleuve sur la concentration des polluants, le sens des vents, les changements climatiques et le probable impact de la présence des polluants sur les poissons du fleuve» (par. 5.17 et 5.18).

106. L'Uruguay a quant à lui également estimé, dans sa duplique, que le principe en question jouait un rôle dans l'interprétation de certains traités de droit de l'environnement (par. 5.66), mais qu'il n'était pas pertinent dans le cadre du présent différend, premièrement parce qu'il n'y avait pas d'incertitude scientifique à propos de l'exploitation des usines de pâte à papier, et deuxièmement parce que les risques associés à cette exploitation «[faisaient] l'objet d'un suivi complet et p[ouvaient] être testés empiriquement», de sorte que les incertitudes avaient été éliminées ou résolues (par. 5.58). Pour sa part, l'Argentine a rappelé dans son mémoire que, en vertu du principe 15 de la déclaration de Rio de 1992 (*supra*), «[l]e principe de précaution est applicable à la protection de l'environnement dès lors qu'il existe un «risque de dommages graves ou irréversibles»» (par. 5.14), ce à quoi l'Uruguay a répondu dans son contre-mémoire qu'il n'y avait à son sens pas de raison de croire que les usines de pâte à papier puissent causer des «dommages graves ou irréversibles» à l'environnement et en particulier à la qualité de l'eau du fleuve Uruguay (par. 4.81).

107. Enfin et surtout, en ce qui concerne la *teneur* du principe de précaution, l'Argentine a soutenu dans son mémoire que, dans le cadre du statut de 1975, ce principe signifiait que «les parties au statut de 1975

⁹⁰ CR 2009/14, p. 51, par. 8.

⁹¹ Duplique de l'Uruguay, par. 5.66.

⁹² *Ibid.*, par. 5.67.

ute are required to notify each other of all the probable environmental consequences of their actions which may cause serious or irreversible damage *before* such actions are authorized or undertaken” (para. 5.14). Precaution would thus require the parties to the 1975 Statute “to comply with their obligations of notification and consultation before authorizing the construction” of pulp mills (para. 5.14) and — it added in its Reply — to take account of “the risks of harm in the design, preparation and implementation of any project or ‘form of use’ relating to the River Uruguay and the areas affected by it” (para. 4.54). Argentina, thus, did not agree with Uruguay’s view that the principle at issue would only apply in case of risks of “serious or irreversible harm” (cf. *supra*).

108. Argentina’s claim on the basis of the precautionary principle was thus twofold: (a) it was first linked to its general allegation that Uruguay violated the procedural obligations laid down in the 1975 Statute, especially by commencing construction and operation of the mill before having informed Argentina of all the “*probable* environmental consequences” of actions which might cause environmental harm⁹³; and (b) the precautionary principle, in its view, required Uruguay not to authorize the construction and operation of the mill before having conducted comprehensive studies on the river’s capacity to dispel pollutants⁹⁴.

109. In the oral proceedings, counsel for Argentina invited the ICJ to apply the principle, in view of

“the fact that Uruguay, faced with Argentina’s claims in 2004 and 2005 and 2006, as to the limited capacity of the river to cope with the intended new pollutants, should have postponed its authorization until it had a good basis for concluding that the river could effectively disperse of these pollutants”,

bearing in mind that, in the present case, what precaution meant was “further studies, complete assessments”, rather than “acting on the basis of unfounded assumptions about the flow of the river”⁹⁵. In addition, counsel for Argentina argued that the risks posed by the Botnia mill ha[d] not been controlled”⁹⁶.

110. Uruguay, in its turn, submitted, in its Counter-Memorial, that it would have complied with the precautionary principle “if it were applicable” to the present dispute. The principle at issue, in the terms of the 1992 Rio Declaration, requires States “not to use scientific uncertainty to postpone ‘cost-effective measures to prevent environmental degradation’” (para. 4.82); that much Uruguay would have accomplished. Yet — Uru-

⁹³ Reply of Argentina, paras. 4.55-4.56.

⁹⁴ Memorial of Argentina, para. 7.128.

⁹⁵ CR 2009/14, p. 58, para. 8; and cf. also Memorial of Argentina, para. 7.128.

⁹⁶ CR 2009/12, p. 71, para. 29.

[étaient] dans l'obligation de s'informer mutuellement de toutes les conséquences environnementales probables de leurs actions pouvant causer des dommages graves ou irréversibles *avant* que ces actions ne soient autorisées ou entamées» (par. 5.14). La précaution exigerait donc des parties au statut de 1975 qu'elles «respectent leurs obligations d'information et de consultation avant d'autoriser la construction» des usines de pâte à papier (par. 5.14) et — a-t-elle ajouté dans sa réplique — qu'elles prennent en compte «les risques de dommages dans la conception, la préparation et la mise en œuvre de tout projet ou de toute utilisation ayant trait au fleuve Uruguay et à ses zones d'influence» (par. 4.54). Ainsi, l'Argentine ne partageait pas le point de vue de l'Uruguay selon lequel le principe en question ne serait applicable qu'en cas de risque de «dommages graves ou irréversibles» (voir *supra*).

108. Ainsi, la demande de l'Argentine fondée sur le principe de précaution comportait deux volets : *a*) elle était tout d'abord liée à son allégation générale selon laquelle l'Uruguay aurait manqué aux obligations procédurales énoncées dans le statut de 1975, notamment en commençant à construire et à exploiter l'usine avant d'avoir informé l'Argentine de toutes «les conséquences environnementales *probables*» d'actions susceptibles de causer des dommages à l'environnement⁹³; et *b*) le principe de précaution, selon elle, obligeait l'Uruguay à ne pas autoriser la construction et la mise en service de l'usine avant d'avoir conduit une étude complète sur la capacité du fleuve à disperser les polluants⁹⁴.

109. Lors des plaidoiries, le conseil de l'Argentine a invité la CIJ à appliquer le principe, eu égard au fait

«que l'Uruguay, compte tenu des griefs exprimés par l'Argentine en 2004, en 2005 et en 2006 quant à la capacité limitée du fleuve d'absorber les nouveaux polluants envisagés, aurait dû attendre, avant de donner son autorisation, d'être en mesure de conclure que leur dispersion pourrait être assurée»,

en conservant à l'esprit que, en l'espèce, la précaution consistait à «mener de nouvelles études, des évaluations complètes», et non à «agir sur la base d'hypothèses infondées sur le courant du fleuve»⁹⁵. Il a en outre ajouté que les risques présentés par l'usine Botnia «n'[avaient] pas été maîtrisés»⁹⁶.

110. L'Uruguay a quant à lui affirmé, dans son contre-mémoire, qu'il se serait conformé au principe de précaution «s'il était applicable» au présent différend. Le principe en question, tel qu'il est formulé dans la déclaration de Rio de 1992, interdit aux Etats «d'invoquer l'absence de certitude scientifique afin de reporter «l'adoption de mesures effectives visant à prévenir la dégradation de l'environnement» (par. 4.82); cet

⁹³ Réplique de l'Argentine, par. 4.55-4.56.

⁹⁴ Mémoire de l'Argentine, par. 7.128.

⁹⁵ CR 2009/14, p. 51, par. 8; et voir également mémoire de l'Argentine, par. 7.128.

⁹⁶ CR 2009/12, p. 71, par. 29.

guay added — Argentina misinterpreted the precautionary principle by suggesting that it required “measures that address risks that are remote, unlikely to result in significant harm, or purely hypothetical” (para. 4.83). Such an interpretation would, in its view, be contradicted by “the very reference to ‘cost-effective measures’ in Principle 15” of the Rio Declaration. Moreover, in Uruguay’s view, States only have a responsibility to act on the basis of the precautionary principle when there is “some objective scientific basis for predicting the likelihood of significant harmful effects, some ‘reason to believe’ or ‘reasonable grounds for concern’” (para. 4.83); Argentina seemed — to Uruguay — not to have presented any “significant or credible evidence” in this respect, nothing that would amount to “serious or irreversible damage”⁹⁷.

111. Uruguay further added, in its Rejoinder, that Argentina misconstrued “the role of the precautionary principle in relation to uncertainty and risk”, in having suggested that “the more unlikely a risk the more uncertain it becomes and thus the greater the role for the precautionary principle” (para. 5.61); the principle at issue, in Uruguay’s view, can only find application when there is some evidence that the risk exists (para. 5.61). In sum, according to Uruguay, “[t]he real issue is not whether environmental risk has been eliminated, but whether it has been properly managed and minimized to the fullest extent possible using cost-effective measures” (para. 5.62); having provided evidence that it had taken

“all the measures that are reasonable and necessary to counter the Botnia plant’s actual potential — however small — for serious adverse effects on the river in the real world, then there remains no basis for suggesting that the precautionary principle has any further role to play” (para. 5.61).

112. From the exchange of views above, between Argentina and Uruguay, it so results that there does not emerge therefrom a clear distinction between a general principle and customary law, as formal “sources” of the applicable law in the *cas d’espèce*. Yet, it appears significant to me that Uruguay, even though arguing that constitutive elements of the principle at issue were not in its view substantiated in the present case, never questioned or denied the existence or material content of the principle concerned. In sum, the *existence* itself of the *principles* of prevention and of precaution, general principles of law proper to International Environmental Law, was admitted and acknowledged by the contending Parties themselves, Uruguay and Argentina.

113. Only the ICJ did not acknowledge, nor affirmed, the existence of

⁹⁷ Rejoinder of Uruguay, para. 5.59.

aspect du principe aurait été respecté par l'Uruguay. Cependant — a-t-il ajouté —, en suggérant que le principe de précaution nécessitait l'adoption de «mesures contre des risques éloignés, qui ne devraient pas causer de préjudice sensible ou qui sont purement hypothétiques» (par. 4.83), l'Argentine a donné une interprétation erronée de ce principe. Pour l'Uruguay, en effet, une telle interprétation serait contredite par «la référence même aux «mesures effectives» du principe 15» de la déclaration de Rio. De surcroît, l'Uruguay a soutenu que les Etats n'avaient le devoir d'agir sur le fondement du principe de précaution que lorsqu'il existait «des données scientifiques objectives pour prévoir des effets préjudiciables sensibles, ... «des raisons de penser» ou «des motifs raisonnables de s'inquiéter»» (par. 4.83), or l'Argentine semblait — selon l'Uruguay — n'avoir présenté aucun «élément significatif ou crédible» à cet égard, rien qui puisse être assimilé à des «dommages sérieux ou irréversibles»⁹⁷.

111. L'Uruguay a en outre ajouté, dans sa duplique, que, en suggérant que «plus un risque est improbable, plus il devient incertain, ce qui confère un plus grand rôle au principe de précaution», l'Argentine avait mal interprété «le rôle [de ce] principe lié à l'incertitude et au risque» (par. 5.61); selon l'Uruguay, le principe en question ne peut s'appliquer que lorsqu'il existe certaines preuves de l'existence d'un risque (par. 5.61). En somme l'Uruguay a soutenu que «[l]a véritable question n'est pas de savoir si le risque environnemental a été éliminé, mais s'il a été correctement géré et atténué dans toute la mesure du possible, par des procédés efficaces» (par. 5.62) et que, ayant prouvé qu'il avait pris

«toutes les mesures raisonnables et nécessaires pour parer à l'éventualité — si minime soit-elle — que l'usine Botnia puisse avoir effectivement des effets négatifs graves sur le fleuve dans le monde réel, plus rien ne permet[tait] ... d'avancer que le principe de précaution [devait] jouer un plus grand rôle» (par. 5.61).

112. L'échange de vues qui précède entre l'Argentine et l'Uruguay ne fait apparaître aucune distinction claire entre un principe général et le droit coutumier, en tant que «sources» formelles du droit applicable en l'espèce. Toutefois, il me semble révélateur que, tout en affirmant que la réunion des éléments constitutifs du principe en question n'avait à son sens pas été prouvée en l'occurrence, l'Uruguay n'ait jamais remis en cause ou nié l'existence ou le contenu matériel du principe concerné. En somme, l'*existence* elle-même des *principes* de prévention et de précaution, principes généraux de droit propres au droit international de l'environnement, a été admise et reconnue par les Parties adverses elles-mêmes, l'Uruguay et l'Argentine.

113. Seule la CIJ n'a pas reconnu, ni confirmé, l'existence de ces prin-

⁹⁷ Duplique de l'Uruguay, par. 5.59.

those principles, nor elaborated on them, thus missing a unique occasion for their consolidation in the present domain of contemporary international law. The fact that the Court's Judgment silenced on them does not mean that the principles of prevention and of precaution do not exist. They do exist and apply, and are, in my view, of the utmost importance as part of the *jus necessarium*. We can hardly speak of International Environmental Law nowadays without those general principles. The Court had a unique occasion, in the circumstances of the case of the *Pulp Mills*, to assert the applicability of the preventive as well as the precautionary principles; it unfortunately preferred not to do so, for reasons which go beyond, and escape, my comprehension.

IX. THE LONG-TERM TEMPORAL DIMENSION: INTER-GENERATIONAL EQUITY

114. May I move on to inter-generational equity. The long-term temporal dimension marks its presence, in a notorious way, in the domain of environmental protection. The concern for the prevalence of the element of *conservation* (over the simple exploitation of natural resources) reflects a cultural manifestation of the integration of the human being with nature and the world wherein he or she lives. Such understanding is, in my view, projected both in space and in time, as human beings relate themselves, in space, with the natural system of which they form part (and ought to treat with diligence and care), and, in time, with other generations (past and future)⁹⁸, in respect of which they have obligations.

115. The temporal dimension, so noticeable in the field of environmental protection, is likewise present in other domains of international law (e.g., Law of Treaties, Peaceful Settlement of International Disputes, International Economic Law, Law of the Sea, Law of Outer Space, State Succession, among others). The notion of time, the element of foreseeability, inhere in legal science as such. The predominantly *preventive* (and *precautionary*) character of the normative *corpus* on environmental pro-

⁹⁸ Future generations promptly began to attract the attention of the contemporary doctrine of international law: cf., e.g., A.-Ch. Kiss, "La notion de patrimoine commun de l'humanité", 175 *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye (RCADI)* (1982), pp. 109-253; E. Brown Weiss, *In Fairness to Future Generations: International Law, Common Patrimony and Intergenerational Equity*, Tokyo/Dobbs Ferry N.Y., United Nations University/Transnational Publs., 1989, pp. 1-351; A.-Ch. Kiss, "The Rights and Interests of Future Generations and the Precautionary Principle", *The Precautionary Principle and International Law — The Challenge of Implementation* (D. Freestone and E. Hey, eds.), The Hague, Kluwer, 1996, pp. 19-28; [Various Authors], *Future Generations and International Law* (E. Agius and S. Busuttil *et al.*, eds.), London, Earthscan, 1998, pp. 3-197; [Various Authors], *Human Rights: New Dimensions and Challenges* (J. Symonides, ed.), Paris/Aldershot, UNESCO/Dartmouth, 1998, pp. 1-153; [Various Authors], *Handbook of Intergenerational Justice* (J. C. Tremmel, ed.), Cheltenham, E. Elgar Publ., 2006, pp. 23-332.

cipes, pas plus qu'elle ne les a précisés, manquant ainsi une occasion unique de les consolider dans le présent domaine du droit international contemporain. Le fait que l'arrêt de la Cour passe sous silence ces principes de prévention et de précaution ne signifie cependant pas qu'ils n'existent pas. Ils existent et s'appliquent et revêtent, à mon sens, la plus haute importance, au titre du *jus necessarium*. Sans ces principes généraux, on peut difficilement de nos jours parler de droit international de l'environnement. L'affaire des *Usines de pâte à papier* offrait à la Cour une occasion unique d'affirmer l'applicabilité des principes de prévention et de précaution; pour des raisons qui échappent à ma compréhension et la dépassent, elle a malheureusement préféré ne pas le faire.

IX. LA DIMENSION TEMPORELLE À LONG TERME : L'ÉQUITÉ INTERGÉNÉRATIONNELLE

114. J'aimerais à présent me pencher sur la question de l'équité intergénérationnelle. Dans le domaine de la protection de l'environnement, la dimension temporelle à long terme est évidente. Le souci de faire prévaloir l'élément de *conservation* (sur la simple exploitation des ressources naturelles) est une manifestation culturelle de l'intégration de l'être humain à la nature et au monde dans lequel il vit. Cette approche a, à mon sens, un aspect spatio-temporel, l'être humain établissant un lien, dans l'espace, entre lui-même et le système naturel dont il fait partie (et qu'il devrait traiter avec diligence et attention) et, dans le temps, entre lui-même et les autres générations (passées et futures)⁹⁸, envers lesquelles il a des obligations.

115. La dimension temporelle, si remarquable dans le domaine de la protection de l'environnement, est également présente dans d'autres domaines du droit international (par exemple, le droit des traités, le règlement pacifique des différends internationaux, le droit économique international, le droit de la mer, le droit de l'espace extra-atmosphérique, la succession d'Etats, notamment). La notion de temps, l'élément de prévisibilité, sont inhérents à la science juridique en tant que telle. La prédo-

⁹⁸ Les générations futures ont rapidement attiré l'attention des auteurs de la doctrine contemporaine du droit international: voir, par exemple, A.-Ch. Kiss, «La notion de patrimoine commun de l'humanité», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye (RCADI)*, t. 175 (1982), p. 109-253; E. Brown Weiss, *In Fairness to Future Generations: International Law, Common Patrimony and Intergenerational Equity*, Tokyo/Dobbs Ferry New York, United Nations University/Transnational Publs., 1989, p. 1-351; A.-Ch. Kiss, «The Rights and Interests of Future Generations and the Precautionary Principle», *The Precautionary Principle and International Law — The Challenge of Implementation* (D. Freestone et E. Hey, dir. publ.), La Haye, Kluwer, 1996, p. 19-28; [divers auteurs], *Future Generations and International Law* (E. Agius et S. Busuttil *et al.*, dir. publ.), Londres, Earthscan, 1998, p. 3-197; [divers auteurs], *Human Rights: New Dimensions and Challenges* (J. Symonides, dir. publ.), Paris/Aldershot, Unesco/Dartmouth, 1998, p. 1-153; [divers auteurs], *Handbook of Intergenerational Justice* (J. C. Tremmel, dir. publ.), Cheltenham, E. Elgar Publ., 2006, p. 23-332.

tection, stressed time and time again, is also present in the field of human rights protection.

116. Its incidence can be detected at distinct stages or levels, starting with the *travaux préparatoires*, the underlying conceptions and the adopted texts of some human rights instruments⁹⁹. The incidence of the temporal dimension can also be detected in the “evolutionary” *interpretation* of human rights treaties (which has ensured that they remain living instruments), as well as in their *application* (as exemplified by international case law, under certain human rights treaties, bringing to the fore the notion of *potential* or *prospective* victims, i.e., victims claiming a valid potential personal interest thereunder, thus enhancing the condition of individual applicants).

117. In fact, the incidence of the temporal dimension can be detected not only in the interpretation and application of norms of protection of the human person but also in the conditions of the *exercise* of guaranteed rights (as in, e.g., public emergencies); and it can be detected in the safeguard of all rights, including the right to development and the right to a healthy environment — extending in time. Here, the evolving jurisprudence (e.g., on the aforementioned notion of potential victims, or else on the duty of prevention of violations of human rights or of environmental harm) may serve as inspiration for the progressive development of international law in distinct domains of protection (of the human person as well as of the environment).

118. In fact, concern with future generations underlies some environmental law conventions¹⁰⁰. In addition, in the same line of reasoning, the 1997 UNESCO Declaration on the Responsibilities of the Present Generations Towards Future Generations, after invoking, *inter alia*, the 1948 Universal Declaration of Human Rights and the two 1966 United Nations

⁹⁹ E.g., the three Conventions — the Inter-American, the United Nations and the European — against Torture, of an essentially preventive character: the 1948 Convention against Genocide, the 1973 Convention against Apartheid, besides international instruments turned to the prevention of discrimination of distinct kinds. The temporal dimension is further present in international refugee law (e.g., the elements for the very definition of “refugee” under the 1951 Convention and the 1967 Protocol on the Status of Refugees, namely, the well-founded fear of persecution, the threats or risks of persecutions as well as the United Nations “early warning” efforts of prevention or forecasting of refugee flows).

¹⁰⁰ E.g., the 1992 United Nations Framework Convention on Climate Change, the 1997 Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change, the 1985 Vienna Convention for the Protection of the Ozone Layer, the 1987 Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer, among others.

minance de la *prévention* (et de la *précaution*) qui caractérise le *corpus* normatif en matière de protection de l'environnement, si souvent soulignée, est également présente dans le domaine de la protection des droits de l'homme.

116. Son incidence peut être décelée à divers stades ou niveaux, en commençant par les travaux préparatoires de certains instruments relatifs aux droits de l'homme, les conceptions sous-jacentes à ces instruments et les textes adoptés⁹⁹. L'incidence de la dimension temporelle peut également être perçue dans l'*interprétation* «évolutive» des traités relatifs aux droits de l'homme (qui a permis qu'ils demeurent des instruments vivants), ainsi que dans leur *application* (comme en témoigne par exemple la jurisprudence internationale relative à certains de ces traités, qui met en avant la notion de victimes *potentielles* ou *éventuelles*, c'est-à-dire des victimes faisant valoir un intérêt personnel potentiel valide en vertu de ces traités, renforçant ainsi la condition des demandeurs individuels).

117. En fait, on peut percevoir l'incidence de la dimension temporelle non seulement dans l'interprétation et dans l'application des normes relatives à la protection de la personne humaine, mais également dans les conditions d'*exercice* des droits garantis (comme, par exemple, dans les situations d'urgence); on peut également la percevoir dans la protection de tous les droits, y compris le droit au développement et le droit à un environnement sain — qui s'étendent dans la durée. Ici, l'évolution de la jurisprudence (par exemple, sur la notion susmentionnée de victimes potentielles, ou encore sur le devoir de prévention des violations des droits de l'homme ou des dommages à l'environnement) peut inspirer le développement progressif du droit international dans des domaines de protection distincts (celle de la personne humaine aussi bien que celle de l'environnement).

118. En fait, le souci des générations futures est à la base de certaines conventions de droit de l'environnement¹⁰⁰. En outre, dans le même ordre d'idées, la déclaration sur les responsabilités des générations présentes envers les générations futures, adoptée par l'Unesco en 1997, après avoir invoqué, notamment, la déclaration universelle des droits de

⁹⁹ Par exemple, les trois conventions contre la torture — interaméricaine, européenne et onusienne — qui ont un caractère essentiellement préventif; la convention de 1948 contre le génocide et la convention de 1973 contre l'apartheid, qui viennent s'ajouter à des instruments internationaux tournés vers la prévention de divers types de discrimination. La dimension temporelle est également présente dans le droit international relatif aux réfugiés (par exemple, les éléments qui constituent la définition même de la notion de «réfugié» dans la convention de 1951 relative au statut des réfugiés et son protocole de 1967, à savoir la crainte justifiée d'être persécuté, les menaces ou les risques de persécution — en plus des efforts d'« alerte rapide » déployés en pratique par l'Organisation des Nations Unies pour prévenir ou prévoir les flux de réfugiés).

¹⁰⁰ Par exemple, la convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, de 1992, le protocole de Kyoto à la convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, de 1997, la convention de Vienne de 1985 pour la protection de la couche d'ozone et le protocole de Montréal de 1987 relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone, notamment.

Covenants on Human Rights, recalls the responsibilities of present generations to ensure that “the needs and interests of present and future generations are fully safeguarded” (Article 1 and preamble). The 1997 Declaration added, *inter alia*, that “the present generations should strive to ensure the maintenance and perpetuation of humankind with due respect for the dignity of the human person” (Article 3). Almost two decades earlier, the United Nations General Assembly adopted, on 30 October 1980, its resolution proclaiming “the historical responsibility of States for the preservation of nature for present and future generations” (para. 1); it further called upon States, in “the interests of present and future generations”, to take “measures . . . necessary for preserving nature” (para. 3).

119. In the same year of the 1997 UNESCO Declaration, in the *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)* case, the ICJ acknowledged the incidence of the time (long-term temporal) dimension, in referring to “present and future generations” (the long-term perspective), and to the “concept of sustainable development” (*Judgment, I.C.J. Reports 1997*, pp. 53-54, para. 77); yet, the Court preferred not to dwell further upon it. After over a decade, it seemed to me that the occasion had come to do so, in the framework of the present case of the *Pulp Mills*. It was indeed high time for that, but, to my disappointment, the Court’s present Judgment preferred to guard silence on this particular issue.

120. May I recall that the subject at issue was originally taken up by the Advisory Committee to the United Nations University (UNU) on a project on the matter, in early 1988, so as to provide an innovative response to rising and growing concerns over the depletion of natural resources and the degradation of environmental quality and the recognition of the need to conserve the natural and cultural heritage (at all levels, national, regional and international; and governmental as well as non-governmental). The Advisory Committee, composed of Professors from distinct continents¹⁰¹, met in Goa, India¹⁰², and issued, on 15 February 1988, a final document entitled “Goa Guidelines on Intergenerational Equity¹⁰³”, which stated:

¹⁰¹ Namely, Professors E. Brown Weiss, A. A. Cançado Trindade, A.-Ch. Kiss, R. S. Pathak, Lai Peng Cheng, and E. W. Ploman.

¹⁰² In the meeting held in Goa, India, convened by the United Nations University (UNU), the members of the UNU Advisory Committee acted in their own personal capacity.

¹⁰³ These Guidelines, adopted on 15 February 1988, were the outcome of prolonged discussions, which formed part of a major study sponsored by the UNU. It is not my intention to recall, in the present separate opinion, the points raised in those discussions, annotated in the unpublished UNU *dossiers* and working documents, on file with me since February 1988.

l'homme de 1948 et les deux pactes relatifs aux droits de l'homme adoptés par l'Organisation des Nations Unies en 1966, rappelle la responsabilité qui incombe aux générations présentes de veiller à ce que «les besoins et les intérêts des générations présentes et futures soient pleinement sauvegardés» (article premier et préambule). Elle ajoute notamment que «[l]es générations présentes devraient s'efforcer d'assurer le maintien et la perpétuation de l'humanité, dans le respect de la dignité de la personne humaine» (art. 3). Presque deux décennies auparavant, l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies adoptait, le 30 octobre 1980, sa résolution proclamant «la responsabilité historique des Etats concernant la préservation de la nature pour les générations présentes et futures» (par. 1), et appelait en outre les Etats à prendre «les mesures nécessaires ... en vue de préserver la nature», «dans l'intérêt des générations présentes et futures» (par. 3).

119. L'année de la proclamation de la déclaration de l'Unesco, la Cour reconnu, dans l'affaire du *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, l'incidence de la dimension temporelle à long terme, en se référant aux «générations présentes et futures» (la perspective à long terme) et au «concept de développement durable» (*arrêt, C.I.J. Recueil 1997*, p. 53-54, par. 77), mais préféra néanmoins ne pas développer plus avant ce sujet. Plus d'une décennie s'étant écoulée, il me semblait que l'occasion était venue de le faire, dans le cadre de la présente affaire des *Usines de pâte à papier*. Il en était en effet grand temps mais, à mon grand regret, la Cour a préféré garder le silence sur cette question particulière dans le présent arrêt.

120. Qu'il me soit permis de rappeler que le sujet en question a initialement été abordé, au début de l'année 1988, par le comité consultatif de l'Université des Nations Unies (UNU), dans le cadre d'un projet visant à apporter une réponse novatrice aux préoccupations grandissantes concernant l'épuisement des ressources naturelles et la dégradation de l'environnement ainsi qu'à faire en sorte que soit reconnue la nécessité de préserver le patrimoine naturel et culturel (à tous les niveaux, national, régional et international, qu'il soit public ou non). Le comité consultatif, composé de professeurs originaires de différents continents¹⁰¹, s'est réuni à Goa, en Inde¹⁰², et a publié, le 15 février 1988, un document final intitulé «Directives de Goa relatives à l'équité intergénérationnelle»¹⁰³, dans lequel il était déclaré ce qui suit :

¹⁰¹ A savoir, M^{me} E. Brown Weiss, M. A. A. Cançado Trindade, M. A.-Ch. Kiss, M. R. S. Pathak, M. Lai Peng Cheng et M. E. W. Ploman.

