

## OPINION DISSIDENTE DE M. SCHWEBEL

[Traduction]

## TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
RÉSUMÉ	
I. INTRODUCTION	1-2
II. QUESTIONS DE COMPÉTENCE	
A. Les questions juridictionnelles	3
B. Le Nicaragua a-t-il qualité pour agir en vertu de la clause facultative ?	
1. Principaux arguments sur lesquels le Nicaragua fonde sa qualité pour agir	4
2. Principaux arguments par lesquels les Etats-Unis contestent la qualité pour agir du Nicaragua	5
3. Un Etat ne pouvait pas adhérer à la disposition facultative du Statut de la Cour permanente de Justice internationale sans être partie audit Statut	6-7
4. Le Nicaragua, n'étant jamais devenu partie au protocole de signature de la Cour permanente ni à son Statut, n'a jamais été partie à la disposition facultative	8-13
5. L'effet de l'article 36, paragraphe 5, du Statut de la Cour sur une déclaration qui n'avait pas caractère obligatoire dans le cadre du Statut de la Cour permanente	14-17
6. Les intentions des rédacteurs de l'article 36, paragraphe 5	18-24
7. L'interprétation de l'article 36, paragraphe 5, donnée par les Etats-Unis lors de la ratification du Statut et de l'adoption de leur déclaration sur la base de l'article 36, paragraphe 2	25
8. L'interprétation donnée par la Cour de l'article 36, paragraphe 5	26-40
9. Les indications des <i>Annuaire</i> s de la Cour	41-47
10. Les indications des <i>Rapports</i> de la Cour à l'Assemblée générale	48-52
11. La conduite des Parties	53-61
12. Conclusion	62
C. La Cour a-t-elle compétence à l'égard des Etats-Unis ?	
1. La juridiction en vertu de la clause facultative	63
i) La réserve Connally	64-66
ii) La réserve relative aux traités multilatéraux (réserve Vandenberg)	67-90
iii) La « notification de 1984 » des Etats-Unis	91-116
2. La compétence en vertu du traité d'amitié, de commerce et de navigation	117-129

## RÉSUMÉ

*Qualité pour agir du Nicaragua*

Le Nicaragua n'a pas qualité pour invoquer la clause facultative, non seulement parce qu'il n'a jamais déposé de déclaration en application de l'article 36, paragraphe 2, du Statut de la Cour actuelle, mais aussi parce qu'il n'est jamais devenu partie au Statut de la Cour permanente de Justice internationale au sens de l'article 36, paragraphe 5, du Statut de la Cour. Le protocole de signature du Statut de la Cour permanente de Justice internationale devait être ratifié, et un instrument de ratification devait être déposé auprès du Secrétaire général de la Société des Nations. Nul dépôt de ce genre n'a été fait. Aussi, le Secrétariat de la Société des Nations et le Greffe de la Cour permanente considéraient-ils le Nicaragua comme n'étant jamais devenu partie au protocole, ni à la disposition facultative qui en faisait partie intégrante, ni au Statut de la Cour (par. 3-13).

Les rédacteurs du Statut de la Cour permanente de Justice entendaient, par l'article 36, paragraphe 5, faire en sorte que les déclarations faites en application de l'article 36 du Statut de la Cour permanente « pour une durée qui [n'était] pas encore expirée » soient considérées comme comportant acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour actuelle. Les travaux préparatoires montrent que l'expression « faites pour une durée qui n'est pas encore expirée » désigne les déclarations en vertu desquelles les Etats étaient liés par la juridiction obligatoire de la Cour permanente et qui étaient encore en vigueur. Le but recherché était de préserver l'effet des déclarations existantes, et non pas de donner effet pour la première fois à des déclarations qui, comme celle du Nicaragua, n'étaient jamais entrées en vigueur. Cette intention est exprimée aussi précisément par le texte français que par le texte anglais de l'article 36, paragraphe 5. La délégation française à la conférence de San Francisco, en proposant un amendement de forme au texte initial, n'avait apparemment pas en vue les intérêts du Nicaragua, mais ceux de la France, et entendait préciser que les déclarations qui, comme celle de la France, étaient arrivées à expiration ne tombaient pas sous le coup des dispositions de l'article 36, paragraphe 5. La déclaration du Nicaragua n'avait pas été faite pour une durée qui n'était pas encore expirée, puisque cette durée n'avait jamais commencé à courir (par. 14-24).

Les quatre affaires à l'occasion desquelles la Cour a déjà eu à interpréter l'article 36, paragraphe 5, montrent que la Cour a toujours considéré que cette disposition vise uniquement les déclarations qui avaient force obligatoire dans le cadre du Statut de la Cour permanente de Justice internationale (par. 26-40). Le fait que le Nicaragua est cité dans les *Annuaire*s de la Cour actuelle parmi les Etats liés par la clause facultative n'est pas

décisif, surtout s'il est tenu compte de ce que ces listes sont assorties d'une note de bas de page indiquant que le Nicaragua n'a pas déposé son instrument de ratification auprès de la Société des Nations – autrement dit, qu'il n'a pas rempli une condition nécessaire pour entrer dans le champ d'application de l'article 36, paragraphe 5. Les indications qui figurent dans les rapports de la Cour à l'Assemblée générale et dans d'autres publications ne mènent pas à une conclusion différente (par. 41-52).

La conduite du Nicaragua, des autres Etats, de la Cour, de son Greffe et du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies n'établit ni ne confirme que le Nicaragua soit lié par la clause facultative. Avant la présente instance, le Nicaragua n'avait jamais déclaré expressément qu'il s'estimait lié. Il a éludé une occasion évidente de le faire quand le Honduras a soutenu cette thèse dans l'affaire de la *Sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne le 23 décembre 1906*, donnant plutôt à penser aux Etats-Unis et au Honduras qu'il ne se considérait pas comme lié par la clause facultative. Le Nicaragua n'a jamais contesté ni commenté d'autre façon les notes de bas de page ajoutées aux indications de l'*Annuaire*. Dans l'ensemble, sa conduite, comme celle des autres parties intéressées, n'est pas compatible avec la thèse qu'il soutient aujourd'hui et elle ne la confirme pas (par. 53-61).

#### *La compétence à l'égard des Etats-Unis*

Il y aurait lieu de s'interroger sur la validité de l'acceptation par les Etats-Unis, en 1946, de la juridiction obligatoire de la Cour conformément à la clause facultative, compte tenu de la réserve discrétionnaire, dite « réserve Connally », dont elle est assortie. Mais ce motif n'a pas à être considéré, puisque les Etats-Unis ne l'invoquent pas (par. 64-66).

La réserve Vandenberg, relative aux traités multilatéraux, exclut la compétence de la Cour à l'égard des Etats-Unis dans les instances où est invoqué un traité multilatéral et où toutes les parties au traité que la décision concerne ne sont pas également parties à l'affaire. Il ressort des écritures du Nicaragua que la décision de la Cour en l'espèce concernera nécessairement le Honduras, le Costa Rica et El Salvador. Or ces Etats ne sont pas parties à l'instance. La Cour élude l'application de cette réserve par le biais de considérations contraires à toute interprétation raisonnable de ses termes et de son objet. Il n'est pas certain cependant que toutes les demandes nicaraguayennes seraient exclues par l'application de la réserve Vandenberg, car le Nicaragua invoque le droit international coutumier, qui ne coïncide pas sur tous les chefs avec les termes des traités auxquels il fait appel (par. 67-90).

Bien qu'écartant la réserve Vandenberg, la Cour applique une autre disposition de la déclaration des Etats-Unis, à savoir celle qui prévoit un préavis de six mois pour y mettre fin. La Cour pourrait mieux justifier cette décision si elle acceptait également la réserve Vandenberg ainsi que d'autres éléments de la déclaration des Etats-Unis.

On pourrait fort bien soutenir que, vu la pratique des Etats concernant la

clause facultative, tout Etat déclarant a la faculté de dénoncer ou de modifier sa déclaration à tout moment, avec effet immédiat. Mais, même si l'on n'accepte pas cette idée, et si l'on considère que les Etats-Unis sont obligés de respecter leur clause de préavis de six mois, il ne s'ensuit pas que leur notification d'avril 1984 visant à modifier leur déclaration soit sans effet à l'égard du Nicaragua. Cette notification est peut-être inopérante *erga omnes*. Mais, étant donné que le Nicaragua peut, aux termes de sa déclaration sans condition de 1929, dénoncer (ou modifier) cette déclaration à tout moment et avec effet immédiat, les Etats-Unis, à titre de réciprocité, pouvaient dénoncer (ou modifier) leur déclaration avec effet immédiat. La jurisprudence de la Cour en matière de réciprocité milite en faveur de cette conception, de même que les cas antérieurs de dénonciation de l'acceptation de la juridiction de la Cour. En outre, le cas de l'Indonésie démontre que l'Organisation des Nations Unies et la Cour ont accepté le retrait de l'Indonésie de l'Organisation et du Statut moyennant un préavis de vingt-quatre heures, ce qui indique que de tels retraits des déclarations faites aux termes du Statut sont admissibles (par. 91-116).

Enfin, la Cour n'a pas compétence à l'égard des Etats-Unis pour ce qui est des demandes — relatives à de prétendus actes d'agression et d'intervention commis par les Etats-Unis — que le Nicaragua, dans sa requête, formule sur la base du traité bilatéral d'amitié, de commerce et de navigation conclu entre les Parties. Ce traité est un instrument de caractère purement commercial, dont les dispositions sont sans rapport avec l'emploi ou l'abus de la force dans les relations internationales. De plus, le Nicaragua n'a pas respecté les conditions de procédure prévues dans ledit traité pour invoquer la compétence de la Cour (par. 117-134).

## I. INTRODUCTION

1. La requête en la présente espèce est sans précédent dans l'histoire de la Cour internationale de Justice et de la Cour permanente de Justice internationale. Elle est sans précédent par son objet, car il n'était encore jamais arrivé qu'un Etat demandât à la Cour de dire et juger qu'un autre Etat avait le devoir de mettre fin et de renoncer immédiatement à toute utilisation de la force contre lui. C'est également une innovation sur le plan de la procédure — non pas évidemment parce que les Etats-Unis, Etat défendeur, déclinent la compétence de la Cour, car c'est là la réaction normale d'Etats contre lesquels une instance est engagée, mais parce que la qualité du Nicaragua, Etat demandeur, pour tenter une instance en invoquant la juridiction obligatoire de la Cour en application de la clause facultative, est en cause ; parce que les Etats-Unis affirment avoir, avant le dépôt de la requête nicaraguayenne, modifié la portée de leur acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour conformément à la clause facultative, qu'invoque le Nicaragua, en vue d'exclure la catégorie même dans laquelle rentre l'espèce présente ; et parce que les Etats-Unis invoquent en

outre une réserve à leur acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour d'un genre sur lequel celle-ci n'a pas eu jusqu'ici l'occasion de statuer. La Cour avait donc à considérer de multiples exceptions préliminaires à sa compétence et à la recevabilité de l'instance, dont elle n'avait jamais eu à connaître au cours de son histoire longue et complexe en fait de différends juridictionnels. Aussi, la réaction de la Cour devant ces exceptions est-elle d'une signification exceptionnelle, non seulement à cause de l'importance de l'espèce elle-même, mais aussi parce que les questions de compétence et de recevabilité que l'affaire soulève auront de profondes répercussions sur la nature et la portée de la juridiction de la Cour, ainsi que sur sa qualité d'organe judiciaire principal de l'Organisation des Nations Unies.

2. Je suis au regret de devoir me dissocier de l'arrêt de la Cour, que j'estime erroné sur les principales questions de compétence que pose la présente affaire. Ma conclusion étant que la Cour n'a pas compétence pour juger de l'affaire au fond, je n'ai pas jugé nécessaire d'exposer mes vues sur les questions de recevabilité, dont une ou plusieurs — qui ne présentent pas « dans les circonstances de l'espèce un caractère exclusivement préliminaire » — pour reprendre les termes de l'article 79, paragraphe 7, du Règlement de la Cour — pourraient d'ailleurs se poser lors de la procédure sur le fond. Cependant, l'arrêt de la Cour exigeait un vote distinct sur la recevabilité de la requête. Or, bien que n'acceptant pas toutes les conclusions de la Cour sur ce sujet, je n'estime pas convaincants au stade actuel les arguments des Etats-Unis sur l'irrecevabilité de l'instance. C'est pourquoi je me suis joint à la Cour en votant en faveur de la recevabilité de la requête, par quoi j'entends que, si la Cour était compétente — ce qu'à mon avis elle n'est pas — l'instance paraîtrait actuellement recevable. Cette conclusion ne préjuge pas néanmoins ma position sur les questions de recevabilité qui pourront se poser lors de la procédure sur le fond.

## II. QUESTIONS DE COMPÉTENCE

### *A. Les questions juridictionnelles*

3. Les questions juridictionnelles qui se posent en l'espèce sont, premièrement, de savoir si le Nicaragua a qualité pour déposer une requête fondée sur le fait qu'il aurait accepté la juridiction obligatoire de la Cour en application de l'article 36 du Statut, par quoi le Nicaragua entend, comme il l'a précisé, en application du paragraphe 5 de cet article ; deuxièmement, à supposer que le Nicaragua ait qualité pour agir, de savoir si les termes de l'acceptation par les Etats-Unis de la juridiction obligatoire de la Cour au titre de la clause facultative, telle que cette acceptation était en vigueur à la date du dépôt de la requête nicaraguayenne, donnait compétence à la Cour à l'égard des parties et des demandes formulées ; et, troisièmement, de savoir si, en tout état de cause, la Cour a compétence pour connaître de tout ou partie des demandes du Nicaragua du fait que ce pays et les Etats-Unis sont parties au traité bilatéral d'amitié, de commerce et de navigation de

1956, qui prévoit que les différends quant à son interprétation ou à son application qui ne pourraient pas être réglés d'une manière satisfaisante par la voie diplomatique seront portés devant la Cour. Chacune de ces trois grandes questions soulève divers problèmes, qui seront énoncés et examinés tour à tour.

*B. Le Nicaragua a-t-il qualité pour agir en vertu de la clause facultative ?*

*1. Principaux arguments sur lesquels le Nicaragua fonde sa qualité pour agir*

4. Dans sa requête, le Nicaragua renvoie aux déclarations par lesquelles lui-même et les États-Unis « ont accepté la juridiction de la Cour dans les conditions prévues à l'article 36 du Statut de la Cour internationale de Justice... » (introduction), après quoi il se contente d'ajouter : « les États-Unis et le Nicaragua ont accepté la juridiction obligatoire de la Cour en vertu de l'article 36 de son Statut » (par. 13). Alors cependant que les États-Unis ont déposé le 14 août 1946 une déclaration en application de l'article 36, paragraphe 2, du Statut, qu'eux-mêmes (et le Nicaragua) considèrent comme valide et généralement en vigueur, le Nicaragua, pour sa part, n'a jamais déposé de déclaration sur la base de la même disposition. Il s'appuie sur une déclaration déposée auprès du Secrétaire général de la Société des Nations le 24 septembre 1929, par laquelle il acceptait inconditionnellement et sans limite de durée la compétence de la Cour permanente de Justice internationale, ainsi que sur le jeu de l'article 36, paragraphe 5, du Statut, dont le texte est le suivant :

« Les déclarations faites en application de l'article 36 du Statut de la Cour permanente de Justice internationale pour une durée qui n'est pas encore expirée seront considérées, dans les rapports entre parties au présent Statut, comme comportant acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour internationale de Justice pour la durée restant à courir d'après ces déclarations et conformément à leurs termes. »

Dans son mémoire, le Nicaragua résume en ces termes les raisons pour lesquelles il invoque ces instruments :

« 11. Le Nicaragua satisfait aux conditions de cet article. Ayant ratifié la Charte des Nations Unies le 6 septembre 1945, il est devenu Membre originaire des Nations Unies le 24 octobre 1945, date d'entrée en vigueur de la Charte. En vertu de l'article 93, paragraphe 1, de la Charte, il est devenu automatiquement partie au Statut de la Cour à la même date. A cette date, sa déclaration du 24 septembre 1929, acceptant sans condition la juridiction obligatoire de la Cour permanente, était en vigueur. Etant de durée illimitée, elle n'était pas expirée. En conséquence, lors de l'entrée en vigueur de la Charte et du Statut, cette déclaration était, aux termes de l'article 36, paragraphe 5,

« considérée, dans les rapports entre parties au présent Statut, comme comportant acceptation de la juridiction obligatoire » de la Cour.

12. Cette conséquence résulte du libellé de l'article 36, paragraphe 5, et de son objet, qui était de préserver au maximum la juridiction effective et potentielle de la Cour permanente en faveur de la Cour internationale de Justice qui venait d'être créée. Cette interprétation est confirmée par la jurisprudence et la pratique de la Cour, par la pratique ininterrompue des Parties à la présente instance et des autres Etats depuis plus de trente ans, et par l'opinion pratiquement unanime des plus éminents publicistes. »

2. *Principaux arguments par lesquels les Etats-Unis contestent la qualité pour agir du Nicaragua*

5. Les Etats-Unis affirment que le Nicaragua n'a pas qualité pour faire valoir ses demandes, parce qu'il n'a pas accepté la juridiction de la Cour en vertu de la clause facultative. Il ne l'a pas acceptée conformément à l'article 36, paragraphe 2 ; et il ne l'a pas acceptée non plus par le jeu de l'article 36, paragraphe 5, attendu que la déclaration du 24 septembre 1929 par laquelle il reconnaissait la juridiction de la Cour permanente n'est jamais entrée en vigueur, le Nicaragua n'ayant pas déposé d'instrument de ratification du protocole de signature du Statut de ladite Cour. Ce dépôt était une condition nécessaire de l'entrée en vigueur de la déclaration. La déclaration n'ayant jamais pris effet — comme en ont officiellement témoigné le Greffe de la Cour permanente et le Secrétariat de la Société des Nations —, elle n'a jamais (contrairement à ce qui est dit dans le mémoire du Nicaragua, par. 11) été « en vigueur », et si « elle n'était pas expirée », c'est seulement faute d'avoir jamais pris effet. Une déclaration jamais entrée en vigueur ne saurait être « considérée » comme comportant acceptation de la juridiction obligatoire de la présente Cour « pour la durée restant à courir », car, comme la déclaration nicaraguayenne n'avait jamais commencé à courir, il ne lui restait aucune durée à courir. Les Etats-Unis soutiennent que le Nicaragua n'a jamais accepté « ni voulu accepter » d'obligation en vertu du protocole de signature de la Cour permanente. « Ni l'adhésion du Nicaragua à la Charte ni son comportement ultérieur ne peuvent valoir souscription aux conditions que met le Statut de la Cour actuelle à l'acceptation de la juridiction obligatoire. » (Contre-mémoire, par. 31.)