¹⁰² A la réunion convoquée par l'Université des Nations Unies (UNU) à Goa, en Inde, les membres du comité consultatif sont intervenus à titre personnel.

¹⁰³ Les directives, adoptées le 15 février 1988, étaient le résultat de longs débats qui se sont déroulés dans le cadre d'une grande étude parrainée par l'UNU. Je n'ai pas l'intention de rappeler, dans la présente opinion individuelle, les questions abordées lors de ces débats, annotés dans les dossiers et documents de travail non publiés de l'UNU, que je conserve depuis 1988.

“One innovative response to these concerns is represented by the present project which attempts to introduce for the first time in a systematic and comprehensive manner, a long term temporal dimension into international law as a complement to the traditional spatial dimension.

This temporal dimension is articulated through the formulation of the theory of ‘intergenerational equity’; all members of each generation of human beings, as a species, inherit a natural and cultural patrimony from past generations, both as beneficiaries and as custodians under the duty to pass on this heritage to future generations. As a central point of this theory the right of each generation to benefit from this natural and cultural heritage is inseparably coupled with the obligation to use this heritage in such a manner that it can be passed on to future generations in no worse condition than it was received from past generations. This requires conservation and, as appropriate, enhancement of the quality and of the diversity of this heritage. The conservation of cultural diversity is as important as the conservation of environmental diversity to ensure options for future generations.

Specifically, the principle of intergenerational equity requires conserving the diversity and the quality of biological resources, of renewable resources such as forests, water and soils which form an integrated system, as well as of our knowledge of natural and cultural systems. The principle requires that we avoid actions with harmful and irreversible consequences for our natural and cultural heritage . . . without unduly shifting the costs to coming generations.

The principles of equity governing the relationship between generations . . . pertain to valued interests of past, present and future generations, covering natural and cultural resources . . . There is a complementarity between recognized human rights and the proposed intergenerational rights.”¹⁰⁴

121. And the aforementioned UNU document moved on to propose strategies to implement inter-generational rights and obligations. From then onwards, the first studies on this specific topic of inter-generational equity, in the framework of the conceptual universe of International Environmental Law, began to flourish¹⁰⁵. From the late 1980s onwards,

¹⁰⁴ The full text of the “Goa Guidelines on Intergenerational Equity” is reproduced in Annexes to the two following books, whose authors participated in the elaboration of the document: E. Brown Weiss, *In Fairness to Future Generations: International Law, Common Patrimony and Intergenerational Equity*, op. cit. supra note 98, App. A, pp. 293-295; A. A. Cançado Trindade, *Direitos Humanos e Meio Ambiente: Paralelo dos Sistemas de Proteção Internacional*, Porto Alegre/Brazil, S. A. Fabris Ed., 1993, Ann. IX, pp. 296-298.

¹⁰⁵ Cf., *inter alia*, note 98, supra.

«Le présent projet, qui tente d'introduire pour la première fois d'une manière systématique et globale une dimension temporelle à long terme dans le droit international en tant que complément de la dimension spatiale traditionnelle, constitue une réponse novatrice à ces préoccupations.

Cette dimension temporelle s'articule autour du développement de la théorie de l'«équité intergénérationnelle». A chaque génération, tous les êtres humains, en tant qu'espèce, héritent des générations précédentes un patrimoine naturel et culturel, dont ils sont à la fois les bénéficiaires et les gardiens ayant le devoir de transmettre cet héritage aux générations futures. L'idée qui est au cœur de cette théorie est que le droit de chaque génération de tirer avantage de cet héritage naturel et culturel est inséparablement lié à l'obligation d'en user de manière à pouvoir le transmettre aux générations futures dans un état au moins équivalent à celui dans lequel il se trouvait lorsqu'elle l'a reçu des générations précédentes. Cette obligation implique la conservation et, le cas échéant, l'amélioration de la qualité et de la diversité de cet héritage. La conservation de la diversité culturelle est tout aussi importante que celle de la diversité de l'environnement pour offrir diverses options aux générations futures.

Plus précisément, le principe de l'équité intergénérationnelle exige que l'on préserve la diversité et la qualité des ressources biologiques, des ressources renouvelables telles que les forêts, l'eau et les sols qui forment un système intégré, ainsi que nos connaissances des systèmes naturels et culturels. Le principe commande d'éviter les actes ayant des conséquences préjudiciables et irréversibles pour notre héritage naturel et culturel ... sans transmettre indûment les coûts aux générations à venir.

Les principes d'équité qui régissent la relation entre les générations ... touchent aux intérêts primordiaux des générations passées, présentes et futures, et s'étendent aux ressources naturelles et culturelles. Il existe une complémentarité entre les droits de l'homme déjà reconnus et les droits intergénérationnels proposés.»¹⁰⁴

121. Les auteurs de ce document de l'ONU poursuivaient en proposant des stratégies visant à mettre en œuvre les droits et obligations intergénérationnels. Dès lors, les premières études sur le thème spécifique de l'équité intergénérationnelle, dans le cadre de l'univers conceptuel du droit international de l'environnement, commencèrent à se multiplier¹⁰⁵.

¹⁰⁴ Le texte intégral des «Directives de Goa relatives à l'équité intergénérationnelle» est reproduit dans les annexes des deux ouvrages suivants, dont les auteurs ont participé à l'élaboration du document : E. Brown Weiss, *In Fairness to Future Generations: International Law, Common Patrimony and Intergenerational Equity*, op. cit. *supra* note 98, app. A, p. 293-295 ; A. A. Cançado Trindade, *Direitos Humanos e Meio Ambiente: Paralelo dos Sistemas de Proteção Internacional*, Porto Alegre/Brésil, S. A. Fabris Ed., 1993, annexe IX, p. 296-298.

¹⁰⁵ Voir notamment note 98 *supra*.

inter-generational equity has been articulated amidst the growing awareness of the vulnerability of the environment, of the threat and gravity of sudden and global changes, and, ultimately, of one's own mortality.

122. The need has thus been keenly felt to give clear expression to inter-generational equity, so as to fulfil the pressing need to assert and safeguard the rights of present as well as future generations, pursuant to — in my perception — an essentially anthropocentric outlook. Here, in the face of likely risks and threats, the precautionary principle once again comes into play. Nowadays, in 2010, it can hardly be doubted that the acknowledgement of inter-generational equity forms part of conventional wisdom in International Environmental Law.

123. It is not surprising that, in the course of the proceedings before the ICJ in the present case of the *Pulp Mills (Argentina v. Uruguay)*, inter-generational equity has significantly been kept in mind by *both* contending Parties, Uruguay and Argentina, in their arguments presented to the Court in the written and oral phases. Argentina, for example, asserted in its oral arguments that [a]n effective application of the principle of prevention and the precautionary principle by Uruguay would have made it possible to comprehend the risks of grave harm for present and future generations”¹⁰⁶. Uruguay, in its pleadings, maintained that sustainable development is “a matter of inter-generational equity, requiring that economic development proceed in a manner that integrates protection of the environment, which is the human life-support system on which both present and future generations depend”¹⁰⁷.

124. Inter-generational equity thus came to the fore in connection with the acknowledgement, by both Parties, of the “principle of sustainable development”, which, in their views, played a role in the interpretation and application of the 1975 Statute (cf. *infra*), displaying concern for seeking to secure the welfare not only of present but also of future generations. In this respect, in approaching the “continuing obligations” of “monitoring” in the present Judgment (para. 266), the Court should have expressly linked this important point to inter-generational equity. As it did not, it unnecessarily and unfortunately deprived its own reasoning of the long-term temporal dimension, so noticeably present in the domain of environmental protection.

125. May I add another aspect, to which I attach particular importance, in respect of the long-term temporal dimension proper to inter-generational equity. In my own perception, the message of *solidarity* in

¹⁰⁶ CR 2009/20, p. 35, para. 22.

¹⁰⁷ CR 2009/17, p. 57, para. 30.

A partir de la fin des années 1980, le thème de l'équité intergénérationnelle s'est développé sur fond de prise de conscience croissante de la vulnérabilité de l'environnement, de la menace de changements à l'échelle planétaire et de leur gravité et, en fin de compte, de notre propre mortalité.

122. La nécessité de formuler clairement la notion d'équité intergénérationnelle, afin de répondre au besoin impérieux d'affirmer et de sauvegarder les droits des générations actuelles et futures, découlant — à mon sens — d'une perspective essentiellement anthropocentrique, s'est donc vivement fait ressentir. En l'espèce, face à des risques et à des menaces probables, le principe de précaution entre de nouveau en jeu. De nos jours, en 2010, on ne peut guère douter que la reconnaissance de l'équité intergénérationnelle procède de la sagesse conventionnelle en droit international de l'environnement.

123. Il n'est pas surprenant que, en la présente instance relative à des *Usines de pâte à papier (Argentine c. Uruguay)*, les deux Parties, l'Uruguay et l'Argentine, aient largement gardé à l'esprit l'équité intergénérationnelle dans les arguments qu'elles ont présentés lors des phases écrites et orales. C'est ainsi, par exemple, que l'Argentine a affirmé à l'audience qu'«[u]ne application effective des principes de prévention et de précaution par l'Uruguay aurait permis d'appréhender les risques de dommages graves pour les générations présentes et futures»¹⁰⁶. L'Uruguay a pour sa part soutenu dans ses plaidoiries que le développement durable était «une question d'équité intergénérationnelle, au sens où le développement économique doit se poursuivre d'une manière qui intègre la protection de l'environnement, c'est-à-dire le système d'entretien de la vie humaine dont dépendent les générations tant présentes que futures»¹⁰⁷.

124. Ainsi la notion d'équité intergénérationnelle s'est-elle exprimée à la faveur de la reconnaissance, par les deux Parties, du «principe de développement durable» qui, témoignant d'un souci de tenter d'assurer le bien-être non seulement des générations actuelles mais également des générations futures, jouait, selon elles, un rôle dans l'interprétation et l'application du statut de 1975 (voir *infra*). A cet égard, en abordant les «obligations continues» de «suivi et [de] contrôle» dans le présent arrêt (par. 266), la Cour aurait dû expressément établir un lien entre cette importante question et l'équité intergénérationnelle. Ne l'ayant pas fait, elle a inutilement et malheureusement privé son propre raisonnement de la dimension temporelle à long terme si nettement présente dans le domaine de la protection de l'environnement.

125. En ce qui concerne la dimension temporelle à long terme propre à l'équité intergénérationnelle, j'aimerais évoquer un autre aspect auquel j'attache une importance particulière. A mon sens, le message de *solida-*

¹⁰⁶ CR 2009/20, p. 35, par. 22.

¹⁰⁷ CR 2009/17, p. 54, par. 30.

time — conveyed by inter-generational equity — projects itself both ways, into the future and the past, encompassing future as well as past generations (these latter, in so far as, e.g., the preservation of cultural identity is concerned). In this connection, in the leading case of the *Community Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, concerning Nicaragua, the members of the indigenous community at issue successfully challenged, before the Inter-American Court of Human Rights (IACtHR), a governmental concession to an industry for wood exploitation in their communal lands (which had not yet demarcated), causing environmental harm and disturbing their *modus vivendi*.

126. In the memorable public hearings before the IACtHR of 16 to 18 November 2000, members of the community concerned¹⁰⁸ stressed the importance they attached to their communal lands, not only for their own subsistence, but also for their “cultural, religious and family development”. The hills of their lands were “sacred” to them, being the place where they rendered tribute and respect to their dead. Their lands — they insisted — belonged to them, as much as they belonged to their lands. Theirs was not the language of the *homo oeconomicus* of “modernity” and “post-modernity”. Not at all. Preservation of their harmony with their natural environment was of the utmost importance to them.

127. The members of the Mayagna community did not believe in globalization, nor in privatization, nor were they after material gain. They had their own awareness of living in time and space. They cared about the future as much as about the past. And to them, living in harmony with their natural environment was priceless, and absolutely *necessary*, it gave meaning to their lives. Theirs was the logic of *homo sapiens*, they were aware of their own limitations, and wanted to keep on living within their own possibilities. In doing so, they never changed the ends for the means, as “modernists” and “post-modernists” tend to do.

128. The IACtHR’s Judgment (merits) of 31 August 2001 in the *Community Mayagna (Sumo) Awas Tingni* case — which forms today part of the history of the international protection of human rights and of the environment in Latin America — extended protection to the right to communal property of their lands to the members of the whole indigenous community concerned, and determined the delimitation, demarcation and issuing of title to the lands of the community, to be undertaken in conformity with its customary law, its uses and habits. In reaching this significant decision, the IACtHR took into account the fact that

¹⁰⁸ As recalled by the IACtHR’s Judgment of 31 August 2001 (merits), para. 83.

rité dans le temps — que véhicule la notion d'équité intergénérationnelle — se projette dans les deux sens, à savoir dans le futur et dans le passé, il englobe les générations passées (dans la mesure où il s'agit, par exemple, de préserver l'identité culturelle) tout autant que les générations futures. A cet égard, dans l'arrêt de principe de la *Communauté Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, les membres de la communauté indigène en question ont contesté avec succès, devant la Cour interaméricaine des droits de l'homme, une concession d'exploitation forestière accordée par le Gouvernement nicaraguayen à une entreprise sur leurs terres communautaires (qui n'avaient pas été délimitées), qui causait des dommages à l'environnement et perturbait leur mode de vie.

126. Lors des audiences mémorables qui se tinrent du 16 au 18 novembre 2000 devant la cour, les membres de la communauté en question¹⁰⁸ soulignèrent l'importance qu'ils attachaient à leurs terres communautaires, non seulement pour leur propre subsistance, mais également pour leur «développement culturel, religieux et familial». Les collines présentes sur ces terres, où ils rendaient hommage à leurs morts, étaient «sacrées» pour eux. Ces terres — insistaient-ils — leur appartenaient autant qu'ils leur appartenaient. Leur langage était bien différent de celui de l'*homo oeconomicus* «moderne» et «postmoderne». Radicalement différent. La préservation de leur harmonie avec leur environnement naturel revêtait pour eux la plus haute importance.

127. Les membres de la communauté Mayagna ne croyaient ni en la mondialisation ni en la privatisation et n'avaient que faire du profit matériel. Ils avaient leur propre perception de la vie dans le temps et l'espace, soucieux du futur autant que du passé. Pour eux, vivre en harmonie avec leur environnement naturel n'avait pas de prix et était absolument *nécessaire*, cela donnait un sens à leur vie. Leur logique était celle de l'*Homo sapiens*, ils étaient conscients de leurs propres limites et souhaitaient continuer de vivre sans chercher à dépasser leurs propres capacités. Ce faisant, ils n'ont jamais confondu la fin et les moyens, comme a tendance à le faire l'homme «moderne» ou «postmoderne».

128. Dans l'arrêt qu'elle a rendu sur le fond le 31 août 2001 en l'affaire relative à la *Communauté Mayagna (Sumo) Awas Tingni* — qui fait aujourd'hui partie de l'histoire de la protection internationale des droits de l'homme et de l'environnement en Amérique latine —, la Cour interaméricaine des droits de l'homme a étendu la protection du droit à la propriété communautaire de leurs terres aux membres de l'ensemble de la communauté indigène concernée, et a jugé que la délimitation et la démarcation des terres communautaires, ainsi que l'émission du titre de propriété y afférent, devaient être effectuées conformément au droit coutumier, aux usages et aux habitudes de cette communauté. Pour statuer en ce sens, la cour a pris en compte le fait que

¹⁰⁸ Comme l'a rappelé la Cour interaméricaine des droits de l'homme dans son arrêt sur le fond du 31 août 2001, par. 83.

“among the indigenous persons there exists a communitarian tradition about a communal form of the collective property of the land, in the sense that the ownership of this latter is not centred in an individual but rather in the group and his community. (. . .) To the indigenous communities the relationship with the land is not merely a question of possession and production but rather a material and spiritual element that they ought to enjoy fully, so as to preserve their cultural legacy and transmit it to future generations.” (Para. 149.)

129. The IACtHR’s decision upheld the indigenous cosmovision, with attention to due diligence and to cultural diversity. Half a decade after the leading case of the *Community Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, the IACtHR was faced with two new cases wherein, as a result of State-sponsored commercialization of their lands in the past, the members of two indigenous communities were forcefully displaced, having been driven into a situation of great vulnerability, social marginalization and abandonment at the border of a road; the IACtHR’s decisions in the cases of the *Indigenous Community Yakye Axa* (6 February 2006) and of the *Indigenous Community Sawhoyamaya* (29 March 2006), both concerning Paraguay, determined the devolution of the communal or ancestral lands to the members of those two communities, so as to secure the survival of their cultural identity in their natural *habitat*.

130. The positive attitude of procedural collaboration displayed by the respondent States in those three cases led to their peaceful settlement. In so far as the preservation of cultural identity is concerned (inter-generational solidarity, bearing in mind future as well as past generations), in my separate opinion in the case of the *Indigenous Community Sawhoyamaya*, I saw it fit to ponder that:

“The concept of *culture*, — originated from the Roman ‘colere’, meaning to cultivate, to take into account, to care and preserve, — manifested itself, originally, in agriculture (the care with the land). With Cicero, the concept came to be used for questions of the spirit and of the soul (*cultura animi*)¹⁰⁹. With the *passing of time*, it came to be associated with humanism, with the attitude of preserving and taking care of the things of the world, including those of the past¹¹⁰. The peoples — the human beings in their social *milieu* — develop and preserve their cultures to understand, and to relate with, the outside world, in face of the mystery of life. Hence the importance of cultural identity, as a component or aggregate of the fundamental right to life itself.” (Para. 4.)

¹⁰⁹ H. Arendt, *Between Past and Future*, N.Y., Penguin, 1993 [reprint], pp. 211-213.

¹¹⁰ *Ibid.*, pp. 225-226.

«il existe chez les indigènes une tradition porteuse d'une forme communautaire de la propriété collective de la terre, en ce sens que la propriété foncière n'est pas l'apanage d'un individu mais plutôt celui du groupe et de sa communauté... Pour les communautés indigènes, la relation à la terre n'est pas une simple question de possession et de production, mais plutôt un élément matériel et spirituel dont il convient qu'ils disposent pleinement afin de préserver leur héritage culturel et de le transmettre aux générations futures.» (Par. 149.)

129. Par prudence et souci de diversité culturelle, la Cour a avalisé la vision du monde des indigènes. Une demi-décennie après l'arrêt de principe relatif à la *Communauté Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, deux nouvelles affaires ont été portées devant la Cour interaméricaine des droits de l'homme, dans lesquelles, du fait de la commercialisation de leurs terres par l'Etat, les membres de deux communautés indigènes en avaient été chassés de force, avaient ainsi été placés dans une situation de grande vulnérabilité et de marginalisation sociale, abandonnés au bord d'une route. Dans les arrêts qu'elle a prononcés en ces affaires relatives à la *Communauté indigène Yakye Axa* (6 février 2006) et à la *Communauté indigène Sawhoyamaya* (29 mars 2006), qui concernaient toutes les deux le Paraguay, la cour a décidé que les terres communautaires ou ancestrales étaient dévolues aux membres de ces deux communautés, afin d'assurer la survie de leur identité culturelle dans leur habitat naturel.

130. L'attitude positive de collaboration à la procédure dont ont fait preuve les Etats défendeurs dans ces trois affaires a permis d'aboutir à leur règlement pacifique. En ce qui concerne la préservation de l'identité culturelle (la solidarité intergénérationnelle, en tenant compte des générations futures ainsi que de celles du passé), j'ai estimé utile de préciser ce qui suit dans l'opinion individuelle que j'ai produite en l'affaire de la *Communauté indigène Sawhoyamaya*:

«Le concept de *culture* — du romain «colere» qui signifie cultiver, tenir compte, prendre soin et préserver — est tout d'abord apparu dans le domaine de l'agriculture (le soin apporté à la terre). Sous Cicéron, on commença à l'utiliser pour les questions de l'esprit et de l'âme (*cultura animi*)¹⁰⁹ et, *au fil du temps*, on en vint à l'associer à l'humanisme, à l'attitude de préservation des choses du monde, y compris celles du passé, et d'attention portée à celles-ci¹¹⁰. Confrontés au mystère de la vie, les peuples — les êtres humains dans leur environnement social — développent et préservent leurs cultures afin d'appréhender le monde extérieur et d'établir un lien avec celui-ci. D'où l'importance de l'identité culturelle, en tant que composant ou agrégat du droit fondamental à la vie elle-même.» (Par. 4.)

¹⁰⁹ H. Arendt, *Between Past and Future*, New York, Penguin, 1993 [réimp.], p. 211-213. [Pour une version française, voir H. Arendt, *La crise de la culture*, Gallimard, 1972.]

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 225-226.

131. In other cases of great cultural density brought before the IACtHR, the same spirit of *solidarity* in time, projecting itself onto future as well as past generations, was duly valued by the Court — as in its Judgment on reparations in the impressive case of *Bámaca Velásquez*, of 22 February 2002, concerning Guatemala in the light of the wealth of the Maya culture — so as to secure the fulfilment of the spiritual needs of descendants and the respect for the legacy of predecessors¹¹¹. This is — as I have been insisting in another international jurisdiction since the mid-1990s — one of the many illustrations of the historical process of *humanization* of contemporary international law, which nowadays covers the whole of its *corpus juris*.

X. THE UNDERLYING TEMPORAL DIMENSION: SUSTAINABLE DEVELOPMENT

1. The Formulation and the Implications of Sustainable Development

132. The temporal dimension underlies likewise sustainable development, which, ever since propounded by the 1987 Brundtland Commission Report as “development that meets the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs”¹¹², has come to be regarded as encompassing the fostering of economic growth, the eradication of poverty and the satisfaction of basic human needs (such as those pertaining to health, nutrition, housing, education)¹¹³. Sustainable development came to be perceived, furthermore, as a link between the right to a healthy environment and the right to development; environmental and developmental considerations came jointly to dwell upon the issues of elimination of poverty and satisfaction of basic human needs. As the whole matter came to be addressed by both the 1992 Rio Conference on Environment and Development (UNCED) and the 1993 United Nations Second World Conference on Human Rights

¹¹¹ In that Judgment on reparations in the *Bámaca Velásquez* case, the very first resolutory point of the *dispositif* ordered the identification of the mortal remains of the direct victim, their exhumation in the presence of his widow and relatives, and the rendering of his mortal remains to his widow and relatives. In my separate opinion, I saw it fit to dwell upon four specific aspects pertaining to the Court’s decision, namely: (a) the time, the living law, and the dead; (b) the projection of human suffering in time; (c) the passing of time, and the repercussion of the solidarity between the living and the dead in the law; and (d) the precariousness of the human condition and of universal human rights (paras. 1-26).

¹¹² Cf. World Commission on Environment and Development, *Our Common Future*, Oxford University Press, 1987, pp. 8-9, 40, 43-66 and 75-90.

¹¹³ UNEP, *Beijing Symposium on Developing Countries and International Environmental Law* (August 1991), *Final Report*, Beijing, UNEP/Ministry of Foreign Affairs of China, 1992, pp. 1-8 (co-rapporteurs A. A. Cançado Trindade and Ajai Malhotra).

131. Dans d'autres affaires à fort contenu culturel portées devant la Cour interaméricaine des droits de l'homme, celle-ci a dûment statué dans ce même esprit de *solidarité* dans le temps, à l'égard tant des générations futures que des générations passées — comme par exemple dans l'arrêt sur les réparations concernant le Guatemala qu'elle a rendu le 22 février 2002 dans l'impressionnante affaire de *Bámaca Velásquez*, à la lumière de la richesse de la culture Maya, afin d'assurer la satisfaction des besoins spirituels des descendants ainsi que le respect de l'héritage légué par les ancêtres¹¹¹. Cet arrêt constitue — comme je persiste à le dire dans une autre juridiction internationale depuis le milieu des années 1990 — l'une des nombreuses illustrations du processus historique d'*humanisation* du droit international contemporain, qui de nos jours concerne l'ensemble du *corpus juris* de cette discipline.

X. LA DIMENSION TEMPORELLE SOUS-JACENTE : LE DÉVELOPPEMENT DURABLE

1. La formulation et les implications du développement durable

132. De même, la dimension temporelle sous-tend la notion de développement durable dont on considère, depuis qu'elle a été définie en 1987 dans le rapport de la commission Brundtland comme «suppos[ant] la satisfaction des besoins actuels sans compromettre celle des besoins des générations futures»¹¹², qu'elle englobe la promotion de la croissance économique, l'éradication de la pauvreté et la satisfaction des besoins fondamentaux de l'homme (tels que ceux ayant trait à la santé, à l'alimentation, au logement et à l'éducation)¹¹³. On en vint en outre à percevoir le développement durable comme un lien entre le droit à un environnement sain et le droit au développement; des considérations touchant l'environnement et le développement finirent par imprégner les questions de l'élimination de la pauvreté et de la satisfaction des besoins fondamentaux de l'homme. Après que cette question eut fait l'objet d'une étude approfondie à l'occasion de la conférence de Rio de 1992 sur l'environ-

¹¹¹ Dans son arrêt sur les réparations en l'affaire *Bámaca Velásquez*, la cour a ordonné, au tout premier point du dispositif, l'identification de la dépouille mortelle de la victime directe, son exhumation en présence de sa veuve et de sa famille et la restitution de cette dépouille auxdites personnes. Dans mon opinion individuelle, j'ai estimé opportun de m'attarder sur quatre aspects spécifiques de la décision de la cour, à savoir : a) le temps, le droit des vivants et les morts; b) la projection de la souffrance humaine dans le temps; c) l'écoulement du temps et les conséquences juridiques de la solidarité entre les vivants et les morts; et d) la précarité de la condition humaine et les droits humains universels (par. 1-26).

¹¹² Voir World Commission on Environment and Development, *Our Common Future*, Oxford, University Press, 1987, p. 8-9, 40, 43-66 et 75-90.

¹¹³ PNUE, *Symposium de Beijing sur les pays en développement et le droit international de l'environnement* (août 1991) — *rapport final*, Beijing, PNUE/ministère chinois des affaires étrangères, 1992, p. 1-8 (corapporteurs A. A. Cançado Trindade et Ajai Malhotra).

(held in Vienna), it became clear that human beings remain at the centre of concerns for sustainable development¹¹⁴.

133. The 1992 Rio Declaration on Environment and Development gave considerable projection to the formulation of sustainable development turned to the fulfilment of the necessities of present and future generations¹¹⁵ (Principle 3), whilst the 1993 Vienna Declaration and Programme of Action focused on sustainable development in relation to distinct aspects of International Human Rights Law (Part I, para. 27), also bearing in mind the satisfaction of current and future needs of protection (Part II, para. 17). Sustainable development disclosed an ineluctable temporal dimension, in bringing to the fore present and future generations altogether.

134. The 1993 Vienna Declaration and Programme of Action stated that “the right to development should be fulfilled so as to meet equitably the developmental and environmental needs of present and future generations” (para. 11). The major concern of that final document of the 1993 Vienna Conference, as well as of Agenda 21 of the 1992 Rio Conference — as I well recall from their *travaux préparatoires*, as well as their adoption at the two United Nations World Conferences — was directed towards the improvement of the socio-economic conditions of living of the population, and in particular of its vulnerable groups¹¹⁶, so as to meet their special needs of protection. This is reflected in the *corpus* of those two final documents of the two landmark United Nations World Conferences of 1992 and 1993.