3. *Un Etat ne pouvait pas adhérer à la disposition facultative du Statut de la Cour permanente de Justice internationale sans être partie audit Statut*

6. Le 13 décembre 1920, l'Assemblée de la Société des Nations déclara par une résolution unanime qu'elle approuvait le projet de Statut de la Cour permanente de Justice « pour adoption sous forme de protocole

dûment ratifié... » (*C.P.J.I. série D n° 1*, p. 7). Le 16 novembre 1920, les Membres de la Société des Nations signèrent un protocole de signature par lequel ils déclaraient « reconnaître le Statut ci-joint » de la Cour. Ce protocole contenait les dispositions suivantes :

« Le présent protocole ... sera ratifié. Chaque Puissance adressera sa ratification au Secrétaire général de la Société des Nations, par les soins duquel il en sera donné avis à toutes les autres Puissances signataires. Les ratifications resteront déposées dans les archives du Secrétariat de la Société des Nations. » (*Ibid.*, p. 7. Les italiques sont de moi.)

Le protocole de signature comprenait deux parties. La section A contenait le texte du protocole lui-même qui vient d'être cité en partie. La section B était ainsi libellée :

« B. DISPOSITION FACULTATIVE

Les soussignés, dûment autorisés, déclarent en outre, au nom de leur gouvernement, reconnaître dès à présent comme obligatoire, de plein droit et sans convention spéciale, la juridiction de la Cour conformément à l'article 36, paragraphe 2, du Statut de la Cour et dans les termes suivants. » (*Ibid.*, p. 8.)

Puis venait le texte du Statut (*ibid.*, p. 13 et suiv.).

7. Ainsi le protocole de signature comprenait, dans un instrument unique, le protocole lui-même et le texte de la déclaration par laquelle les Etats pouvaient accepter la disposition facultative. Quand un Etat signait une déclaration d'adhésion à la disposition facultative, il signait donc une des sections du protocole de signature, mais cette déclaration ne prenait pas effet — elle n'obligeait pas l'Etat signataire à accepter la juridiction obligatoire de la Cour en application de la disposition facultative — tant que cet Etat n'avait pas ratifié le protocole de signature, dont la déclaration faisait partie. L'article 36, paragraphe 2, du Statut lui-même prévoyait que les Etats pouvaient faire une déclaration d'acceptation de la disposition facultative « soit lors de la signature ou de la ratification du protocole auquel le présent acte est joint, soit ultérieurement... » Mais il a été admis pendant toute la durée de la Cour permanente qu'un Etat ne pouvait pas devenir partie au Statut à moins de devenir partie au protocole, et qu'il ne pouvait pas adhérer à la disposition facultative, qui faisait partie du protocole, à moins de devenir partie à celui-ci. Ces conclusions ont été confirmées officiellement et plus d'une fois par le conseiller juridique de la Société des Nations dans ses communications à divers Etats — notamment avec mention expresse du Nicaragua (voir le contre-mémoire des Etats-Unis, annexes 4, 6, 12 et 23). Comme le disait Manley O. Hudson dans *The Permanent Court of International Justice* (1934), page 338 :

« Il est clair que la « disposition facultative » n'a aucune base indépendante. Ce n'est qu'une modalité pour la déclaration que l'article 36 autorise à faire au moment de signer ou de ratifier le protocole

de signature ou à une date ultérieure. Elle est entièrement subordonnée au protocole de signature ; un Etat ne peut devenir partie à la disposition facultative que s'il est devenu ou devient également partie au protocole de signature, et un Etat qui n'est pas effectivement partie à ce dernier ne fait pas de déclaration ayant force obligatoire en se bornant à signer la « disposition facultative », même sans conditions. »

4. *Le Nicaragua, n'étant jamais devenu partie au protocole de signature de la Cour permanente ni à son Statut, n'a jamais été partie à la disposition facultative*

8. Le 24 septembre 1929, le représentant officiel du Nicaragua fit une déclaration en vertu de la disposition facultative, qui était libellée en ces termes :

« Au nom de la République du Nicaragua, je déclare reconnaître comme obligatoire et sans condition la juridiction de la Cour permanente de Justice internationale. » (*C.I.J. Annuaire 1982-1983*, p. 78.)

A cette date, le Nicaragua, n'ayant ni ratifié le protocole de signature du Statut de la Cour ni déposé son instrument de ratification, n'était partie ni au Statut ni à la clause facultative. Par un télégramme daté du 29 novembre 1939, le Nicaragua avisa le Secrétariat de la Société des Nations qu'il avait ratifié le protocole de signature et que l'instrument de ratification devait suivre. En fait, il semble que cet instrument ne fut jamais envoyé, et il n'a en tout cas jamais été reçu par la Société des Nations.

9. Au cours des audiences sur les mesures conservatoires, le Nicaragua s'est efforcé de donner l'impression qu'il avait ratifié le protocole et qu'il avait envoyé, ou pouvait avoir envoyé, son instrument de ratification, en faisant valoir que, comme le dit l'ordonnance de la Cour du 10 mai 1984 au paragraphe 19 : « Il y a des raisons parfaitement évidentes qui expliquent que cette ratification ne soit peut-être pas parvenue à Genève à l'époque. » Au cours des plaidoiries dans la phase actuelle de la procédure, l'agent du Nicaragua a déclaré que l'instrument de ratification, à supposer qu'il eût été envoyé, s'était peut-être perdu en mer pendant la seconde guerre mondiale (audience du 8 octobre 1984). Dans son mémoire, le Nicaragua reconnaît n'avoir jamais déposé d'instrument de ratification du protocole de signature (voir, par exemple, par. 44 : « Cette note montre qu'on n'ignorait pas que le Nicaragua n'avait pas déposé son instrument de ratification du protocole de signature de la Cour permanente », ainsi que l'annexe 1 au mémoire, où il est dit que les recherches n'ont pas « révélé à ce jour de document » attestant que l'instrument de ratification « ait été transmis à Genève »). De plus, le Nicaragua fut officiellement et expressément avisé par une lettre du conseiller juridique par intérim de la Société des Nations datée du 16 septembre 1942 que la Société n'avait jamais reçu

l'instrument de ratification du protocole de signature, « dont le dépôt est nécessaire pour faire naître effectivement l'obligation. Peut-être cet instrument s'est-il perdu en cours de route ? » (Archives de la Société des Nations, dossier n° 3C/17664/1589, reproduit dans le contre-mémoire des Etats-Unis, annexe 26.)

10. C'est ainsi que le dernier annuaire de la Cour permanente publié avant la seconde guerre mondiale – le *Quinzième Rapport annuel (15 juin 1938-15 juin 1939)* –, consignant les faits relatifs à la « Disposition facultative annexée au Statut de la Cour » (p. 31), comprenait une liste de cinquante-trois « Etats qui avaient souscrit à la disposition facultative » (p. 39) ; le Nicaragua figurait sur cette liste. Ce rapport comprenait également une liste intitulée : « Avaient souscrit ... mais sans que le protocole de signature du Statut ait été ratifié » (*ibid.*, p. 33) ; le Nicaragua est l'un des trois Etats énumérés dans cette liste. Le rapport comprenait enfin une liste des trente-neuf « Etats liés » au 15 juin 1939 (*ibid.*) ; le Nicaragua ne figurait pas sur cette liste. C'est cet annuaire que les délégués à la conférence de San Francisco sur l'organisation internationale pouvaient consulter quand ils modifièrent et adoptèrent le Statut de la Cour permanente pour en faire le Statut de la Cour internationale de Justice. Le *Seizième Rapport (15 juin 1939-31 décembre 1945)*, publié après la conférence de San Francisco, contient des indications analogues, concernant le « protocole spécial joint au « protocole de signature du Statut » ..., intitulé « disposition facultative ». On y trouve la liste des Etats ayant souscrit à la clause facultative « mais sans que le protocole de signature du Statut ait été ratifié », et le Nicaragua figure sur cette liste (p. 43). On y trouve aussi une liste des « Etats liés » par la disposition facultative, où le Nicaragua ne figure pas (*ibid.*). Toutefois, une note de bas de page concernant le Nicaragua renvoie à la page 323, où l'on trouve l'indication suivante :

« 3. PROTOCOLE DE SIGNATURE DU STATUT DE LA COUR

Genève, 16 décembre 1920

Suivant un télégramme en date du 29 novembre 1939, adressé à la Société des Nations, le Nicaragua a ratifié le protocole, l'instrument de ratification devant suivre. Le dépôt de celui-ci n'a cependant pas encore eu lieu. »

11. La publication de ces diverses rubriques dans le même annuaire conduit à une seule conclusion, qui est dictée par le droit des traités et par les dispositions du protocole, et dont le Nicaragua avait été officiellement informé : l'envoi d'un télégramme annonçant la ratification du protocole, sans que l'instrument du protocole fût déposé auprès du Secrétaire général de la Société des Nations, ne faisait pas du Nicaragua un Etat partie au protocole, ni au Statut, ni à la clause facultative. Il est incontestable que, selon l'interprétation constante du Greffe de la Cour et du Secrétariat de la Société des Nations, dépositaire obligatoire des signatures du protocole, le Nicaragua n'est jamais devenu partie à celui-ci ; ni, par conséquent, au Statut ; ni, par conséquent, à la clause facultative du Statut – et que le

Nicaragua n'a donc jamais été, pour employer le terme formel officiellement utilisé, « lié » par le Statut ni par la clause facultative.

12. Cette conclusion est conforme à la jurisprudence de la Cour. Dans l'affaire de la *Juridiction territoriale de la Commission internationale de l'Oder*, C.P.J.I. série A n° 23, la question s'étant posée de l'effet à donner à la convention de Barcelone du 20 avril 1921 sur le régime des voies navigables d'intérêt international, la Cour a fait observer que cette convention contenait des dispositions

« qui ne diffèrent en rien des clauses généralement insérées dans les conventions internationales de ce genre et qui font clairement dépendre de la ratification l'entrée en vigueur de la convention à l'égard de chacune des parties » (p. 21).

On voit donc que, concernant une convention qui, exactement comme le protocole de signature de la Cour, disposait qu'elle était « sujette à ratification » et que les instruments de ratification « seront transmis au Secrétaire général de la Société des Nations, qui en notifiera la réception » aux autres signataires, la Cour a considéré qu'une convention non ratifiée par un Etat n'était pas entrée « en vigueur » pour cet Etat. Analysant cette affaire parmi d'autres, Hans Blix concluait que

« ce que les tribunaux ont établi avec une clarté de plus en plus évidente, c'est tout simplement qu'en droit la procédure de ratification n'est pas une formalité de pure cérémonie, mais un acte par lequel l'Etat se déclare lié par un traité » (« The Requirement of Ratification », *British Year Book of International Law*, 1953 (1954), p. 370).

Comme le dit cet auteur,

« il ne fait aucun doute que, si un accord international prévoit expressément qu'il entre en vigueur après signature ou ratification ou de toute autre manière, la procédure prévue doit être respectée » (*ibid.*, p. 352).

La raison en est la suivante : « Les parties aux pactes internationaux doivent savoir à quel moment elles deviennent irrévocablement liées par ces instruments. » (*Ibid.*, p. 356.) Et le fait que le droit international contemporain en la matière est bien ce que la Cour a dit dans l'affaire de la *Juridiction territoriale de la Commission internationale de l'Oder* est démontré par les termes de l'article 14 de la convention de Vienne sur le droit des traités, qui dispose :

« 1. Le consentement d'un Etat à être lié par un traité s'exprime par la ratification :

a) lorsque le traité prévoit que ce consentement s'exprime par la ratification... »

L'article 16 de la convention de Vienne prévoit en outre que les instruments de ratification

« établissent le consentement d'un Etat à être lié par un traité au moment :

- a) de leur échange entre les Etats contractants ;
- b) de leur dépôt auprès du dépositaire ; ou
- c) de leur notification aux Etats contractants ou au dépositaire, s'il en est ainsi convenu ».

Or, dans la présente affaire, il n'a de toute évidence jamais été admis qu'une simple notification émanant du Nicaragua serait suffisante. Au contraire, le dépôt de l'instrument de ratification, exigé par le protocole de signature, a été réclamé par le dépositaire, qui, à défaut de dépôt de l'instrument, a avisé le Nicaragua qu'il n'était pas lié.

13. Toutefois, s'il est certain – et le Nicaragua lui-même ne prétend pas le contraire – que le Nicaragua n'a jamais été lié par la juridiction obligatoire de la Cour permanente en vertu de sa déclaration de 1929 (ce que confirme à plusieurs reprises le présent arrêt de la Cour), le Nicaragua soutient que la question ne s'arrête pas là : bien que silencieux à ce sujet au stade des mesures conservatoires, il affirme maintenant que sa ratification de la Charte des Nations Unies et du Statut de la Cour actuelle, qui lui est jointe en annexe, a suffi à insuffler vie à une déclaration qui, sans cela, était et serait restée sans effet. Dans son ordonnance du 10 mai 1984, la Cour – comme moi-même, dans mon opinion dissidente – se montrait disposée à considérer que cet argument pouvait permettre de fonder sa compétence en l'espèce. Mais, alors que la Cour admet maintenant que cet argument fonde solidement sa compétence, je conclus après une analyse qui avait été rendue impossible par les délais fixés au stade des mesures conservatoires que cet argument est absolument sans valeur. Et je n'accepte pas non plus l'argument connexe selon lequel la conduite de la Cour et de son Greffe, ainsi que de l'Organisation des Nations Unies, du Nicaragua et d'autres Etats, conférerait au Nicaragua la qualité nécessaire pour agir et à la Cour une compétence qui ne découlent pas de l'application de l'article 36, paragraphe 5.

5. *L'effet de l'article 36, paragraphe 5, du Statut de la Cour sur une déclaration qui n'avait pas caractère obligatoire dans le cadre du Statut de la Cour permanente*

14. Le Nicaragua reconnaît que sa déclaration de 1929, immédiatement avant sa ratification de la Charte des Nations Unies, n'avait pas « force obligatoire » (mémoire du Nicaragua, par. 178, al. E). Et la Cour, au paragraphe 26 de son arrêt d'aujourd'hui, conclut que « la déclaration faite par le Nicaragua de 1929 n'avait pas acquis force obligatoire, antérieurement à l'effet éventuel de l'article 36, paragraphe 5, du Statut de la Cour

internationale de Justice ». La question critique est donc celle-ci : nonobstant le fait reconnu que la déclaration nicaraguayenne de 1929 n'avait pas force obligatoire, s'agit-il d'une déclaration qui, selon la lettre et l'esprit de l'article 36, paragraphe 5, du Statut, a été « faite en application de l'article 36 du Statut de la Cour permanente de Justice internationale pour une durée qui n'est pas encore expirée » ?

15. Le Nicaragua soutient que l'article 36, paragraphe 5 :

« ne parle pas des parties au Statut de la Cour permanente, mais des déclarations acceptant la juridiction de celle-ci. Une telle déclaration, faite par un Etat qui n'était pas partie au Statut et qui n'était pas encore expirée conformément à ses termes, était une déclaration en vigueur ... elle « constituait un instrument imparfait mais non pas invalide... » L'effet de l'article 36, paragraphe 5, dans le cas du Nicaragua, a été de faire de sa ratification du Statut de la présente Cour ... l'équivalent d'une ratification de l'ancien Statut, c'est-à-dire un acte parachevant sa déclaration... Telle est la signification des termes « *considérés* ... comme comportant acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour internationale de Justice... » (Mémoire, par. 13 et 14.)

Cette interprétation audacieuse de l'article 36, paragraphe 5, résiste-t-elle à l'analyse ?

16. Tout d'abord, il est indiscutable que, dans l'acception qu'ils ont en droit international, les mots « en vigueur » signifient « être lié » et en sont l'équivalent. Il suffit à cet égard de se reporter aux dispositions des articles 2, paragraphe 1 *b*), 24, 25 et 84 de la convention de Vienne sur le droit des traités. L'article 24, en particulier, précise qu'« un traité entre en vigueur dès que le consentement à être lié par le traité a été établi... » Comme le disait sir Humphrey Waldock, parlant en qualité de rapporteur spécial de la Commission du droit international pour le droit des traités, « la règle fondamentale » est que « l'entrée en vigueur du traité rend automatiquement celui-ci obligatoire pour les parties » (*Annuaire de la Commission du droit international*, 1962, vol. II, p. 81). Il est par ailleurs hors de doute que le depositaire n'a jamais reçu d'instrument de ratification attestant le consentement du Nicaragua à être lié par le Statut de la Cour permanente : au contraire, ce depositaire, c'est-à-dire le Secrétaire général de la Société des Nations, et le Greffe de la Cour permanente ont constaté que le Nicaragua n'était pas lié. En conséquence, le Statut de la Cour permanente n'est jamais entré en vigueur à l'égard du Nicaragua. La question qui se pose alors est la suivante : malgré cette constatation de fait et de droit, se peut-il que la déclaration nicaraguayenne acceptant la juridiction de la Cour permanente soit entrée en vigueur ?

17. Il convient, pour répondre à cette question, d'examiner la genèse de l'article 36, paragraphe 5, le sens donné à cette disposition par ceux qui ont contribué à son acceptation, et les arrêts dans lesquels la Cour l'a interprétée. Il convient aussi de tenir compte des indications relatives à la déclaration nicaraguayenne que l'on trouve dans les annuaires des deux

Cours, dans les *Rapports* de la Cour à l'Assemblée générale, et dans d'autres publications, ainsi que du comportement des Parties.

#### 6. *Les intentions des rédacteurs de l'article 36, paragraphe 5*

18. Quel devait être l'objet de l'article 36, paragraphe 5, dans l'esprit des rédacteurs du Statut de la Cour ? Le comité de juristes qui avait été convoqué le 14 avril 1945 à Washington pour préparer la conférence de San Francisco était saisi de l'observation suivante du Royaume-Uni :

« Une question qui se posera à propos de l'article 36 est celle des mesures à prendre au sujet des acceptations existantes de la « disposition facultative » par lesquelles plusieurs pays ont, sous certaines réserves, *accepté de se soumettre à la juridiction obligatoire* de la Cour. Ces acceptations doivent-elles être considérées comme ayant automatiquement pris fin ou faut-il prévoir des dispositions pour les maintenir en vigueur en spécifiant peut-être que les intéressés pourraient les reviser ou les dénoncer. » (*Documents de la Conférence des Nations Unies sur l'organisation internationale*, San Francisco, 1945, vol. XIV, p. 318. Les italiques sont de moi.)

Le sous-comité adopta une position nette :

« Le sous-comité attire l'attention sur le fait que plusieurs Nations ont jusqu'ici *accepté la clause de « compétence obligatoire »*. Le sous-comité estime que la conférence de San Francisco devrait prévoir un accord spécial *pour maintenir ces acceptations en vigueur* aux fins du présent Statut. » (*Ibid.*, p. 290. Les italiques sont de moi.)

Appliquons aux faits et à la question à l'étude ces déclarations relatives aux objectifs du texte qui devait devenir l'article 36, paragraphe 5. Confrontés aux acceptations existantes de la disposition facultative par laquelle certains Etats s'étaient liés, les rédacteurs voulaient tenir compte de ce que « plusieurs Nations ont jusqu'ici accepté la clause de « compétence obligatoire ». Il est clair que le Nicaragua n'était pas du nombre. Cela résultait notamment de l'annuaire de la Cour permanente, où le Nicaragua était cité parmi les Etats non liés par la juridiction obligatoire en vertu de la disposition facultative (voir ci-dessus par. 11). De surcroît, dans l'esprit du comité de juristes, le texte qui allait devenir l'article 36, paragraphe 5, devait constituer l'équivalent d'un accord spécial « pour maintenir ces acceptations en vigueur, aux fins du présent Statut », ce qui suppose que, pour être maintenues en vigueur, les déclarations devaient être en vigueur. Tel n'était pas le cas de la déclaration du Nicaragua.

19. Un rapport du 31 mai 1945, adressé à la commission IV (organisation judiciaire) de la conférence de San Francisco proposait, pour atteindre l'objectif fixé par le comité de juristes, de compléter ainsi l'article 36 du Statut (texte anglais) :

« Declarations made under Article 36 of the Statute of the Permanent Court of International Justice and which are still in force shall be deemed as between the parties to the present Statute to have been made under this Article and shall continue to apply, in accordance with their terms. » (*Documents de la Conférence des Nations Unies sur l'organisation internationale*, vol. XIII, p. 558.)

Au sujet d'un texte de même substance, le représentant du Royaume-Uni avait dit trois jours plus tôt :

« Si le comité décidait de conserver la clause facultative, il pourrait prévoir la prolongation de la validité des adhésions actuelles. Etant donné que quarante Membres des Nations Unies sont *liés* par cette clause, la compétence obligatoire serait dans cette mesure même une réalité. » (*Ibid.*, p. 231. Les italiques sont de moi.)

Il apparaît donc que le but recherché était la « prolongation de la validité » des adhésions par lesquelles des Etats se trouvaient « liés » en vertu du Statut de la Cour permanente. A ce stade, le texte français correspondant du futur article 36, paragraphe 5, était ainsi conçu :

« Les déclarations encore en vigueur, faites en application de l'article 36 du Statut de la Cour permanente de Justice internationale, seront considérées, en ce qui concerne les rapports réciproques des parties au présent Statut, comme ayant été faites en application du présent article, et continueront à s'appliquer conformément aux conditions qu'elles stipulent. » (*Ibid.*, p. 565.)

Par la suite, le représentant de la France proposa en remplacement le texte suivant :

« Les déclarations faites en application de l'article 36 du Statut de la Cour permanente de Justice internationale pour une durée qui n'est pas encore expirée seront considérées, dans les rapports entre parties au présent Statut, comme comportant acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour internationale de Justice pour la durée et dans les conditions exprimées par ces déclarations. » (*Ibid.*, p. 486.)

Les « Modifications du texte de l'article 36 du Statut de la Cour internationale de Justice proposées par le délégué de la France » dont le texte français est reproduit ci-dessus se présentaient comme suit dans leur version anglaise :

« Declarations made under Article 36 of the Statute of the Permanent Court of International Justice and which are still in force shall be deemed, as between the Parties to the present Statute, as including acceptance of compulsory jurisdiction of the International Court of Justice for the time and under the conditions expressed in these declarations. » (*Ibid.*, p. 485.)

On comprend donc que le représentant de la France, qui entendait main-

tenir tel quel le texte anglais sur le point en cause ici, ait expliqué en ces termes, le 7 juin 1945, le remaniement qu'il proposait du texte français de l'article 36, paragraphe 5 – alors paragraphe 4 :

« Le représentant de la France déclare que les changements dont il a proposé l'introduction au paragraphe 4 ne visaient pas le fond, mais tendaient à améliorer la rédaction. » (*Ibid.*, p. 284, 290.)

Sur quoi le comité adopta à l'unanimité, à la séance du 7 juin, le texte de l'article 36, paragraphe 5, tel qu'il figure dans le Statut (*ibid.*, p. 284). On peut lire dans le rapport du 9 juin 1945 :

« En un certain sens, par conséquent, la nouvelle Cour peut être considérée comme le successeur de l'ancienne. Cette succession sera explicitement visée dans certaines des dispositions du nouveau Statut, notamment à l'article 36, paragraphe 4, et à l'article 37. On peut donc dire que la continuité du développement progressif de la procédure judiciaire sera largement sauvegardée.

.....

On a inséré un nouveau paragraphe 4 [devenu ensuite paragraphe 5] afin de maintenir les déclarations formulées d'après l'article 36 de l'ancien Statut pour des périodes qui n'ont pas encore expiré et pour rendre ces déclarations applicables à la juridiction de la nouvelle Cour. » (*Ibid.*, p. 348.)

En anglais:

« A new paragraph 4 was inserted to preserve declarations made under Article 36 of the old Statute for periods of time which have not expired, and to make these declarations applicable to the jurisdiction of the new Court. » (*Ibid.*, p. 328.)

Par la suite, le libellé de l'article 36, paragraphe 5, resta inchangé, et les travaux préparatoires de San Francisco n'en éclairent pas davantage le sens.

20. Les indications qu'on peut en tirer suffisent néanmoins. Il apparaît en effet que le nouveau paragraphe « a été inséré », comme il est dit dans les documents de San Francisco, « *pour préserver* les déclarations faites en vertu de l'article 36 de l'ancien Statut pour une durée qui n'était pas encore expirée, et de rendre ces déclarations applicables à la juridiction de la nouvelle Cour » (les italiques sont de moi). L'objet de l'article 36, paragraphe 5, n'était donc pas de mettre rétroactivement en vigueur des déclarations dénuées de valeur et jamais entrées en vigueur ; il était de « préserver » à l'intention de la nouvelle Cour les déclarations qui étaient en vigueur à l'époque de la Cour permanente – celles par lesquelles les Etats étaient « liés », comme le dit le comité de juristes.

21. Qui plus est, le texte français était conçu, selon les déclarations sans équivoque de son auteur, comme essentiellement identique au texte

anglais. D'ailleurs, il apparaît que la France elle-même proposa de garder tel quel le texte anglais, et que cette proposition fut acceptée. L'article 36, paragraphe 5, avait en effet été présenté à l'origine par le Royaume-Uni, et c'est la France qui avait proposé un texte révisé, identique en substance, selon elle, au texte anglais. Les motifs qui inspiraient l'amendement français ne sont pas parfaitement clairs. La Cour semble croire qu'il avait pour objet non seulement de maintenir en vigueur, par l'application de l'article 36, paragraphe 5, les déclarations existantes à l'égard de la Cour permanente, mais aussi de donner effet à des déclarations qui avaient été faites mais n'étaient jamais entrées en vigueur. Il semble plus probable que l'amendement français vint de l'idée que l'expression anglaise « which are still in force » – initialement traduite par « encore en vigueur » (expression qui, est-il dit au paragraphe 17 du mémoire nicaraguayen, est caractéristique du style des traités, mais non pas des déclarations, lesquelles sont des « actes unilatéraux ») – serait traduite avec plus de précision par « pour une durée qui n'est pas encore expirée », cette dernière tournure permettant de souligner le maintien en vigueur des déclarations non encore arrivées à expiration. Mais cette modification n'étendait pas le sens du texte anglais aux déclarations jamais entrées en vigueur, car les déclarations faites pour une durée qui n'est pas encore expirée doivent nécessairement être des déclarations dont la durée a commencé à courir. Le texte français avait peut-être pour but de mieux faire ressortir que les déclarations en vigueur dans le cadre du Statut de la Cour permanente et faites pour une durée non encore expirée d'après leurs termes devaient être « préservées » (« preserved », dans le texte anglais du rapporteur) ou « maintenues » (« afin de maintenir », dans le texte français), mais rien n'indique que la délégation française entendait donner vie aux déclarations qui n'étaient jamais entrées en vigueur. Le Nicaragua soutient, au paragraphe 48 de son mémoire, qu'il n'y avait en fait qu'une déclaration de ce genre : la sienne. Peut-on prétendre que le but de l'amendement français était de faire entrer en vigueur pour la première fois la déclaration faite par le Nicaragua en 1929 ? N'est-il pas plus plausible que la France avait en vue ses propres intérêts, et non pas ceux du Nicaragua ?

22. La véritable indication du but visé par la délégation française en proposant son amendement au texte français de l'article 36, paragraphe 5, se trouve sans doute dans l'opinion dissidente commune jointe par trois juges à l'arrêt de la Cour dans l'affaire de l'*Incident aérien*, dont le passage décisif est cité plus loin au paragraphe 34 et dont les auteurs laissaient entendre que la France avait présenté son amendement afin de préciser sans aucun doute possible que l'article 36, paragraphe 5, ne concernait pas les déclarations dont la durée *était* expirée. Tel était précisément le cas de la déclaration française. Le jour où la France présenta son amendement à San Francisco, il n'existait pas de déclaration française faite pour une durée non encore expirée en application de l'article 36 du Statut de la Cour permanente. Il n'existait pas de déclaration française faite « en application de l'article 36 du Statut de la Cour permanente de Justice internationale pour une durée qui n'est pas encore expirée », pour la bonne raison que la

dernière déclaration française faite dans le cadre du Statut de la Cour permanente avait été renouvelée pour cinq ans le 25 avril 1936 (*C.P.J.I., Quinzième Rapport annuel*, p. 221). Elle était donc arrivée à expiration en 1941. Apparemment, la France ne souhaitait pas voir subsister une possibilité de faire renaître cette déclaration par application de l'article 36, paragraphe 5, et c'est pour rendre ce point plus clair encore — car il était déjà clair dans le texte anglais et dans le texte français original, encore que ce fût moins précisément et moins pleinement exprimé dans le texte français original que dans l'amendement français — que la France présenta son amendement. Si cette explication n'est pas absolument certaine, elle est à coup sûr bien plus plausible — et probable — que celle qu'a proposée le Nicaragua et que la Cour a acceptée.

23. Bien qu'il soit certain qu'à San Francisco l'intention des rédacteurs de l'article 36, paragraphe 5, était de préserver les déclarations en vigueur faites en vertu du Statut de la Cour permanente, le texte français se prête à la rigueur à l'interprétation plus large qu'en fait la Cour, à savoir qu'il s'agissait de faire entrer en vigueur des déclarations qui n'étaient pas littéralement expirées d'après leurs propres termes (même si elles n'étaient jamais entrées en vigueur). Ce texte se prête tout aussi bien à l'interprétation plus restrictive donnée au paragraphe précédent, qui est tout à fait conforme au texte anglais ; et, l'original anglais étant resté inchangé, la délégation française elle-même l'ayant apparemment adopté comme version anglaise correcte de son propre amendement, et le représentant de la France ayant déclaré que son amendement « ne visait pas le fond », tout porte à conclure que la France elle-même attribuait cette interprétation restrictive à ce qu'elle présentait comme une modification destinée à « améliorer la rédaction ». Mais supposons un instant — ce qui n'a pas été démontré et ne peut d'ailleurs pas l'être — que le sens large ait été celui que la France voulait attribuer à l'article 36, paragraphe 5. Selon le droit des traités, quand deux versions faisant foi diffèrent, quelle est celle qui doit l'emporter ? L'article 33, paragraphe 4, de la convention de Vienne sur le droit des traités apporte la réponse :

« lorsque la comparaison des textes authentiques fait apparaître une différence de sens ... on adoptera le sens qui, compte tenu de l'objet et du but du traité, concilie le mieux ces textes ».

Or il vient d'être démontré que l'objet et le but de l'article 36, paragraphe 5, du Statut étaient de « maintenir », ou de « préserver » les déclarations faites en vertu de la disposition facultative du Statut de la Cour permanente, par lesquelles les Etats parties à ce Statut étaient « liés » (ci-dessus par. 18). Autrement dit, l'objet et le but étaient ceux qui correspondent à l'interprétation restrictive du texte. De plus, si l'on retient cette interprétation restrictive du texte anglais, il est tout à fait raisonnable de conclure que c'est aussi celle du texte français ; autrement dit, que c'est cette interprétation qui « concilie le mieux » les deux textes. Si par contre on interprète le texte français de façon large, il faut alors écarter le texte

anglais – sans parler des trois autres textes officiels, dont l'espagnol qui était joint à la ratification du Nicaragua. Il est en effet indéniable que le sens du texte anglais, ainsi que des textes espagnol, russe et chinois, est que l'article 36, paragraphe 5, ne s'applique qu'aux déclarations toujours (*still*) en vigueur, ce qui sous-entend assurément que les déclarations en question étaient en vigueur au départ. Par conséquent, si l'on applique les règles du droit des traités sur l'interprétation des textes rédigés en plusieurs versions, l'idée que l'article 36, paragraphe 5, avait pour objet de donner vie à des déclarations dénuées de valeur n'est pas soutenable.

24. En résumé, les travaux de San Francisco ne confirment pas les deux arguments essentiels du Nicaragua à propos de l'article 36, paragraphe 5 : cette disposition n'avait pas pour objet, contrairement à ce qui est affirmé dans le mémoire nicaraguayen, de « maintenir dans toute la mesure du possible ... la compétence, réelle et virtuelle, de la Cour permanente », mais seulement sa compétence effective ; et cet objet est exprimé de façon tout aussi précise par le texte français, qui doit être interprété sur ce point, de la même façon que le texte anglais, comme ne se rapportant qu'aux déclarations qui étaient en vigueur dans le cadre du Statut de la Cour permanente, c'est-à-dire aux déclarations qui liaient les Etats déclarants, dont le Nicaragua ne faisait pas partie.

7. *L'interprétation de l'article 36, paragraphe 5, donnée par les Etats-Unis lors de la ratification du Statut et de l'adoption de leur déclaration sur la base de l'article 36, paragraphe 2*

25. Les Etats-Unis, lorsqu'ils ont ratifié le Statut et adhéré à la clause facultative, interprétaient l'article 36, paragraphe 5, comme s'appliquant uniquement aux déclarations alors en vigueur en vertu du Statut de la Cour permanente ; et ils considéraient apparemment que cette disposition était inapplicable à la déclaration du Nicaragua de 1929. C'est ce qui ressort des passages suivants du contre-mémoire des Etats-Unis :

« 79. L'interprétation donnée par les Etats-Unis, tant à la conférence de San Francisco qu'au moment de faire en vertu de l'article 36, paragraphe 2, leur propre déclaration visant la nouvelle Cour, consistait aussi à dire que l'article 36, paragraphe 5, s'applique uniquement aux déclarations qui étaient en vigueur pour la Cour permanente. Les Etats-Unis tenaient en particulier pour certain que le Nicaragua *n'était pas* l'un des Etats réputés avoir accepté la juridiction obligatoire de la Cour actuelle aux fins de la réciprocité au sens de l'article 36, paragraphe 2.

80. La délégation des Etats-Unis à la conférence de San Francisco rendit compte au Président du déroulement des travaux le 26 juin 1945, et une copie de ce rapport fut présentée au Sénat le 9 juillet 1945. Selon ce rapport, l'article 36, paragraphe 5, avait pour objet de « *maintenir en vigueur* à l'égard de la nouvelle Cour les déclarations,

faites en vertu de l'ancien Statut, par lesquelles de nombreux Etats *avaient accepté* la juridiction obligatoire de l'ancienne Cour » (*Rapport au Président*, p. 124; italique ajouté).

81. Green H. Hackworth, principal conseiller juridique de la délégation des Etats-Unis à San Francisco, et par la suite membre de la Cour, présentait l'article 36, paragraphe 5, dans des termes analogues. En 1945, déposant devant la commission des affaires étrangères du Sénat, qui examinait alors la question de l'adhésion des Etats-Unis à l'Organisation des Nations Unies, M. Hackworth expliqua que l'objet de l'article 36, paragraphe 5, était de régler le problème suivant :

« les Etats qui ont accepté la juridiction obligatoire sous le régime de la Cour actuelle [la Cour permanente] ne seront plus tenus par leur acceptation si une nouvelle Cour est créée. Pour régler le problème, il est prévu à l'article 36 du Statut que *les Etats ayant accepté la juridiction obligatoire de la Cour permanente de Justice internationale substitueront désormais à celle-ci la future Cour internationale dans les mêmes conditions* » (*Rapport au Président*, p. 388 ; italique ajouté.)

82. L'année suivante, lors des auditions du Sénat relatives à l'opportunité d'une acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour par les Etats-Unis, cette interprétation fut rendue encore plus explicite. Charles Fahy, qui était alors conseiller juridique du département d'Etat et, en qualité de *Solicitor general* des Etats-Unis, ancien membre de leur délégation à San Francisco, déclara à la commission des affaires étrangères du Sénat que la déclaration envisagée par les Etats-Unis serait sous condition de réciprocité :

« Vis-à-vis d'Etats déterminés, je crois que, comme vous le faites observer, la situation est claire : cette résolution rend notre déclaration réciproque, c'est-à-dire applicable aux seuls Etats qui ont accepté une juridiction semblable.

Les déclarations des dix-neuf Etats suivants sont ainsi entrées en vigueur : Afrique du Sud, Australie, Bolivie, Brésil, Canada, Colombie, Danemark, Haïti, Inde, Iran, Luxembourg, Nouvelle-Zélande, Norvège, Panama, Pays-Bas, El Salvador, République dominicaine, Royaume-Uni et Uruguay... » (*Auditions d'une sous-commission de la commission des affaires étrangères du Sénat des Etats-Unis sur la résolution 196 du Sénat*, 77<sup>e</sup> Congrès, 2<sup>e</sup> session, 11 juillet 1946, p. 141-142.)