135. This outlook was much cultivated in successive academic events, held in different latitudes, sponsored by the United Nations throughout the *United Nations Decade of International Law* in the 1990s, which provided some insights for refining the conceptual universe of contemporary International Environmental Law. When emphasis was drawn into the promotion of sustainable development and the much needed reduction

¹¹⁴ A. A. Cançado Trindade, “Relations between Sustainable Development and Economic, Social and Cultural Rights: Recent Developments”, *International Legal Issues Arising under the United Nations Decade of International Law* (N. Al-Nauimi and R. Meese, eds.), The Hague, Kluwer, 1995, pp. 1051-1052, 1056, 1065, 1068 and 1075-1076.

¹¹⁵ Cf., for a general overview, on the eve of UNCED, [Various Authors], *Human Rights, Sustainable Development and Environment/Derechos Humanos, Desarrollo Sustentable y Medio Ambiente/Direitos Humanos, Desenvolvimento Sustentável e Meio Ambiente* (Proceedings of the Brasília Seminar of March 1992, (A. A. Cançado Trindade, ed.), 2nd ed., Brasília/San José of Costa Rica, BID/IIHR, 1995, pp. 1-405 (in particular, interventions by E. Brown Weiss, A. A. Cançado Trindade, S. McCaffrey, A.-Ch. Kiss, G. Handl and D. Shelton).

¹¹⁶ Such as, among others, those formed by the poorest segments of society.

nement et le développement (CNUED) et de la deuxième conférence mondiale sur les droits de l'homme, tenue à Vienne en 1993 sous l'égide de l'Organisation des Nations Unies, il apparut clairement que les droits de l'homme demeuraient au cœur des préoccupations du développement durable¹¹⁴.

133. La déclaration de Rio de 1992 sur l'environnement et le développement faisait une place considérable à l'idée d'un développement durable axé sur la satisfaction des besoins des générations présentes et futures¹¹⁵ (principe 3), tandis que la déclaration et le programme d'action de Vienne de 1993 mettaient l'accent sur un développement durable lié à divers aspects du droit international des droits de l'homme (1^{re} partie, par. 27), tout en conservant à l'esprit la satisfaction des besoins de protection actuels et futurs (2^e partie, par. 17). En mettant simultanément au premier plan les générations présentes et futures, le développement durable présentait une dimension temporelle inéluctable.

134. La déclaration et le programme d'action de Vienne de 1993 indiquent que «le droit au développement devrait se réaliser de manière à satisfaire équitablement les besoins des générations actuelles et futures en matière de développement et d'environnement» (par. 11). Je me souviens très bien que la préoccupation majeure exprimée lors des deux conférences mondiales tenues sous l'égide de l'Organisation des Nations Unies, durant les travaux préparatoires et l'adoption de ce texte ainsi que du programme Action 21 issu de la conférence de Rio de 1992, était d'améliorer les conditions de vie socio-économiques de la population, et notamment de ses groupes vulnérables¹¹⁶, afin de satisfaire leurs besoins particuliers de protection. Cela transparaît dans le corps de ces deux documents finaux issus des deux conférences mondiales organisées en 1992 et 1993 par l'Organisation des Nations Unies et qui firent date.

135. Cette conception fit l'objet de nombreuses analyses présentées à l'occasion d'événements universitaires organisés sous différentes latitudes tout au long des années 1990, sous l'égide de l'Organisation des Nations Unies, dans le cadre de la *Décennie du droit international*, qui fournirent un éclairage sur l'univers conceptuel du droit international contemporain de l'environnement et permirent ainsi de l'affiner. Lorsque

¹¹⁴ A. A. Cançado Trindade, «Relations between Sustainable Development and Economic, Social and Cultural Rights: Recent Developments», *International Legal Issues Arising under the United Nations Decade of International Law* (N. Al-Nauimi et R. Meese, dir. publ.), La Haye, Kluwer, 1995, p. 1051-1052, 1056, 1065, 1068 et 1075-1076.

¹¹⁵ Voir, pour un aperçu général, à la veille de la CNUED, [divers auteurs], *Human Rights, Sustainable Development and Environment/Derechos Humanos, Desarrollo Sustentable y Medio Ambiente/Direitos Humanos, Desenvolvimento Sustentável e Meio Ambiente* (compte rendu du séminaire de Brasília de mars 1992 — A. A. Cançado Trindade, dir. publ.), 2^e éd., Brasília/San José of Costa Rica, BID/IIHR, 1995, p. 1-405 (notamment les interventions de E. Brown Weiss, A. A. Cançado Trindade, S. McCaffrey, A.-Ch. Kiss, G. Handl et D. Shelton).

¹¹⁶ Tels que ceux que constituent, notamment, les segments les plus pauvres de la société.

and eradication of poverty, for example, such considerations were advanced in the light of both *inter*- and *intra*-generational equity.

136. In this connection, the comprehensive *Agenda 21*, adopted at the close of UNCED in Rio de Janeiro in 1992, pertinently warned, in its preamble, that

“Humanity stands at a defining moment in history. We are confronted with a perpetuation of disparities between and within nations, a worsening of poverty, hunger, ill health and illiteracy, and the continuing deterioration of the ecosystems on which we depend for our well-being. However, integration of environment and development concerns and greater attention to them will lead to the fulfilment of basic needs . . . No nation can achieve this on its own; but together we can — in a global partnership for sustainable development.

Agenda 21 addresses the pressing problems of today and also aims at preparing the world for the challenges of the next century.” (Paras. 1 and 3.)

137. Half a decade later, the aforementioned 1997 UNESCO Declaration on the Responsibilities of the Present Generations toward Future Generations, in acknowledging the current threats to “the very existence of humankind and its environment” (preamble), singled out the need to act on the basis of a spirit of *intra-generational* and *inter-generational* solidarity for the “perpetuation of humankind” (Article 3). And one decade after UNCED in Rio de Janeiro, the World Summit on Sustainable Development, held in Johannesburg (September 2002), adopted the Johannesburg Declaration on Sustainable Development, whereby the international community reasserted its “commitment to sustainable development” (para. 1), keeping in mind “the future of humanity”. Once again, attention was turned to considerations in the light of both *inter*- and *intra*-generational equity, calling for the overcoming of inequities in time and space.

138. This outlook, bringing together the protection of the environment and the protection of human rights, continues to be cultivated today, at the end of the first decade of the twenty-first century¹¹⁷. Numerous international instruments have captured today the *rationale* of sustainable

¹¹⁷ Cf., e.g., resolutions 7/23 (of 28 March 2008) and 10/4 (of 25 March 2009) of the United Nations Human Rights Council (addressing human rights and climate change), preceded by, e.g., resolution 2005/60 of the former United Nations Commission on Human Rights (para. 8), among others.

l'accent fut mis sur la promotion du développement durable et des très nécessaires réduction et élimination de la pauvreté, par exemple, ces considérations furent avancées à la lumière de l'équité intergénérationnelle et intragénérationnelle.

136. A cet égard, le programme très complet Action 21, adopté en 1992 à Rio de Janeiro à la clôture de la CNUED, lançait fort à propos dans son préambule la mise en garde suivante :

« L'humanité se trouve à un moment crucial de son histoire. Nous assistons actuellement à la perpétuation des disparités entre les nations et à l'intérieur des nations, à une aggravation de la pauvreté, de la faim, de l'état de santé et de l'analphabétisme, et à la détérioration continue des écosystèmes dont nous sommes tributaires pour notre bien-être. Mais si nous intégrons les questions d'environnement et de développement et si nous accordons une plus grande attention à ces questions, nous pourrions satisfaire les besoins fondamentaux... Aucun pays ne saurait réaliser tout cela à lui seul, mais la tâche est possible si nous œuvrons tous ensemble dans le cadre d'un partenariat mondial pour le développement durable.

Action 21 aborde les problèmes urgents d'aujourd'hui et cherche aussi à préparer le monde aux tâches qui l'attendent au cours du siècle prochain. » (Par. 1 et 3.)

137. Une demi-décennie plus tard, la déclaration sur les responsabilités des générations présentes envers les générations futures mentionnée précédemment, adoptée par l'Unesco en 1997, en reconnaissant les menaces pesant actuellement sur « l'existence même de l'humanité et son environnement » (préambule), mettait en évidence la nécessité d'agir dans un esprit de solidarité intragénérationnelle et intergénérationnelle pour la « perpétuation de l'humanité » (art. 3). En outre, une décennie après la tenue de la CNUED à Rio de Janeiro, la déclaration de Johannesburg sur le développement durable, dans laquelle la communauté internationale réaffirmait son « engagement en faveur du développement durable » (par. 1), gardant à l'esprit « l'avenir de l'humanité », fut adoptée à l'occasion du Sommet mondial pour le développement durable, organisé à Johannesburg en septembre 2002. Une fois encore, l'attention était portée vers des considérations abordées à la lumière de l'équité inter- et intragénérationnelle, appelant à surmonter les inégalités dans le temps et dans l'espace.

138. Cette approche associant protection de l'environnement et protection des droits de l'homme perdure de nos jours, à la fin de la première décennie du XXI^e siècle¹¹⁷. De nombreux instruments internationaux sont aujourd'hui imprégnés de la *logique* du développement durable. La

¹¹⁷ Voir, par exemple, les résolutions 7/23 (du 28 mars 2008) et 10/4 (du 25 mars 2009) du Conseil des droits de l'homme de l'Organisation des Nations Unies (relatives aux droits de l'homme et aux changements climatiques), précédées, par exemple, par la résolution 2005/60 de l'ancienne Commission des droits de l'homme de l'Organisation des Nations Unies (par. 8).

development. Contemporary expert writing is also gradually recognizing its relevance; while a great part of that writing continues, somewhat hesitantly, to refer to sustainable development as a “concept”, there are also those who seem today to display their preparedness and open-mindedness to admit that it has turned out to be a general principle of International Environmental Law¹¹⁸. On the occasion of the reform of the United Nations, by the end of 2005, in addition to the two documents already mentioned in the present separate opinion (para. 45, *supra*), the *Millennium Development Goals* were also adopted, endorsing the “principles of sustainable development” (in the plural)¹¹⁹.

139. There are strong reasons for recognizing sustainable development as a guiding general principle for the consideration of environmental and developmental issues. Both the 1992 Rio Conference and the 1993 Vienna Conference clarified, for the ongoing cycle of United Nations World Conferences during the 1990s, that the implications of *placing people at the centre of concerns* were considerable, and called for a reassessment of traditional concepts (e.g., *inter alia*, models of development and international co-operation), so as to safeguard the environment and to achieve the sustainability of human life itself. More recently, in 2008, an approach has been advanced with the aim of “aligning” the aforementioned *Millennium Development Goals* with human rights¹²⁰.

140. In the light of the considerations above, the present outcome of the case of the *Pulp Mills* leaves, in this respect, much to be desired, on three accounts, namely: first, in relation to the insufficiency of the arguments of the contending Parties on, concretely, the *social impacts* of the pulp mills, despite having addressed sustainable development (cf. *infra*); secondly, in respect of the insufficiency of attention on the part of the Court to the particular point at issue; and thirdly, with regard to the absence of any express acknowledgement by the Court of the guiding role of general principles of International Environmental Law. Having pointed this out, may I now turn to the contentions of Argentina and Uruguay on sustainable development, in the ambit of the *cas d'espèce*.

¹¹⁸ Cf., e.g., Ph. Sands, *Principles of International Environmental Law*, 2nd ed., Cambridge University Press, 2003, pp. 252, 260 and 266; C. Voigt, *Sustainable Development as a Principle of International Law*, Leiden, Nijhoff, 2009, pp. 145, 147, 162, 171 and 186. As States cannot rely on scientific uncertainties to justify inaction, in face of possible risks of serious harm to the environment, the precautionary principle has a role to play, as much as “the principle of sustainable development”; P. Birnie, A. Boyle and C. Redgwell, *International Law and the Environment*, 3rd ed., Oxford University Press, 2009, p. 163.

¹¹⁹ Targets 7.A and 7.B of the *Millennium Development Goals*.

¹²⁰ United Nations/Office of the High Commissioner for Human Rights, *Claiming the Millennium Development Goals: A Human Rights Approach*, Geneva, United Nations, 2008, pp. 1-52.

doctrine contemporaine en reconnaît également progressivement la pertinence; tandis qu'une grande partie des auteurs continuent, de manière quelque peu hésitante, à évoquer le «concept» de développement durable, d'autres semblent au contraire être prêts et ouverts à l'idée d'admettre qu'il est devenu un principe général du droit international de l'environnement¹¹⁸. A l'occasion de la réforme de l'Organisation des Nations Unies, fin 2005, les *objectifs du Millénaire pour le développement*, qui avalisaient les «principes du développement durable» (au pluriel)¹¹⁹, furent adoptés en sus des deux documents déjà mentionnés dans la présente opinion individuelle (par. 45, *supra*).

139. Il y a de solides raisons de reconnaître le développement durable comme un principe général devant présider à l'examen des questions d'environnement et de développement. Lors des conférences de Rio, en 1992, et de Vienne, en 1993, il fut clairement établi, en vue du cycle de conférences mondiales de l'Organisation des Nations Unies alors en cours et qui devait se poursuivre tout au long des années 1990, que *placer l'homme au cœur des préoccupations* avait des conséquences considérables et que cela obligeait à réévaluer certains concepts traditionnels (au rang desquels figuraient notamment les modèles de développement et de coopération internationale), afin de préserver l'environnement et d'assurer la pérennité de la vie humaine elle-même. Plus récemment, en 2008, une stratégie visant à «aligner» les *objectifs du Millénaire pour le développement* susmentionnés sur les droits de l'homme a été proposée¹²⁰.

140. A la lumière des considérations qui précèdent, l'issue de l'instance dans l'affaire des *Usines de pâte à papier* laisse, à cet égard, beaucoup à désirer et ce d'un triple point de vue: premièrement, l'insuffisance des arguments avancés par les Parties sur les *conséquences sociales* concrètes des usines de pâte à papier, bien qu'elles aient évoqué le développement durable (voir *infra*); deuxièmement, l'insuffisance de l'attention accordée par la Cour à la question particulière soulevée; et, troisièmement, l'absence de reconnaissance expresse, par la Cour, du rôle directeur des principes généraux du droit international de l'environnement. Ayant souligné cela, j'aimerais maintenant aborder, dans le cadre de la présente affaire, les arguments avancés par l'Argentine et l'Uruguay sur le développement durable.

¹¹⁸ Voir, par exemple, Ph. Sands, *Principles of International Environmental Law*, 2^e éd., Cambridge, University Press, 2003, p. 252, 260 et 266; C. Voigt, *Sustainable Development as a Principle of International Law*, Leyde, Nijhoff, 2009, p. 145, 147, 162, 171 et 186. Les Etats ne pouvant se prévaloir de l'incertitude scientifique pour justifier leur inaction face à des risques potentiels de dommages graves à l'environnement, le principe de précaution a un rôle à jouer, tout autant que «le principe de développement durable»; P. Birnie, A. Boyle et C. Redgwell, *International Law and the Environment*, 3^e éd., Oxford, University Press, 2009, p. 163.

¹¹⁹ Cibles 7.A et 7.B des *objectifs du Millénaire pour le développement*.

¹²⁰ Organisation des Nations Unies/Haut Commissariat aux droits de l'homme, *Re-vendiquer les objectifs du Millénaire pour le développement: une approche fondée sur les droits de l'homme*, Genève, Organisation des Nations Unies, 2008, p. 1-66.

2. *The Awareness of the Contending Parties of the Implications of Sustainable Development*

141. In the present case of the *Pulp Mills*, the contending Parties addressed *sustainable development* interchangeably as a “concept” and as a “principle”. In its Memorial, Argentina argued that the two Parties were “linked by respect for the principle of sustainable development” when they undertook “activities on the River Uruguay”¹²¹. Yet, they did not coincide as to the application of that “concept” or “principle”, which, in Argentina’s view, required an integrated approach to, and “a balance to be achieved” between the objectives of socio-economic development and of environmental protection, as was solemnly declared in the 1992 Rio Declaration on Environment and Development (Principles 3 and 4¹²²), ranking among “the principles which are supposed to guide the interpretation and application of the 1975 Statute”¹²³.

142. Argentina further contended, in its Memorial, that “[o]ne of the key elements of the principle of sustainable development is that meeting the developmental needs of current generations must not jeopardize the well-being of future generations”¹²⁴. Insisting on Principles 3 and 4 of the 1992 Rio Declaration, Argentina added that

“Under the principle of sustainable development, States fulfil their right to development while complying with the obligations incumbent on them as regards the promotion and protection of the environment. This includes the obligations . . . to which that Statute refers . . . The concept of ‘sustainable development’ cannot be relied upon to justify giving the objectives of economic development any priority over essential environmental needs.”¹²⁵

143. Thus, in maintaining that the “principle of sustainable development” applies to the 1975 Statute, Argentina recalled, in its Memorial, Principle 3 of the 1992 Rio Declaration on Environment and Development, whereby “the *right to development* must be fulfilled so as to equitably meet developmental and environmental needs of present and future generations”¹²⁶. Moreover, still in its Memorial, Argentina referred to the 2002 Environmental Protection Plan for the River Uruguay (celebrated by CARU with 15 Argentine and Uruguayan local authorities),

¹²¹ Memorial of Argentina, para. 3.177.

¹²² *Ibid.*, para. 3.179.

¹²³ Reply of Argentina, para. 4.32, and cf. also para. 1.48.

¹²⁴ Memorial of Argentina, para. 3.180.

¹²⁵ *Ibid.*, paras. 5.6-5.7, and cf. also para. 5.8.

¹²⁶ *Ibid.*, para. 5.5.

2. Les Parties à l'instance avaient conscience des implications du développement durable

141. Dans la présente affaire relative à des *Usines de pâte à papier*, les Parties ont évoqué de manière interchangeable le «concept» et le «principe» de *développement durable*. Dans son mémoire, l'Argentine a affirmé que les deux Parties étaient «lié[s] par le respect du principe du développement durable» lorsqu'elles entreprenaient «des activités sur le fleuve Uruguay»¹²¹. Cependant, leur approche divergeait quant à l'application du «concept» ou du «principe», l'Argentine estimant pour sa part que celle-ci nécessitait une approche intégrée des objectifs de développement socio-économique et de protection de l'environnement, entre lesquels il convenait de «trouver un équilibre», comme cela était solennellement affirmé dans la déclaration de Rio de 1992 sur l'environnement et le développement (principes 3 et 4¹²²) — le principe de développement durable faisant partie de «[ceux] qui doivent guider l'interprétation et l'application du statut de 1975»¹²³.

142. L'Argentine a en outre affirmé, dans son mémoire, que «[l']une des composantes essentielles du principe de développement durable [était] que la satisfaction des besoins immédiats des générations présentes au titre du droit au développement ne [devait] pas compromettre le bien-être des générations futures»¹²⁴. Insistant sur les principes 3 et 4 de la déclaration de Rio de 1992, elle a ajouté que,

«[e]n application du principe du développement durable, les Etats réalisent leur droit au développement en respectant leurs obligations en matière de promotion et de protection de l'environnement. Ainsi en est-il des obligations découlant du statut de 1975... Le concept de «développement durable» ne peut pas être invoqué pour justifier le fait de donner aux objectifs de développement économique une quelconque préséance sur des nécessités environnementales essentielles.»¹²⁵

143. Ainsi, en soutenant que le «principe du développement durable» s'appliquait au statut de 1975, l'Argentine a rappelé, dans son mémoire, le principe 3 de la déclaration de Rio de 1992 sur l'environnement et le développement, aux termes duquel «le droit au développement doit être réalisé de façon à satisfaire équitablement les besoins relatifs au développement et à l'environnement des générations présentes et futures»¹²⁶. Toujours dans son mémoire, l'Argentine a également invoqué le plan de protection environnementale

¹²¹ Mémoire de l'Argentine, par. 3.177.

¹²² *Ibid.*, par. 3.179.

¹²³ Réplique de l'Argentine, par. 4.32, et voir également par. 1.48.

¹²⁴ Mémoire de l'Argentine, par. 3.180.

¹²⁵ *Ibid.*, par. 5.6-5.7, et voir également par. 5.8.

¹²⁶ *Ibid.*, par. 5.5.

which approached the obligations set out by the 1975 Statute as providing “a *collective, participative and collaborative* framework” for co-operation and co-ordination to protect the River Uruguay “for future generations”¹²⁷.

144. On its part, Uruguay, evoking, in its Counter-Memorial, the “principles of general international law”¹²⁸, argued that

“The right of all States to pursue sustainable economic development is enshrined in Principle 2 of the 1992 Rio Declaration . . . [which] affirms both the sovereign right of States to exploit their own resources ‘pursuant to their own environmental and developmental policies’ and their responsibility ‘to ensure that activities within their jurisdiction or control do not cause damage to the environment of other States or to areas beyond the limits of national jurisdiction’.”¹²⁹

145. In its view, like Principle 4, Principle 2 of the Rio Declaration “requires integration or accommodation of development and environmental protection”¹³⁰. And Uruguay added that

“Argentina’s arguments about the 1975 Statute entirely fail to address this need to accommodate economic development and environmental protection when utilizing the waters of the Uruguay River. Indeed, Argentina’s Memorial studiously cultivates the impression that the 1975 Statute subjugates considerations of economic development to unyielding environmental concerns.”¹³¹

146. Uruguay further stated, in its Rejoinder, that

“[d]evelopment is permitted (indeed, required under Article 1 of the United Nations Covenants on Civil and Political Rights and on Economic, Social and Cultural Rights, among other places) so long as the environment is protected for the benefit of future generations”¹³².

In acknowledging its need to improve the “living conditions” of “present and future generations of its population”¹³³, Uruguay argued that

¹²⁷ Memorial of Argentina, para. 3.153.

¹²⁸ Counter-Memorial of Uruguay, para. 1.26.

¹²⁹ *Ibid.*, para. 2.30.

¹³⁰ *Ibid.*, para. 2.32.

¹³¹ *Ibid.*, para. 2.33.

¹³² Rejoinder by Uruguay, para. 2.130.

¹³³ CR 2009/17, pp. 46 and 48, paras. 1 and 5, and cf. also p. 50, para. 11.

du fleuve Uruguay de 2002 (conclu entre la CARU et quinze collectivités locales uruguayennes et argentines), dans lequel les obligations énoncées par le statut de 1975 sont présentées comme fournissant un cadre de coopération et de coordination «*collectif, participatif et collaboratif*» pour protéger le fleuve Uruguay «pour les générations futures»¹²⁷.

144. Pour sa part, l'Uruguay, évoquant, dans son contre-mémoire, les «principes du droit international général»¹²⁸, a affirmé que :

«Le droit qu'ont tous les Etats de chercher à assurer leur développement économique durable est consacré par le principe 2 de la déclaration de Rio de 1992 ... [qui] établit à la fois le droit souverain des Etats d'exploiter leurs propres ressources «conformément à leurs politiques en matière d'environnement et de développement» et leur devoir «de veiller à ce que les activités exercées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle ne causent pas de dommages à l'environnement dans d'autres Etats ou dans des zones ne relevant d'aucune juridiction nationale».»¹²⁹

145. Selon l'Uruguay, comme le principe 4, le principe 2 de la déclaration de Rio «exige[ait] d'associer ou de concilier développement et protection de l'environnement»¹³⁰, et d'ajouter :

«Les arguments avancés par l'Argentine au sujet du statut de 1975 ignorent cette nécessité de concilier le développement économique et la protection de l'environnement dans le cadre de l'utilisation des eaux du fleuve Uruguay. En effet, le mémoire de l'Argentine entretient soigneusement l'illusion que le statut de 1975 subordonne les considérations relatives au développement économique au respect le plus strict de l'environnement.»¹³¹

146. Dans sa duplique, l'Uruguay a en outre déclaré que

«[l]e développement [était] autorisé ([qu']il [était] même prescrit aux termes, notamment, des articles premiers des pactes internationaux de l'ONU respectivement consacrés aux droits civils et politiques, et aux droits économiques, sociaux et culturels), dès lors que la protection de l'environnement [était] assurée au bénéfice des générations futures»¹³².

Reconnaissant la nécessité pour lui d'améliorer les «conditions de vie» des «générations présentes et futures de sa population»¹³³, l'Uruguay a

¹²⁷ Mémoire de l'Argentine, par. 3.153.

¹²⁸ Contre-mémoire de l'Uruguay, par. 1.26.

¹²⁹ *Ibid.*, par. 2.30.

¹³⁰ *Ibid.*, par. 2.32.

¹³¹ *Ibid.*, par. 2.33.

¹³² Duplique de l'Uruguay, par. 2.130.

¹³³ CR 2009/17, p. 41 et 43, par. 1 et 5, et voir également p. 46, par. 11.

“Argentina has not challenged the right of Uruguay to develop economically, and thus to meet the needs of present and future generations of her citizens”¹³⁴.

147. This last remark was made by Uruguay in the course of the oral phase of proceedings in the present case of the *Pulp Mills*, wherein counsel for both Uruguay and Argentina retook and insisted on their respective points advanced in the written phase of the proceedings in the *cas d'espèce*. Both Argentina and Uruguay were quite aware of the intertemporal dimension underlying sustainable development as a principle of International Environmental Law, and the ICJ should, in my view, have taken note of, and endorsed¹³⁵, sustainable development *as such*, thus contributing to the progressive development of International Environmental Law.

XI. JUDICIAL DETERMINATION OF THE FACTS

148. The aforementioned general principles, and temporal dimension, are to be kept in mind, in the exercise of the international judicial function, which also includes the judicial determination of the facts. As to this latter, conflicting evidence assumed noticeable proportions in the present case of the *Pulp Mills*. In fact, by and large, conflicting evidence seems to make the paradise of lawyers and practitioners, at national and international levels. It seems to make, likewise, the purgatory of judges and fact-finders, at national and international levels. Consideration of this issue cannot be avoided in the present case of the *Pulp Mills*.

149. May it here be recalled that, for the determination of the facts, the Court has accumulated some experience in receiving the testimony of experts or witnesses, though not a particularly extensive one¹³⁶. In turn, expert-witnesses — a category not foreseen in the Statute or the Rules —

¹³⁴ CR 2009/17, p. 58, para. 32.

¹³⁵ The Court could, for example, have taken up, and further developed, bearing in mind the contentions of the Parties in the present case of the *Pulp Mills*, its own *obiter dictum* in the *whole* (not only in part, as it did) of paragraph 140 of its Judgment in the *Gabčíkovo-Nagymaros Project case (Hungary/Slovakia)* (Judgment, I.C.J. Reports 1997, p. 77).

¹³⁶ The ten occasions to date, when it did, are the following: *Corfu Channel case (United Kingdom v. Albania)* (1949), *Temple of Preah Vihear case (Cambodia v. Thailand)* (1962), *South West Africa cases (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa)* (1966), *Continental Shelf case (Tunisia v. Libya)* (1982), *Gulf of Maine case (Canada and United States of America)* (1984), *Continental Shelf case (Libya v. Malta)* (1985), *Nicaragua v. United States of America* case (1986), *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) case (United States of America v. Italy)* (1989), *Land, Island and Maritime Frontier Dispute case (El Salvador v. Honduras)* (1992), *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide case (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)* (2007).

soutenu que «l'Argentine n'a[vait] pas contesté [son] droit ... à développer son économie, et à répondre ainsi aux besoins des générations présentes et futures de sa population»¹³⁴.

147. L'Uruguay fit cette dernière remarque dans le cadre des plaidoiries organisées en la présente affaire, au cours desquelles les conseils des deux Parties reprirent et réaffirmèrent les points qu'ils avaient respectivement avancés dans leurs écritures. L'Argentine et l'Uruguay étaient tous deux tout à fait conscients de la dimension intertemporelle du développement durable en tant que principe de droit international de l'environnement et la CIJ aurait, me semble-t-il, dû prêter attention au développement durable *en tant que tel*, et le reprendre à son compte¹³⁵, pour ainsi contribuer à l'évolution progressive du droit international de l'environnement.

XI. L'ÉTABLISSEMENT JUDICIAIRE DES FAITS

148. Les principes généraux et la dimension temporelle susmentionnés doivent être gardés à l'esprit dans l'exercice de la fonction judiciaire internationale, qui consiste aussi pour le juge à établir les faits. A cet égard, les conflits de preuve ont pris des proportions remarquables dans la présente affaire des *Usines de pâte à papier*. En fait, les conflits de preuve semblent généralement constituer, aux niveaux national et international, une aubaine pour les juristes et les professionnels du droit, mais aussi une calamité pour les juges et ceux qui sont chargés d'établir les faits. L'examen de cette question est incontournable en l'espèce.

149. Qu'il me soit permis de rappeler ici que, en matière d'établissement de faits, la Cour a acquis une expérience certaine, quoique relativement limitée, de l'audition d'experts ou de témoins¹³⁶. En revanche, elle n'a entendu des témoins-experts — une catégorie qui n'était prévue ni

¹³⁴ CR 2009/17, p. 55, par. 32.

¹³⁵ La Cour aurait, par exemple, pu reprendre *en entier* (et non partiellement comme elle l'a fait), pour le développer plus avant, en tenant compte des allégations des Parties à la présente affaire relative à des *Usines de pâte à papier*, son propre *obiter dictum* du paragraphe 140 de l'arrêt qu'elle a prononcé en l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)* (arrêt, C.I.J. Recueil 1997, p. 77).

¹³⁶ Elle en a jusqu'ici eu l'occasion dans les dix affaires suivantes : *Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie)* (1949); *Temple de Préah Vihear (Cambodge c. Thaïlande)* (1962); *Sud-Ouest africain (Ethiopie c. Afrique du Sud; Libéria c. Afrique du Sud)* (1966); *Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne)* (1982); *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine (Canada/Etats-Unis d'Amérique)* (1984); *Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte)* (1985); *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)* (1986); *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (Etats-Unis d'Amérique c. Italie)* (1989); *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras)* (1992); *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)* (2007).

were object of attention of the Court on very few occasions¹³⁷, by a functional necessity. On-site visits — Article 66 of the Rules — were undertaken once by the old PCIJ (case of the *Diversion of Waters from the Meuse*, 1937), and once by the ICJ (*Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)* case, 1997), but without involving actual fact-finding. Only on two occasions so far, fact-finding as such (Article 50 of the Statute and Article 67 of the Rules) was contemplated by the Hague Court *motu proprio*.

150. The first occasion occurred in the *Chorzów Factory* case (*Germany v. Poland*, 1928), when the PCIJ designated (citing Article 50 of the Statute) a committee of experts in September 1928, but, as the case became object of a friendly settlement, that committee was dissolved before it could render its report. The second occasion was the *Corfu Channel* case (*United Kingdom v. Albania*, 1949), which became the leading case on the subject: the appointed experts presented two reports, in January and February 1949 (having visited the area concerned wherein they conducted further inquiries), which were taken into account by the ICJ in its Judgment on the merits, of 9 April 1949. Still in the same *Corfu Channel* case, the designated experts submitted another report in December 1949 to the Court, which, after questioning them, took their conclusions into full account in its Judgment on reparations, of 15 December 1949, in the case at issue¹³⁸.

151. Thus, in the light of the Court's own experience so far, in the present *Pulp Mills* case, not all the possibilities of fact-finding were exhausted. I am of the view that paragraph 170 of the present Judgment should have pointed out also the additional possibility opened to the Court, if it deemed it necessary, namely, that of obtaining further evidence *motu proprio*. Yet, if the Court would have made use of this additional possibility (e.g., by means of *in loco* fact-finding) — as I think it should have — would its conclusion as to substantive obligations under Articles 35, 36 and 41 of the 1975 Statute of the River Uruguay have been different? Any answer to this question would be to a large extent conjectural.

XII. BEYOND THE INTER-STATE DIMENSION: RELATED ASPECTS

152. Previous considerations concerning general principles of law, as well as the temporal dimension, bring me, in the present separate opinion,

¹³⁷ E.g., in the *Corfu Channel* case (*United Kingdom v. Albania*) (1949), in the *Temple of Preah Vihear* case (*Cambodia v. Thailand*) (1962), and in the *South West Africa* cases (*Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa*) (1966).

¹³⁸ On yet a third occasion, somewhat distinctly, in the *Gulf of Maine* case (*Canada v. United States*), the ICJ Chamber *was required*, under the special agreement, to appoint an expert; after his appointment (again citing Article 50 of the Statute), his "explanatory report" was annexed by the ICJ Chamber, to its Judgment of 12 October 1984.

dans son Statut ni dans son Règlement — qu'à de très rares occasions¹³⁷, pour des nécessités pratiques. Une visite sur les lieux — article 66 du Règlement — n'a été entreprise qu'une fois par la Cour permanente (dans l'affaire des *Prises d'eau à la Meuse*, 1937) et une fois par la Cour actuelle (dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, 1997), mais sans véritable enquête. La Cour et sa devancière n'ont jusqu'ici envisagé d'office d'établir des faits qu'en deux occasions (article 50 du Statut et article 67 du Règlement).

150. La première occasion se présenta dans l'affaire de l'*Usine de Chorzów (Allemagne c. Pologne)* (1928), lorsque la Cour permanente (citant l'article 50 du Statut) désigna une commission d'experts en septembre 1928 mais, l'affaire ayant été réglée à l'amiable, cette commission fut dissoute avant d'avoir pu rendre son rapport. La seconde occasion fut l'affaire du *Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie)* (1949), qui est devenue l'affaire phare en la matière: les experts désignés présentèrent deux rapports, l'un en janvier et l'autre en février 1949 (après avoir enquêté sur les lieux), que la Cour prit en considération dans son arrêt sur le fond du 9 avril 1949. Toujours dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, en décembre 1949, les experts désignés soumièrent un autre rapport à la Cour, qui, après les avoir interrogés, tint pleinement compte de leurs conclusions dans l'arrêt qu'elle rendit dans cette affaire le 15 décembre 1949 sur la question des réparations¹³⁸.

151. Partant, compte tenu de l'expérience qu'elle a acquise jusqu'ici, la Cour n'a pas épuisé toutes les possibilités qui s'offraient à elle pour établir les faits dans la présente affaire des *Usines de pâte à papier*. Je considère que, au paragraphe 170 du présent arrêt, elle aurait dû indiquer qu'il lui était aussi possible, si elle l'estimait nécessaire, d'obtenir d'office davantage d'informations. Cela dit, si la Cour s'était prévalu de cette possibilité supplémentaire (en procédant par exemple à une enquête sur le terrain) — comme je pense qu'elle aurait dû le faire —, serait-elle parvenue à une conclusion différente quant aux obligations de fond découlant des articles 35, 36 et 41 du statut du fleuve Uruguay de 1975? Toute réponse à cette question serait largement hypothétique.

XII. AU-DELÀ DE LA DIMENSION INTERÉTATIQUE: ASPECTS CONNEXES

152. Les considérations qui précèdent sur les principes généraux de droit et la dimension temporelle me conduisent dans la présente opinion

¹³⁷ Par exemple dans les affaires du *Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie)* (1949), du *Temple de Préah Vihear (Cambodge c. Thaïlande)* (1962) et du *Sud-Ouest africain (Ethiopie c. Afrique du Sud; Libéria c. Afrique du Sud)* (1966).

¹³⁸ A une troisième occasion encore, quoique dans des circonstances quelque peu différentes, en l'affaire du *Golfe du Maine (Canada/États-Unis d'Amérique)*, la Chambre de la Cour fut tenue, de par les termes du compromis, de désigner un expert; après l'avoir désigné (en citant là encore l'article 50 du Statut), la Chambre de la Cour annexa le «rapport explicatif» de cet expert à son arrêt du 12 octobre 1984.

to keep on looking well beyond the inter-State dimension despite the strictly inter-State structure of the international *contentieux* before the ICJ. In doing so, I shall review related aspects to which I attribute particular significance, namely: (a) the imperatives of human health and the well-being of peoples; (b) the role of civil society in environmental protection; (c) the objective character of obligations, beyond reciprocity; and (d) CARU's international legal personality. I shall next turn to each of them.

1. The Imperatives of Human Health and the Well-being of Peoples

153. Already in 1974, two years after the adoption of the Stockholm Declaration, the United Nations Charter on Economic Rights and Duties of States (which resulted from a Latin American initiative¹³⁹) warned that the protection and preservation of the environment for present and future generations were the responsibility of *all* States (Article 30). The reference to succeeding generations in time disclosed, first, an awareness of the long-term temporal dimension, and, secondly, a concern beyond the strictly inter-State dimension, prompted by the goal of securing human health and the well-being of peoples. The United Nations General Assembly resolution 44/228 of 1989, deciding to convene a United Nations Conference on Environment and Development in Rio de Janeiro in 1992, for example, affirmed in fact that the protection and enhancement of the environment were major issues that affected the well-being of peoples, and singled out, as one of the environmental issues of major concern, the "protection of human health conditions and improvement of the quality of life" (paragraph 12 (i)).

154. International Environmental Law is attentive to human health. In the present case of the *Pulp Mills* the point was touched upon by the two contending Parties. In so far as the social impacts of the pulp mill (the Botnia plant) are concerned, Argentina, in its Memorial, displayed attention to "the health and well-being of the neighbouring communities" (paras. 6.44-6.45), while Uruguay, in its Rejoinder, referred to social impact monitoring indicating an improvement in the "quality of life" in Fray Bentos and "surrounding communities" (para. 4.40). But while Uruguay, in its Counter-Memorial, contended that the pulp mill did not constitute a threat to public health (paras. 5.33-5.34), Argentina, in turn, sought to demonstrate that eutrophication of the river and air pollution may be hazardous to human

¹³⁹ Launched on the occasion of the III UNCTAD, on 1 April 1972; the Charter was adopted by the United Nations General Assembly on 12 December 1974.

individuelle à continuer de regarder bien au-delà de la dimension inter-étatique — en dépit du caractère purement interétatique des procédures contentieuses internationales pouvant être engagées devant la Cour. Ainsi, je vais traiter certains aspects connexes auxquels j'attache une importance particulière, à savoir : *a)* les impératifs de la santé humaine et du bien-être des populations; *b)* le rôle de la société civile dans la protection de l'environnement; *c)* le caractère objectif des obligations, au-delà de la réciprocité; et *d)* la personnalité juridique internationale de la CARU — autant d'aspects que j'examinerai successivement.

1. Les impératifs de la santé humaine et du bien-être des populations

153. Dès 1974, deux ans après l'adoption de la déclaration de Stockholm, la charte des droits et devoirs économiques des Etats adoptée par les Nations Unies (à la suite d'une initiative latino-américaine¹³⁹) indiquait, sur le ton d'une mise en garde, que la protection et la sauvegarde de l'environnement pour les générations actuelles et futures était une responsabilité incombant à *tous* les Etats (art. 30). La référence à la succession des générations dans le temps attestait premièrement une prise de conscience de la dimension temporelle à long terme et, deuxièmement, une préoccupation dépassant la dimension strictement interétatique, le but étant de préserver la santé humaine et le bien-être des peuples. Dans sa résolution 44/228 de 1989, l'Assemblée générale, décidant de convoquer une conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement à Rio de Janeiro en 1992, affirma en fait, par exemple, que la protection et l'amélioration de la qualité de l'environnement étaient des questions essentielles influant sur le bien-être des populations et elle cita, entre autres questions environnementales d'importance capitale, la «[p]rotection de la santé humaine et [l']amélioration de la qualité de la vie» (alinéa i) du paragraphe 12).

154. Le droit international de l'environnement est soucieux de la santé humaine. Dans la présente affaire des *Usines de pâte à papier*, les deux Parties en litige ont évoqué cette question. En ce qui concerne les répercussions sociales de l'usine de pâte à papier (l'usine Botnia), l'Argentine a dans son mémoire évoqué le «bien-être et ... la santé des communautés voisines» (par. 6.44-6.45), tandis que, dans sa duplique, l'Uruguay a indiqué qu'un suivi de l'incidence sociale de l'usine avait révélé une amélioration de la «qualité de la vie» à Fray Bentos et dans les «communautés voisines» (par. 4.40). Mais alors que, dans son contre-mémoire, l'Uruguay soutenait que l'usine de pâte à papier ne constituait pas une menace pour la santé publique (par. 5.33-5.34), l'Argentine, elle, a tenté de démontrer que l'eutrophisation du fleuve et la pollution atmosphérique

¹³⁹ Lancée à l'occasion de la troisième conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement, le 1^{er} avril 1972; la charte fut adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 12 décembre 1974.

health¹⁴⁰, and referred to incidents involving workers and other employees of the Botnia plant and other persons living nearby¹⁴¹.

155. Yet, one is left with the impression that the Parties did not advance full-fledged arguments on general issues of *public health* that might be raised by the operation of the pulp mill. Arguments were rather focused on environmental effects (water quality and ecological balance) and aspects of impacts on life quality, such as tourism. In fact, particular attention was devoted to the impact on tourism (tourist activity and products)¹⁴². One is thus further left with the impression that considerations proper to the *homo oeconomicus* played here an important role.

156. In any case, attention is to be drawn also to the points made by the ICJ itself, in the present Judgment in the *Pulp Mills* case (paras. 219-224), concerning the consultation to the affected populations. As already pointed out in the present separate opinion, the obligation to notify and share information with the affected populations is one which ensues from the precautionary principle (cf. *supra*). This is what the Court did not expressly state. But, in any case, attention is turned to the affected populations, beyond the strictly inter-State dimension.

157. It should not pass unnoticed that, in a recent Judgment (of 13 July 2009) — recalled in the present Judgment (para. 204) — in the case concerning the *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, the Court upheld the customary right of subsistence fishing (*Judgment, I.C.J. Reports 2009*, p. 266, paras. 143-144) from the inhabitants of *both* banks of the San Juan River. The respondent State had commendably reiterated that it had “absolutely no intention of preventing Costa Rican residents from engaging in subsistence fishing activities” (*ibid.*, p. 265, para. 140). After all, those who fish for subsistence are not the States, but the human beings struck by poverty. The Court further held that that customary right would be “subject to any Nicaraguan regulatory measures relating to fishing adopted for proper purposes, particularly for the protection of resources and the environment” (*ibid.*, p. 266, para. 141).

158. That case, like the present one, also concerned Latin American countries. In both cases the ICJ looked beyond the strictly inter-State dimension, into the segments of the populations concerned. The contending States, in both cases, advanced their arguments in pursuance of their vindications, without losing sight of the human dimension underlying

¹⁴⁰ Cf. Memorial of Argentina, paras. 5.52, 5.70, 7.96 and 7.162; Reply of Argentina, paras. 3.212 and 4.176, and Vol. III, Ann. 43, paras. 4.4.2-4.4.3; as well as CR 2009/14, pp. 43-44, para. 14.

¹⁴¹ Cf. Reply of Argentina, para. 0.10.

¹⁴² Cf. Memorial of Argentina, paras. 6.54-6.63; Rejoinder of Uruguay, paras. 6.82-6.87.

présentaient des risques pour la santé humaine¹⁴⁰, et a évoqué des incidents ayant affecté des ouvriers et d'autres employés de l'usine Botnia ainsi que d'autres personnes vivant dans les environs¹⁴¹.

155. Pourtant, il semble que les Parties ne sont pas allées au bout de leur argumentation sur les questions générales de *santé publique* que pouvait soulever l'exploitation de l'usine de pâte à papier. Elles ont focalisé leurs arguments sur les effets environnementaux (qualité de l'eau et équilibre écologique) et sur certains types d'incidences sur la qualité de vie, notamment dans le domaine du tourisme. En fait, elles se sont particulièrement intéressées aux effets sur le tourisme (activités et produits touristiques)¹⁴², semblant ainsi faire la part belle à des considérations propres à l'*homo oeconomicus*.

156. Quoi qu'il en soit, il convient de s'arrêter aussi sur ce que la Cour a elle-même relevé, dans le présent arrêt en l'affaire des *Usines de pâte à papier* (par. 219-224), au sujet de la consultation des populations touchées. Comme je l'ai déjà exposé dans la présente opinion, l'obligation d'aviser et d'informer les populations concernées découle du principe de précaution (voir *supra*). La Cour ne l'a pas dit expressément. Mais, quoi qu'il en soit, l'attention est appelée sur les populations touchées, au-delà de la dimension strictement interétatique.

157. Il n'aura échappé à personne que, dans une décision récente (du 13 juillet 2009) — citée dans le présent arrêt (par. 204) — en l'affaire du *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)*, la Cour a confirmé l'existence d'un droit coutumier de pratiquer la pêche à des fins de subsistance (*arrêt, C.I.J. Recueil 2009*, p. 266, par. 143-144) en faveur des habitants des deux rives du fleuve San Juan. L'Etat défendeur avait répété de façon fort louable qu'il n'avait «nullement l'intention d'empêcher les résidents costa-riciens de se livrer à la pêche de subsistance» (*ibid.*, p. 265, par. 140). Après tout, ceux qui pêchent pour vivre ne sont pas des Etats, ce sont des êtres humains frappés par la pauvreté. La Cour a conclu en outre que ce droit coutumier était «subordonné à toute mesure de réglementation en matière de pêche que le Nicaragua pourrait prendre à des fins légitimes, notamment pour la protection des ressources et de l'environnement» (*ibid.*, p. 266, par. 141).

158. Cette affaire, comme la présente instance, opposait également des pays d'Amérique latine. Dans ces deux affaires, la Cour est sortie de la dimension purement interétatique pour s'intéresser aux populations concernées. Dans les deux, les Etats en litige ont avancé leurs arguments à l'appui de leurs prétentions sans perdre de vue la dimension humaine

¹⁴⁰ Voir mémoire de l'Argentine, par. 5.52, 5.70, 7.96 et 7.162; réplique de l'Argentine, par. 3.212 et 4.176, et vol. III, annexe 43, par. 4.4.2-4.4.3; CR 2009/14, p. 43-44, par. 14.

¹⁴¹ Voir réplique de l'Argentine, par. 0.10.

¹⁴² Voir mémoire de l'Argentine, par. 6.54-6.63; duplique de l'Uruguay, par. 6.82-6.87.

their claims. Once again, Latin American States pleading before the ICJ have been faithful to the already mentioned deep-rooted tradition of Latin American international legal thinking, which has never lost sight of the relevance of doctrinal constructions and the general principles of law. I dare to nourish the hope that the ICJ is prepared to change its vision, to the effect of proceeding to look with more determination beyond the strictly inter-State dimension whilst also taking into account the relevant legal principles, in the exercise of its function in contentious cases; after all, in historical perspective, it should not be forgotten that the State exists for human beings, and not vice versa.

159. Just as concern for human rights protection (e.g., rights to food and to health) can be found in the realm of International Environmental Law¹⁴³, concern for environmental protection can also be found in the express recognition of the right to a healthy environment in two human rights instruments¹⁴⁴. Contemporary human rights protection and environmental protection thus display mutual concerns¹⁴⁵. A reflection of this lies, e.g., in the outlook of the 1992 Rio Declaration on Environment and Development, adopted by UNCED: it places human beings at the centre of concerns for sustainable development, whereas the 1993 Vienna Declaration and Programme of Action, adopted by the Second World Conference on Human Rights, for its part, addresses *inter alia* sustainable development in relation to distinct aspects of International Human Rights Law.

160. The unequivocal recognition by UNCED in Rio de Janeiro in 1992, and by the Second World Conference on Human Rights in Vienna in 1993, of the legitimacy of the concern of the whole international community with, respectively, environmental protection and human rights

¹⁴³ E.g., Preamble and Principle 1 of the 1972 Stockholm Declaration on the Human Environment, Preamble and Principles 6 and 23 of the 1982 World Charter for Nature, Principles 1 and 20 proposed by the World Commission on Environment and Development in its 1987 Report.

¹⁴⁴ Namely, the 1988 Additional Protocol to the American Convention on Human Rights in the Area of Economic, Social and Cultural Rights (Art. 11), and the 1981 African Charter on Human and Peoples' Rights (Art. 24); in the former, it is recognized as a right of "everyone" (Art. 10, para. 1), to be protected by the States parties (Art. 10, para. 2), whereas in the latter it is acknowledged as a peoples' right.

¹⁴⁵ International human rights tribunals (such as the European and the Inter-American Courts), as well as United Nations supervisory organs (such as the Human Rights Committee) have decided cases, in recent years, which have a direct bearing on the right to a healthy environment in particular, and on environmental protection in general. It is beyond the scope and purpose of the present separate opinion to dwell upon those decisions; suffice it here to point out that the outlook pursued therein is an anthropocentric, rather than cosmocentric, one.

sous-tendant celles-ci. Une fois encore, des Etats d'Amérique latine étant devant la Cour sont restés fidèles à la tradition, dont j'ai déjà fait mention, qui est profondément ancrée dans la conception latino-américaine du droit international, et qui consiste à ne jamais perdre de vue l'importance des acquis doctrinaux et des principes généraux de droit. J'ose espérer que la Cour est prête à changer de point de vue pour s'engager plus résolument au-delà de la dimension interétatique tout en tenant compte des principes juridiques pertinents, lorsqu'elle exercera sa fonction contentieuse; après tout, l'histoire est là pour nous rappeler que l'Etat est au service des êtres humains, et non l'inverse.

159. De même que le souci de protéger les droits de l'homme (par exemple, les droits à l'alimentation et à la santé) se retrouve dans le domaine du droit international de l'environnement¹⁴³, le souci de protéger l'environnement peut également se déduire de la reconnaissance expresse, dans deux instruments relatifs aux droits de l'homme, du droit à un environnement sain¹⁴⁴. Les notions modernes de protection des droits de l'homme et de protection de l'environnement traduisent donc des préoccupations réciproques¹⁴⁵. Cela ressort, par exemple, de la vision exposée dans la déclaration de Rio de 1992 sur l'environnement et le développement, adoptée par la conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement (CNUED): cette déclaration place l'être humain au cœur des préoccupations liées au développement durable, tandis que la déclaration et le programme d'action de Vienne de 1993, adoptés par la deuxième conférence mondiale sur les droits de l'homme, traitent notamment le développement durable sous l'angle de différents aspects du droit international des droits de l'homme.

160. Le fait que la CNUED et la deuxième conférence mondiale sur les droits de l'homme aient reconnu de façon dénuée d'équivoque, l'une dans la déclaration de Rio de Janeiro de 1992 et l'autre à Vienne en 1993, la légitimité du souci, nourri par la communauté internationale tout entière,

¹⁴³ Voir, par exemple, le préambule et le principe 1 de la déclaration de Stockholm sur l'environnement de 1972, le préambule et les principes 6 et 23 de la charte mondiale de la nature de 1982, et les principes 1 et 20 proposés par la commission mondiale de l'environnement et du développement dans son rapport de 1987.

¹⁴⁴ A savoir le protocole additionnel de 1988 à la convention américaine relative aux droits de l'homme traitant des droits économiques, sociaux et culturels (art. 11), et la charte africaine des droits de l'homme et des peuples de 1981 (art. 24); dans le protocole, ce droit est reconnu comme un droit de «toute personne» (art. 10, par. 1), qui doit être protégé par les Etats parties (art. 10, par. 2), tandis que, dans la charte africaine, il est reconnu comme un droit des peuples.

¹⁴⁵ Les juridictions internationales chargées de défendre les droits de l'homme (telles que les cours européenne et interaméricaine) ainsi que les organes de surveillance de l'Organisation des Nations Unies (comme le Comité des droits de l'homme) ont, ces dernières années, statué sur des affaires touchant directement le droit à un environnement sain en particulier, et la protection de l'environnement d'une manière générale. Ce serait excéder l'objet et le but que je me suis fixés dans la présente opinion individuelle que de m'étendre sur ces décisions; je me bornerai ici à relever que celles-ci reposent sur une démarche anthropocentrique, et non cosmocentrique.

protection, constitutes one of the main legacies of those two World Conferences (of which I keep the best memories, engaged as I was in the work of both), which will certainly accelerate the construction of a universal culture of respect for human rights and care for the environment. That international law is no longer exclusively State-oriented can be seen from reiterated references to humankind, not only in extensive doctrinal writings in our days, but also and significantly in various international instruments¹⁴⁶, possibly pointing towards an international law for mankind, pursuing preservation of the environment and sustainable development to the benefit of present and future generations. This calls for a reconsideration of the basic postulates of international law bearing in mind the superior common interests and concerns of humankind.

161. It may here be recalled that, already almost four decades ago, the need to look beyond the inter-State dimension was asserted by the complainants before this Court, in a case where it was felt that human health and the well-being of peoples were seriously at risk. In its Application instituting proceedings (of 9 May 1973), in the aforementioned (first) *Nuclear Tests* case (atmospheric testing), Australia contended that it purported to protect its people and the peoples of other nations, and their descendants, from the threat to life, health and well-being arising from potentially harmful radiation derived from radio-active fall-out generated by nuclear explo-

¹⁴⁶ Thus, the notion of *cultural heritage of mankind* can be found, e.g., in the UNESCO Conventions for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict (1954), for the Protection of the World Cultural and Natural Heritage (1972), and for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage (2003). The notion of *common heritage of mankind*, for its part, has found expression in the realms of the Law of the Sea (1982 United Nations Convention on the Law of the Sea, Part XI, especially Articles 136-145 and 311 (6); 1970 United Nations Declaration of Principles Governing the Sea-Bed and Ocean Floor, and the Subsoil Thereof, Beyond the Limits of National Jurisdiction) and of the Law of Outer Space (1979 Treaty Governing the Activities of States on the Moon and Other Celestial Bodies, Article 11; and cf. 1967 Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, Including the Moon and Other Celestial Bodies, Article I). *Common heritage of mankind* has also found expression in the 2005 UNESCO Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions. And the notion of *common concern of humankind*, in turn, has found expression in the realm of International Environmental Law, e.g., in the preambles of the United Nations Framework Convention on Climate Change (1992) and the Convention on Biological Diversity (1992). On the reasons for the adoption of this new notion, cf. UNEP, *The Meeting of the Group of Legal Experts to Examine the Concept of the Common Concern of Mankind in Relation to Global Environmental Issues* (D. J. Attard, ed. — Proceedings of the Malta Meeting of December 1990), Malta/Nairobi, UNEP, 1991, *Report of the Proceedings*, pp. 19-26 (co-rapporteurs A. A. Cançado Trindade and D. J. Attard).

de protéger l'environnement et les droits de l'homme constitue l'un des principaux acquis hérités de ces deux conférences mondiales (dont je garde un excellent souvenir, ayant participé aux deux), qui favorisera assurément l'avènement d'une culture universelle fondée sur le respect des droits de l'homme et sur le souci de l'environnement. Les références répétées à l'humanité, non seulement dans de longs ouvrages de doctrine modernes mais aussi, et surtout, dans divers instruments internationaux¹⁴⁶, montrent que le droit international n'est plus exclusivement axé sur l'Etat et annoncent peut-être l'émergence d'un droit international pour l'humanité, qui viserait à préserver l'environnement et à assurer le développement durable au bénéfice des générations actuelles et futures. Il est donc temps de repenser les postulats fondamentaux du droit international en tenant compte des intérêts et soucis communs de l'humanité, qui revêtent une importance supérieure.