83. Le deuxième paragraphe précité, qui énumère « les dix-neuf [Etats] ... dont les déclarations restent en vigueur », visait la catégorie des Etats qui, en vertu de l'article 36, paragraphe 5, pouvaient satisfaire à la condition de réciprocité inscrite dans le projet de déclaration des Etats-Unis. Le Nicaragua ne comptait pas parmi ces Etats. ...

84. Dans son rapport approuvant le projet de déclaration des

Etats-Unis sur la base de l'article 36, paragraphe 2, la commission des affaires étrangères du Sénat adopta elle aussi cette interprétation de l'article 36, paragraphe 5. On pouvait lire dans le rapport :

« La conférence de San Francisco a ajouté à l'article 36 du Statut un paragraphe en vertu duquel les *déclarations d'acceptation de l'ancienne Cour qui restaient en vigueur étaient réputées le demeurer, dans les rapports entre parties au Statut, pour la durée restant à courir. Cette disposition concerne actuellement dix-neuf déclarations.* » (*Rapport de la commission des affaires étrangères du Sénat sur la juridiction obligatoire de la Cour internationale de Justice, rapport du Sénat n° 1835, 79<sup>e</sup> Congrès, 2<sup>e</sup> session, p. 105, 25 juillet 1946 ; italique ajouté.*)

85. En somme, la délégation des Etats-Unis à San Francisco, le département d'Etat et le Sénat considéraient tous : a) que l'article 36, paragraphe 5, s'appliquait uniquement aux déclarations qui étaient en vigueur en vertu du Statut de la Cour permanente à la date de l'adhésion au Statut de la Cour actuelle ; b) que la déclaration du Nicaragua ne relevait pas de cette catégorie. »

#### 8. L'interprétation donnée par la Cour de l'article 36, paragraphe 5

26. La Cour a déjà eu, dans quatre de ses arrêts, à interpréter directement l'article 36, paragraphe 5, ou à évoquer incidemment la question. Et aucun de ces arrêts ne confirme la thèse du Nicaragua selon laquelle sa ratification du Statut de la Cour actuelle – ou son comportement en la matière – aurait eu pour effet de parachever sa déclaration de 1929 et de lui donner force légale. Considérés dans leur lettre et dans leur esprit, ces arrêts vont même en sens contraire.

27. La principale de ces décisions est celle rendue dans l'affaire de l'*Incident aérien du 27 juillet 1955 (Israël c. Bulgarie) (exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1959, p. 127)*. Israël invoquait en l'espèce une déclaration bulgare du 29 juillet 1921 qui était entrée en vigueur en vertu du Statut de la Cour permanente (*ibid.*, p. 129). La Bulgarie objectait que l'article 36, paragraphe 5, lui était inapplicable (*ibid.*, p. 131). La Cour a donné raison à la Bulgarie au motif que, au moment où cet Etat était devenu Membre des Nations Unies, en 1955, et partie au Statut de la Cour, la Cour permanente avait cessé d'exister, et qu'une déclaration qui avait été en vigueur pour la Cour permanente ne pouvait être remise en vigueur en vue de son application à la Cour actuelle. Comme l'a dit la Cour :

« L'article 36, paragraphe 5, considéré dans son application aux Etats signataires du Statut, effectue une opération simple : il transforme *leur acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour permanente en une acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour internationale de Justice.* » (*Ibid.*, p. 137. Les italiques sont de moi.)

La Cour poursuivait :

« [L]’article 36, paragraphe 5, a ... réglé le transfert d’une Cour à l’autre de déclarations encore existantes ; ce faisant, *il a maintenu une obligation existante* en en modifiant l’objet. » (*C.I.J. Recueil 1959*, p. 138. Les italiques sont de moi.)

Et elle précisait encore comme suit cette disposition du Statut :

« Le consentement au transfert à la Cour internationale de Justice d’une déclaration acceptant la juridiction de la Cour permanente peut être considéré comme effectivement donné par un Etat qui, représenté à la conférence de San Francisco, a signé et ratifié la Charte et a ainsi accepté le Statut où figure l’article 36, paragraphe 5. ...

.....

*Les déclarations auxquelles se réfère l’article 36, paragraphe 5, créaient pour les Etats qui les avaient souscrites l’obligation de reconnaître la juridiction de la Cour permanente de Justice internationale. Au moment de l’élaboration du nouveau Statut, on a envisagé comme prochaine – et l’événement l’a confirmé – la disparition de la Cour permanente et, par suite, la caducité de ces engagements. On a cherché à pourvoir à cette situation, à éviter dans la mesure du possible ce résultat, en substituant à la juridiction obligatoire de la Cour permanente qui allait disparaître la juridiction obligatoire de la Cour internationale de Justice. Tel est l’objet de l’article 36, paragraphe 5. Celui-ci effectue entre les Etats auxquels il est applicable le transfert à la nouvelle Cour de la juridiction obligatoire de l’ancienne. Ce faisant, il met à la charge des Etats auxquels il s’applique une obligation, l’obligation de reconnaître de plein droit et sans convention spéciale la juridiction de la nouvelle Cour. C’est là une obligation nouvelle qui, sans doute, n’est pas plus lourde que l’obligation qui va disparaître, mais c’est néanmoins une obligation nouvelle. » (*Ibid.*, p. 142-143. Les italiques sont de moi.)*

28. Ces citations montrent que l’affaire de l’*Incident aérien* contredit de façon manifeste et décisive la thèse du Nicaragua. Si, comme l’a dit alors la Cour, le but de l’article 36, paragraphe 5, était de transformer l’« acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour permanente en une acceptation de la juridiction obligatoire » de la Cour actuelle, le Nicaragua est exclu de son application par le fait qu’il n’a jamais accepté la juridiction obligatoire de la Cour permanente. Lorsque la Cour actuelle vise l’« acceptation de » sa juridiction obligatoire, elle entend en effet une acceptation de ladite juridiction qui « lie » le déclarant : peut-on sérieusement soutenir que, lorsque la Cour parle d’« acceptation » de sa juridiction obligatoire, ou d’« acceptation » de la juridiction de la Cour permanente, elle entend par là un engagement moindre – par exemple, une non-

acceptation ? Ainsi, lorsque la Cour dit, comme elle l'a fait en l'affaire de l'*Incident aérien*, que l'article 36, paragraphe 5, effectue une opération simple – « [transformer une] acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour permanente en une acceptation de la juridiction obligatoire » de la Cour actuelle –, elle ne peut avoir d'autre propos que d'affirmer que l'article 36, paragraphe 5, visait exclusivement les déclarations faites dans le cadre du Statut de la Cour permanente par lesquelles le déclarant avait accepté la juridiction obligatoire de ladite Cour, c'est-à-dire en vertu desquelles il était lié par cette juridiction. Si, comme la Cour l'a dit dans l'arrêt rendu en l'affaire de l'*Incident aérien*, l'article 36, paragraphe 5, « a maintenu une obligation existante », encore fallait-il qu'une telle obligation existât ; et tel n'était pas le cas pour le Nicaragua, qui n'avait aucune obligation existante relativement à la juridiction de la Cour permanente, comme il l'a lui-même reconnu. Si, comme l'a dit également la Cour, les déclarations envisagées à l'article 36, paragraphe 5, créaient « l'obligation de reconnaître la juridiction de la Cour permanente... », cette disposition ne peut pas non plus viser le Nicaragua, puisque celui-ci n'a jamais souscrit l'obligation de reconnaître la juridiction de la Cour permanente. Si le but de l'article 36, paragraphe 5, était, comme l'a dit la Cour, de « substituer » la juridiction obligatoire de la Cour actuelle à celle de la Cour permanente, le Nicaragua se trouve écarté de son champ d'application, faute d'avoir affectivement consenti à la juridiction obligatoire de la Cour permanente. Et si son but, comme l'a dit la Cour, était d'effectuer « le transfert à la nouvelle Cour de la juridiction obligatoire de l'ancienne », le Nicaragua en est exclu, pour n'avoir pas consenti à cette juridiction antérieure.

29. La Cour ajoutait encore :

« l'intention bien certaine qui a inspiré l'article 36, paragraphe 5, a été de continuer ce qui existait, de maintenir les acceptations existantes, d'éviter que la création d'une Cour nouvelle ne rendît caduc un progrès accompli ; à cette intention de maintien, de continuité, on ne peut substituer celle de redonner force de droit à des engagements expirés ; autre chose est maintenir un engagement existant en en modifiant l'objet, autre chose faire revivre un engagement déjà éteint » (*C.I.J. Recueil 1959*, p. 145).

C'est donc l'exigence de maintien, de continuité, qu'affirmait la Cour. Elle excluait la possibilité de remettre en vigueur un engagement éteint. Comment serait-il alors possible d'interpréter l'article 36, paragraphe 5, comme faisant entrer en vigueur un engagement qui ne l'a jamais été ?

30. Devant les prononcés de la Cour dans l'affaire de l'*Incident aérien*, il est étonnant de constater que l'ordonnance du 10 mai 1984 s'appuie sur la même affaire, et sur certains des passages mêmes que je viens de citer (l'ordonnance mentionne la page 142 de l'arrêt) pour conclure que l'absence de « ratification effective » du protocole de signature de la Cour permanente par le Nicaragua n'empêche pas forcément de faire jouer l'article 36, paragraphe 5, et ne fait pas forcément obstacle au transfert à la

Cour actuelle de la déclaration nicaraguayenne de 1929, « du fait du consentement » donné par le Nicaragua en acceptant le Statut de la Cour actuelle, où figure l'article 36, paragraphe 5 (ordonnance du 10 mai 1984, *C.I.J. Recueil 1984*, p. 179, par. 25). Vu que les prononcés de la Cour dans l'arrêt en l'affaire de l'*Incident aérien* vont dans un sens contraire à celui de l'ordonnance du 10 mai 1984, on peut se poser la question : sur quelles bases la Cour, dans cette ordonnance, invoque-t-elle et mentionne-t-elle expressément cet arrêt ? De même, l'arrêt rendu aujourd'hui, tout en s'efforçant de distinguer les faits de l'affaire de l'*Incident aérien* de ceux de l'espèce actuelle, fait à nouveau état (avec un laconisme révélateur) de l'arrêt rendu dans ladite affaire de l'*Incident aérien*, conférant ainsi à cette question une nouvelle acuité. A cet égard, le mieux qu'on puisse faire en faveur de la thèse nicaraguayenne est de prendre hors de contexte quelques extraits de l'arrêt, notamment, comme le fait la Cour, une seule phrase, à la page 142 :

« Le consentement au transfert à la Cour internationale de Justice d'une déclaration acceptant la juridiction de la Cour permanente peut être considéré comme effectivement donné par un Etat qui, représenté à la Conférence de San Francisco, a signé et ratifié la Charte et a ainsi accepté le Statut où figure l'article 36, paragraphe 5. »

Mais il est absolument évident que, en s'exprimant ainsi, la Cour pensait à une déclaration d'acceptation de la juridiction de la Cour permanente en vigueur dans le cadre du Statut de ladite Cour. Pourquoi ? Non seulement parce que l'article 36, paragraphe 5, le dit textuellement, mais parce que c'est aussi ce que dit la Cour, à cette même page de l'arrêt :

« Les déclarations auxquelles se réfère l'article 36, paragraphe 5, créaient pour les Etats qui les avaient souscrites l'obligation de reconnaître la juridiction de la Cour permanente de Justice internationale. » (*C.I.J. Recueil 1959*, p. 142-143.)

Or il est admis par tous les intéressés, y compris le Nicaragua, que la déclaration de 1929 n'a jamais imposé à cet Etat « l'obligation de reconnaître la juridiction de la Cour permanente de Justice internationale ».

31. Il est instructif à cet égard de remarquer que le conseil du Nicaragua a concédé que l'arrêt de la Cour dans l'affaire de l'*Incident aérien* ne confirme pas la thèse du Nicaragua. Autrement dit, le conseil du Nicaragua a lui-même conclu que la Cour aurait tort de donner à cet arrêt la valeur de précédent dans la présente espèce. Je cite M. Chayes :

« [l'opinion] de la majorité dans l'affaire de l'*Incident aérien* est en réalité dépourvue de toute signification pour le présent litige... Rien dans le raisonnement, sous forme de conclusion ou d'*obiter dictum*, n'exclut ni n'est même tant soit peu inconciliable avec la position adoptée en la présente espèce par le Nicaragua, à savoir que sa

déclaration était *in force* au sens de l'article 36, paragraphe 5, lorsqu'il est devenu membre fondateur des Nations Unies en 1945. » (Audience du 8 octobre 1984.)

M. Chayes a certainement tort de dire que rien dans l'opinion majoritaire n'est « tant soit peu inconciliable » avec la position adoptée par le Nicaragua : je l'ai démontré plus haut en citant l'arrêt de la Cour. Mais là n'est pas la question pour l'instant. La question est la suivante : la Cour était-elle et est-elle fondée à trouver dans son arrêt en l'affaire de l'*Incident aérien* un précédent susceptible d'être invoqué ou mentionné à l'appui d'une interprétation de l'article 36, paragraphe 5, qui soit favorable au Nicaragua ? L'éminent conseil du Nicaragua reconnaît que ce n'est pas le cas, en affirmant que cette opinion majoritaire « est en réalité dépourvue de toute signification pour le présent litige ».

32. M. Chayes ajoute : « Il en va différemment de l'opinion dissidente ». Et il rappelle que Hersch Lauterpacht, Wellington Koo et Percy Spender avaient affirmé, dans leur opinion dissidente collective en l'affaire de l'*Incident aérien*, que l'objet de l'article 36, paragraphe 5, était « d'assurer la continuité entre l'ancienne Cour et la nouvelle » et « de sauvegarder autant que possible, quant à la juridiction obligatoire, la situation immédiatement préexistante à la disparition de la Cour permanente ». Là-dessus, M. Chayes a tout à fait raison (ce qui d'ailleurs, pour les motifs que j'ai déjà exposés, ne lui sert à rien).

33. Selon les auteurs de l'opinion dissidente collective :

« Il ne fallait pas que les modifications formelles et, en fait, insignifiantes apportées par le Statut de la nouvelle Cour pussent faire obstacle à la reprise par la Cour internationale de la juridiction obligatoire, telle qu'elle existait alors, de la Cour permanente. On envisageait précisément que la continuité des deux Cours trouverait son expression dans la reconnaissance de la continuité de la juridiction obligatoire telle qu'elle existait alors. » (*C.I.J. Recueil 1959*, p. 159.)

Ainsi ces trois juges affirmaient que le but de l'article 36, paragraphe 5, était uniquement de transférer à la Cour actuelle « la juridiction obligatoire, telle qu'elle existait alors, de la Cour permanente » (à laquelle le Nicaragua n'avait jamais accepté d'être tenu). Ils rappelaient même que l'article 36, paragraphe 5, avait son origine dans un texte britannique qui tendait à « prévoir la prolongation de la validité des adhésions actuelles » à la juridiction obligatoire de la Cour permanente (*ibid.*, p. 160) — adhésion que le Nicaragua n'a jamais donnée. Selon eux, l'objet de l'article 36, paragraphe 5, était de faire qu'aucune des « déclarations d'acceptation » existantes ne pût disparaître au moment de la dissolution de la Cour permanente. Le but visé était « le maintien du groupe tout entier des déclarations d'acceptation qui n'étaient pas encore expirées » (*ibid.*) — but qui ne peut s'appliquer au Nicaragua, dont la déclaration n'était pas à l'époque et n'avait jamais été en vigueur.

34. Les trois juges dissidents entreprenaient ensuite d'interpréter l'expression *which are still in force*, de l'article 36, paragraphe 5, comme

signifiant uniquement l'exclusion des quelque quatorze déclarations d'acceptation « déjà expirées », et le maintien, malgré la dissolution de la Cour permanente, de « toutes les déclarations dont la durée n'est pas expirée » (C.I.J. *Recueil* 1959, p.161). A l'appui de cette conclusion, ils citaient la version française du texte (*ibid.*, p. 161-162), en indiquant :

« A la conférence de San Francisco étaient présents un certain nombre d'Etats qui avaient dans le passé fait des déclarations d'acceptation qui, faute d'avoir été renouvelées, étaient devenues caduques et n'étaient par conséquent plus en vigueur. *Tel était, par exemple, le cas des déclarations de la Chine, de l'Égypte, de l'Éthiopie, de la France, de la Grèce, du Pérou, de la Turquie et de la Yougoslavie.* Il était clairement nécessaire d'exclure ces Etats du domaine du paragraphe 5 en y insérant l'expression « *which are still in force* ». Cette interprétation est appuyée par le texte français, qui fait foi au même titre que le texte anglais et est encore plus clair et indiscutable que celui-ci. Les mots « pour un durée qui n'est pas encore expirée » doivent être considérés comme déterminant le sens véritable du texte anglais en question. Le fait que les textes chinois, russe et espagnol de ce paragraphe se rapprochent de l'anglais ne contredit pas et n'affaiblit pas le sens évident du texte français. Ces trois textes ont été traduits de l'anglais, tandis que le texte français était celui de l'une des deux langues officielles adoptées à la conférence de San Francisco. Toutefois, si le texte français enlève tout doute quant à la signification de ces termes, il n'y a pas non plus effectivement de doute raisonnable à leur égard en ce qui concerne le texte anglais. Il n'est pas question ici de donner la préférence au texte français. Les deux textes ont le même sens. Le français n'est que la traduction exacte de l'anglais tel qu'on l'entend généralement ou plutôt, puisqu'il apparaît que la version définitive a d'abord été formulée en français, le texte anglais n'est que la traduction exacte du français. » (*Ibid.*, p. 161-162. Les italiques sont de moi.)

Ils observaient que, dans les autres dispositions du Statut, les mot *in force* se rapportent à la durée (*ibid.*, p. 163). Ils affirmaient aussi : « On ne doit pas, sans bonnes raisons, supposer qu'une disposition ait un effet rétroactif » (*ibid.*, p.164). L'article 36, paragraphe 5, n'était pas devenu caduc au moment de la dissolution de la Cour permanente : il était au contraire destiné à rendre cette dissolution sans effet sur le transfert des déclarations. Enfin ils concluaient, dans le passage sur lequel le conseil du Nicaragua s'est appesanti, que les mots *which are still in force* visent « les déclarations elles-mêmes » (*ibid.*) :

« Pour autant que la durée des déclarations faites en vertu de l'article 36 du Statut de la Cour permanente reste à courir au moment où l'Etat déclarant intéressé devient partie au Statut de la Cour internationale de Justice, ces déclarations tombent sous le coup de l'article 36, paragraphe 5, du nouveau Statut et « seront considérées

comme comportant acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour internationale pour la durée restant à courir, d'après ces déclarations et conformément à leurs termes. » (*Ibid.*, p. 164-165.)