161. Il est permis de rappeler ici que, il y a près de quarante ans, dans une affaire en laquelle de graves craintes étaient exprimées pour la santé humaine et pour le bien-être des populations, les demandeurs insistèrent devant la Cour sur cette nécessité de dépasser la dimension interétatique. Dans sa requête introductive d'instance (du 9 mai 1973) en l'affaire des *Essais nucléaires* (la première, mentionnée plus haut, concernant les essais atmosphériques), l'Australie déclara vouloir protéger sa population et celle d'autres nations, ainsi que leurs descendants, contre les risques que faisaient peser sur leur vie, leur santé et leur bien-être des radiations potentiellement nocives engendrées par les retombées radioactives de cer-

¹⁴⁶ Ainsi, la notion de *patrimoine culturel de l'humanité* se retrouve, par exemple, dans les conventions de l'Unesco pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé (1954), pour la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel (1972), et pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel (2003). La notion de *patrimoine commun de l'humanité*, quant à elle, a été exprimée dans le domaine du droit de la mer (convention des Nations Unies de 1982 sur le droit de la mer, partie XI et, en particulier, art. 136-145 et 311, al. 6); déclaration des principes régissant le fonds des mers et des océans, ainsi que leur sous-sol, au-delà des limites de la juridiction nationale, adoptée par les Nations Unies en 1970) et dans le domaine du droit relatif à l'espace extra-atmosphérique (traité de 1979 régissant les activités des Etats sur la Lune et les autres corps célestes, art. 11; voir aussi le traité de 1967 sur les principes régissant les activités des Etats en matière d'exploration et d'utilisation de l'espace extra-atmosphérique, y compris la Lune et les autres corps célestes, article premier). Le *patrimoine commun de l'humanité* se retrouve également dans la convention de l'Unesco de 2005 sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles. Enfin, la notion d'*intérêt commun de l'humanité* a, pour sa part, été exprimée dans le domaine du droit international de l'environnement, par exemple dans les préambules de la convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (1992) et de la convention sur la diversité biologique (1992). Quant aux raisons de l'adoption de cette nouvelle notion, voir Programme des Nations Unies pour l'environnement, *The Meeting of the Group of Legal Experts to Examine the Concept of the Common Concern of Mankind in Relation to Global Environmental Issues* (D. J. Attard, dir. publ. — Proceedings of the Malta Meeting of December 1990), Malte/Nairobi, PNUE, 1991, *Report of the Proceedings*, p. 19-26 (corapporteurs A. A. Cançado Trindade et D. J. Attard).

sions¹⁴⁷. New Zealand, for its part, went even further in its own Application instituting proceedings (also of 9 May 1973): it stated that

“In the period of 27 years in which nuclear tests have taken place there has been a progressive realization of the dangers which they present to life, to health and to the security of peoples and nations everywhere . . . [t]he attitude of the world community towards atmospheric nuclear testing has sprung from the hazards to the health of present and future generations involved in the dispersal over wide areas of the globe of radioactive fallout . . . With regard to nuclear weapons tests that give rise to radioactive fallout, world opinion has repeatedly rejected the notion that any nation has the right to pursue its security in a manner that puts at risk the health and welfare of other people.”¹⁴⁸

162. New Zealand made clear that it was pleading on behalf not only of its own people, but also of the peoples of the Cook Islands, Niue and the Tokelau Islands¹⁴⁹. Thus, looking beyond the strict confines of the purely inter-State *contentieux* before the ICJ, both New Zealand and Australia vindicated the rights of peoples to health, to well-being, to be free from anxiety and fear, in sum, to live in peace.

163. Years later, in its Application instituting proceedings (of 13 May 1989) and in its Memorial in the case concerning *Certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru v. Australia)*, Nauru complained before the ICJ that, in the past, the Administering Authority had conducted mining operations in the phosphate lands on the island with a “profit-making mentality”, without providing Nauruans independent advice until 1964. It had thus failed to look after “the long-term needs of the Nauruan people”, and to restore the island for habitation by the Nauruan people by rehabilitating its phosphate lands. Now that the trusteeship period was over (without a sense of real public accountability), Nauru came to vindicate the satisfaction of the “long-term needs” of its inhabitants, and the restoration of the island (by means of the rehabilitation of its phosphate lands) so as “to ensure the long-term future of the Nauruan people”¹⁵⁰.

164. The episode reveals the awareness that the well-being of peoples is not devoid of a temporal dimension. Quite on the contrary, it has even

¹⁴⁷ It further referred to the populations being subjected to mental stress and anxiety generated by fear; *I.C.J. Pleadings, Nuclear Tests cases (Australia v. France)*, Vol. I, pp. 11 and 14.

¹⁴⁸ *I.C.J. Pleadings, Nuclear Tests (New Zealand v. France)*, Vol. II, p. 7.

¹⁴⁹ *Ibid.*, pp. 4 and 8.

¹⁵⁰ *I.C.J. Pleadings, Certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru v. Australia)*, Vol. I, pp. 10-11, 17, 170, 174, 245 and 247.

taines explosions nucléaires¹⁴⁷. La Nouvelle-Zélande, elle, alla encore plus loin dans sa propre requête introductive d'instance (également datée du 9 mai 1973):

«Durant les 27 années lors desquelles des essais nucléaires ont eu lieu, il a été progressivement pris conscience des risques que ceux-ci présentaient pour la vie, la santé et la sécurité des peuples et des nations du monde entier ... L'attitude de la communauté internationale envers les essais nucléaires atmosphériques découle des dangers que pose pour la santé des générations actuelles et futures la dissémination de particules radioactives sur de vastes parties de la planète ... En ce qui concerne les essais d'armes nucléaires engendrant des retombées radioactives, l'opinion mondiale a souvent rejeté l'idée qu'une nation puisse rechercher sa sécurité d'une manière mettant en péril la santé et le bien-être d'autres peuples.»¹⁴⁸

162. La Nouvelle-Zélande avait bien précisé qu'elle plaidait non seulement pour son propre peuple, mais aussi pour les populations des îles Cook, Nioué et Tokélaou¹⁴⁹. Ainsi, regardant au-delà des limites strictes imposées par le caractère purement interétatique de la fonction contentieuse de la Cour, la Nouvelle-Zélande et l'Australie ont l'une et l'autre défendu les droits des peuples à la santé, au bien-être, à une vie sans anxiété ni peur, soit, somme toute, à une vie paisible.

163. Des années plus tard, dans sa requête introductive d'instance (du 13 mai 1989) et dans son mémoire en l'affaire de *Certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie)*, Nauru se plaignit devant la Cour de ce que, par le passé, l'autorité administrante avait mené dans les terres à phosphates de l'île des opérations minières à «visées lucratives», sans conseiller les Nauruans de manière indépendante jusqu'en 1964. Cette autorité ne s'était donc pas préoccupée des «besoins à long terme de la population nauruane», et n'avait pas fait en sorte que l'île fût à nouveau habitable par les Nauruans en remettant en état ses terres à phosphates. La période de tutelle étant terminée (sans que l'autorité concernée assume réellement ses responsabilités vis-à-vis du public), Nauru vint défendre les «besoins à long terme» de ses habitants et la remise en état de l'île (c'est-à-dire de ses terres à phosphates) afin «d'assurer l'avenir à long terme du peuple nauruan»¹⁵⁰.

164. Cet épisode révèle qu'il était déjà clair dans les esprits que le bien-être des peuples n'était pas limité dans le temps. Bien au contraire, il

¹⁴⁷ Elle se réfèra également aux populations souffrant de stress psychologique et d'anxiété à cause de la peur engendrée par ces essais; *C.I.J. Mémoires, Essais nucléaires (Australie c. France)*, vol. I, p. 11 et 14.

¹⁴⁸ *C.I.J. Mémoires, Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*, vol. II, p. 7.

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 4 et 8.

¹⁵⁰ *C.I.J. Mémoires, Certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie)*, vol. I, p. 10-11, 17, 170, 174, 245 et 247.

a *long-term* temporal dimension, as illustrated by the case concerning *Certain Phosphate Lands in Nauru*. A combination of factors contributes nowadays to such widespread awareness, namely, the emergence of the principles of prevention and of precaution, as well as the principle of sustainable development, together with inter-generational equity, as already examined (cf. *supra*). International Environmental Law, crystallized in the light of those general principles, duly values sustainable productivity¹⁵¹, with due attention to the imperatives of human health and the well-being of peoples.

2. *The Role of Civil Society in Environmental Protection*

165. In the *cas d'espèce*, of the *Pulp Mills*, Argentina identified the origin of the present *inter-State contentieux* against Uruguay in the fact that “on 9 October 2003 the Government of Uruguay unilaterally authorized” the construction of one of the two pulp mills (Spanish company ENCE, project CMB) near the city of Fray Bentos, without the required “prior notification and consultation” under the 1975 Statute of the River Uruguay¹⁵². In October 2004 the inter-State dispute was “aggravated” when the Finnish company Botnia “informed the Uruguayan authorities of its plans to construct a second pulp mill in the same area on the left bank of the River Uruguay, less than 7 km from CMB, to be called ‘Orion’”¹⁵³. Yet, beyond the inter-State optics, the real origin of the case goes further back in time, as a result of an initiative of an Argentine non-governmental organization (NGO) taken on 14 December 2001.

166. In fact, in its Counter-Memorial, Uruguay noted that CARU was informed of the commissioning of the ENCE plant in its plenary meeting of 14 December 2001, when it considered “a letter from a local non-governmental organization in Argentina expressing concern about reports that a cellulose plant would be built in the vicinity of Fray Bentos” (para. 3.16). This NGO was called “Movement for Life, Work and Sustainable Development” (*Movimiento por la Vida, el Trabajo y un Desarrollo Sustentable* — MOVITDES); the NGO’s letter to CARU, dated 16 November 2001, appended to the Counter-Memorial of Uruguay¹⁵⁴, expounded on “the environmental risk posed by the installation and operation of a

¹⁵¹ Cf., to this effect, H. Hohmann, *Precautionary Legal Duties and Principles of Modern International Environmental Law — The Precautionary Principle: International Environmental Law between Exploitation and Protection*, London/Dordrecht, Graham & Trotman/Nijhoff, 1994, pp. 4, 334, 340-341 and 344-345.

¹⁵² *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Application instituting proceedings of 4 May 2006, para. 9.

¹⁵³ *Ibid.*, para. 12.

¹⁵⁴ Counter-Memorial of Uruguay, Vol. IV, Ann. 92, p. 2185 (Comisión Administradora del Río Uruguay [CARU], Acta No. 14/01, Reunión Plenaria Ordinaria, of 14 December 2001).

s'inscrit même *dans le long terme*, comme l'illustre l'affaire relative à *Certaines terres à phosphates à Nauru*. Cette perception générale découle aujourd'hui d'un ensemble de facteurs, à savoir l'émergence des principes de prévention et de précaution, auxquels s'ajoutent le principe du développement durable et l'équité intergénérationnelle, que j'ai déjà examinés (voir *supra*). Le droit international de l'environnement, qui s'est cristallisé à la lumière de ces principes généraux, valorise pleinement la notion de productivité durable¹⁵¹, en prêtant l'attention voulue aux impératifs liés à la santé humaine et au bien-être des populations.

2. Le rôle de la société civile dans la protection de l'environnement

165. Dans la présente affaire des *Usines de pâte à papier*, l'Argentine a indiqué que son *contentieux interétatique* avec l'Uruguay avait vu le jour lorsque, «[l]e 9 octobre 2003, le Gouvernement de l'Uruguay a[vait] autorisé de manière unilatérale» la construction de l'une des deux usines de pâte à papier (par l'entreprise espagnole ENCE, projet CMB) près de la localité de Fray Bentos, sans respecter la «procédure d'information et de consultation préalables» prescrite par le statut du fleuve Uruguay de 1975¹⁵². En octobre 2004, ce différend entre Etats s'est «aggravé» lorsque l'entreprise finlandaise Botnia «a communiqué aux autorités uruguayennes son projet de construction d'une deuxième usine de pâte à papier dans la même zone de la rive gauche du fleuve Uruguay, à une distance de moins de 7 kilomètres de CMB, dénommé «Orion»»¹⁵³. Pourtant, lorsqu'on regarde au-delà de la perspective interétatique, l'affaire se révèle bien plus ancienne, remontant à une initiative prise le 14 décembre 2001 par une organisation non gouvernementale (ONG) argentine.

166. En fait, dans son contre-mémoire, l'Uruguay a noté que la CARU avait été informée de la mise en service de l'usine ENCE à sa séance plénière du 14 décembre 2001, lorsqu'elle avait pris connaissance d'«une lettre d'une organisation non gouvernementale établie en Argentine dans laquelle étaient exprimées des préoccupations au sujet d'informations indiquant qu'une usine de cellulose allait être construite dans les environs de Fray Bentos» (par. 3.16). Cette ONG s'appelait «Mouvement pour la vie, le travail et le développement durable» (*Movimiento por la Vida, el Trabajo y un Desarrollo Sustentable* — MOVITDES); dans sa lettre à la CARU, datée du 16 novembre 2001 et annexée au contre-mémoire de l'Uruguay¹⁵⁴,

¹⁵¹ Voir, en ce sens, H. Hohmann, *Precautionary Legal Duties and Principles of Modern International Environmental Law — The Precautionary Principle: International Environmental Law between Exploitation and Protection*, Londres/Dordrecht, Graham & Trotman/Nijhoff, 1994, p. 4, 334, 340-341 et 344-345.

¹⁵² *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, requête introductive d'instance du 4 mai 2006, par. 9.

¹⁵³ *Ibid.*, par. 12.

¹⁵⁴ Contre-mémoire de l'Uruguay, vol. IV, annexe 92, p. 2185 (procès-verbal de la CARU n° 14/01, séance plénière ordinaire du 14 décembre 2001).

cellulose paste plant in the area of M'Bopicuá", in Uruguay¹⁵⁵. In this respect, Argentina, in its Reply, pointed to the "quite indirect way in which CARU became aware of the existence of the pulp mill projects in the Fray Bentos region", since it was "an Argentine NGO from the Entre Ríos province that drew CARU's attention to rumours about pulp mills being built on the opposite bank" (para. 2.33).

167. Thus, in the real origin of the present case, opposing Argentina to Uruguay, we find, by the end of 2001, a non-State entity, an Argentine NGO, expressing its concern to an international entity, CARU, on a matter of considerable public interest, affecting the local population, such as the alleged risks for the environment. The Governments of the two States concerned only stepped in two years later, when the dispute became an *inter-State* case, from October 2003 onwards (*supra*). This shows, to my perception, the artificiality of the purely inter-State outlook, when it comes to face challenges of general public interest, such as those concerning environmental protection.

168. In any case, in its Reply, Argentina took note of the role that NGOs can play in the fulfilment of the principle of environmental impact assessment (EIA), of which "public consultation is an integral part" (para. 4.105). In this connection, Argentina noted that in order to hold "*meaningful consultations* with the population concerned", it was necessary to have NGOs involved in the process¹⁵⁶. During the procedure before the Court in the present case of the *Pulp Mills*, at distinct moments both Argentina and Uruguay referred to the role of NGOs in environmental impact assessment¹⁵⁷ as well as environmental monitoring¹⁵⁸. It is, in my view, much to the credit of both Uruguay and Argentina to have done so, thus expressly acknowledging the ineluctable partnership between public power and entities of the civil society when it comes to matters of general public interest, such as environmental protection.

169. This is what has happened in the present case of the *Pulp Mills*. As time went on, a number of Argentine and Uruguayan NGOs indeed

¹⁵⁵ Counter-Memorial of Uruguay, Vol. IV, Ann. 92, p. 2185 (Comisión Administradora del Río Uruguay [CARU], Acta No. 14/01, Reunión Plenaria Ordinaria, of 14 December 2001), p. 2185.

¹⁵⁶ It further referred to the practice of the World Bank, in particular the Investigation Report of the Inspection Panel in *Paraguay: Reform Project for the Water and Telecommunications Sectors*, wherein it was stated that the policy on EIA required that "the views of the affected people and local NGOs [be] taken fully into account in particular while preparing the EIA" (para. 4.102, note 1030). Cf. also Memorial of Argentina, para. 4.104, note 1036.

¹⁵⁷ Cf. Memorial of Argentina, para. 5.62; Counter-Memorial of Uruguay, paras. 5.41 and 7.28.

¹⁵⁸ Cf. Counter-Memorial of Uruguay, paras. 7.28-7.29.

l'ONG exposait «le risque environnemental lié à l'installation et à l'exploitation d'une usine de pâte de cellulose dans la région de M'Bopicuá», en Uruguay¹⁵⁵. A ce sujet, l'Argentine a mis l'accent dans sa réplique sur la «manière tout à fait indirecte dont la CARU a[vait] pris connaissance de l'existence des projets d'usine de pâte à papier dans la région de Fray Bentos», puisque c'était «une ONG argentine de la province d'Entre Ríos qui a[vait] attiré l'attention de la CARU sur des rumeurs concernant l'établissement des usines de pâte à papier sur la rive opposée» (par. 2.33).

167. Partant, l'origine réelle de la présente affaire, qui oppose l'Argentine et l'Uruguay, remonte à la fin 2001, lorsqu'une entité non étatique, une ONG argentine, a fait part de ses craintes à un organe international, la CARU, en appelant son attention sur une question d'intérêt public d'importance considérable touchant la population locale, notamment les risques pour l'environnement. Les gouvernements des deux Etats concernés ne sont entrés en jeu que deux ans plus tard, à partir d'octobre 2003, lorsque le différend est devenu une affaire *interétatique* (*supra*). Cela montre, selon moi, combien la conception purement interétatique est artificielle lorsqu'il s'agit de faire face à des gageures touchant l'intérêt public général, comme celles qui concernent la protection de l'environnement.

168. Quoi qu'il en soit, dans sa réplique, l'Argentine a pris note du rôle que les ONG pouvaient jouer dans la mise en œuvre du principe de l'évaluation de l'impact sur l'environnement (EIE), dont «la consultation du public est partie intégrante» (par. 4.105). L'Argentine a relevé à cet égard que, pour tenir de «*véritables consultations* avec la population concernée», les ONG devaient prendre part au processus¹⁵⁶. Au cours de la procédure qui s'est déroulée devant la Cour dans la présente affaire des *Usines de pâte à papier*, l'Argentine et l'Uruguay ont tous deux évoqué à différents moments le rôle des ONG dans l'évaluation de l'impact sur l'environnement¹⁵⁷ ainsi que dans le cadre de la surveillance de l'environnement¹⁵⁸. Je m'en félicite, puisqu'ils ont ainsi reconnu expressément l'un et l'autre qu'un partenariat entre pouvoirs publics et acteurs de la société civile était incontournable lorsqu'il s'agissait de l'intérêt public général, et notamment de protéger l'environnement.

169. Ce partenariat a bel et bien existé dans la présente affaire des *Usines de pâte à papier*. Au fil du temps, plusieurs ONG argentines et

¹⁵⁵ Contre-mémoire de l'Uruguay, vol. IV, annexe 92, p. 2185 (procès-verbal de la CARU n° 14/01, séance plénière ordinaire du 14 décembre 2001).

¹⁵⁶ Elle s'est aussi référée à la pratique de la Banque mondiale et, en particulier, au rapport d'enquête du groupe d'inspection au Paraguay, intitulé «Paraguay : projet de réforme dans les secteurs de l'eau et des télécommunications», dans lequel il était indiqué que la politique relative à l'EIE exigeait que «les vues des personnes touchées et des ONG locales [soient] pleinement prises en considération, en particulier au stade de l'élaboration de l'EIE» (par. 4.102, note 1030). Voir aussi mémoire de l'Argentine, par. 4.104, note 1036.

¹⁵⁷ Voir mémoire de l'Argentine, par. 5.62; contre-mémoire de l'Uruguay, par. 5.41 et 7.28.

¹⁵⁸ Voir contre-mémoire de l'Uruguay, par. 7.28-7.29.

made observations regarding the two projected pulp mills, the CMB and the Orion projects (*supra*): those included files with documents from, besides the already mentioned MOVITDES, the *Redes Amigos de la Tierra*, the *Fundación Movimiento Mundial por los Bosques Tropicales*, the *Asociación Soriano para la Defensa de los Recursos Naturales*, the *Grupo Ecológico de Young*, the *Grupo Guayubira* (Forest and Forestry Environmental Group), and the *Redes Socioambientales de Entre Ríos*¹⁵⁹. This is a *fact*, which should not pass unnoticed, and well-documented in the materials submitted to the ICJ by the contending Parties in the written phase of the procedure. The Governments concerned counted on the co-operation provided by entities of the civil society of the two respective countries, Uruguay and Argentina.

170. It follows, from the aforementioned episode, that NGOs from the two States concerned contributed effectively to the elucidation of the matter under contention in the present case of the *Pulp Mills*. And, in addition, as already pointed out, they marked presence in the process of consultation to the local population (cf. *supra*). Thus, in so far as the construction of one of the two pulp mills — that of Orion (Botnia) — is concerned, public consultations of segments of the affected populations (in the form also of numerous interviews, including with NGOs and other civil society groups) were undertaken, both before and after the granting of the initial environmental authorization, on both sides of the River Uruguay — and this has been taken note of, by the Court, in the present Judgment (paras. 213-214).

171. The fact that NGOs and other entities of civil society have marked their presence in the very origins and in the course of the present *Pulp Mills* case, is in my view yet another confirmation that, in the present domain of protection, NGOs and other entities of the civil society have, in the last decades, indeed contributed to awaken the environmental awareness also of States themselves, to crystallize the principles of prevention and of precaution, and to shape the *opinio juris communis* as to environmental protection. This is a domain which surely transcends the traditional inter-State dimension. And States have benefitted from such contribution of NGOs and other entities of civil society, to the ultimate benefit of their populations.

3. *Beyond Reciprocity: Obligations of an Objective Character*

172. The evolution of environmental protection likewise bears witness of the emergence of obligations of an objective character without reciprocal advantages for States. The 1972 Stockholm Declaration on the Human Environment expressly refers to the “common good of mankind” (Principle 18). The 1992 Rio Declaration on Environment and Develop-

¹⁵⁹ Cf. Memorial of Argentina, Vol. V, Ann. 12, p. 704; and Counter-Memorial of Uruguay, Vol. II, Ann. 12, p. 1.

uruguayennes ont effectivement formulé des observations au sujet des deux projets d'usine de pâte à papier, les projets CMB et Orion (*supra*) : se sont notamment exprimées, documents à l'appui, en sus de l'organisation MOVITDES dont j'ai déjà parlé, les ONG dénommées *Redes Amigos de la Tierra*, *Fundación Movimiento Mundial por los Bosques Tropicales*, *Asociación Soriano para la Defensa de los Recursos Naturales*, *Grupo Ecológico de Young*, *Grupo Guayubira* (groupe environnemental actif dans le domaine des forêts et de la foresterie) et *Redes Socioambientales de Entre Ríos*¹⁵⁹. C'est là un fait qui ne devrait pas passer inaperçu et qui est bien établi dans les éléments que les Parties en litige ont soumis à la Cour lors de la phase écrite de l'instance. Les gouvernements concernés ont pu compter sur la coopération des acteurs de la société civile de leurs deux pays, l'Uruguay et l'Argentine.

170. De l'épisode qui précède, il s'ensuit que les ONG des deux Etats concernés ont effectivement contribué à éclaircir la question en litige dans la présente affaire des *Usines de pâte à papier*. En outre, ainsi qu'exposé plus haut, elles ont manifesté leur présence au cours du processus de consultation mené auprès de la population locale (voir *supra*). Donc, pour ce qui est de la construction de l'une des deux usines de pâte à papier — l'usine Orion (Botnia) —, il y a bien eu consultation publique de segments des populations touchées (également sous la forme de nombreux entretiens menés notamment avec des ONG et d'autres groupes de la société civile), tant avant qu'après la délivrance de l'autorisation environnementale préalable, et des deux côtés du fleuve Uruguay — ce dont la Cour a d'ailleurs pris note dans le présent arrêt (par. 213-214).

171. Le fait que des ONG et d'autres acteurs de la société civile se soient exprimés dès les origines mêmes de l'affaire et par la suite confirme encore à mes yeux que, dans le domaine qui nous occupe — la protection de l'environnement —, les ONG et autres entités de la société civile ont, ces dernières décennies, véritablement contribué à éveiller la prise de conscience environnementale des Etats eux-mêmes, à cristalliser les principes de prévention et de précaution, et à façonner l'*opinio juris communis* relative à la protection de l'environnement. Il s'agit là d'un domaine qui transcende assurément la dimension interétatique traditionnelle. Leur contribution a bénéficié aux Etats et, en définitive, aux populations de ces derniers.

3. Au-delà de la réciprocité : les obligations à caractère objectif

172. L'évolution de la protection de l'environnement témoigne aussi de l'émergence d'obligations objectives ne présentant pas d'avantages réciproques pour les Etats. Ainsi, dans la déclaration de Stockholm sur l'environnement de 1972, il est fait expressément référence au « bien de l'humanité » (principe 18). La déclaration de Rio sur l'environnement et

¹⁵⁹ Voir mémoire de l'Argentine, vol. V, annexe 12, p. 704; contre-mémoire de l'Uruguay, vol. II, annexe 12, p. 1.

ment begins by asserting that “[h]uman beings are at the centre of concerns for sustainable development” (Principle 1), whilst the United Nations Framework Convention on Climate Change, also adopted in Rio de Janeiro in 1992, states that the duty to protect the climate system is to “the benefit of present and future generations of humankind” (Article 3 (1)).

173. Rules on the protection of the environment are adopted, and obligations to that effect are undertaken, in the common superior interest of humankind. This has been expressly acknowledged in some treaties in the field of the environment¹⁶⁰; it is further implicit in references to “human health” in some environmental law treaties¹⁶¹. Furthermore, the 1997 United Nations Convention on the Law of Non-Navigational Uses of International Watercourses, e.g., foresees the need for watercourse States to “consult with a view to negotiating in good faith” watercourse agreements (Article 3 (5)). In several environmental law treaties, the obligations of States parties are clearly set forth in mandatory terms (verb “shall”). One example, among many others, is afforded by the 1991 ECE Espoo Convention on Environmental Impact Assessment in a Transboundary Context (Article 2-7). In the 1975 Statute of the River Uruguay, applicable in the present case of the *Pulp Mills*, the same mandatory language appears (verb “shall”) in relation to procedural obligations (Articles 7-8 and 10-12) as well as substantive obligations (Article 36); and Articles 35 and 41, also covering substantive obligations, lay down, likewise, clear commitments on the part of the States parties (verb “undertake”).

174. In domains of *protection*, such as that of the environment, it is the *objective* character of obligations that ultimately matters. There cannot be here much space for *laissez faire*, *laissez passer*. I am not really entirely convinced of any presumed ontological distinction between procedural and substantive obligations (remindful of the sterile and endless polemics between lawyers schooled in procedural and substantive

¹⁶⁰ E.g., preambles of the 1971 Treaty on the Prohibition of the Emplacement of Nuclear Weapons and Other Weapons of Mass Destruction on the Sea-bed and the Ocean Floor and in the Subsoil Thereof; the 1972 Convention on the Prohibition of the Development, Production and Stockpiling of Bacteriological (Biological) and Toxin Weapons and on Their Destruction; the 1977 Convention on the Prohibition of Military or Any Other Hostile Use of Environmental Modification Techniques; the 1972 Convention on the Prevention of Marine Pollution by Dumping of Wastes and Other Matter; the 1974 Convention for the Prevention of Marine Pollution from Land-Based Sources; the 1972 Convention for the Prevention of Marine Pollution by Dumping from Ships and Aircraft; the 1972 UNESCO Convention for the Protection of the World Cultural and Natural Heritage.

¹⁶¹ E.g., the 1985 Vienna Convention for the Protection of the Ozone Layer, preamble and Article 2; the 1987 Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer, preamble; Article 1 of the three aforementioned marine pollution Conventions.

le développement de 1992, elle, débute en précisant que «[l]es êtres humains sont au centre des préoccupations relatives au développement durable» (principe 1), tandis que la convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, également adoptée à Rio de Janeiro en 1992, indique que l'obligation de protéger le système climatique est dans «l'intérêt des générations présentes et futures» (art. 3, par. 1).