Mais – et c'est là un point capital, qui contredit toute la thèse du Nicaragua – absolument rien dans ce passage (ni dans le reste de l'opinion) n'indique que les juges dissidents, en disant cela, songeaient à une déclaration dont, à la différence de la déclaration bulgare, la durée ne peut rester à courir, pour la simple raison qu'elle n'est jamais entrée en vigueur.

35. Il faut ajouter que, vers la fin de leur opinion, les trois juges en question envisageaient l'argument de quelques-uns de leurs collègues selon qui l'article 36, paragraphe 5, visait uniquement les déclarations fixant une limite à la durée de leur validité, ce qui n'était pas le cas de la déclaration bulgare, dont la durée n'était pas limitée dans le temps. En réponse à cet argument, ils affirmaient :

« Au surplus, si elle avait été adoptée par la Cour dans la présente affaire, l'interprétation invoquée aurait eu pour résultat d'annuler, à dater de l'arrêt de la Cour, les déclarations existantes d'un certain nombre d'Etats – tels que la Colombie, Haïti, le Nicaragua et l'Uruguay. » (*Ibid.*, p. 193.)

Le Nicaragua peut trouver dans cette citation un certain appui pour sa thèse. Mais rien ne permet de conclure que les trois juges dissidents, en s'exprimant ainsi, se soient posé la question de savoir si la déclaration de 1929 du Nicaragua, inscrite à l'*Annuaire* de la Cour, était jamais entrée en vigueur.

36. En résumé, si le Nicaragua peut à la rigueur trouver quelque soutien dans certains passages de l'opinion dissidente collective dans l'affaire de l'*Incident aérien*, ce soutien est bien limité. De plus, les trois juges parlaient pour eux-mêmes, dans le cadre d'une opinion dissidente, et non pas au nom de la Cour. Le conseil du Nicaragua le reconnaît, mais affirme que les arrêts rendus dans les affaires du *Temple de Préah Vihéar* et de la *Barcelona Traction* confirment sans réserve les principes dégagés par les juges dissidents dans l'affaire de l'*Incident aérien* (audience du 8 octobre 1984). Voyons donc ces deux arrêts, mais en nous demandant tout d'abord s'il est vrai que, comme l'affirme le conseil du Nicaragua, les arguments avancés par les Etats-Unis dans une autre affaire d'incident aérien confirment la thèse nicaraguayenne.

37. Le conseil du Nicaragua prétend que les Etats-Unis, dans l'instance qu'ils introduisirent contre la Bulgarie après que celle-ci eut abattu un avion civil israélien transportant des passagers de nationalité américaine, auraient précisément adopté l'interprétation de l'article 36, paragraphe 5, que le Nicaragua défend aujourd'hui (audience du 8 octobre 1984). Il est vrai que l'argumentation des Etats-Unis dans cette affaire était parallèle au raisonnement des juges dissidents dans l'affaire de l'*Incident aérien*. Mais les Etats-Unis avaient expressément affirmé que la déclaration bulgare en question était entrée en vigueur en 1921 (affirmation faite également par le

Royaume-Uni dans une autre affaire du même ordre<sup>1</sup>) (*C.I.J. Mémoires, Incident aérien du 27 juillet 1955 (Israël c. Bulgarie ; Etats-Unis d'Amérique c. Bulgarie ; Royaume-Uni c. Bulgarie)*, p. 312). L'interprétation donnée par les Etats-Unis de l'article 36, paragraphe 5, était fondée, entre autres choses, sur « l'acceptation de la juridiction de la Cour permanente » (*ibid.*, p. 317-318). C'était là la première obligation. A cela, l'article 36, paragraphe 5, ajoutait « une obligation nouvelle et supplémentaire » (*ibid.*, p. 318) ; et les Etats-Unis rappelaient les négociations de San Francisco pour établir que l'objet de l'article 36, paragraphe 5, était de « sauvegarder » les déclarations (*ibid.*, p. 319-320). L'article 36, paragraphe 5, avait été adopté, disaient-ils, « afin d'éviter un recul de la juridiction judiciaire internationale » (*ibid.*, p. 320) – mais ils ne laissaient nulle part entendre qu'ils interprétaient cette disposition comme pouvant étendre la juridiction de la Cour en donnant vie à des déclarations qui n'étaient jamais entrées en vigueur. L'article 36, paragraphe 5, avait pour but, affirmaient les Etats-Unis, de « ne pas priver d'effet les déclarations faites en vertu de la disposition facultative de l'ancien Statut » (*ibid.*) ; mais il ne s'ensuivait pas que ce texte pût servir à rendre valides des déclarations qui n'avaient jamais pris effet. Il est donc évident que ces arguments des Etats-Unis n'apportent aucun appui à la thèse nicaraguayenne, car ils visaient tous la situation – qui était celle de la Bulgarie, mais qui n'est pas celle du Nicaragua – d'un Etat déclarant ayant ratifié le protocole de signature et ayant donc fait entrer en vigueur sa déclaration en vertu de la clause facultative.

38. La deuxième allusion significative à l'article 36, paragraphe 5, que l'on trouve dans la jurisprudence de la Cour, figure dans l'opinion individuelle de Philip C. Jessup dans les affaires du *Sud-Ouest africain (Ethiopie c. Afrique du Sud ; Libéria c. Afrique du Sud)*, exceptions préliminaires, arrêt, *C.I.J. Recueil 1962*, page 415 :

« Les auteurs du Statut de la Cour internationale de Justice ont manifestement entendu sauvegarder pour la nouvelle Cour, dans toute la mesure du possible, la juridiction conférée à l'ancienne. A cette fin, l'article 36, paragraphe 5, prescrit le transfert des obligations contractées par les Etats ayant fait des déclarations en application de l'article 36 de l'ancien Statut et l'article 37 prescrit un transfert analogue lorsqu'« un traité ou une convention » prévoit le renvoi à la juridiction de la Cour permanente. »

<sup>1</sup> Le mémoire de la Grande-Bretagne disait très précisément :

« La Bulgarie a accepté sans condition la juridiction obligatoire de la Cour le 29 juillet 1921, en déposant son instrument de ratification du protocole de signature de la Cour permanente de Justice internationale, et cette acceptation est devenue effective à l'égard de la juridiction de la Cour internationale de Justice aux termes de... l'article 36, paragraphe 5, du Statut de la Cour, à la date de l'admission de la Bulgarie comme Membre des Nations Unies. » (*C.I.J. Mémoires, Incident aérien du 27 juillet 1955*, p. 331.)

Là encore, l'accent est mis sur la sauvegarde de la juridiction « conférée à l'ancienne [Cour] ». Manifestement, Jessup pensait, comme il est d'ailleurs précisé dans le texte, aux « obligations contractées par les Etats ayant fait des déclarations en application de l'article 36 de l'ancien Statut », c'est-à-dire à une juridiction valable et effective, et non pas à une juridiction n'existant pas avant l'entrée en vigueur de l'article 36, paragraphe 5.

39. D'après le conseil du Nicaragua, les trois opinions majeures à prendre en considération aux fins du présent arrêt de la Cour seraient : a) l'opinion majoritaire dans l'affaire de l'*Incident aérien* ; b) l'opinion dissidente collective dans la même affaire ; c) l'opinion de la Cour dans l'affaire de la *Barcelona Traction*. D'après lui, la Cour, dans son arrêt en l'affaire de la *Barcelona Traction*, serait revenue en fait, sinon explicitement, sur son arrêt dans l'affaire de l'*Incident aérien*, et se serait alignée sur l'opinion dissidente susmentionnée (audience du 8 octobre 1984). En réalité, la Cour, en interprétant l'article 37 dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, n'est en rien revenue sur sa position dans l'affaire de l'*Incident aérien* ; et, même si elle l'avait fait, cela n'ajouterait rien à la thèse du Nicaragua, d'abord parce que l'opinion dissidente collective dans l'affaire de l'*Incident aérien* lui ajoute fort peu de chose, et ensuite parce que la Cour, comme M. Tanaka dans son opinion individuelle en l'affaire de la *Barcelona Traction*, a bien souligné que le but de l'article 37, comme celui de l'article 36, paragraphe 5, était de maintenir la continuité entre la juridiction donnée à la Cour permanente et celle donnée à la Cour actuelle. Comme l'a dit la Cour, l'article 37 « n'avait pas pour objet de créer une juridiction obligatoire nouvelle qui n'aurait pas existé avant : son but était de [conserver] la juridiction existante » (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1964*, p. 34). Dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, le traité donnant juridiction à la Cour permanente était entré en vigueur. Si donc il y a analogie, c'est avec le consentement effectivement donné par la Bulgarie à la juridiction obligatoire de la Cour permanente dans l'affaire de l'*Incident aérien*, et non pas avec le consentement dénué d'effet du Nicaragua dans la présente espèce. On peut d'ailleurs se poser la question : pourquoi le Nicaragua invoque-t-il si abondamment l'affaire de la *Barcelona Traction*, qui, vue de près, lui apporte si peu d'arguments ? Essentiellement, parce que le Nicaragua affirme qu'en l'espèce la Cour est revenue sur son arrêt en l'affaire de l'*Incident aérien*. Le rôle ainsi donné par le Nicaragua à l'affaire de la *Barcelona Traction*, tout en étant fort peu utile à sa cause, montre donc combien est incertaine la valeur de précédent que la Cour a cru devoir donner à l'arrêt sur l'*Incident aérien*. Si en effet la décision rendue dans l'affaire de l'*Incident aérien* confirme la thèse du Nicaragua, comment se fait-il que celui-ci plaide que l'arrêt *Barcelona Traction* annule l'arrêt *Incident aérien* ?

40. Voyons enfin l'affaire du *Temple de Préah Vihear, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1961*, page 17. Dans son ordonnance du 10 mai 1984, la Cour, pour conclure que le fait que le Nicaragua n'a pas effectivement ratifié le protocole de signature ne met pas forcément obs-

tacle à l'application de l'article 36, paragraphe 5, a également invoqué cet arrêt (sans dire au juste de quelle page ou de quel passage il s'agit). Dans l'arrêt rendu aujourd'hui, la Cour cite à nouveau son arrêt en l'affaire du *Temple de Préah Vihear*, relativement, semble-t-il, à la prétendue réalité du consentement du Nicaragua à être lié par sa juridiction obligatoire. Dans l'affaire du *Temple de Préah Vihear*, la Cour avait conclu que l'article 36, paragraphe 5, était destiné à établir une méthode par laquelle

« dans certaines limites, les déclarations d'*acceptation* de la juridiction obligatoire de la Cour permanente de Justice internationale non encore expirées se transformeraient *ipso jure* en *acceptations* de la juridiction obligatoire de la Cour actuelle » (p. 25 ; voir aussi p. 28 ; les italiques sont de moi)

– prononcé qui ne saurait aider le Nicaragua, puisque sa déclaration n'était pas une acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour permanente. On remarquera là encore que, lorsque la Cour parle d'« acceptations » de la juridiction obligatoire de la Cour actuelle, et, dans la même phrase, de déclarations d'« acceptation » de la juridiction obligatoire de la Cour permanente, elle interprète incontestablement l'article 36, paragraphe 5, comme ne visant que les déclarations liant les Etats déclarants – que ce soit à l'égard de l'une ou l'autre Cour. Elle n'attache pas, surtout dans une même phrase, deux sens différents au terme « acceptation », selon qu'il s'agit de la Cour actuelle ou de la Cour permanente. En outre, dans l'affaire du *Temple de Préah Vihear*, la Cour confirmait le raisonnement qu'elle avait auparavant suivi dans l'affaire de l'*Incident aérien*, raisonnement que la Thaïlande s'efforçait de reprendre en sa faveur en maintenant que sa déclaration de 1940 avait été rendue caduque par la dissolution de la Cour permanente et n'avait pas pu être remise en vigueur par une déclaration postérieure, datant de 1950, qui visait à la renouveler. Selon la Cour, la déclaration de 1950 de la Thaïlande, qui avait été conçue comme une acceptation effective de la juridiction obligatoire de la Cour actuelle en vertu de la clause facultative, était un instrument nouveau et indépendant de l'article 36, paragraphe 5, non seulement parce que cette disposition ne visait pas les déclarations nouvelles, mais aussi parce que son objet était la sauvegarde des déclarations dont la durée n'était pas expirée. Ainsi la Cour considérait la déclaration thaïlandaise de 1950 comme ayant été faite en vertu de l'article 36, paragraphe 2, et comme étant entrée en vigueur en tant que telle. Les questions de remise en vigueur des instruments expirés ou devenus caducs et les questions d'erreur se trouvaient expressément écartées, puisque la Cour concluait qu'en l'espèce rien ne viciait la réalité du consentement que la Thaïlande avait voulu donner en 1950. La Cour faisait observer que, dans le cas des déclarations faites en vertu de la clause facultative de la Cour actuelle, la « seule formalité requise » était le dépôt de l'acceptation auprès du Secrétaire général des Nations Unies. Elle concluait en conséquence que l'acceptation de la Thaïlande ne pouvait être annulée par une vice qui n'affectait pas une « prescription juridique impérative » (*ibid.*, p. 34). Ainsi la Cour, dans l'affaire du *Temple de Préah*

*Vihéar*, définissait comme une « prescription juridique impérative » une formalité quasi identique à celle que le Nicaragua n'a pas accomplie dans la présente espèce, à savoir le dépôt de l'instrument de ratification du protocole de signature de la Cour permanente auprès du Secrétaire général de la Société des Nations.

### 9. *Les indications des Annuaire de la Cour*

41. S'il est incontestable que les responsables de la Société des Nations et du Greffe de la Cour permanente ne considéraient pas le Nicaragua comme étant partie à la juridiction obligatoire de la Cour en raison de sa déclaration de 1929, les *Annuaire* de la Cour actuelle sont moins clairs sur ce point, et la question a été amplement débattue par les Parties.

42. Il est inutile de récapituler ici les arguments des Parties sur ce point, et les faits qu'ils sont censés interpréter. On peut résumer l'essentiel comme suit :

– Les *Annuaire* de la Cour actuelle, depuis la création de celle-ci jusqu'à aujourd'hui, font figurer le Nicaragua dans la liste des Etats parties à la juridiction obligatoire de la Cour. Par exemple le Nicaragua était classé comme tel dans le premier *Annuaire*, avec, en regard de son nom, un renvoi à une note de bas de page libellée comme suit :

« Déclaration faite en application de l'article 36 du Statut de la Cour permanente et considérée comme étant encore en vigueur (article 36, 5, du Statut de la présente Cour) » (*Annuaire 1946-1947*, p. 106).

– Cependant, les mêmes *Annuaire* ont toujours été assortis, *in extenso* ou par référence, d'une note de bas de page. Dans le premier *Annuaire*, cette note, ajoutée à la déclaration du Nicaragua, portait mention du télégramme du 29 novembre 1939 faisant savoir à la Société des Nations que l'instrument nicaraguayen de ratification du protocole de signature du Statut de la Cour suivrait, et ajoutait : « Cependant, le dépôt de cet instrument n'a pas été notifié au Greffe. » (*Ibid.*, p. 206.) Depuis l'*Annuaire 1955-1956* cette note finit ainsi : « Cependant, il semble que ledit instrument de ratification ne soit jamais arrivé à la Société des Nations. » (P. 188.)

– La présence de cette note de bas de page est incompatible avec la thèse qui voudrait que la ratification de la Charte et du Statut de la Cour actuelle par le Nicaragua, et par conséquent l'application de l'article 36, paragraphe 5, ait suffi à faire entrer en vigueur une déclaration qui n'avait pas valeur suffisante pour soumettre le Nicaragua à la juridiction obligatoire de la Cour permanente. Quelle en est la raison ? Le Nicaragua prétend que l'application de l'article 36, paragraphe 5, combinée à l'existence de sa déclaration de 1929, qui n'avait pas force obligatoire pour lui, et sa ratification de la Charte et du Statut de la Cour – instruments, qui, au contraire, ont pour lui force obligatoire – suffisaient et suffirent à donner

effet à sa déclaration de 1929. Supposons que tel soit le cas. Pourquoi alors la note de bas de page ? Selon le Nicaragua, il est sans importance que son instrument de ratification du protocole de la Cour permanente ait été reçu ou non, vu que, même s'il n'a pas été reçu, le Nicaragua, en ratifiant la Charte, est devenu partie à la juridiction obligatoire de la Cour actuelle par le jeu de l'article 36, paragraphe 5, du Statut. Il en veut pour preuve le fait qu'il soit classé comme tel dans l'*Annuaire*. Mais pourquoi, dans ces conditions, le Greffe signalait-il que l'instrument de ratification n'avait apparemment pas été reçu, si ce fait, comme le prétend le Nicaragua, était absolument sans rapport avec l'application de l'article 36, paragraphe 5 ? S'il le faisait, c'est à l'évidence parce qu'il *ne pensait pas* qu'il n'y avait pas de rapport. Bien au contraire, il estimait tout à fait pertinent le fait que l'instrument de ratification n'avait apparemment pas été reçu, et il pensait, par cette note de bas de page, appeler l'attention des Etats sur les incertitudes entourant la position du Nicaragua. Lorsque le premier *Annuaire* (et les *Annuaire*s qui le suivirent immédiatement) a été rédigé, il n'était pas établi à coup sûr si le Secrétariat de la Société des Nations avait ou non reçu l'instrument de ratification dont le Nicaragua avait annoncé l'envoi en 1939 ; ce n'est que plus tard qu'il a été établi, non seulement que le Greffe de la Cour n'avait pas été informé de ce dépôt, mais qu'en fait le dépôt n'avait jamais été effectué.