173. Les règles visant à protéger l'environnement sont adoptées, et les obligations en ce sens contractées, dans l'intérêt supérieur de l'humanité tout entière. Cela a été expressément reconnu dans certains traités consacrés à l'environnement¹⁶⁰; cette reconnaissance ressort aussi implicitement des références à la «santé humaine» figurant dans certains traités concernant le droit de l'environnement¹⁶¹. De plus, la convention des Nations Unies de 1997 sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, par exemple, prévoit que les Etats riverains «se consultent en vue de négocier de bonne foi» les accords concernant leur cours d'eau commun (art. 3, par. 5). Dans plusieurs traités relatifs au droit de l'environnement, les obligations des Etats parties sont clairement formulées en termes impératifs (par l'utilisation du présent injonctif). Un exemple, parmi tant d'autres, est celui de la convention d'Espoo adoptée en 1991 par la Commission économique pour l'Europe sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière (art. 2 à 7). Dans le statut du fleuve Uruguay de 1975 — l'instrument applicable dans la présente affaire des *Usines de pâte à papier* —, le même langage impératif apparaît (présent injonctif) au sujet des obligations procédurales (art. 7 et 8 et 10 à 12) ainsi que pour les obligations de fond (art. 36); les articles 35 et 41, également consacrés à des obligations de fond, énoncent de même des obligations claires à la charge des Etats parties (verbe «s'obligent»).

174. Dans le domaine de la *protection*, par exemple de l'environnement, c'est le caractère *objectif* des obligations qui importe en définitive. Il n'y a guère de place ici pour le «laisser faire, laisser passer». Je ne suis pas vraiment convaincu par la distinction ontologique que d'aucuns prétendent voir entre les obligations procédurales et les obligations de fond (ce qui me rappelle les polémiques stériles et interminables ayant opposé

¹⁶⁰ Voir, par exemple, les préambules du traité interdisant de placer des armes nucléaires et d'autres armes de destruction massive sur le fond des mers et des océans ainsi que dans leur sous-sol; de la convention de 1972 sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication et du stockage des armes bactériologiques (biologiques) ou à toxines et sur leur destruction; de la convention de 1977 sur l'interdiction d'utiliser des techniques de modification de l'environnement à des fins militaires ou toutes autres fins hostiles; de la convention de 1972 sur la prévention de la pollution des mers résultant de l'immersion de déchets et autres matières; de la convention de 1974 pour la prévention de la pollution marine d'origine tellurique; de la convention de 1972 pour la prévention de la pollution marine par les opérations d'immersion effectuées par les navires et aéronefs; et de la convention de l'Unesco de 1972 pour la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel.

¹⁶¹ Voir, par exemple, la convention de Vienne de 1985 pour la protection de la couche d'ozone, préambule et article 2; le protocole de Montréal de 1987 relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone, préambule; et l'article premier des trois conventions relatives à la pollution marine susmentionnées.

branches of the law); more often that one realizes, *la forme conforme le fond*. Nor am I persuaded by the need to resort to the unsatisfactory distinction between obligations of conduct and of result, particularly in domains of *protection*, such as that of the environment. In the present Judgment in the *Pulp Mills* case, the Court has at least admitted that there is a “functional link” between procedural and substantive obligations under the 1975 Statute of the River Uruguay, in regard to prevention (para. 79).

175. For the appreciation of the objective character of obligations in a domain of protection such as that of International Environmental Law, one needs, again, to turn attention to the relevance of principles of law. Unfortunately, the Court has not done so in the present Judgment. For example, when it briefly invokes, *in passim*, the principle of good faith (in relation to the operation of the mechanism of co-operation under the 1975 Statute, para. 145), it immediately links its brief invocation of that principle to customary international law, as if general principles were subsumed under this latter. They are not. On the contrary, in my conception those principles orient the evolution of both customary and conventional international law.

176. In effect, the principle of good faith in the compliance with international obligations (*pacta sunt servanda*) is generally regarded as providing the foundation of the international legal order itself¹⁶². The principle *pacta sunt servanda* — asserted by that of good faith (*bona fides*)¹⁶³ — effectively transcends both customary and conventional international law, being characterized as a general principle of international law¹⁶⁴. Its insertion into the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties (Article 26 and preamble) was endowed with a clearly axiomatic character: it came to appear in a convention of codification, which asserted in an incontrovertible way its wide scope. Yet, already well before its acknowledgement in the 1969 Vienna Convention referred to, the principle *pacta sunt servanda* effectively appeared, as already indicated, as a true general principle of international law, endowed with widespread jurisprudential recognition¹⁶⁵.

¹⁶² G. White, “The Principle of Good Faith”, *The United Nations and the Principles of International Law — Essays in Memory of M. Akehurst* (V. Lowe and C. Warbrick, eds.), London/N.Y., Routledge, 1994, pp. 231 and 236.

¹⁶³ M. Lachs, “Some Thoughts on the Role of Good Faith in International Law”, *Declarations on Principles, a Quest for Universal Peace — Liber Amicorum Discipulorumque B. V. A. Roling*, Leyden, Sijthoff, 1977, pp. 47-55; Clive Parry, “Derecho de los Tratados”, *Manual de Derecho Internacional Público* (M. Sørensen, ed.), 5th reimpr., Mexico, Fondo de Cultura Económica, 1994, pp. 200-201 and 229.

¹⁶⁴ Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 5th ed., Oxford University Press, 1998, p. 620.

¹⁶⁵ E. de la Guardia and M. Delpech, *El Derecho de los Tratados y la Convención de Viena*, Buenos Aires, La Ley, 1970, p. 276.

les juristes respectivement versés dans les branches procédurale et substantielle du droit); plus souvent qu'on ne le pense, «la forme conforme le fond». Je ne suis pas non plus persuadé qu'il faille avoir recours à la distinction peu satisfaisante qui est souvent faite entre obligations de comportement et obligations de résultat, en particulier lorsqu'il s'agit de la *protection*, et notamment de celle de l'environnement. Dans le présent arrêt en l'affaire des *Usines de pâte à papier*, la Cour a au moins admis que, en matière de prévention, il existait un «lien fonctionnel» entre les obligations procédurales et les obligations de fond énoncées dans le statut du fleuve Uruguay de 1975 (par. 79).

175. Pour bien apprécier le caractère objectif des obligations de protection dans un domaine tel que le droit international de l'environnement, il faut, là encore, rappeler l'importance des principes de droit. Malheureusement, la Cour ne l'a pas fait dans le présent arrêt. Par exemple, lorsqu'elle invoque brièvement, de manière incidente, le principe de la bonne foi (s'agissant de la mise en œuvre du mécanisme de coopération établi dans le statut de 1975, par. 145), elle se raccroche immédiatement au droit international coutumier, comme si les principes généraux relevaient de ce dernier. Tel n'est pas le cas. Au contraire, de mon point de vue, ces principes orientent l'évolution du droit international coutumier aussi bien que conventionnel.

176. En effet, le principe de la bonne foi dans l'exécution des obligations internationales (*pacta sunt servanda*) est généralement considéré comme étant le fondement de l'ordre juridique international lui-même¹⁶². Le principe *pacta sunt servanda* — exprimé à travers celui de la bonne foi (*bona fides*)¹⁶³ — transcende en effet à la fois le droit international coutumier et le droit international conventionnel, pour s'élever au rang de principe général du droit international¹⁶⁴. Son insertion dans la convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités (art. 26 et préambule) présentait un caractère clairement axiomatique: il apparaissait ainsi dans une convention de codification qui consacrait formellement sa vocation générale. Cela étant, bien avant d'être ainsi reconnu dans la convention de Vienne de 1969, le principe *pacta sunt servanda* était déjà, ainsi qu'indiqué plus haut, considéré dans la pratique comme un véritable principe général du droit international, qui était largement reconnu dans la jurisprudence¹⁶⁵.

¹⁶² G. White, «The Principle of Good Faith», *The United Nations and the Principles of International Law — Essays in Memory of M. Akehurst* (V. Lowe et C. Warbrick, dir. publ.), Londres/New York, Routledge, 1994, p. 231 et 236.

¹⁶³ M. Lachs, «Some Thoughts on the Role of Good Faith in International Law», *Declarations on Principles, a Quest for Universal Peace — Liber Amicorum Discipulorumque B. V. A. Roling*, Leyde, Sijthoff, 1977, p. 47-55; Clive Parry, «Derecho de los Tratados», *Manual de Derecho Internacional Público* (M. Sørensen, dir. publ.), 5^e réimp., Mexico, Fondo de Cultura Económica, 1994, p. 200-201 et 229.

¹⁶⁴ Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 5^e éd., Oxford, University Press, 1998, p. 620.

¹⁶⁵ E. de la Guardia et M. Delpech, *El Derecho de los Tratados y la Convención de Viena*, Buenos Aires, La Ley, 1970, p. 276.

177. The scope of application of the principle *pacta sunt servanda*, as well as the ultimate question of the validity of the norms of international law, naturally transcend the particular ambit of the law of treaties¹⁶⁶; the principle *pacta sunt servanda* is, in any case, deeply rooted in the international legal system as a whole¹⁶⁷. Good faith is, in fact, inherent to any legal order, guiding the behaviour of the subjects of law. Four years after the adoption of the 1970 United Nations Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States, the ICJ, in the (first) *Nuclear Tests* case (1974), stressed, in a celebrated *obiter dictum*, the fundamental character of the principle of good faith, pondering that

“One of the basic principles governing the creation and performance of legal obligations, whatever their source, is the principle of good faith. Trust and confidence are inherent in international co-operation, in particular in an age when this co-operation in many fields is becoming increasing essential.”¹⁶⁸

178. On several other occasions, in its *jurisprudence constante*, the ICJ has drawn attention to the principle of good faith, in the most diverse circumstances¹⁶⁹, including in respect of the duty to negotiate¹⁷⁰. As to

¹⁶⁶ Cf., J. L. Brierly, *The Basis of Obligation in International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1958, p. 65; J. L. Brierly, *The Law of Nations*, 6th ed., Oxford, Clarendon Press, 1963, p. 54.

¹⁶⁷ For the historical and doctrinal evolution of the principle *pacta sunt servanda*, cf., e.g., M. Sibert, “The Rule *Pacta Sunt Servanda*: From the Middle Ages to the Beginning of Modern Times”, 5 *Indian Yearbook of International Affairs* (1956) pp. 219-226; J. B. Whittton, “La règle *pacta sunt servanda*”, 49 *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye (RCADI)* (1934), pp. 151-268.

¹⁶⁸ *Nuclear Tests* cases (atmospheric testing, *Australia and New Zealand v. France*), ICJ Reports 1974, p. 473, para. 49.

¹⁶⁹ Cf., the following cases: *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada/United States of America)*, Judgment, I.C.J. Reports 1984, p. 305, para. 130; *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1984, p. 414, para. 51, p. 418, para. 60 and p. 419, para. 63; *Border and Transborder Armed Actions (Nicaragua v. Honduras)*, Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1988, p. 105, para. 94; *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, Judgment, I.C.J. Reports 1997, p. 66, para. 109, p. 67, para. 112 and p. 78, para. 142; *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria)*, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1998, p. 296, para. 38.

¹⁷⁰ Cf., the following cases: *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1974, p. 30, paras. 69-70; *Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between the WHO and Egypt*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1980, p. 92, para. 43 and p. 95, para. 48; *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada/United States of America)*, Judgment, I.C.J. Reports 1984, p. 292, para. 87; *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996 (I), p. 263, para. 99 and p. 264, para. 102; *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 2002, p. 424, para. 244.

177. Le champ d'application du principe *pacta sunt servanda*, ainsi que la question ultime de la validité des normes du droit international, transcendent naturellement le domaine particulier du droit des traités¹⁶⁶; le principe *pacta sunt servanda* est, en tout état de cause, profondément ancré dans le système juridique international tout entier¹⁶⁷. La bonne foi est, en fait, inhérente à tout ordre juridique, guidant le comportement des sujets de droit. Quatre ans après l'adoption de la déclaration des Nations Unies de 1970 relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats, la Cour, dans la (première) affaire des *Essais nucléaires* (1974), mit l'accent dans un célèbre *obiter dictum* sur le caractère fondamental du principe de la bonne foi, en déclarant que :

«L'un des principes de base qui président à la création et à l'exécution d'obligations juridiques, quelle qu'en soit la source, est celui de la bonne foi. La confiance réciproque est une condition inhérente de la coopération internationale, surtout à une époque où, dans bien des domaines, cette coopération est de plus en plus indispensable.»¹⁶⁸

178. A plusieurs autres occasions, dans une jurisprudence constante, la Cour a appelé l'attention sur le principe de la bonne foi, dans des circonstances extrêmement variées¹⁶⁹, y compris au sujet de l'obligation de négocier¹⁷⁰.

¹⁶⁶ Voir J. L. Brierly, *The Basis of Obligation in International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1958, p. 65; J. L. Brierly, *The Law of Nations*, 6^e éd., Oxford, Clarendon Press, 1963, p. 54.

¹⁶⁷ S'agissant de l'histoire du principe *pacta sunt servanda* et de son évolution dans la doctrine, voir, par exemple, M. Sibert, «The Rule *Pacta Sunt Servanda*: From the Middle Ages to the Beginning of Modern Times», *Indian Yearbook of International Affairs* (1956), vol. 5, p. 219-226; J. B. Whittton, «La règle *pacta sunt servanda*», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye (RCADI)*, t. 49 (1934), p. 151-268.

¹⁶⁸ (Premières) affaires des *Essais nucléaires* (*Australie c. France*) (*Nouvelle-Zélande c. France*) (essais atmosphériques), arrêt, *C.I.J. Recueil* 1974, p. 473, par. 49.

¹⁶⁹ Voir, par exemple, les affaires suivantes : *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine* (*Canada/Etats-Unis d'Amérique*), arrêt, *C.I.J. Recueil* 1984, p. 305, par. 130; *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (*Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique*), compétence et recevabilité, arrêt, *C.I.J. Recueil* 1984, p. 414, par. 51, p. 418, par. 60, et p. 419, par. 63; *Actions armées frontalières et transfrontalières* (*Nicaragua c. Honduras*), compétence et recevabilité, arrêt, *C.I.J. Recueil* 1988, p. 105, par. 94; *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* (*Hongrie/Slovaquie*), arrêt, *C.I.J. Recueil* 1997, p. 66, par. 109, p. 67, par. 112, et p. 78, par. 142; *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria* (*Cameroun c. Nigéria*), exceptions préliminaires, arrêt, *C.I.J. Recueil* 1998, p. 296, par. 38.

¹⁷⁰ Voir, par exemple, les affaires suivantes : *Compétence en matière de pêcheries* (*Royaume-Uni c. Islande*), fond, arrêt, *C.I.J. Recueil* 1974, p. 30, par. 69-70; *Interprétation de l'accord du 25 mars 1951 entre l'OMS et l'Égypte*, avis consultatif, *C.I.J. Recueil* 1980, p. 92, par. 43, et p. 95, par. 48; *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine* (*Canada/Etats-Unis d'Amérique*), arrêt, *C.I.J. Recueil* 1984, p. 292, par. 87; *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif, *C.I.J. Recueil* 1996 (I), p. 263, par. 99, et p. 264, par. 102; *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria* (*Cameroun c. Nigéria; Guinée équatoriale* (intervenant)), arrêt, *C.I.J. Recueil* 2002, p. 424, par. 244.

this latter, the Court pondered, in the *North Sea Continental Shelf* cases (*Federal Republic of Germany/Denmark*; *Federal Republic of Germany/Netherlands*), in another *obiter dictum*, that “[o]n a foundation of very general precepts of justice and good faith, actual rules of law are here involved which govern the delimitation of adjacent continental shelves” (*Judgment, I.C.J. Reports 1969*, pp. 46-47, para. 85). There always are the *prima principia*, wherefrom norms and rules emanate; in sum, in my own conception, expressed in the present separate opinion, the principle of good faith occupies a key position in international law and in all legal systems, providing them all with an ethical basis, and surely standing above positive law.

4. CARU's Legal Personality

179. The consideration of the issues under contention in the present case of the *Pulp Mills* takes us, in relation to yet another related aspect, beyond the strictly inter-State dimension, when the Court rightly acknowledged the legal personality of CARU, as from the provision of Article 50 of the 1975 Statute of the River Uruguay. The implications inferred by Uruguay and Argentina, from such legal personality, were, however, not the same. This calls for a review and assessment of their respective arguments in this respect.

180. In his pleadings of 23 September 2009 about the legal nature of CARU, as a joint institutional mechanism, counsel for Uruguay claimed that International River Commissions are created by member States, which remain “free to go outside the joint mechanism when it suits their purposes, and they often do so¹⁷¹”. While acknowledging that CARU is a legal entity (Article 50 of the Statute), able to “conclude agreements with both parties specifying the privileges and immunities enjoyed by its members and staff under international law” (Article 54), counsel for Uruguay asserted that CARU is not an autonomous body, but in fact *is* the parties themselves, i.e., “CARU is an instrument of the two parties’ Foreign Ministries”¹⁷². He stressed that the way CARU takes decisions is strictly dependent on the will of the two parties; thus, in his view, Argentina and Uruguay were free to deal with the matter of the Botnia project directly, at the highest political level, and not through CARU.

181. Argentina, in turn, claimed that CARU has a vital role in maintaining the integrity of the 1975 Statute and the proper administration of the machinery for co-operation. Argentina considered that Article 7 of the 1975 Statute specifically confers a power of determination to

¹⁷¹ CR 2009/18, p. 42, para. 21 (McCaffrey).

¹⁷² *Ibid.*, p. 43, para. 30.

A cet égard, la Cour a estimé, dans un autre *obiter dictum* formulé dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord (République fédérale d'Allemagne/Danemark; République fédérale d'Allemagne/Pays-Bas)*, qu'«[i]l s'agi[ssai]t là, sur la base de préceptes très généraux de justice et de bonne foi, de véritables règles de droit en matière de délimitation des plateaux continentaux limitrophes» (arrêt, *C.I.J. Recueil 1969*, p. 46-47, par. 85). Il existe toujours des *prima principia*, dont les normes et les règles émanent; en somme, de mon point de vue, que j'exprime dans la présente opinion individuelle, le principe de la bonne foi occupe une place centrale en droit international et dans le cadre de tous les systèmes juridiques, auxquels il confère une base éthique, en s'inscrivant assurément en amont du droit positif.

4. La personnalité juridique de la CARU

179. L'examen des questions en litige dans la présente affaire des *Usines de pâte à papier* nous conduit, s'agissant d'un autre aspect encore, à dépasser la dimension strictement interétatique, la Cour ayant à juste titre reconnu la personnalité juridique de la CARU, telle qu'établie à l'article 50 du statut du fleuve Uruguay de 1975. L'Uruguay et l'Argentine n'ont toutefois pas tiré les mêmes conclusions de cette personnalité juridique, d'où la nécessité d'examiner et de peser leurs arguments respectifs en la matière.

180. Dans son exposé du 23 septembre 2009 sur la nature juridique de la CARU en tant que mécanisme institutionnel mixte, le conseil de l'Uruguay a soutenu que les commissions internationales fluviales sont créées par les Etats membres, qui sont «libres de s'écarter du mécanisme commun lorsque cela sert leur objectif et c'est ce qu'ils font souvent»¹⁷¹. Reconnaisant que la CARU était une entité juridique (article 50 du statut) habilitée à «conclu[re] ..., avec les deux parties, les accords nécessaires pour préciser les privilèges et immunités reconnus à ses membres et à son personnel par la pratique internationale» (art. 54), le conseil de l'Uruguay a toutefois ajouté qu'elle n'était pas un organe autonome mais que, en fait, elle *était* les parties elles-mêmes, c'est-à-dire «un instrument des ministères des affaires étrangères des deux parties»¹⁷². Il a souligné que la manière dont la CARU prenait ses décisions dépendait totalement de la volonté des deux parties; dès lors, selon lui, l'Argentine et l'Uruguay étaient libres de traiter la question du projet Botnia directement, au sommet de l'Etat, et non par l'intermédiaire de la CARU.

181. L'Argentine, de son côté, a déclaré que la CARU jouait un rôle crucial en assurant l'intégrité du statut de 1975 et la bonne administration du mécanisme de coopération. Pour elle, l'article 7 du statut de 1975 conférait expressément à la CARU le pouvoir de déterminer ce qu'il en

¹⁷¹ CR 2009/18, p. 42, par. 21 (McCaffrey).

¹⁷² *Ibid.*, p. 43, par. 30.

CARU¹⁷³, which constitutes a *decision*¹⁷⁴. Argentina asserted, in its Memorial and Reply, that the terms employed demonstrate CARU's ability to take a (binding) decision for the purposes of Article 7 of the 1975 Statute¹⁷⁵.

182. Uruguay, on its part, retorted that CARU serves solely as a vehicle for facilitating communication between the parties, but it does not have a decision-making authority over the project¹⁷⁶. Uruguay, thus, in its arguments, restricted the role of CARU, under Articles 7-12 of the 1975 Statute, to the undertaking of a preliminary technical review, a screening function. In its view, CARU — an intergovernmental entity, whose “executive” consists of the two delegations appointed by the two member States — contributes to conciliation between the parties, as a channel for the implementation of the scheme of co-operation set forth in the 1975 Statute.

183. Yet, Article 50 of the 1975 Statute determines that CARU “shall be made a legal entity in order to perform its functions”, and the parties “shall provide it with the necessary resources and all the information and facilities essential to its operations”. CARU is thus endowed with legal personality, as the ICJ rightly pointed out in the present Judgment in the *Pulp Mills* case (para. 87). In a report of 1987, by a former President of CARU (from the delegation of Argentina), analysing the competences of the organ and the extent whereto they were fulfilled (within CARU's Subcommittee on Juridical and Institutional Affairs), it is stated that Article 7 of the Statute

“[m]akes it obligatory for each Party to notify CARU if it plans to construct new channels, modify or alter already existing channels in any significant way, or perform any work on a scale sufficient to affect navigation, the river regime, or its *water quality*, so that CARU makes a declaration in the first instance”¹⁷⁷.

184. The 1975 Statute, furthermore, grants CARU the prerogatives of celebrating agreements with both parties regulating “privileges and immunities enjoyed by its members and staff under international law” (Article 54), and of setting up “whatever subsidiary bodies it deems necessary” (Article 52). Thus, in addition to its conciliatory and co-ordinating functions, CARU has also these executive, technical and regulatory functions. And CARU's conciliation procedure is set up in mandatory terms (Arti-

¹⁷³ Article 7 of the 1975 Statute states “shall determine”.

¹⁷⁴ As the 2nd paragraph sets forth: “If the Commission *finds this to be the case* or if a *decision* [in Spanish *decisión*] cannot be reached in that regard, the party concerned shall notify the other party of the plan through the said Commission.”

¹⁷⁵ Memorial of Argentina, paras. 3.66-3.70; and Reply of Argentina, paras. 1.158-1.160.

¹⁷⁶ Counter-Memorial of Uruguay, paras. 2.189-2.205, and cf. Vol. IV, Anns. 82 and 84.

¹⁷⁷ *Ibid.*, Vol. IV, Ann. 85; emphasis added.

est¹⁷³, et donc de *décider*¹⁷⁴. Dans son mémoire et sa réplique, l'Argentine a soutenu que les termes utilisés démontraient que la CARU était habilitée à prendre une décision (contraignante) aux fins de l'article 7 du statut de 1975¹⁷⁵.

182. L'Uruguay a quant à lui rétorqué que la CARU constituait seulement un moyen de faciliter la communication entre les parties, mais n'avait aucun pouvoir de décision à l'égard du projet¹⁷⁶. Dans son argumentation, il a donc minimisé le rôle conféré à la CARU par les articles 7 à 12 du statut de 1975 pour le limiter à un examen technique préliminaire, à une fonction de vérification. Selon lui, la CARU — une entité intergouvernementale, dont les organes «exécutifs» sont les délégations désignées par les deux Etats membres — favorisait la conciliation entre les parties, contribuant ainsi à mettre en œuvre le système de coopération établi dans le statut de 1975.

183. Pourtant, l'article 50 du statut de 1975 indique que la CARU «jouit de la personnalité juridique dans l'accomplissement de ses fonctions», et que les parties «lui attribuent les ressources nécessaires, ainsi que tous les éléments et facilités indispensables à son fonctionnement». La CARU est donc dotée d'une personnalité juridique, comme la Cour l'a à juste titre relevé dans le présent arrêt (par. 87). Dans un rapport de 1987, dans lequel un ancien président de la CARU (issu de la délégation argentine) analyse les compétences de cet organe et la mesure dans laquelle elles sont exercées (dans le cadre de sa sous-commission des questions juridiques et institutionnelles), il est dit que l'article 7 du statut

«[r]end la notification de la CARU obligatoire pour chaque partie envisageant de construire de nouveaux chenaux, modifier ou transformer, de manière importante, des chenaux existants ou réaliser de quelconques autres ouvrages d'envergure suffisante pour avoir un impact sur la navigation, le régime du fleuve ou la *qualité de ses eaux, de façon à ce que la CARU se prononce en première instance*»¹⁷⁷.

184. Le statut de 1975 confère aussi à la CARU le pouvoir de conclure des accords avec les deux parties pour réglementer les «privileges et immunités reconnus à ses membres et à son personnel par la pratique internationale» (art. 54), et pour établir «les organes subsidiaires qu'elle juge nécessaires» (art. 52). Ainsi, outre ses fonctions de conciliation et de coordination, la CARU a également ces fonctions d'encadrement, de contrôle technique et de réglementation. De plus, la procédure de conciliation de la

¹⁷³ Article 7 du statut de 1975 — «détermine».

¹⁷⁴ Aux termes du deuxième paragraphe: «S'il en est *ainsi décidé* ou si une *décision* [*decisión* en espagnol] n'intervient pas à cet égard, la partie intéressée notifie le projet à l'autre partie par l'intermédiaire de la Commission.»

¹⁷⁵ Mémoire de l'Argentine, par. 3.66-3.70; réplique de l'Argentine, par. 1.158-1.160.

¹⁷⁶ Contre-mémoire de l'Uruguay, par. 2.189-2.205; voir aussi vol. IV, annexes 82 et 84.

¹⁷⁷ *Ibid.*, vol. IV, annexe 85; les italiques sont de moi.

cles 58-59). The co-ordination measures effected by CARU, and its participation in the regime of consultation, make it the ideal *forum* wherein the parties can present and state their differences and disputes, without having to go directly to other instances for the settlement of their disputes, such as the ICJ.

185. Uruguay has seen it fit to annex, to its Counter-Memorial, the minutes of a technical-legal symposium (*Encuentro Técnico-Jurídico*), held at CARU's headquarters on 17-18 September 1987¹⁷⁸. The proceedings of this symposium contain successive acknowledgements of the legal personality of CARU¹⁷⁹, distinct and independent of that of the two States parties — to the 1975 Statute — that created it¹⁸⁰. Its legal capacity is also acknowledged¹⁸¹. The same symposium also considered River Commissions in a comparative perspective; thus, a renowned specialist on the matter, Julio Barberis (quoted by both Argentina and Uruguay during the proceedings of the present case of the *Pulp Mills* before the ICJ), stated on that occasion, on 18 September 1987, that there have been distinct systems of co-operation between riparian States, ranging from direct contacts between the Foreign Ministries, or other entities, of the States concerned, to the creation of International River Commissions, also operating each one with its own characteristics¹⁸².

¹⁷⁸ Counter-Memorial of Uruguay, Vol. IV, Ann. 72.

¹⁷⁹ CARU, *Encuentro Técnico-Jurídico Realizado en la Sede de CARU*, 17-18 September 1987, pp. 16, 39 and 44-45.

¹⁸⁰ *Ibid.*, p. 44.

¹⁸¹ Cf., *ibid.*, p. 35.

¹⁸² In the words of J. Barberis himself, in the aforementioned 1987 symposium held at CARU,

"Entre las diversas instituciones o sistemas de cooperación que los Estados crean para realizar aprovechamientos hidráulicos, se encuentran las Comisiones Fluviales Internacionales, como las del Rhin y del Danubio. Estas organizaciones poseen una determinada personalidad jurídica internacional. Pero (...) el sistema de la Cuenca del Plata instituido por el Tratado de Brasilia carece de personalidad jurídica internacional. (...) El establecimiento de Comisiones Fluviales Internacionales es sólo una forma o modo de cooperar entre los Estados, entre varias otras posibles, para llevar a cabo un aprovechamiento hidráulico. Sin embargo, conviene añadir que la técnica de crear Comisiones Fluviales Internacionales es una forma utilizada con frecuencia y desde antiguo por los Estados, y que, justamente, la primera organización internacional fue una Comisión Fluvial: la Comisión del Rhin, creada en 1804 mediante un tratado entre Francia y el Sacro Imperio." (*Ibid.*, p. 64.)

"International River Commissions, such as those of the Rhine and the Danube, are among the various institutions or systems of co-operation which States put in place in order to exploit hydraulic resources. Those organizations have specific international legal personality. However ... the River Plate Basin system, set up by the Treaty of Brasilia, lacks such personality. ... The creation of International River Commissions is but one mode or form of co-operation among others by which States exploit hydraulic resources. However, it should be added that it is one which States use frequently, and have used for a long time, and that the first international organization was in fact a River Commission, the Rhine River Commission, established in 1804 by a treaty concluded between France and the Holy Empire." (*Ibid.*, p. 64.) [Translation by the Registry.]

CARU est posée comme une obligation (art. 58-59). Ses mesures de coordination et sa participation au régime de consultation font de la CARU l'*instance* idéale au sein de laquelle les parties peuvent présenter et exposer leurs différends et désaccords, sans avoir à s'adresser directement à d'autres instances, comme la Cour, pour régler leurs différends.

185. L'Uruguay a cru bon d'annexer à son contre-mémoire le procès-verbal d'une réunion technique et juridique (*Encuentro Técnico-Jurídico*) qui a eu lieu au siège de la CARU les 17 et 18 septembre 1987¹⁷⁸. Dans ce document, il est reconnu à plusieurs reprises que celle-ci jouit d'une personnalité juridique propre¹⁷⁹, distincte et indépendante de celle des deux Etats parties — au statut de 1975 — qui l'ont créée¹⁸⁰. Sa capacité juridique est également reconnue¹⁸¹. Lors de cette réunion, les commissions fluviales furent également envisagées dans une perspective comparative; ainsi, un spécialiste éminent, Julio Barberis (que l'Argentine et l'Uruguay ont tous deux cité en l'espèce), déclara à cette occasion, le 18 septembre 1987, qu'il existait différents systèmes de coopération entre Etats riverains, allant de contacts directs entre les ministères des affaires étrangères ou d'autres entités des Etats concernés jusqu'à la création de commissions internationales fluviales dont chacune opérait de même selon ses caractéristiques propres¹⁸².

¹⁷⁸ Contre-mémoire de l'Uruguay, vol. IV, annexe 72.

¹⁷⁹ CARU, *Encuentro Técnico-Jurídico Realizado en la Sede de CARU*, 17 et 18 septembre 1987, p. 16, 39 et 44-45.

¹⁸⁰ *Ibid.*, p. 44.

¹⁸¹ Voir *ibid.*, p. 35.

¹⁸² Ainsi que J. Barberis le déclara lui-même, lors de ce symposium de 1987 à la CARU:

« Entre las diversas instituciones o sistemas de cooperación que los Estados crean para realizar aprovechamientos hidráulicos, se encuentran las Comisiones Fluviales Internacionales, como las del Rhin y del Danubio. Estas organizaciones poseen una determinada personalidad jurídica internacional. Pero ... el sistema de la Cuenca del Plata instituido por el Tratado de Brasilia carece de personalidad jurídica internacional... El establecimiento de Comisiones Fluviales Internacionales es sólo una forma o modo de cooperar entre los Estados, entre varias otras posibles, para llevar a cabo un aprovechamiento hidráulico. Sin embargo, conviene añadir que la técnica de crear Comisiones Fluviales Internacionales es una forma utilizada con frecuencia y desde antiguo por los Estados, y que, justamente, la primera organización internacional fue una Comisión Fluvial: la Comisión del Rhin, creada en 1804 mediante un tratado entre Francia y el Sacro Imperio. » (*Ibid.*, p. 64.)

« Parmi les divers institutions ou systèmes de coopération que les Etats mettent en place pour réaliser des aménagements hydrauliques figurent les commissions fluviales internationales comme celles du Rhin et du Danube. Ces organisations possèdent une personnalité juridique internationale déterminée. Mais... le système du bassin de la Plata institué par le traité de Brasilia est dépourvu d'une telle personnalité... La mise en place de commissions fluviales internationales n'est qu'un mode de coopération parmi d'autres permettant aux Etats de réaliser des aménagements hydrauliques. Il convient toutefois d'ajouter que les Etats l'utilisent fréquemment et depuis longtemps, et que la première organisation internationale fut précisément une commission fluviale, la Commission du Rhin, créée en 1804 par un traité conclu entre la France et le Saint-Empire. » (*Ibid.*, p. 64.)

186. The 1975 Statute had thus established, beyond the strictly direct bilateral co-operation between the two States concerned, an institutional framework for its conduction. In the present Judgment in the *Pulp Mills* case, the ICJ observed that, “like any international organization with legal personality, CARU is entitled to exercise the powers assigned to it by the 1975 Statute and which are necessary to achieve the object and purpose of the latter”; the novelty in the *cas d’espèce* is that this also applies in the fulfilment of the common interests of the States parties — the Court added — to organizations which, “like CARU, only have two member States” (para. 89).

187. It is, in my view, very hard to reconcile the Court’s acknowledgement of CARU’s legal personality (paras. 87 and 89) with its lenience in respect of the “understanding” reached by the parties in the Ministerial Meeting of 2 March 2004 (para. 131). As I sustain in the next section (XIII) of the present separate opinion, that “understanding” does not abide by the precautionary principle. Furthermore, there was a procedure laid down in Articles 7-12 of the 1975 Statute, to be followed by the parties. The Court should not have yielded to State voluntarism in paragraph 131 of the present Judgment, as the language of the procedure (in Articles 7-8 and 10-12) set up by the Statute is mandatory (verb “shall”), not permissive.

188. There is nothing in the 1975 Statute of the River Uruguay, regarded by the Court as the applicable law in the *cas d’espèce*, that could have led the Parties — Uruguay and Argentina — to infer the prerogative of reaching an “understanding”, as they did, circumventing the procedure of the 1975 Statute. By the same token, there is nothing in the same Statute that could have led the Court to assume, as it did, that the Parties were “entitled to depart” from the statutory procedure (para. 128); CARU could not have been bypassed at all.

189. The mandatory character of the statutory procedure is, moreover, what clearly ensues from the Court’s conclusion (para. 266) that both Parties have the obligation to enable CARU “to exercise on a continuous basis the powers conferred on it by the 1975 Statute”, and “to continue their co-operation through CARU and to enable it to devise the necessary means to promote the equitable utilization of the river, while protecting its environment” (*ibid.*). These continuing obligations are in addition to the initial obligation of the parties, under the 1975 Statute, to notify through CARU, before the authorization of construction or the commissioning of works, as “an essential part of the process leading the parties to consult in order to assess the risks of the plan and to negotiate possible changes which may eliminate those risks or minimize their effects” (para. 115), thus avoiding “potential damage” (para. 113).

190. The legal personality of an international organization (whatever the number of its member States might be) ought necessarily to fulfil cer-

186. Le statut de 1975 a donc établi, au-delà d'une stricte coopération bilatérale directe entre les deux Etats concernés, un cadre institutionnel pour la mise en œuvre de ses dispositions. Dans le présent arrêt en l'affaire des *Usines de pâte à papier*, la Cour a fait observer que, «comme toute organisation internationale dotée de la personnalité juridique, la CARU est habilitée à exercer les compétences qui lui sont reconnues par le statut de 1975 et qui sont nécessaires à la réalisation de l'objet et du but de celui-ci»; la nouveauté en l'espèce — a ajouté la Cour — est que cela s'applique aussi, lorsque sont mis en œuvre les intérêts communs des Etats parties, à des organisations qui, «comme la CARU, ne comportent que deux Etats membres» (par. 89).

187. Il est, à mon sens, très difficile de concilier cette reconnaissance par la Cour de la personnalité juridique de la CARU (par. 87 et 89) avec l'indulgence dont elle fait preuve à l'égard de l'«arrangement» adopté par les parties lors de la réunion ministérielle du 2 mars 2004 (par. 131). Ainsi qu'exposé dans la section suivante (XIII) de la présente opinion individuelle, cet «arrangement» ne respecte pas le principe de précaution. En outre, une procédure était prévue aux articles 7 à 12 du statut de 1975, et les parties devaient s'y tenir. La Cour n'aurait pas dû, au paragraphe 131 du présent arrêt, céder à la volonté des Etats, la procédure établie par le statut (aux articles 7 et 8 et 10 à 12) étant obligatoire (présent injonctif) et non facultative.

188. Aucune disposition du statut du fleuve Uruguay de 1975, considéré par la Cour comme le droit applicable en l'espèce, ne pouvait amener les Parties — l'Uruguay et l'Argentine — à s'estimer autorisées à passer un «arrangement», comme elles l'ont fait, en contournant la procédure prévue dans le statut de 1975. Dès lors, ledit statut n'autorisait pas davantage la Cour à postuler, comme elle l'a fait, que les Parties étaient «habilitées à s'écarter» de la procédure dictée par le statut (par. 128); la CARU était incontournable.

189. Qui plus est, le caractère obligatoire de la procédure prévue dans le statut ressort clairement de la conclusion de la Cour (par. 266) selon laquelle les deux Parties sont tenues de veiller à ce que la CARU «puisse continûment exercer les pouvoirs que lui confère le statut», et «de poursuivre leur coopération par l'intermédiaire de la CARU et de permettre à cette dernière de développer les moyens nécessaires à la promotion de l'utilisation équitable du fleuve, tout en protégeant le milieu aquatique» (*ibid.*). Ces obligations continues viennent s'ajouter à leur obligation initiale, prescrite par le statut de 1975, d'informer l'autre partie via la CARU avant d'autoriser la construction ou la mise en service d'ouvrages, une obligation qui est «essentielle dans le processus qui doit mener les parties à se concerter pour évaluer les risques du projet et négocier les modifications éventuelles susceptibles de les éliminer ou d'en limiter au minimum les effets» (par. 115), pour parer ainsi aux «préjudices éventuels» (par. 113).

190. Pour être dotée de la personnalité juridique, une organisation internationale (quel que soit le nombre de ses Etats membres) doit néces-

tain objective prerequisites, before such organization comes into being as such, and begins to exercise its functions. The organization at issue ought to have been created by an agreement between the States concerned, ought to have a permanent organic structure whereby it is able to express its own views (not necessarily the same as those of the individual member States that compose it), and ought to possess its own common purposes to be fulfilled precisely in the faithful exercise of its functions. It is the case of CARU, as an international entity, standing beyond the strictly inter-State dimension.

XIII. FUNDAMENTAL PRINCIPLES AS *SUBSTRATUM* OF THE LEGAL ORDER ITSELF

191. The general principles of law have thus inspired not only the interpretation and the application of legal norms, but also the law-making process itself of their elaboration. They reflect the *opinio juris*, which, in turn, lies as the basis of the formation of law. Such principles mark presence at both national and international levels. There are fundamental principles of law which identify themselves with the very foundations of the legal system, revealing the values and ultimate ends of the international legal order, guiding it, protecting it against the incongruencies of the practice of States, and fulfilling the necessities of the international community¹⁸³.

192. Such principles, as expression of an objective “idea of justice”, have a universal scope, requiring the observance of all States, and securing the unity of law, as from an objective “idea of justice”. It is evident that those principles of law do not depend on the “will”, nor on the “agreement”, nor on the consent, of the subjects of law; they touch on the foundations of the necessary law of nations. Above the will of subjects of law, stands their conscience, as the ultimate material source of all law.

193. If, by chance, any doubts are raised as to the extent of application of the fundamental principles which permeate the whole international legal order, it is the function of the jurist to clarify such doubts and not to perpetuate them, so that law may accomplish its fundamental function of providing justice in the settlement of a dispute. It is certain that the norms are the ones juridically binding, but when they move away from the principles, their application is likely to lead to breaches of the rights at stake and to the occurrence of distortions and injustices, and violations of the legal order at issue itself.

194. Turning to the present case of the *Pulp Mills*, the question may now be asked: had the observance of the precautionary principle pre-

¹⁸³ G. Cohen-Jonathan, “Le rôle des principes généraux dans l’interprétation et l’application de la convention européenne des droits de l’homme”, *Mélanges en hommage à L. E. Pettiti*, Brussels, Bruylant, 1998, pp. 192-193.

sairement satisfaire à certaines conditions préalables objectives avant de pouvoir exister comme telle, et commencer à exercer ses fonctions. L'organisation en question doit avoir été créée d'un commun accord par les Etats concernés, être composée d'organes permanents lui permettant d'exprimer ses propres vues (qui ne coïncideront pas toujours avec celles des Etats membres particuliers la composant) et avoir ses propres objectifs, qu'elle devra réaliser précisément en exerçant scrupuleusement ses fonctions. Tel est le cas de la CARU, une entité internationale qui sort du cadre strictement interétatique.

XIII. LES PRINCIPES FONDAMENTAUX EN TANT QUE SUBSTRAT DE L'ORDRE JURIDIQUE LUI-MÊME

191. Les principes généraux de droit ont donc inspiré non seulement l'interprétation et l'application des normes juridiques, mais aussi leur élaboration même. Ils reflètent l'*opinio juris*, elle-même à la base de la création du droit. Ils se retrouvent tant au niveau national qu'à l'échelle internationale. Ce sont des principes juridiques élémentaires qui constituent les fondements mêmes du système juridique et révèlent les valeurs et les fins ultimes de l'ordre juridique international, guidant celui-ci, le protégeant contre les incongruités de la pratique des Etats et répondant aux besoins de la communauté internationale¹⁸³.

192. Ces principes, en tant qu'ils expriment l'«idée de justice», ont une portée universelle, doivent être respectés par tous les Etats et assurent la cohésion du droit. Ils ne sont évidemment pas soumis à la «volonté» des sujets de droit, pas plus qu'à leur «accord» ou à leur consentement; ils touchent aux fondements de l'indispensable droit des gens. Au-dessus de la volonté des sujets de droit réside leur conscience, source ultime de tout droit.

193. Si des doutes sont exprimés quant au champ d'application des principes fondamentaux qui imprègnent l'ordre juridique international tout entier, il incombe au juriste de les dissiper et de ne pas les perpétuer, afin que le droit puisse jouer son rôle fondamental, à savoir faire prévaloir la justice dans le règlement des différends. Certes, ce sont les normes qui sont juridiquement contraignantes, mais, lorsqu'elles s'écartent des principes, leur application risque de donner lieu à des violations des droits en cause ainsi qu'à des distorsions et à des injustices, et à des violations de l'ordre juridique dont il s'agit lui-même.

194. Pour en revenir à la présente affaire des *Usines de pâte à papier*, l'on peut à présent poser la question suivante: si le principe de précaution

¹⁸³ G. Cohen-Jonathan, «Le rôle des principes généraux dans l'interprétation et l'application de la Convention européenne des droits de l'homme», *Mélanges en hommage à L. E. Pettiti*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 192-193.

vailed all the time would that have made a difference in the contentious situation now settled by the Court by means of its present Judgment? To my mind, most likely, yes. May I refer, in this respect, to the attitude of the two contending Parties as well as of the Court itself. Had the precautionary principle been kept in mind, all the time, by the two States concerned, including in the Ministerial Meeting of 2 March 2004, which led to their “understanding” (as minuted by CARU) examined in the present Judgment (paras. 125-131), this “understanding” — which in a way circumvented or bypassed the procedure laid down in Articles 7-12 of the 1975 (in particular Article 7) — would in all probability not have taken place.

195. That “understanding”, which made *tabula rasa* of the statutory procedure, became the source of much subsequent misunderstanding between Argentina and Uruguay. Had the two Parties kept in mind the precautionary principle from the start, the so-called “understanding” would in all probability not have materialized, to the benefit of the integrity of the 1975 Statute and its scheme of environmental protection of the River Uruguay. In any case, shortly after the distraction of that episode, Argentina and Uruguay realized the importance of the precautionary principle, and duly invoked it — though with distinct interpretations — in the proceedings before the ICJ in the present case of the *Pulp Mills* (cf. *supra*).

196. Turning attention now to the attitude of the Court itself, if it likewise had also kept in mind, all the time, the precautionary principle (which it did not), it would have reached a decision distinct from the one it took on 13 July 2006, and would have, in all probability, ordered or indicated the requested provisional measures of protection (to be effective until today, 20 April 2010, date of the present Judgment on the merits of the *Pulp Mills* case). This would have rendered moot all the subsequent discussions and the unnecessary tension surrounding the so-called “no-construction obligation”, which also drew the attention of the Court in the present Judgment (paras. 152-154). These points suffice to single out the relevance of keeping in mind the precautionary principle all the time, when it comes to the protection of the environment.

197. Fundamental principles are indeed indispensable, they form the *substratum* of the legal order itself, being prior and superior to the will or consent of individual subjects of law. They serve as the foundations of the *jus necessarium*, as propounded by the founding fathers of international law. Already in the early seventeenth century, Francisco Suárez, in his *De Legibus, ac Deo Legislatore* (1612), beheld the law of nations as a “most necessary” law, grounded in “certain self-evident principles of conduct” of natural law (para. 18), requiring everyone to “live rightly”, so as to preserve “peace and justice”, and bearing in mind the “common good” (para. 19). In his lucid and elegant warning (as to human fallibility, egoism and wickedness), “it is necessary” that, whatever pertains to the common good, “should be accorded particular care and observance” as

avait été systématiquement respecté, cela aurait-il changé quoi que ce soit au contentieux aujourd'hui réglé par la Cour au moyen du présent arrêt? Ma réponse est oui, très certainement. Je reviendrai à cet égard sur l'attitude des deux Parties en litige et sur celle de la Cour elle-même. Si le principe de précaution avait été gardé à l'esprit, en tout temps, par les deux Etats concernés, y compris lors de la réunion ministérielle du 2 mars 2004 qui déboucha sur leur «arrangement» (consigné dans le procès-verbal de la CARU) examiné dans le présent arrêt (par. 125-131), cet «arrangement» — qui tendait d'une certaine façon à éviter ou court-circuiter la procédure établie aux articles 7 à 12 du statut de 1975 (en particulier à l'article 7) — n'aurait selon toute probabilité pas été conclu.

195. Cet «arrangement», qui faisait table rase de la procédure prévue dans le statut, a par la suite été source de nombreux malentendus entre l'Argentine et l'Uruguay. Si les deux Parties avaient depuis le départ gardé à l'esprit le principe de précaution, ce prétendu «arrangement» n'aurait certainement pas vu le jour, ce qui aurait permis de préserver l'intégrité du statut de 1975 et le régime qu'il prévoit pour protéger l'écosystème du fleuve Uruguay. Quoi qu'il en soit, peu après cet écart, l'Argentine et l'Uruguay ont saisi l'importance du principe de précaution et l'ont dûment invoqué — fût-ce pour l'interpréter différemment — au cours de la présente instance (voir *supra*).

196. Quant à l'attitude de la Cour elle-même, si celle-ci avait elle aussi toujours gardé le principe de précaution à l'esprit (ce qu'elle n'a pas fait), elle serait parvenue à une décision différente de celle qu'elle a prise le 13 juillet 2006 et aurait, selon toute probabilité, ordonné ou indiqué les mesures conservatoires demandées (qui seraient restées en vigueur jusqu'à ce jour du 20 avril 2010, date du prononcé du présent arrêt sur le fond de l'affaire). Elle aurait ainsi coupé court à toutes les discussions ultérieures et tensions inutiles concernant l'obligation dite de «non-construction», dont elle a également fait état dans le présent arrêt (par. 152-154). Cela montre amplement combien il importe, lorsqu'il s'agit de protéger l'environnement, de garder le principe de précaution à l'esprit en toutes circonstances.

197. Les principes fondamentaux sont réellement indispensables, ils constituent le *substrat* de l'ordre juridique lui-même, étant antérieurs et supérieurs à la volonté ou au consentement individuel des sujets de droit. Ils sont à la base du *jus necessarium*, tel qu'exposé par les pères fondateurs du droit international. A l'aube du XVII^e siècle déjà, Francisco Suárez, dans son *De Legibus, ac Deo Legislatore* (1612), considérait le droit des gens comme «absolument nécessaire», puisque fondé sur «certains principes de conduite évidents» du droit naturel (par. 18), imposant à chacun de «vivre dans le droit chemin» afin de préserver «la paix et la justice», pour «le bien de tous» (par. 19). Selon la mise en garde qu'il formula avec lucidité et élégance (contre la faillibilité, l'égoïsme et la perfidie humains), tout ce qui touche au bien commun «doit se voir accorder un soin et un respect particuliers» parce que

“individuals have difficulty in ascertaining what is expedient for the common good, and, moreover, rarely strive for that good as a primary object; so that, in consequence, there was a necessity for human laws that would have regard for the common good by pointing out what should be done for its sake and by compelling the performance of such acts” (para. 19)¹⁸⁴.

198. Later on, in the second half of the eighteenth century, in the age of enlightenment, Christian Wolff coined, in a definitive way, the expression *jus necessarium*, in his *Jus Gentium Methodo Scientifica Pertractatum* (1764), likewise grounded on natural law, conferring onto the law of nations the attributes of being “necessary and immutable” (paras. 4-6). All nations are thereby given “mutual assistance in perfecting themselves” and their condition, and fostering “consequently the promotion of the common good” (para. 8). Another classic of that epoch to address the *jus necessarium* was Vattel’s *Le droit des gens, ou principes de la loi naturelle* (1758); that *jus* was conceptualized as referring to a law of nations which contained precepts of natural law, the observation of which no nation could escape from (paras. 7-8).

199. In the entirely different world wherein we live nowadays, who would deny that the conservation of the environment is part of the *jus necessarium*? Who would deny that on this depends ultimately the very survival of humankind? The world has much changed — ever since the days of Suárez, Wolff and Vattel — but the necessity to strive towards the promotion of the common good is felt as acutely today as it was in times past. The world has much changed, but human aspirations towards the improvement of the human condition remain the same. It is human conscience that awoke and reckoned the *jus necessarium*, and has persevered in the search for truth, peace and justice, on the basis of the ineluctable relationship between the legal order and the ethical order.

200. Fundamental principles are consubstantial to the international legal order itself, wherein they give expression to the idea of an “objective justice”, proper of natural law (cf. *supra*). Principles of international law shed light into the interpretation and application of international law as a whole, they pertain to the very *substratum* of this latter, and are identified with the very foundations of the international legal system. They permeate every legal system. Their continuing validity is beyond question. Principles of international law are essential to humankind’s quest for justice, and of key importance to the endeavours of construction of a truly universal international law.

¹⁸⁴ English translation of F. Suárez’s *De Legibus, ac Deo Legislatore* (1612), published in the collection, *The Classics of International Law* (ed. by J. Brown Scott, 1944).

«l'individu peine à discerner ce qui sert le bien commun et [que], de plus, son premier objectif est rarement la recherche de ce bien, d'où la nécessité pour les lois humaines de tenir compte de celui-ci en exposant les mesures appropriées et en prescrivant leur mise en œuvre» (par. 19)¹⁸⁴.

198. Ensuite, dans la seconde moitié du XVIII^e siècle, à l'ère des Lumières, Christian Wolff donna, dans son *Jus Gentium Methodo Scientifica Pertractatum* (1764), son expression définitive au *jus necessarium*, notion là encore fondée sur le droit naturel, conférant au droit des gens la particularité d'être «nécessaire et immuable» (par. 4.6). Toutes les nations devaient ainsi «s'aider mutuellement à s'améliorer elles-mêmes» et à améliorer leur situation, et œuvrer «en conséquence à la promotion du bien commun» (par. 8). Un autre classique de l'époque traitant le *jus necessarium* est l'ouvrage de Vattel intitulé *Le droit des gens, ou principes de la loi naturelle* (1758), dans lequel cette notion était rattachée à un droit des gens contenant des préceptes de droit naturel auxquels aucune nation ne pouvait se soustraire (par. 7-8).

199. Dans le monde totalement différent dans lequel nous vivons aujourd'hui, qui peut nier que la protection de l'environnement fait partie du *jus necessarium*? Qui peut nier que la survie même de l'humanité en dépend? Le monde a beaucoup changé — depuis l'époque de Suárez, de Wolff et de Vattel — mais la nécessité d'œuvrer en faveur du bien commun se fait sentir avec autant d'acuité aujourd'hui que par le passé. Le monde a beaucoup changé, mais l'être humain aspire toujours à améliorer son sort. C'est la conscience humaine qui a donné naissance au *jus necessarium* et qui l'a reconnu, poursuivant sa quête de vérité, de paix et de justice, compte tenu du lien inéluctable qui existe entre l'ordre juridique et l'ordre éthique.

200. Les principes fondamentaux sont consubstantiels à l'ordre juridique international lui-même, dans le cadre duquel ils expriment l'idée d'une «justice objective», propre au droit naturel (voir *supra*). Les principes de droit international éclairent l'interprétation et l'application du droit international dans son ensemble, ils participent de son substrat même, et constituent les fondements du système juridique international. Tout système juridique porte leur empreinte. Nul ne peut contester qu'ils demeurent d'actualité. Les principes du droit international sont essentiels à l'humanité dans sa quête de justice, et ils jouent un rôle crucial dans l'instauration d'un droit international proprement universel.

¹⁸⁴ F. Suárez, *De Legibus, ac Deo Legislatore* (1612), dont la traduction anglaise a été publiée dans la série *The Classics of International Law* (J. Brown Scott, dir. publ., 1944).

XIV. *PRIMA PRINCIPIA*: THE AXIOLOGICAL DIMENSION

201. Every legal system has fundamental principles, which inspire, inform and conform to their norms. It is the principles (derived etymologically from the Latin *principium*) that, evoking the first causes, sources or origins of the norms and rules, confer cohesion, coherence and legitimacy upon the legal norms and the legal system as a whole. It is the general principles of law (*prima principia*) which confer to the legal order (both national and international) its ineluctable axiological dimension; it is they that reveal the values which inspire the whole legal order and which, ultimately, provide its foundations themselves¹⁸⁵. This is how I conceive the presence and the position of general principles in any legal order, and their role in the conceptual universe of law.

202. General principles of law entered into the legal culture, with historical roots which go back, e.g., to Roman law, and came to be linked to the very conception of the democratic State under the rule of law, mainly as from the influence of the enlightenment thinking (*pensée illuministe*). Despite the apparent indifference with which they were treated by legal positivism (always seeking to demonstrate a “recognition” of such principles in positive legal order), and despite the lesser attention dispensed to them by the reductionist legal doctrine of our days, one will never be able to prescind from them.

203. From the *prima principia*, the norms and rules emanate, which find in them their proper meaning. General principles of law are thus present in the origins of law itself, and disclose the legitimate ends to seek: the common good (of all human beings, and not of an abstract collectivity), the realization of justice (at both national and international levels), and the preservation of peace. Contrary to those who attempt — in my view in vain — to minimize them, I understand that, if there are no principles, nor is there truly any legal system at all.