43. Voyons maintenant le deuxième *Annuaire*. Celui-ci ne contient pas la note de bas de page susmentionnée, mais on y trouve, à la page 121, un renvoi à l'*Annuaire* précédent, où étaient reproduites et la déclaration du Nicaragua et la note de bas de page. Mais il renferme une autre indication intéressante et probante, à savoir le texte du pacte de Bogotá. L'article XXXI du pacte dispose en effet que, « conformément au paragraphe 2 de l'article 36 du Statut de la Cour internationale de Justice », les Etats parties reconnaissent comme obligatoire et sans conditions, à l'égard de tout autre Etat américain, la juridiction de la Cour, dans des termes identiques à ceux de la clause facultative. Et l'article XXXII prévoit que, si la procédure de conciliation ou d'arbitrage prévue dans le pacte n'aboutit pas à une solution, toute partie au différend a le droit de porter la question devant la Cour internationale de Justice et que « la compétence de la Cour sera obligatoire, conformément au paragraphe 1 de l'article 36 du même Statut ». Le Nicaragua a formulé une réserve au pacte de Bogotá, réserve dont le texte est reproduit à la page 138 de l'*Annuaire* susmentionné et où il est dit que l'approbation du pacte de Bogotá par le Nicaragua ne saurait préjuger sa position à l'égard des décisions arbitrales contestées par lui. Ainsi, le Nicaragua a accepté de façon générale la juridiction obligatoire de la Cour, en vertu de l'article 36, paragraphe 2, à l'égard de tout autre Etat américain, de même qu'en vertu de l'article 36, paragraphe 1, compte tenu de ladite réserve, laquelle visait de toute évidence la sentence arbitrale controversée rendue par le roi d'Espagne en 1906. On peut donc supposer que le Nicaragua ne se considérait pas lié par la juridiction obligatoire de la Cour par le jeu de l'article 36, paragraphe 5. Pourquoi ? Parce que, dans le cas contraire, la réserve formulée par le Nicaragua au pacte de Bogotá

n'aurait pas de sens. Pourquoi le Nicaragua aurait-il formulé cette réserve à la juridiction obligatoire de la Cour en vertu de l'article 36, paragraphe 2, et de l'article 36, paragraphe 1 (et aux autres moyens de règlement pacifique prévus dans le pacte de Bogotá), s'il était lié, et s'estimait lui-même lié, par la juridiction obligatoire de la Cour en vertu de l'article 36, paragraphe 5, en des termes ne faisant pas état de la réserve ? Aucune allusion n'est faite dans la déclaration de 1929 à cette réserve. Et l'on remarque en outre que, dans l'affaire de la *Sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne le 23 décembre 1906*, qui est analysée plus loin, le Nicaragua a invoqué cette réserve au pacte de Bogotá (*C.I.J. Mémoires, Sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne le 23 décembre 1906 (Honduras c. Nicaragua)*, vol. I, p. 132-133). Ainsi la teneur même de l'*Annuaire 1947-1948* amène à douter que le Nicaragua s'estimait lui-même lié par le jeu de l'article 36, paragraphe 5.

44. La note de bas de page de l'*Annuaire 1946-1947*, à laquelle renvoyaient les éditions suivantes, réapparut sous une forme modifiée dans l'*Annuaire 1955-1956*, puis dans toutes les éditions qui ont suivi, dans les termes suivants :

« Par télégramme daté du 29 novembre 1939, adressé à la Société des Nations, le Nicaragua avait ratifié le protocole de signature du Statut de la Cour permanente de Justice internationale (16 décembre 1920), et l'instrument de ratification devait suivre. Cependant, il semble que ledit instrument de ratification ne soit jamais arrivé à la Société des Nations. » (P. 188.)

Cette réintroduction de la note de bas de page est due apparemment à un échange de correspondance entre le Greffier de l'époque, Julio López-Oliván, Manley O. Hudson et Adriaan Pelt, directeur de l'Office des Nations Unies à Genève, correspondance qui n'a pas été portée à la connaissance de la Cour au moment où elle délibérait sur la demande de mesures conservatoires et où elle a pris son ordonnance du 10 mai 1984. Cette correspondance se trouve dans les archives de la Cour ; le Gouvernement des Etats-Unis en a retrouvé une partie dans les archives de Hudson à la faculté de droit de Harvard. L'ensemble est instructif. Les pièces publiées démontrent en effet :

- a) que, selon Hudson, la ratification de la Charte par le Nicaragua ne soumettait pas cet Etat à la juridiction obligatoire de la Cour si la Société des Nations n'avait pas reçu l'instrument de ratification ;
- b) que l'instrument de ratification du Nicaragua n'avait jamais été reçu par le Secrétariat de la Société des Nations ;
- c) que, d'après le Greffier, le Nicaragua n'était pas soumis à la juridiction obligatoire de la Cour par application de l'article 36, paragraphe 5.

La lettre du Greffier à Hudson datée du 2 septembre 1955 prenait fin sur ces mots :

« Je ne crois pas que l'on puisse vous donner tort quand vous dites

que l'on voit mal comment la ratification de la Charte des Nations Unies par le Nicaragua pourrait se répercuter sur l'acceptation de la juridiction obligatoire par cet Etat. Si la déclaration du 24 septembre 1929 était en réalité dépourvue d'effet faute de ratification du protocole de signature, il me semble insoutenable que la ratification de la Charte par le Nicaragua ait pu donner effet à cette déclaration et entraîner ainsi l'application de l'article 36, paragraphe 5, du Statut de la Cour actuelle. »

45. L'opinion du Greffier de l'époque, Julio López-Oliván, présente un intérêt particulier. Dernier Greffier de la Cour permanente Julio López-Oliván était évidemment familiarisé avec son fonctionnement et avec le mécanisme des adhésions à sa juridiction obligatoire. Il avait fait partie (avec le Président de la Cour et Hudson) de la délégation qui avait représenté la Cour permanente à la conférence de San Francisco (voir *C.P.J.I., Seizième Rapport*, p. 12). Et il était ensuite devenu le deuxième Greffier de la Cour actuelle. Il y a donc tout lieu de supposer qu'il connaissait au mieux les intentions des auteurs de l'article 36, paragraphe 5, et qu'il était mieux placé que quiconque pour interpréter les conséquences du non-envoi à la Société des Nations de l'instrument de ratification du protocole de signature par le Nicaragua. Enfin, son interprétation — exprimée avec prudence, mais exprimée malgré tout dans la note de bas de page de l'*Annuaire 1955-1956* et des éditions ultérieures — a d'autant plus de poids que, lorsque la Cour a eu à interpréter l'article 36, paragraphe 5, elle l'a fait de façon parfaitement compatible avec l'interprétation de son ancien Greffier. Celui-ci, en 1955, n'a pas pris sur lui — et cela n'a rien de surprenant — de rayer la déclaration du Nicaragua de l'*Annuaire*, ce qui eût été particulièrement délicat à un moment où se profilait le litige entre le Nicaragua et le Honduras sur la sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne, sans que l'on sût quelle serait en l'espèce la base de compétence : il s'est contenté de réintroduire, en la modifiant, la note de bas de page, ce qui suffisait pour attirer l'attention de tout lecteur curieux de savoir si le Nicaragua était effectivement partie à la juridiction obligatoire de la Cour. Quant aux conclusions d'ordre juridique des faits ainsi présentés, il laissait à la Cour le soin de les tirer.

46. Mais le Greffier a fait quelque chose de plus. Avec l'*Annuaire 1956-1957*, il a fait précéder de la mise en garde suivante le texte des déclarations faites en vertu de l'article 36 (dont celle du Nicaragua) :

« Les textes des déclarations énoncées dans ce chapitre sont reproduits uniquement pour la commodité du lecteur. L'inclusion de la déclaration émanant d'un Etat quelconque ne saurait être considérée comme l'indication des vues du Greffe ni, à fortiori, de celles de la Cour, sur la nature, la portée ou la validité de l'instrument en question. » (P. 205-206.)

Il n'est pas possible de prouver que l'inclusion de cette mise en garde ait été suscitée par l'incertitude entourant la valeur juridique de la déclaration du Nicaragua, mais on peut raisonnablement le supposer. Quels que soient en tout cas ses origines, cette mise en garde, qui apparaît dans les éditions ultérieures de l'*Annuaire*, sert à situer dans son juste contexte la présence du Nicaragua dans les listes de l'*Annuaire*.

47. Les *Annuaire*s de la Cour sont instructifs à un autre titre encore. En effet, à la page 188 de la version anglaise de l'*Annuaire 1955-1956*, on trouve une rubrique intitulée, en caractères gras : « List of States which recognize the compulsory jurisdiction of the International Court of Justice or which are *still bound* by their *declarations accepting* the compulsory jurisdiction of the Permanent Court of International Justice. » (Les italiques sont de moi.) Le nom du Nicaragua figure dans cette liste, avec, en regard, un renvoi à la note de bas de page qui est alors réintroduite. Selon la thèse que le Nicaragua et la Cour semblent défendre, l'expression « *still bound* », en français « encore liés », signifierait – dans l'unique cas du Nicaragua – « never bound », en français « jamais liés », par la juridiction de la Cour permanente, mais liés par la juridiction de la Cour actuelle. Le Nicaragua – ou la Cour – traite-t-il avec plus de sérieux la version française de l'*Annuaire* ? On y trouve, à la page 182, la « Liste analytique des États qui reconnaissent comme obligatoire la juridiction de la Cour internationale de Justice ou qui sont *encore liés* par leur acceptation de la juridiction de la Cour permanente de Justice internationale. » (Les italiques sont de moi.) Comment peut-on concilier le sens que cette expression, « encore liés », donne à l'article 36, paragraphe 5, avec le sens que la Cour donne au texte français de l'article 36, paragraphe 5 ? Au paragraphe 30 de son arrêt en l'espèce, la Cour juge révélateur que le texte anglais de l'article 36, paragraphe 5, ne précise pas que les déclarations doivent être obligatoires (*binding*). Dans ces conditions, comment la Cour peut-elle expliquer le titre donné à cette liste dans l'*Annuaire*, qui définit le sens de l'article 36, paragraphe 5, par l'expression « encore liés » ? Comme je l'ai déjà dit, ce n'est pas la terminologie de cet *Annuaire* seulement qui soulève ces questions. Par exemple, l'*Annuaire 1946-1947*, où l'on trouve la première version de la note de bas de page, contient de la même manière, à la page 217, une « Liste des États qui ont reconnu comme obligatoire la juridiction de la Cour internationale de Justice ou qui sont encore liés par leur adhésion à la Disposition facultative du Statut de la Cour permanente de Justice internationale... »

#### 10. Les indications des Rapports de la Cour à l'Assemblée générale

48. Depuis 1968, la Cour soumet chaque année à l'Assemblée générale des Nations Unies un *Rapport* succinct, où l'on trouve une liste des États liés par la juridiction obligatoire de la Cour. Le Nicaragua a toujours figuré sur cette liste. Cette indication démontre-t-elle en droit que le Nicaragua est partie à la juridiction obligatoire de la Cour, et empêche-t-elle la Cour de dire qu'il ne l'est pas ?

49. En adoptant ces *Rapports* adressés à l'Assemblée générale, les membres de la Cour ne vérifient pas les faits qui servent de base à la liste des Etats réputés avoir accepté la juridiction obligatoire de la Cour. Cette liste leur est soumise par le Greffe, et ils l'acceptent automatiquement. La preuve en est dans le *Rapport de la Cour internationale de Justice, 1<sup>er</sup> août 1982-31 juillet 1983* (A/38/4), qui contient à la page 1 le paragraphe suivant :

« 8. Quarante-sept Etats reconnaissent actuellement comme obligatoire la juridiction de la Cour en vertu de déclarations déposées aux termes du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut (un certain nombre le font avec réserves). Il s'agit des Etats suivants : Australie, Autriche, Barbade, Belgique, Botswana, Canada, Colombie, Costa Rica, Danemark, Egypte, El Salvador, Etats-Unis d'Amérique, Finlande, Gambie, Haïti, Honduras, Inde, Israël, Japon, Kampuchea démocratique, Kenya, Libéria, Liechtenstein, Luxembourg, Malawi, Malte, Maurice, Mexique, Nicaragua, Nigéria, Norvège, Nouvelle-Zélande, Ouganda, Pakistan, Panama, Pays-Bas, Philippines, Portugal, République dominicaine, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Somalie, Soudan, Swaziland, Suède, Suisse, Togo et Uruguay. On trouvera au chapitre IV (sect. II) de l'*Annuaire 1982-1983* de la Cour le texte des déclarations déposées par ces Etats. »

On constatera que le Nicaragua apparaît ainsi dans la liste des Etats qui ont déposé une déclaration « aux termes du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut ». Or, lorsque la Cour parle « du Statut », elle se réfère à son Statut ; et le fait est que le Nicaragua n'a jamais fait de déclaration aux termes de l'article 36, paragraphe 2, du Statut de la Cour. Le Nicaragua ne prétend d'ailleurs pas le contraire : il prétend seulement être lié par la juridiction obligatoire de la Cour du fait d'une déclaration faite aux termes du Statut de la Cour permanente, et par application de l'article 36, paragraphe 5, du Statut de la Cour actuelle. Mais ce n'est pas ce que dit le *Rapport* que je viens de citer. Soutiendra-t-on que, bien qu'étant inexactes, ces indications ont acquis force de loi parce qu'elles figurent dans un rapport à l'Assemblée générale ?

50. Le *Rapport de la Cour internationale de Justice, 1<sup>er</sup> août 1983-31 juillet 1984* (A/39/4) contient le paragraphe suivant :

« 7. Quarante-sept Etats reconnaissent actuellement comme obligatoire la juridiction de la Cour en vertu de déclarations déposées aux termes des paragraphes 2 et 5 de l'article 36 du Statut (un certain nombre le font avec réserves). Il s'agit des Etats suivants : Australie, Autriche, Barbade, Belgique, Botswana, Canada, Colombie, Costa Rica, Danemark, Egypte, El Salvador, Etats-Unis d'Amérique, Finlande, Gambie, Haïti, Honduras, Inde, Israël, Japon, Kampuchea démocratique, Kenya, Libéria, Liechtenstein, Luxembourg, Malawi,

Malte, Maurice, Mexique, Nicaragua, Nigéria, Norvège, Nouvelle-Zélande, Ouganda, Pakistan, Panama, Pays-Bas, Philippines, Portugal, République dominicaine, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Somalie, Soudan, Swaziland, Suède, Suisse, Togo et Uruguay. On trouvera au chapitre IV (sect. II) de l'*Annuaire 1983-1984* de la Cour le texte des déclarations déposées par ces Etats. »

Ainsi, l'erreur qui figurait dans le *Rapport* de l'année dernière a été réparée dans le *Rapport* de cette année, ce qui se comprend facilement, vu que ce dernier a été rédigé et adopté bien après l'ouverture de la présente instance. Il reste que l'erreur consistant à indiquer dans les *Rapports* de la Cour à l'Assemblée générale que le Nicaragua a reconnu la juridiction obligatoire de la Cour actuelle en vertu de l'article 36, paragraphe 2, se retrouve dans tous les *Rapports* publiés entre le 1<sup>er</sup> août 1973 et le 31 juillet 1983, c'est-à-dire dans neuf *Rapports*, sur les seize soumis à l'Assemblée générale à ce jour.

51. Il est donc possible de démontrer – et il est démontré – que, lorsque la Cour fournit des renseignements de caractère administratif, non seulement elle peut commettre des erreurs et les répéter, mais elle ne saurait être réputée faire un prononcé en droit ou ayant un effet juridique. Il existe une différence évidente entre l'action administrative de la Cour et son action judiciaire. Son action administrative – surtout lorsque, comme dans ce cas, elle est entachée de contradictions – ne peut raisonnablement être considérée comme établissant le droit, ni comme empêchant la Cour de déterminer la règle de droit. D'ailleurs, si son dernier *Rapport* avait une telle valeur, pourquoi la Cour recevrait-elle des mémoires minutieux, entendrait-elle des plaidoiries détaillées et rédigerait-elle un arrêt sur cette question même ? Elle pourrait décider que cette question extrêmement complexe est en fait parfaitement simple, et la résoudre, non pas par son *Rapport* de l'année dernière, mais par celui de cette année.

52. En somme, un lecteur hâtif des *Annuaire*s et des *Rapports* de la Cour peut en retirer l'impression que le Nicaragua est lié par la juridiction obligatoire de la Cour – sinon en vertu de l'article 36, paragraphe 2, du moins en vertu de l'article 36, paragraphe 5. Mais ce n'est pas là une conclusion de juriste, tirée d'une analyse détaillée de la documentation en la matière, et encore moins du droit applicable. Ce n'est pas non plus une conclusion qu'on peut tirer du recueil intitulé *Signatures, ratifications, acceptations, adhésions, etc., relatives aux conventions et accords multilatéraux pour lesquels le Secrétaire général exerce les fonctions de dépositaire*, auquel la Cour, au paragraphe 36 de l'arrêt, attache « un poids particulier ». Il est en effet précisé dans cette publication que « toutes les données et notes concernant [les] déclarations » d'acceptation de la juridiction de la Cour sont tirées de l'*Annuaire* de la Cour, et, lorsque l'*Annuaire* ajoute une note de bas de page au mot « Nicaragua », il en est de même dans la publication correspondante du Secrétaire général. (Voir par exemple *Traité multilatéraux pour lesquels le Secrétaire général exerce les fonctions de dépositaire – Etat au 31 décembre 1982*, p. 25 et 27, note 54).

### 11. La conduite des Parties

53. Le Nicaragua prétend que, en tout état de cause, sa déclaration de 1929 a pour effet de donner compétence à la Cour dans la présente instance « pour une raison tout à fait distincte et indépendante », qu'il expose dans les termes suivants :

- « i) La conduite du Nicaragua depuis trente-huit ans démontre sans ambiguïté son consentement à être lié par la juridiction obligatoire de la Cour. Une telle manifestation de consentement prévaut sur tout vice de forme dont pourrait être entachée la ratification du protocole de signature par le Nicaragua.
- ii) La conduite des Etats-Unis depuis trente-huit ans, de même que la conduite des autres Etats qui ont déclaré accepter la juridiction obligatoire de la Cour, vaut acceptation de la validité de la déclaration de 1929 du Nicaragua et acquiescement à cette validité, et renonciation à toute protestation pour vice de forme contre la ratification du protocole de signature par le Nicaragua. » (Mémoire du Nicaragua, par. 85.)

54. L'argument n'est pas convaincant, pour deux raisons. La première est que la conduite en question est en fait ambiguë et que, pour ce qui est des Etats-Unis, on ne peut raisonnablement l'interpréter comme valant acquiescement à la validité de la déclaration nicaraguayenne de 1929. La deuxième est que, même si la conduite des Parties était plus constante et plus favorable à la thèse du Nicaragua, on ne saurait soutenir qu'un Etat peut devenir partie à la clause facultative du Statut, non par le dépôt d'une déclaration auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, conformément à l'article 36, paragraphes 2 et 4, ni par application de l'article 36, paragraphe 5, mais par des actes étrangers à ces dispositions. Les ambiguïtés qui marquent le comportement du Nicaragua ne permettent en rien d'établir la réalité de son consentement : si le Nicaragua avait voulu veiller à ce que son consentement fût réel, il lui suffisait de déposer une déclaration en vertu de l'article 36, paragraphes 2 et 4. Quoi qu'il en soit d'ailleurs, le dépôt d'un instrument de ratification n'est pas une simple formalité facultative : comme il est dit au paragraphe 12 de la présente opinion, lorsqu'un traité prévoit ce moyen de ratification à l'exclusion de tout autre (comme c'était le cas du protocole de signature), seul ce moyen est autorisé. Pour reprendre les termes de l'arrêt dans l'affaire du *Temple de Préah Vihéar*, il s'agit là, comme dans le cas du dépôt d'une déclaration en vertu de l'article 36, paragraphe 4, de la Cour actuelle, d'une « prescription juridique impérative ».

55. Puisque, malgré les considérations qui précèdent, la Cour attache du poids à ce qu'elle semble tenir pour un comportement suffisamment constant des Parties, ce comportement appelle quelques observations.

56. Certes, le Nicaragua figure comme Etat partie à la juridiction obligatoire de la Cour dans les *Annuaire*s et les *Rapports* de la Cour (et dans les recueils du Secrétaire général et de divers pays) ; et nombre d'arguments sont tirés du fait que cette classification n'a jamais suscité de protestation.

Mais que signifie cette absence de protestation ? On peut y voir, de la part du Nicaragua, une intention d'être lié ; mais, si l'on se rappelle que le Nicaragua n'a jamais contesté la note de bas de page ou n'y a jamais réagi d'une autre manière, on peut y voir aussi l'intention de ne pas être lié. Quant aux Etats-Unis, et aux Etats tiers en général, dès lors qu'aucun litige avec le Nicaragua ne se profilait, ils n'avaient aucune raison de s'élever contre ce qui, à l'analyse, aurait pu leur apparaître comme une indication discutable.

57. Par ailleurs, le comportement du Nicaragua dans l'affaire de la *Sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne le 23 décembre 1906* et à l'occasion de cette affaire donne bel et bien à penser que le Nicaragua ne se tenait pas pour lié par la juridiction obligatoire de la Cour — façon de voir que partageaient le Honduras et les Etats-Unis. Le Honduras était désireux de citer le Nicaragua devant la Cour, dans l'espoir que celle-ci confirmerait la sentence arbitrale par laquelle le roi d'Espagne avait, en 1906, attribué au Honduras un territoire que le Nicaragua continuait d'occuper ; et il s'était assuré les services de Manley O. Hudson en tant que conseil principal. C'est ce qui incita Hudson à adresser au Greffier la demande de renseignements qui devait aboutir à la réapparition de la note de bas de page dans l'*Annuaire 1955-1956*. Cette correspondance avec le Greffier confirma Hudson dans l'opinion que, si le Honduras invoquait son propre acquiescement à la juridiction obligatoire de la Cour et la déclaration de 1929 du Nicaragua, il était peu probable que la Cour conclût qu'elle avait compétence à l'égard du Nicaragua. Le Honduras sollicita alors les bons offices des Etats-Unis, afin de persuader le Nicaragua de conclure un compromis pour la soumission de l'affaire à la Cour. Et l'on trouve, dans un mémorandum en date du 15 juin 1955, adressé aux Etats-Unis par le Honduras, le passage suivant :

« Jusqu'ici le Nicaragua a refusé de reconnaître la juridiction obligatoire de la Cour internationale de Justice, ce qui eût permis à celle-ci de connaître de l'affaire que le Honduras pensait introduire contre lui et de statuer à ce sujet. Le Nicaragua a proposé que les deux pays signent une sorte de protocole spécial pour soumettre l'affaire à la Cour, afin que celle-ci puisse déclarer si la sentence est valide ou non. » (Contre-mémoire des Etats-Unis, annexe 34, p. 2.)

Par la suite, un entretien de Guillermo Sevilla-Sacasa, ambassadeur du Nicaragua aux Etats-Unis, avec des représentants du département d'Etat, donna lieu, le 21 décembre 1955, aux propos suivants, selon une note rédigée après cet entretien et que les Etats-Unis ont présentée comme élément de preuve :

« Mention a été faite de ce que l'affaire n'avait pas été antérieurement soumise à la Cour, parce que le Nicaragua n'avait jamais accepté de se soumettre à la juridiction obligatoire.

L'ambassadeur Sevilla-Sacasa a indiqué qu'il faudrait un accord entre les deux pays pour surmonter cette difficulté. » (*Ibid.*, p. 4, et app. K, p. 2.)

Le problème fut finalement porté devant l'Organisation des Etats américains, qui réussit à persuader le Nicaragua et le Honduras de conclure un compromis pour soumettre l'affaire à la Cour. Il ressort cependant de certains éléments du dossier que le Honduras n'était pas sûr que le Nicaragua se présenterait vraiment devant la Cour (voir par exemple la requête, où le Honduras prie à plusieurs reprises la Cour de statuer « tant en présence qu'en l'absence du Gouvernement du Nicaragua » (*C.I.J. Mémoires, Sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne le 23 décembre 1906*, vol. I, par exemple à la page 10)). Cela explique peut-être que le Honduras n'invoquait pas uniquement les termes du compromis, mais soutenait aussi que, le télégramme adressé à la Société des Nations par le Nicaragua valant ratification, cet Etat était lié par la clause facultative en vertu de l'article 36, paragraphe 5 (*ibid.*, p. 8-9). Il était d'ailleurs de l'intérêt du Honduras de chercher à établir de cette manière la compétence, puisque cela lui permettait de demander réparation pour occupation illégale de son territoire, ce que le compromis lui interdisait.

58. A l'inverse, le Nicaragua n'avait pas intérêt à accepter l'argument du Honduras selon lequel il était lié par le jeu de l'article 36, paragraphe 5, puisqu'il eût risqué alors d'être condamné à verser des dommages-intérêts. C'est peut-être la raison pour laquelle il se garda de faire ce qu'il aurait pu faire aisément et plausiblement : déclarer sans ambages à la Cour qu'il convenait être lié par la juridiction obligatoire de la Cour du fait de sa déclaration de 1929 et de l'application de l'article 36, paragraphe 5. Or le Nicaragua déclara ce qui suit :

« Il va de soi dès lors que la compétence de la Cour internationale de Justice pour résoudre le présent conflit ne rencontre de sa part aucune contradiction. Elle a été du reste expressément admise par l'une et l'autre Partie dans un accord des 21 et 22 juin 1957 ... reproduit dans la résolution de l'Organisation des Etats américains. Le Nicaragua est d'accord avec le Honduras ... pour attribuer à cet acte valeur de compromis.

2. La Cour constatera d'autre part que, de l'accord des Parties, le différend actuel se trouve défini dans ladite résolution ainsi que dans les divers documents comme celui « qui existe entre elles au sujet de la *décision arbitrale* prononcée le 23 décembre 1906 par S. M. le roi d'Espagne » et non pas comme portant sur une demande d'*exécution* de la décision ou de dénonciation de sa violation.

Sans doute le ministre des affaires étrangères du Honduras a-t-il dans une déclaration annexée à l'accord du 21 juillet 1957 ... expressément exprimé son désir d'obtenir que la décision arbitrale ... soit exécutée et que « la non-exécution, par le Nicaragua, de ladite décision constitue au regard de l'article 36 du Statut de la Cour internationale de Justice (?) et des règles de droit international une violation d'un engagement international ».

Mais le Nicaragua a, de façon non moins nette, exprimé au même moment l'intention non seulement « de s'opposer à la requête du

Honduras ... en opposant les exceptions qu'il jugera bon pour contester la validité de la décision arbitrale du 23 décembre 1906 et sa force obligatoire », mais encore de faire « valoir tous les droits qu'il jugera appropriés pour la défense de ses intérêts », continuant de soutenir notamment « qu'en ce qui concerne ses frontières avec le Honduras, la situation juridique est la même qu'avant le prononcé de la décision arbitrale »...

Or, il a été expressément entendu dans l'accord du 21 juillet 1957 « que chaque gouvernement présentera, dans le cadre de sa souveraineté et conformément aux dispositions de cet instrument, l'aspect du différend qu'il jugera approprié ».

3. Ajoutons que ce ne peut être que par inadvertance que le Honduras présente la première demande formulée dans ses conclusions comme entrant dans la catégorie de différends visés à l'article 36, chiffre 2 c), du Statut de la Cour internationale de Justice. Le présent différend ne porte en aucune façon *sur la réalité* de tout fait qui, s'il était établi, constituerait la violation d'un engagement international. Il n'y a en l'espèce aucune contestation sur la réalité de l'exercice de la souveraineté par le Nicaragua dans une partie du territoire litigieux ; mais il y a désaccord sur l'existence d'une obligation quelconque pour le Nicaragua de se prêter à l'exécution d'une prétendue sentence arbitrale contre laquelle il a formulé depuis des années une série de critiques graves et précises, se déclarant dès le début disposé à se ranger sur ce point à l'opinion d'arbitres.

4. De même, le Nicaragua ne peut que marquer sa surprise de l'invocation faite par le Honduras de l'article VI du Pacte de Bogotá, ratifié par les deux Parties au présent litige et aux termes duquel les procédés qui y sont prévus « *ne pourront pas être appliqués* aux affaires déjà réglées par les Parties ou par une sentence arbitrale ».

En effet, il est bien connu que le Nicaragua accompagna sa signature dudit traité d'une réserve expresse libellée comme suit :

« La délégation du Nicaragua, en donnant son approbation au traité américain de solutions pacifiques (pacte de Bogotá), désire que soit consigné expressément dans le procès-verbal qu'aucune disposition contenue dans le présent traité ne pourra porter préjudice à la position adoptée par le Gouvernement du Nicaragua concernant des sentences arbitrales dont il aurait contesté la validité en conformité avec le droit international, qui permet clairement la contestation des sentences arbitrales considérées comme nulles ou entachées de vices. Par conséquent, la signature du présent traité par la délégation du Nicaragua ne pourra pas être interprétée comme entraînant acceptation des sentences arbitrales que le Nicaragua ait contestées et dont la validité n'a pas été vérifiée. »

Il est vrai que, suivant la résolution de l'Organisation des Etats américains du 5 juillet 1957 précitée, l'accord donné par le Nicaragua au mode de règlement proposé impliquait de sa part l'abandon de la réserve formulée au pacte de Bogotá, mais il est clair que cet abandon était uniquement motivé par la certitude acquise que le litige allait en son entier être déféré à la Cour internationale de Justice et qu'il serait contraire à l'intention certaine des Parties de l'interpréter comme une reconnaissance de la validité de la sentence du 23 décembre 1906 ou une renonciation à faire valoir ses griefs devant la Cour.

Dans ces conditions, sous réserve de ce qui pourrait être dit à ce sujet dans la réplique, le Nicaragua ne reviendra plus sur cette question de compétence. » (*C.I.J. Mémoires, Sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne le 23 décembre 1906*, vol. I, p. 131-133.)

59. Ainsi, dans la seule affaire antérieure à la présente instance où la question de savoir si le Nicaragua était lié par la clause facultative s'est trouvée explicitement posée, le Nicaragua a gardé un silence significatif. Il n'a pas répondu à la question positivement ; il n'y a pas non plus répondu directement : il s'est borné à des réponses qui excluaient l'affaire du champ d'application de la clause facultative pour la fonder exclusivement sur le compromis. Ce n'est pas là le comportement d'un Etat qui nourrit et exprime la conviction d'être lié en vertu de la clause facultative.

60. Il y a d'autres faits encore qui affaiblissent l'argument du Nicaragua selon lequel sa conduite constante prouverait qu'il était, et s'estimait être, lié par la clause facultative. En particulier, après la conférence de San Francisco, le ministre des affaires étrangères du Nicaragua présenta au parlement nicaraguayen un rapport important sur la conférence, la Charte et le Statut de la Cour. Il y faisait état de l'attachement des Etats d'Amérique latine à la juridiction obligatoire de la Cour. Mais il n'y disait pas un mot pouvant même donner à penser qu'il considérait que le Nicaragua était lié par cette juridiction obligatoire.

61. La Cour semble d'avis que, si le Nicaragua, cité devant elle comme Etat défendeur, cherchait à nier avoir reconnu la juridiction obligatoire de la Cour par le jeu de l'article 36, paragraphe 5, elle rejeterait probablement cet argument ; et qu'en conséquence, puisqu'elle retiendrait contre le Nicaragua son acquiescement apparent à être lié en vertu de la clause facultative, elle doit en l'espèce retenir la même apparence contre les Etats-Unis. Selon moi, cette conclusion ne tient pas. Comme l'a dit la Cour dans l'affaire de l'*Anglo-Iranian Oil Co.* (arrêt, *C.I.J. Recueil 1952*, p. 105-107), l'Etat qui fait une déclaration en vertu de la clause facultative connaît pertinemment sa propre situation et ses propres intentions. Le Nicaragua est censé connaître, non seulement les ambiguïtés dont il est question dans les paragraphes qui précèdent, mais surtout les notes de bas de page et ce qu'elles signifient. Les faits permettent de penser que le Nicaragua a peut-être toujours été conscient de la possibilité de prétendre

n'être pas lié, malgré les indications contraires de l'*Annuaire* et autres publications. La Cour ne devrait donc pas permettre au Nicaragua de jouer sur les deux tableaux, en s'affirmant lié en vertu de la clause facultative, comme en l'espèce, et en évitant une telle affirmation, comme dans l'affaire de la *Sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne le 23 décembre 1906*. Certes, si les Etats-Unis introduisaient une instance contre le Nicaragua, il se pourrait bien que ces considérations les autorisent à invoquer l'acquiescement apparent du Nicaragua à être lié, vu que le Nicaragua, n'ayant pris aucune mesure publique, claire et non ambiguë pour dissiper l'impression qu'il est lié, ne saurait être admis à nier la réalité d'une apparence qu'il a si longtemps tolérée. En un mot, le Nicaragua ne serait peut-être pas en mesure de nier, après bientôt quarante ans, ce qu'il a toléré malgré les ambiguïtés dont il avait pertinemment connaissance. Mais ni les Etats-Unis ni les autres Etats n'étaient pas ou ne sont aussi bien placés pour avoir connaissance de ces ambiguïtés (même si l'on peut dire que les Etats-Unis avaient dans les années cinquante une certaine idée de la situation) ; les Etats-Unis et les autres Etats n'avaient pas le même devoir de connaître la position du Nicaragua ; et, par conséquent, ils pouvaient faire fond sur des apparences dont le Nicaragua savait pertinemment, ou aurait dû savoir, qu'elles étaient discutables.

## 12. Conclusion

62. A la lumière des faits et des analyses ci-dessus, je conclus que le Nicaragua n'a manifestement pas qualité pour ester devant la Cour en tant que partie à la juridiction obligatoire de celle-ci en vertu de l'article 36, paragraphe 5, du Statut. Vu cette conclusion, la requête du Nicaragua, dans la mesure où elle est fondée sur l'article 36, paragraphe 2, et l'article 36, paragraphe 5 — ce qu'elle est en grande partie et pour l'essentiel —, devait être rejetée.

### C. La Cour a-t-elle compétence à l'égard des Etats-Unis ? \*

#### 1. La juridiction en vertu de la clause facultative

63. Supposons — contrairement à ce que je crois être l'évidence — que le Nicaragua soit assujéti à la juridiction obligatoire de la Cour. Les Etats-Unis sont-ils, en l'espèce, assujéti à cette juridiction en vertu de leur déclaration du 26 août 1946 ? Question qui soulève à son tour trois questions subsidiaires :

- La déclaration du 26 août 1946 des Etats-Unis est-elle valide ?
- Si elle est valide, la réserve Vandenberg à la juridiction obligatoire de la Cour dans le cas des affaires mettant en jeu des traités multilatéraux, qui fait partie de cette déclaration, exclut-elle en tout ou en partie les demandes du Nicaragua ?

– Si elle est valide, la note du 6 avril 1984 des Etats-Unis exclut-elle les demandes du Nicaragua ?

i) *La réserve Connally*

64. Comme on le sait, Lauterpacht, dans son opinion dissidente jointe en l'affaire de l'*Interhandel* (arrêt, C.I.J. Recueil 1959, p. 95), concluait à la non-validité de la déclaration des Etats-Unis du 26 août 1946, au motif que cette déclaration est assortie de la réserve automatique et discrétionnaire dite « réserve Connally », par laquelle les Etats-Unis excluent de la juridiction de la Cour :

« b) [les] différends relatifs à des questions relevant essentiellement de la compétence nationale des Etats-Unis d'Amérique, telle qu'elle est fixée par les Etats-Unis d'Amérique ».

Lauterpacht était déjà parvenu à une conclusion analogue dans l'affaire relative à *Certains emprunts norvégiens* (arrêt, C.I.J. Recueil 1957, p. 34), à propos d'une réserve discrétionnaire française. Dans l'affaire de l'*Interhandel*, il résumait sa position comme suit :

« a) la réserve en question, tout en étant une partie essentielle de la déclaration d'acceptation, est en contradiction avec le paragraphe 6 de l'article 36 du Statut de la Cour ; la Cour ne peut donc pas l'appliquer ; ce qui signifie qu'elle n'est pas valable ;

b) sans tenir compte de son incompatibilité avec le Statut, cette réserve, en conférant effectivement au Gouvernement des Etats-Unis le droit de juger en dernier ressort si, dans une affaire particulière, il est tenu d'accepter la compétence de la Cour, retire à la déclaration d'acceptation le caractère d'un instrument juridique, exprimant des droits et des obligations juridiques dont un tribunal judiciaire peut connaître ;

c) cette réserve, étant un élément essentiel de la déclaration d'acceptation, ne peut en être séparée afin de retirer de la déclaration l'élément qui la vicie la rendant incompatible avec le Statut, et lui retire le caractère d'une obligation juridique. Le Gouvernement des Etats-Unis n'étant pas, par la prétendue déclaration d'acceptation qu'il avait souscrite, devenu partie en droit au système de la clause facultative de l'article 36 (2) du Statut, ne saurait l'invoquer en qualité de demandeur ; non plus qu'il ne saurait être cité devant la Cour en vertu de sa déclaration d'acceptation. » (C.I.J. Recueil 1959, p. 101.)