204. The identification of the basic principles has accompanied *pari passu* the emergence and consolidation of all the domains of law, and all its branches (constitutional, civil, civil procedural, criminal, criminal procedural, administrative, and so forth). This is so with Public International Law itself, as well as with some of its domains (of protection), such as International Environmental Law, the International Law of Human Rights, International Humanitarian Law, International Refugee Law, and with International Criminal Law, the Law of the Sea, the Law of International Watercourses, the Law of Outer Space, among others. However circumscribed or specialized any one of its domains may be, its basic principles can there be found (cf. *infra*), assuring the cohesion and

¹⁸⁵ Cf., to this effect, IACtHR, Advisory Opinion No. 18, on *The Juridical Condition and the Rights of the Undocumented Migrants*, of 17 September 2003, Concurring Opinion of Judge A. A. Cançado Trindade, paras. 44-58.

XIV. LA DIMENSION AXIOLOGIQUE DES *PRIMA PRINCIPIA*

201. Tout système juridique repose sur certains principes fondamentaux qui inspirent, imprègnent et façonnent ses normes. Ce sont les principes (étymologiquement dérivés du latin *principium*) qui, renvoyant aux causes, sources ou origines premières des normes et des règles, confèrent aux normes juridiques et au système juridique tout entier leur cohésion, leur cohérence et leur légitimité. Ce sont les principes généraux de droit (les *prima principia*) qui confèrent à l'ordre juridique (national et international) sa dimension inéluctablement axiologique; ce sont eux qui révèlent les valeurs inspirant l'ordre juridique dans son ensemble et qui, en définitive, constituent ses fondements mêmes¹⁸⁵. C'est ainsi que je conçois la présence et la place des principes généraux au sein de tout ordre juridique, ainsi que leur rôle dans l'univers conceptuel du droit.

202. Les principes généraux de droit, dont les origines historiques peuvent être recherchées dans le droit romain, sont entrés dans la culture juridique et en sont venus à être liés à la conception même de l'Etat démocratique dans le cadre de la primauté du droit, principalement sous l'influence de la pensée illuministe. Malgré l'indifférence apparente des tenants du positivisme juridique (qui cherchent toujours la preuve d'une «reconnaissance» de ces principes dans l'ordre juridique positif) et l'attention moindre que leur accorde l'actuelle doctrine juridique réductionniste, nul ne pourra jamais s'en passer.

203. Des *prima principia* émanent les normes et les règles, qui prennent en eux leur véritable sens. Les principes généraux de droit se retrouvent donc aux origines du droit lui-même, et en révèlent les finalités légitimes: le bien commun (de tous les êtres humains, et non d'une collectivité abstraite), la réalisation de la justice (tant au niveau national qu'à l'échelle internationale) et le maintien de la paix. Contrairement à ceux qui tentent — selon moi en vain — de minimiser leur importance, je pense que, sans principes, il ne peut non plus véritablement y avoir de système juridique.

204. Les principes fondamentaux se sont précisés à mesure que le droit émergeait et se consolidait dans tous ses domaines, et dans toutes ses branches (droit constitutionnel, droit civil, droit de la procédure civile, droit pénal, droit de la procédure pénale, droit administratif, etc.). Tel fut le cas pour le droit international public lui-même, ainsi que pour certains de ses domaines (concernant la protection) — droit international de l'environnement, droit international des droits de l'homme, droit international humanitaire, droit international des réfugiés, notamment —, et pour le droit pénal international, le droit de la mer, le droit relatif aux cours d'eau internationaux et le droit de l'espace, entre autres. Chaque domaine du droit, si circonscrit ou spécialisé soit-il, porte l'empreinte de ses principes fonda-

¹⁸⁵ Voir, en ce sens, l'avis consultatif n° 18 rendu le 17 septembre 2003 par la Cour interaméricaine des droits de l'homme sur la condition juridique et les droits des travailleurs immigrés, opinion individuelle de M. le juge A. A. Cançado Trindade, par. 44-58.

unity of the law as a whole. There is no “fragmentation” here (a most unfortunate term, and surely one to be avoided and discarded), but rather a reassuring expansion of contemporary international law, asserting its aptitude to regulate relations not only at inter-State, but also at intra-State, levels.

205. Some of the basic principles are proper to certain areas of law, others permeate all areas of law. The *corpus* of legal norms (national or international) operates moved by the principles, some of them ruling the relations themselves between human beings and the public power¹⁸⁶. Principles enlighten the path of legality as well as legitimacy. Hence the constant reaffirmation or restoration, pursuant to the evolving natural law thinking, of a standard of justice, heralded by general principles of law, whereby positive law has come to be evaluated. This perennial resurgence of the natural law outlook¹⁸⁷ — never fading away — has been much contributing to the affirmation and consolidation of the primacy, in the order of values, of the obligations pertaining to regimes of protection (of the human person and of the environment).

206. The international legal profession in our days, in its large majority, unfortunately admits its adherence to legal positivism. Those who do so, seek to qualify their positivist standing by adding an adjective before it: there are those who are proud to call themselves “modern” or “post-modern” positivists — whatever that means — apparently failing to realize that, by thus labelling themselves, they are doomed to be quickly outdated, surpassed by the implacable and merciless onslaught of time. Others add distinct and self-pleasing adjectives, as if trying to exorcise *a priori* any future guilty feelings for eventual injustices committed *de jure*. Paraphrasing Isaiah Berlin, it is imperative to keep on swimming against the current, to keep on upholding firmly the application of general principles of law, in addition to the pertinent positive law.

XV. “GENERAL PRINCIPLES OF LAW” AS INDICATORS OF THE *STATUS CONSCIENTIAE* OF THE INTERNATIONAL COMMUNITY

207. To keep on considering general principles of law as encompassing only those of a domestic origin corresponds, in my view, to a static out-

¹⁸⁶ As the principles of natural justice, of the rule of law, of the rights of the defence, of the right to the natural judge, of the independence of justice, of the equality of all before the law, of the separation of powers, among others.

¹⁸⁷ Cf., e.g., L. Le Fur, “La théorie du droit naturel depuis le XVII^e siècle et la doctrine moderne”, 18 *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye (RCADI)* (1927), pp. 297-399; A. Truyol y Serra, “Théorie du droit international public — Cours général”, 183 *RCADI* (1981), pp. 142-143; A. Truyol y Serra, *Fundamentos de Derecho Internacional Público*, 4th rev. ed., Madrid, Tecnos, 1977, pp. 69 and 105.

mentaux (voir *infra*), ce qui assure la cohésion et l'unité du système dans son ensemble. Il est question ici non pas de «fragmentation» (un terme extrêmement fâcheux qu'il convient assurément d'éviter et d'écarter), mais d'une expansion encourageante du droit international moderne, qui témoigne de la capacité de celui-ci à régler les relations non seulement entre les Etats, mais aussi à l'intérieur des Etats eux-mêmes.

205. Certains de ces principes fondamentaux sont propres à tel ou tel domaine du droit, d'autres sont omniprésents. C'est sous l'action de ces principes, dont certains régissent les relations mêmes entre les êtres humains et la puissance publique, qu'opère le *corpus* des normes juridiques (nationales ou internationales)¹⁸⁶. Ils éclairent la voie de la licéité et de la légitimité, d'où la nécessité constante de réaffirmer ou de rétablir, selon l'évolution de la notion de droit naturel, une certaine idée de la justice fondée sur les principes généraux de droit, à l'aune de laquelle le droit positif doit être apprécié. Ce renouvellement perpétuel de la notion de droit naturel¹⁸⁷ — qui ne s'épuise jamais — a beaucoup contribué à l'affirmation et à la consolidation de la primauté, dans l'échelle des valeurs, des obligations propres aux régimes de protection (de la personne humaine et de l'environnement).

206. De nos jours, malheureusement, la grande majorité des juristes internationaux professent leur adhésion au positivisme juridique. Ceux qui le font tentent de nuancer leur position positiviste en lui greffant un adjectif : certains se targuent d'être des positivistes «modernes» ou «post-modernes» — quoi que cela puisse signifier —, ne se rendant apparemment pas compte que, en s'étiquetant ainsi, ils se condamnent à tomber rapidement en désuétude, distancés par l'implacable et impitoyable passage du temps. D'autres s'accrochent aux adjectifs différents et complaisants, comme pour tenter d'étouffer dans l'œuf tout sentiment de culpabilité que pourraient leur causer à l'avenir d'éventuelles injustices commises *de jure*. Pour paraphraser Isaiah Berlin, il est impératif de continuer de nager à contre-courant, de continuer à appliquer sans faillir les principes généraux de droit, en sus des règles pertinentes du droit positif.

XV. LES «PRINCIPES GÉNÉRAUX DE DROIT» TÉMOINS DU STATUS CONSCIENTIAE DE LA COMMUNAUTÉ INTERNATIONALE

207. Continuer de réduire les principes généraux de droit à ceux d'origine nationale correspond, à mon sens, à une conception statique des

¹⁸⁶ Comme les principes élémentaires de la justice et ceux concernant la primauté du droit, les droits de la défense, le droit au «juge naturel», l'indépendance de la justice, l'égalité de tous devant la loi et la séparation des pouvoirs, entre autres.

¹⁸⁷ Voir, par exemple, L. Le Fur, «La théorie du droit naturel depuis le XVII^e siècle et la doctrine moderne», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye (RCADI)*, t. 18 (1927), p. 297-399; A. Truyol y Serra, «Théorie du droit international public — Cours général», *RCADI*, t. 183 (1981), p. 142-143; A. Truyol y Serra, *Fundamentos de Derecho Internacional Público*, 4^e éd. rev., Madrid, Tecnos, 1977, p. 69 et 105.

look of the formal “sources” of international law, in respect of the formulation in 1920 of Article 38 of the PCIJ Statute, regarded as immutable and sacrosanct. Positivist legal thinking has always suffered from this inescapable shortsightedness, in time and space; it faces unsurmountable difficulties to accompany the evolution of international law (in such new domains as, e.g., International Environmental Law, and others), and is incapable to behold universalism. Its limitations are to be regretted, if not pitied.

208. It can be seen, from the considerations above, that the view whereby general principles of law were only those found *in foro domestico* corresponded only to one conception (proper of analytical positivism) which prevailed 90 years ago, and which was challenged by learned jurists of those days. Fortunately, it has never been unanimous. This appears — in my own perception — most commendable, for when everyone is thinking alike, not everyone — if not anyone — is really thinking at all. Attempts to identify general principles of law only within given national systems (or in each of them individually), besides being a static exercise, makes abstraction of the time dimension, and renders it impossible to advance towards a universal international law.

209. General principles of law (*prima principia*) confer upon the legal order itself — both nationally and internationally — its ineluctable axiological dimension (cf. *supra*). It is those principles that reveal the values which inspire the whole legal order, and which, ultimately, provide its foundations themselves. The identification of the basic principles has accompanied *pari passu* the emergence and consolidation of all the domains of law. International Environmental Law provides a good illustration in this respect.

210. Can we, for example, conceive of International Environmental Law without the principles of prevention, of precaution, and of sustainable development, added to the long-term temporal dimension of inter-generational equity? Not at all, in my view. Can we dwell upon the International Law of Human Rights without bearing in mind the principles of humanity, of the dignity of the human person, of the inalienability of human rights, of the universality and indivisibility of human rights? Certainly not. Can we consider International Humanitarian Law without the principles of humanity, of proportionality, of distinction¹⁸⁸? Surely not. Can we approach International Refugee Law without taking due account of the principles of *non-refoulement*, and of humanity? Not at all.

211. Can we think of International Criminal Law without keeping in

¹⁸⁸ Between combatants and the civil population: the principle whereby the election of methods or means of combat is not unlimited. In International Humanitarian Law, e.g., the 1949 Geneva Conventions and their Protocols of 1977, essentially victim-oriented, are inspired above all by the overriding principle of humanity, which calls for respect to the human person in any circumstances and at all times.

«sources» formelles du droit international, par rapport aux termes adoptés en 1920 à l'article 38 du Statut de la Cour permanente, comme s'il s'agissait d'un texte immuable et sacro-saint. La pensée juridique positiviste a toujours pâti de ce manque foncier de clairvoyance, dans le temps et dans l'espace; elle ne peut accompagner le droit international dans son évolution sans se heurter à des obstacles insurmontables (par exemple dans de nouvelles disciplines telles que le droit international de l'environnement, entre autres) et ne peut être porteuse d'universalisme. Ses limites sont regrettables, voire navrantes.

208. Il ressort de ce qui précède que la position tendant à restreindre les principes généraux de droit à ceux existant *in foro domestico* ne traduit qu'une seule conception (propre au positivisme analytique) qui prévalait il y a quatre-vingt-dix ans, et qui était contestée par d'éminents juristes de l'époque. Fort heureusement, elle n'a jamais fait l'unanimité. Je m'en félicite, car si chacun pense la même chose, la plupart — voire personne — ne pensent plus vraiment. Ceux qui ne voient les principes généraux de droit que dans le cadre de systèmes nationaux donnés (ou individuellement dans chacun d'entre eux) font non seulement du sur-place, mais aussi abstraction du facteur temps, et excluent tout progrès vers un droit international universel.

209. Les principes généraux de droit (*prima principia*) confèrent à l'ordre juridique lui-même — tant au niveau national qu'à l'échelle internationale — sa dimension inéluctablement axiologique (voir *supra*). Ce sont ces principes qui révèlent les valeurs inspirant l'ordre juridique tout entier et qui, en dernière analyse, constituent ses fondements mêmes. Ces principes fondamentaux se sont précisés à mesure que le droit émergeait et se consolidait dans tous ses domaines. Le droit international de l'environnement en est une bonne illustration.

210. Pouvons-nous, par exemple, concevoir le droit international de l'environnement sans les principes de prévention, de précaution et du développement durable, auxquels s'ajoute celui de l'équité intergénérationnelle, qui s'inscrit nécessairement dans le long terme? Absolument pas, selon moi. Pouvons-nous envisager le droit international des droits de l'homme sans garder à l'esprit les principes de l'humanité, de la dignité de la personne humaine et du caractère inaliénable, universel et indivisible des droits de l'homme? Certainement pas. Pouvons-nous concevoir le droit international humanitaire sans les principes de l'humanité, de la proportionnalité ou de la distinction¹⁸⁸? Assurément pas. Pouvons-nous appréhender le droit international des réfugiés sans tenir dûment compte des principes du non-refoulement et de l'humanité? Absolument pas.

211. Pouvons-nous envisager le droit pénal international sans le prin-

¹⁸⁸ Entre les combattants et la population civile — principe qui limite le choix des méthodes ou moyens de combat. En droit international humanitaire, par exemple, les conventions de Genève de 1949 et leurs protocoles de 1977, essentiellement axés sur les victimes, reposent avant tout sur le principe cardinal de l'humanité, qui exige le respect de la personne humaine en toutes circonstances et en tous temps.

mind the principles of legality¹⁸⁹, and of presumption of innocence? Certainly not. Can we consider the Law of the Sea without taking note of the principles of peaceful uses (of the sea), of equality of rights (in the high seas), of peaceful settlement of disputes¹⁹⁰, of freedom of navigation and of innocent passage, of sharing of benefits (of deep-sea mining), of protection of the seas for future generations? Not at all. Can we consider the Law of Outer Space without paying regard to the principles of non-appropriation, of peaceful uses and ends, of freedom of access and of scientific research, of sharing of benefits (in space exploration)? Surely not.

212. And the examples multiply, to the same effect, if we move on to other domains. Whenever general principles are overlooked, wrongs or injustices are bound to be committed. In my conception, they conform to an autonomous formal “source” of international law, that no international tribunal can minimize or overlook. Their proper consideration cannot at all be limited to verifying whether they have entered the realm of international law through custom or treaties. They disclose the axiological dimension (*supra*) of the applicable law, besides being indicators of the degree of evolution of the *status conscientiae* of the international community as a whole.

213. If we can detect cultural manifestations in previous uses and customs, or even in ancient legal systems, linking environmental concerns to those practices¹⁹¹, so much the better, as this will reinforce the cause of the applicability of principles in the evolving International Environmental Law of our times, in response to those environmental concerns. I have already referred to four cases in Latin America, decided by the IACtHR, marked by cultural density (cf. *supra*), disclosing the utmost relevance of the preservation of cultural identity (of peoples in their natural *habitat*).

214. But what happens if a new domain of international law emerges in an accelerated way, without apparent traces in support of the corresponding emerging principles in previous cultural manifestations, or uses and customs, or practices, of the kind? This is what happened with the emergence and growth of the domain of Outer Space Law, in an accelerated way, from the 1960s onwards. The search for the identification and formulation of the corresponding principles began promptly, on the occasion. The current and continuing expansion of the scope of interna-

¹⁸⁹ *Nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege.*

¹⁹⁰ And of equidistance and of special circumstances (in delimitation of maritime spaces).

¹⁹¹ E.g., those concerns linked to ancient irrigation practices in distinct regions; cf. *Gabčíkovo-Nagymaros Project case (Hungary/Slovakia)*, *Judgment, I.C.J. Reports 1997*, separate opinion of Judge C. G. Weeramantry, pp. 97-111.

cipe de légalité¹⁸⁹ et la présomption d'innocence? Certainement pas. Pourrions-nous concevoir le droit de la mer sans tenir compte des principes de l'utilisation pacifique (de la mer), de l'égalité des droits (en haute mer), du règlement pacifique des différends¹⁹⁰, de la liberté de navigation et du passage inoffensif, du partage des revenus (de l'exploitation des minéraux marins), ou de la protection des mers pour les générations futures? Absolument pas. Pourrions-nous imaginer le droit relatif à l'espace extra-atmosphérique sans les principes de la non-appropriation, des utilisations et des fins pacifiques, de la liberté d'accès et de la recherche scientifique, ou encore du partage des revenus (de l'exploration spatiale)? Assurément pas.

212. Et les exemples abondent dans le même sens dans d'autres domaines également. Dès lors que les principes généraux sont négligés, abus et injustices sont inévitables. De mon point de vue, ces principes constituent une «source» formelle autonome du droit international qu'aucune juridiction internationale ne peut minimiser ni négliger. On ne saurait, pour en tenir dûment compte, se contenter de vérifier s'ils sont entrés dans le domaine du droit international par l'intermédiaire de la coutume ou des traités. Ces principes révèlent la dimension axiologique (*supra*) du droit applicable, en sus de témoigner du degré d'évolution du *status conscientiae* de la communauté internationale dans son ensemble.

213. Si nous parvenons à déceler, dans des us et coutumes passés, voire dans d'anciens systèmes juridiques, des manifestations culturelles liant des préoccupations environnementales à ces pratiques¹⁹¹, alors tant mieux, car il sera d'autant plus justifié d'appliquer ces principes à notre droit international de l'environnement en évolution constante pour répondre à ces préoccupations environnementales. J'ai déjà évoqué quatre affaires latino-américaines à fort contenu culturel (voir *supra*) tranchées par la Cour interaméricaine des droits de l'homme, qui montraient combien il importait de préserver l'identité culturelle (des peuples au sein de leur habitat naturel).

214. Mais qu'advient-il si un nouveau domaine du droit international fait soudainement son apparition, sans qu'il soit apparemment possible d'asseoir les principes naissant en la matière sur des manifestations culturelles, des us et coutumes ou des pratiques du passé? C'est ce qui s'est produit lorsque le droit relatif à l'espace extra-atmosphérique a vu le jour et s'est très rapidement développé à partir des années 1960. Il a alors vite fallu se mettre en quête des principes correspondants et les formuler. L'expansion actuelle et continue du champ d'application *ratione mate-*

¹⁸⁹ *Nullo crimen sine lege, nulla poena sine lege.*

¹⁹⁰ Et de l'équidistance et des circonstances spéciales (dans le cadre de la délimitation d'espaces maritimes).

¹⁹¹ Des préoccupations qui se retrouvent, par exemple, derrière les anciennes pratiques d'irrigation mises en œuvre dans différentes régions; voir *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1997, opinion individuelle de M. le juge C. G. Weeramantry, p. 97-111.

tional law *ratione materiae* calls definitively for a more careful consideration of legal principles, rather than for their minimization.

215. To recall two further examples, among others, within the United Nations system as a whole, the International Labour Organization [ILO] itself, driven by functional necessity, sought to identify — to guide its operation in the area — the fundamental principles and rights at work, by means of a declaration adopted in June 1998. More recently, in its turn, UNESCO has devoted its endeavours towards the elaboration, and the adoption, of its 2005 Universal Declaration on Bioethics and Human Rights, in particular to the identification and formulation of principles applicable in this new domain. My point is that, initiatives of the kind rightly aim to conform to the *jus necessarium* in the respective domains of legal knowledge.

216. General principles of law have in fact been in constant review in the law of the United Nations. The ICJ, being “the principal judicial organ of the United Nations” (Article 92 of the Charter of the United Nations), should, in my view, devote more attention to them in the exercise of its contentious function. In my conception, they orient the interpretation and application of the norms and rules of this legal order, be they customary or conventional, or set forth by resolutions of international organs. General principles of law may further be resorted to in the identification of *opinio juris* itself, taking this latter not strictly as a constitutive element of custom, but, more amply, as an indication of the *status conscientiae* of the members of the international community as a whole.

217. Last but not least, it is not surprising to find that voluntarist-positivists, who have always attempted to minimize the role of general principles of law, have always met the opposition of those who sustain the relevance of those principles, as ensuing from the idea of an objective justice, and guiding the interpretation and application of legal norms and rules. This is the position that I sustain. It is the *principles* of the international legal system that can best ensure the cohesion and integrity of the international legal system as a whole. Those principles are intertwined with the very foundations of international law, pointing the way to the universality of this latter, to the benefit of humankind. Those principles emanate from human conscience, the universal juridical conscience, the ultimate material “source” of all law.

XVI. EPILOGUE

218. The ICJ, in settling peacefully the disputes submitted to it, is perfectly entitled to resort to general principles of law (Article 38 (1) (c) of its Statute), and should do so. If it, furthermore, wishes, in the faithful

riae du droit international exige assurément que l'on prenne plus attentivement en considération les principes généraux, au lieu de les reléguer au second plan.

215. Pour rappeler deux exemples supplémentaires, parmi d'autres, qui concernent le système des Nations Unies d'une manière générale, l'Organisation internationale du Travail (OIT), poussée par des nécessités pratiques, a elle-même entrepris — pour orienter son activité en la matière — de recenser les principes et droits fondamentaux intéressant ses travaux dans une déclaration adoptée en juin 1998. Plus récemment, l'Unesco s'est elle aussi mise à élaborer sa déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme, qu'elle a adoptée en 2005, et dans laquelle elle s'efforce en particulier d'identifier et d'énoncer les principes applicables dans cette nouvelle discipline. A mes yeux, les initiatives de cette nature visent à juste titre à façonner le *jus necessarium* dans les différents domaines de la connaissance juridique.

216. Les principes généraux de droit sont en fait constamment à l'étude dans le droit des Nations Unies. La Cour, qui est «l'organe judiciaire principal des Nations Unies» (article 92 de la Charte des Nations Unies), devrait selon moi leur prêter une attention plus grande dans l'exercice de sa fonction contentieuse. De mon point de vue, ces principes orientent l'interprétation et l'application des normes et des règles de notre ordre juridique, qu'elles soient coutumières, conventionnelles ou énoncées dans les résolutions des organisations internationales. Les principes généraux de droit peuvent également être utilisés pour déterminer l'*opinio juris* elle-même, en prenant cette dernière non pas au sens strict, comme un élément constitutif de la coutume, mais, plus généralement, comme une indication du *status conscientiae* des membres de la communauté internationale dans son ensemble.

217. Enfin, et ce n'est pas le moins important, il n'est guère étonnant que les partisans de l'approche volontaro-positiviste, qui ont toujours tenté de minimiser le rôle des principes généraux de droit, se soient toujours heurtés à ceux qui les défendent, en tant qu'ils découlent de l'idée d'une justice objective et guident l'interprétation et l'application des normes et des règles juridiques. Je suis de ceux-là. Ce sont les *principes* qui sont les mieux à même d'assurer la cohésion et l'intégrité du système juridique international dans son ensemble. Ils sont étroitement liés aux fondations mêmes du droit international, dont ils laissent présager la vocation universelle, au bénéfice de l'humanité. Ces principes émanent de la conscience humaine, de la conscience juridique universelle, «source» matérielle ultime de tout droit.

XVI. ÉPILOGUE

218. La Cour, dans le cadre du règlement pacifique des différends portés devant elle, est parfaitement habilitée à invoquer les principes généraux de droit (alinéa *c*) du paragraphe 1 de l'article 38 de son Statut) et

exercise of its functions, to not only settle the disputes brought into its cognizance but concomitantly to foster the progressive development of international law — as in my view it should — it will have to devote greater attention to those general principles, encompassing, as they surely do, the principles of international law as a whole, and the principles proper to particular domains of international law.

219. In my own conception, there is epistemologically no reason at all to take account of, and consider, legal principles only if, and when, subsumed under customary or conventional international law. The inclination, noticeable in most contemporary expert writing to do so, is, in my view, conceptually flawed. General principles of law constitute an autonomous formal “source” of international law, and orient the evolution of customary and conventional international law. Contemporary International Environmental Law bears witness of that. In addressing this matter, the intellectual poverty of the tendency, of a great part of contemporary international legal doctrine, to privilege legal techniques to the detriment of legal principles, should not be embraced by this Court. Quite on the contrary, it should be discarded by it, giving pride of place to legal principles, *comme il faut*.

220. In sum, the applicable law in the present case of the *Pulp Mills*, is, in my understanding, not only the 1975 Statute of the River Uruguay, but the Statute *together with* the relevant general principles of law, encompassing the principles of International Environmental Law. These latter are, notably, the principles of prevention, of precaution, and of sustainable development with its temporal dimension, together with the long-term temporal dimension underlying inter-generational equity. The Hague Court, also known as the World Court, is not simply the International Court of Law, it is the International Court of *Justice*, and, as such, it cannot overlook *principles*.

(Signed) Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE.

elle devrait le faire ; si, de plus, exerçant scrupuleusement les fonctions qui sont les siennes, elle veut non seulement régler les différends dont elle est saisie mais aussi favoriser, ce faisant, le développement progressif du droit international — comme elle le devrait à mes yeux —, elle devra faire bien plus grand cas de ces principes généraux, qui englobent sans nul doute les principes du droit international dans son ensemble, et les principes propres à des domaines particuliers de celui-ci.

219. Je ne vois absolument aucune raison, du point de vue épistémologique, de ne prendre en compte et de n'examiner des principes juridiques que si, et quand, ils relèvent du droit international coutumier ou conventionnel. La propension à agir ainsi, perceptible chez la plupart des auteurs contemporains, me semble relever d'un vice conceptuel. Les principes généraux de droit constituent une «source» formelle autonome du droit international, et ils orientent l'évolution du droit international coutumier et conventionnel. Le droit international moderne de l'environnement en témoigne. En la matière, la Cour ne devrait pas embrasser la tendance intellectuellement insatisfaisante d'une grande partie de la doctrine contemporaine qui consiste à privilégier les techniques juridiques au détriment des principes de droit. Elle devrait au contraire la rejeter, en faisant comme il faut la part belle aux principes juridiques.

220. Pour résumer, dans la présente affaire des *Usines de pâte à papier*, le droit applicable ne se limite pas au statut du fleuve Uruguay de 1975, mais comprend ce statut *ainsi que* les principes généraux de droit pertinents, y compris les principes du droit international de l'environnement. Ces derniers sont, entre autres, les principes de prévention, de précaution et du développement durable dans sa dimension temporelle, ainsi que celui de l'équité intergénérationnelle, qui s'inscrit nécessairement dans le long terme. La présente Cour, connue également comme la Cour mondiale, n'est pas une simple cour internationale chargée de dire le droit, c'est la Cour internationale de *Justice* et, en tant que telle, elle ne peut faire abstraction des *principes*.

(Signé) Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE.