65. Dans la déposition que j'ai faite en 1960 devant la commission des affaires étrangères du Sénat, j'ai souscrit au point de vue de Lauterpacht (*Compulsory Jurisdiction, International Court of Justice, Hearings before the Committee on Foreign Relations, United States Senate, Eighty-Sixth Congress, Second Session, on S. Res. 94, 1960, p. 202-203*). Je le juge toujours fort valable, sans méconnaître pour autant la valeur de l'argument selon

lequel les années écoulées depuis l'analyse de Lauterpacht peuvent en avoir affaibli le poids, puisque les déclarations assorties de réserves discrétionnaires sont apparemment depuis longtemps considérées comme valables, du moins par les Etats déclarants. Si l'on appliquait l'analyse à la présente affaire, il faudrait conclure que l'adhésion des Etats-Unis à la clause facultative n'est pas valable et qu'en conséquence, dans la mesure où le Nicaragua invoque cette adhésion, la requête nicaraguayenne doit être rejetée.

66. Mais je ne fonde pas mes conclusions en l'espèce sur cette base, pour la raison essentielle — mais non pas unique — que les Etats-Unis eux-mêmes ont déclaré que leur adhésion à la juridiction de la Cour par le jeu de leur déclaration du 26 août 1946 est valable, que ce soit pour la présente affaire ou en général. Je dis cela sans préjuger de ma position sur la question pendant la suite éventuelle de la procédure, et eu égard à la déclaration ci-après, qui figure en note à la page 9 du contre-mémoire des Etats-Unis :

« Compte tenu des pièces de procédure déposées par le Nicaragua à ce jour, les Etats-Unis ont décidé de ne pas invoquer la réserve « b) » de leur déclaration de 1946 (appelée « amendement Connally »). Cette décision doit cependant s'entendre sans préjudice de leur droit d'invoquer ultérieurement ladite réserve à propos de tout acte de procédure et de toute instance ou affaire devant la Cour. »

De plus, et pour d'autres raisons, je conclus qu'en tout état de cause le Nicaragua ne peut tirer parti contre les Etats-Unis de leur déclaration du 26 août 1946.

ii) *La réserve relative aux traités multilatéraux (réserve Vandenberg)*

67. La réserve Vandenberg — ou réserve relative aux traités multilatéraux — dont est assortie la déclaration d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour faite par les Etats-Unis le 14 août 1946, dispose que cette juridiction ne s'étend pas :

« c) aux différends résultant d'un traité multilatéral, à moins que  
1) toutes les parties au traité que la décision concerne soient également parties à l'affaire soumise à la Cour, ou que 2) les Etats-Unis d'Amérique acceptent expressément la compétence de la Cour ».

Les Etats-Unis soutiennent que, puisque le Nicaragua fonde pour l'essentiel sa requête sur la prétendue violation, par les Etats-Unis, de leurs obligations conventionnelles résultant de la Charte des Nations Unies, de la charte de l'Organisation de Etats américains et de deux autres traités interaméricains, la Cour est tenue de donner effet à cette exclusion de compétence. Etant donné qu'aux dires du Nicaragua, El Salvador, le Honduras et Costa Rica agissent de concert avec les Etats-Unis, et vu la situation de fait régnant en Amérique centrale, qui trouve son origine dans

les actes de subversion et d'agression commis par le Nicaragua contre ses voisins, le jugement, quel qu'il soit, que la Cour portera sur le fond de la demande nicaraguayenne ne peut pas ne pas « concerner » ces Etats. Les Etats-Unis, tout en reconnaissant que le Nicaragua allègue également certaines violations du droit international coutumier, soutiennent en effet que les demandes nicaraguayennes sont entièrement et fondamentalement régies par les dispositions expresses des traités qu'il invoque, à telle enseigne que la Cour ne saurait statuer au fond sur ces demandes en excluant ces dispositions : les demandes du Nicaragua fondées sur des violations du droit international coutumier ne font, selon les Etats-Unis, que paraphraser les normes conventionnelles dont l'application se trouve exclue. De son côté, le Nicaragua soutient que la réserve relative aux traités multilatéraux a simplement été surajoutée ; que le procès verbal des délibérations du Sénat indique qu'elle porte sur un problème fictif, et qu'en tout état de cause, même appliquée, cette réserve demeurerait sans effet sur les demandes formulées au titre du droit international coutumier, qui, d'après le Nicaragua, régit les points en litige indépendamment des dispositions conventionnelles invoquées par lui. (On trouvera un résumé beaucoup plus complet des arguments des Parties à ce sujet aux paragraphes 68 et 71 de l'arrêt de la Cour.)

68. En se prononçant sur la question de la réserve relative aux traités multilatéraux, la Cour dégage les conclusions suivantes :

- a) El Salvador, le Honduras et le Costa Rica, étant liés par la juridiction obligatoire de la Cour, sont libres d'intenter une action contre le Nicaragua s'ils pensent que la décision future de la Cour peut les affecter. De plus, ils peuvent recourir à la procédure incidente de l'intervention. On ne saurait donc dire qu'ils ont besoin d'être protégés par la réserve relative aux traités multilatéraux des Etats-Unis.
- b) Il appartient à la Cour de déterminer quels sont les Etats « affectés » au sens de la réserve. Mais « ce n'est qu'à partir du moment où les grandes lignes de son arrêt se dessinent qu'elle pourrait déterminer quels Etats seraient affectés ». Ainsi, dans l'hypothèse où la Cour déciderait de rejeter la requête du Nicaragua sur la base des faits allégués, aucun Etat tiers ne pourrait se dire « affecté ».
- c) La question de savoir quels sont les Etats pouvant être « affectés » est une question de substance qui relève du fond de l'affaire, et n'est « de toute évidence » pas juridictionnelle. La Cour doit donc, en vertu de l'article 79, paragraphe 7, de son Règlement déclarer que l'objection tirée de la réserve « n'a pas dans les circonstances de l'espèce un caractère exclusivement préliminaire » et par conséquent n'est pas un obstacle à ce que la Cour statue au fond sur la requête nicaraguayenne. En même temps, la Cour affirme que la révision du Règlement a supprimé la procédure de la jonction au fond des exceptions préliminaires.
- d) Enfin, la réserve relative aux traités multilatéraux ne saurait empêcher

la Cour de statuer sur toutes les demandes du Nicaragua, car celles-ci sont également fondées sur les principes du droit international coutumier. Le fait que ces principes soient codifiés ou incorporés dans des conventions multilatérales ne signifie pas qu'ils cessent d'exister et de s'appliquer en tant que principes de droit coutumier.

69. Les conclusions *a)*, *b)* et *c)* sont, à mon avis, erronées. La conclusion *d)* pose de difficiles questions de fond, qui seront examinées ci-après. Ma position s'appuie sur le raisonnement suivant.

70. A propos de *a)*, on notera que la réserve relative aux traités multilatéraux exclut du champ de l'acquiescement des Etats-Unis à la juridiction obligatoire de la Cour les différends qui découlent d'un traité multilatéral, à moins que « toutes les parties au traité que la décision concerne soient également parties à l'affaire soumise à la Cour » (les italiques sont de moi). Or seuls le Nicaragua et les Etats-Unis sont actuellement Parties à l'instance – le fait que les Etats tiers concernés par la décision puissent, s'ils le veulent, intenter une action distincte contre le Nicaragua, ou demander d'intervenir dans la présente espèce, est sans rapport avec l'objet de la réserve. Peut-être ces Etats, ou certains d'entre eux, décideront-ils de ne pas introduire d'instance contre le Nicaragua : aucun ne l'a fait à ce jour, et c'est là leur droit le plus absolu. On ne sait pas davantage s'ils chercheront à intervenir en recourant à une procédure dont l'issue (à en juger par les récentes ordonnances de la Cour dans le cas de Malte, de l'Italie et d'El Salvador) est en tout état de cause problématique. Mais la considération déterminante pour appliquer la réserve relative aux traités multilatéraux – plutôt que pour l'éviter – reste la réponse à une simple question de fait : toutes les parties aux traités multilatéraux invoqués que la décision concerne sont-elles aussi parties à l'affaire devant la Cour ? Visiblement, cette réponse est négative. D'autre part, les Etats-Unis n'ont pas expressément accepté la compétence de la Cour en l'espèce. La réserve qui, vu sa nature, doit prendre effet pendant la phase juridictionnelle de la procédure, est donc applicable, et doit être appliquée. Il est, par contre, moins aisé de dire quels sont les Etats que la décision « concerne ».

71. S'agissant de *b)*, la Cour a raison de dire que c'est à elle qu'il appartient de déterminer quels sont les Etats « affectés » au sens de la réserve. Elle conclut toutefois que « ce n'est qu'à partir du moment où les grandes lignes de son arrêt se dessinent qu'elle pourrait déterminer quels Etats seraient « affectés ». Or il va sans dire que, si sa décision ne peut être prise qu'à ce stade, après que les Parties auront plaidé au fond, la réserve perd sa nature d'exception préliminaire. La Cour en déduit que cette réserve est inapplicable pendant la phase juridictionnelle de la procédure. Je ne saurais souscrire à une telle interprétation de la réserve relative aux traités multilatéraux. La Cour n'a pas à interpréter les réserves dont les Etats assortissent leur adhésion à la juridiction obligatoire d'une manière qui, si elle ne conduit pas « à un résultat ... manifestement absurde ou déraisonnable » (convention de Vienne sur le droit des traités, art. 32), aboutit néanmoins à dénier à une réserve l'objet évident pour lequel elle a

été conçue. La Cour est tenue, conformément à sa constante jurisprudence, de donner effet aux « liens étroits et nécessaires qui existent toujours entre une clause juridictionnelle et les réserves dont elle fait l'objet » (*Plateau continental de la mer Egée, C.I.J. Recueil 1978*, p. 33). Il ne lui est pas loisible de rompre ce lien en donnant d'une réserve une interprétation qui lui confère un sens qui la prive de son objet. L'interprétation de la Cour est de surcroît incompatible avec les termes de son Statut, et en contradiction avec les arguments des Parties dans la présente affaire.

72. L'interprétation donnée par la Cour de la réserve relative aux traités multilatéraux est incompatible avec l'article 62 de son Statut, qui est ainsi rédigé :

« 1. Lorsqu'un Etat estime que, dans un différend, un intérêt d'ordre juridique est pour lui en cause, il peut adresser à la Cour une requête, à fin d'intervention.

2. La Cour décide. »

On notera que, dans la version anglaise de cet article comme dans celle de la réserve relative aux traités multilatéraux, le terme « affected » est passif. En un sens, cependant, l'article 62 est plus restrictif que la réserve, puisqu'il ne s'applique qu'aux intérêts d'ordre juridique qui se trouvent « affected » (« en cause ») alors que la réserve vise en général les Etats « que la décision concerne » (« affected ») — que ce soit sur un plan juridique, politique, économique, militaire ou autre. Mais, dans un autre sens, l'article 62 est d'application plus large, puisqu'il y suffit que l'Etat « considère » que son intérêt d'ordre juridique est en cause, alors que la réserve fait mention seulement des Etats que la décision « concerne ». Mais deux faits intéressant l'article 62 sont plus instructifs pour ce qui est de la question qui nous occupe : le premier est que cet article du Statut élaire de façon concluante l'emploi de ce terme, « affected », auquel la Cour s'estime incapable en l'espèce de donner effet au stade actuel de la procédure. Le second est qu'il ressort de l'interprétation de l'article 62 par la Cour permanente et par la présente Cour qu'il n'a jamais été avancé jusqu'ici, et moins encore soutenu par la Cour, que l'article 62 était inapplicable parce que la Cour ne pouvait déterminer si un Etat avait effectivement un intérêt mis en cause — ou susceptible d'être mis en cause — par sa décision qu'à partir du moment où les grandes lignes de son arrêt se seraient dessinées.

73. L'interprétation donnée par la Cour de la réserve relative aux traités multilatéraux est en contradiction avec les arguments des Parties, qui montrent très clairement quels sont les Etats dont les intérêts seront affectés par le jugement au fond. Les affirmations du Nicaragua sont particulièrement probantes à cet égard, car ce sont les termes de sa requête, et les demandes énonçant ce qu'il prie la Cour de dire et juger, qui constituent le cadre dans lequel s'inscrit la présente affaire. Or, le Nicaragua, si ses demandes sont seulement adressées contre les Etats-Unis, précise que d'autres Etats d'Amérique centrale, outre lui-même, sont mêlés à ce dif-

férend. Dès le paragraphe 1 de sa requête, il est dit que les Etats-Unis ont installé plus de « 10 000 mercenaires ... dans plus de dix camps de base au Honduras, le long de la frontière avec le Nicaragua... » Cette accusation est développée à l'annexe A de la requête, dans les paragraphes d'introduction et dans ceux portant les numéros 1, 2, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 13, 14, 17, 20, 22 et 23. Le Nicaragua prétend également que 2000 « mercenaires », soutenus par les Etats-Unis, opèrent contre son territoire, à partir du Costa Rica (déclaration sous serment du ministre des affaires étrangères du Nicaragua, Miguel d'Escoto Brockmann, pièce II, paragraphe 5, présentée au cours de la procédure orale sur les mesures conservatoires) et que le Gouvernement costaricien agit de concert avec les Etats-Unis (déclaration sous serment de Luis Carrión, pièce I, paragraphe 4, présentée également lors de la procédure orale sur les mesures conservatoires). De plus, lors des audiences qui viennent de se tenir, l'agent du Nicaragua a affirmé que, dans ce même différend, « les Etats-Unis possèdent des bases, des stations de radar, des avions espions, des bateaux espions, que les armées d'El Salvador et du Honduras sont à leur service... » (audience du 8 octobre 1984) — en d'autres termes, que les Etats-Unis agissent de concert avec le Honduras et El Salvador. Il est en conséquence manifeste que, si les faits avancés par le Nicaragua sont tenus pour exacts et si la Cour décide de faire droit aux demandes du Nicaragua, sa décision concernera nécessairement les intérêts du Honduras, du Costa Rica et d'El Salvador. Cela ressort avec une clarté particulière de ce que le Nicaragua demande à la Cour de dire et juger, au paragraphe 26, alinéa g), de sa requête : les Etats-Unis

« ont le devoir exprès de mettre fin et de renoncer immédiatement ... à tout appui de quelque nature qu'il soit — y compris l'entraînement et la fourniture d'armes, de munitions, de fonds, d'approvisionnements, d'assistance, de direction ou toute autre forme de soutien — à toute nation ... se livrant ou se disposant à se livrer à des actions militaires ou paramilitaires au Nicaragua ou contre celui-ci... »

En effet les Etats-Unis fournissent un soutien actif au Honduras et à El Salvador sous forme d'entraînement, d'armements, de crédits, etc. ; le Nicaragua lui-même, dans sa requête et en plaidoirie, a affirmé que le Honduras et El Salvador se livrent, de concert avec les Etats-Unis, à des actions militaires ou paramilitaires au Nicaragua ou contre celui-ci ; et le Honduras et El Salvador, dans leurs communications à la Cour, ont déclaré qu'en réalité c'est le Nicaragua qui s'est livré et qui se livre contre eux à divers actes d'agression directe ou indirecte, y compris des agressions armées. (Voir la lettre du Gouvernement du Honduras adressée le 18 avril 1984 au Secrétaire général des Nations Unies, contenant les observations de ce pays sur la demande en indication de mesures conservatoires, alors pendante, ainsi que l'ordonnance du 10 mai 1984 et mon opinion dissidente, à la page 199 ; voir aussi aux paragraphes I à III, la déclaration d'intervention d'El Salvador du 15 août 1984, où il est affirmé, entre autres choses, qu'El Salvador « estime être l'objet d'une agression

armée réelle de la part du Nicaragua... », où El Salvador se plaint de « l'agression dont il est victime en raison de l'action subversive que dirige le Nicaragua... », et où il est dit que « le Nicaragua est devenu une base à partir de laquelle des terroristes s'efforcent de renverser le gouvernement élu par la population de notre nation. Ces terroristes sont dirigés, armés, approvisionnés et entraînés par le Nicaragua ». Autrement dit, le Nicaragua demande à la Cour un arrêt enjoignant aux Etats-Unis de mettre fin et de renoncer aux actions collectives qu'il affirme être dirigées contre lui, alors que les Etats-Unis, le Honduras et El Salvador affirment que ces mêmes actions sont des actes de légitime défense collective contre les agressions du Nicaragua. La décision de la Cour sur ce point critique ne pourra donc pas ne pas « concerner » le Honduras, El Salvador et – vu les allégations du Nicaragua – le Costa Rica en plus des Etats-Unis. Si la Cour admet pour vrais les faits allégués par le Nicaragua – ce qu'elle est en droit de faire pour déterminer si le Nicaragua présente un motif d'action qui relève de sa compétence ou qui est recevable –, il s'ensuit inévitablement que les intérêts du Honduras, du Costa Rica et d'El Salvador ne peuvent pas ne pas être mis en cause, quelle que soit la décision que la Cour prendra en l'espèce. Et en effet l'agent du Nicaragua a affirmé que le Nicaragua « n'a pas d'objection à la participation d'El Salvador » à la présente affaire, voire qu'il « n'a d'objection à la participation d'aucun autre Etat » (audience du 8 octobre 1984). Le Nicaragua reconnaît ainsi que, du moins au regard de l'article 63, les intérêts d'El Salvador, du Honduras et du Costa Rica se trouveront « en cause », quelle que soit la décision que prendra la Cour. D'ailleurs El Salvador a soumis une requête à fin d'intervention en vertu de l'article 63 du Statut ; la Cour, dans l'ordonnance qu'elle a rendue récemment, a fait entrevoir la possibilité d'une telle intervention lors de la procédure sur le fond ; et le Honduras et le Costa Rica, bien que ne demandant pas à intervenir, ont envoyé, soit à la Cour, soit au Secrétaire général, des communications qui témoignent de leur souci devant les effets qu'aura pour eux la décision que la Cour prendra en l'espèce.

74. La conclusion qui se dégage du détail des plaidoiries des Parties est confirmée par les principes du droit international. Si en effet les accusations du Nicaragua sont fondées – les actions dirigées à son encontre, que les Etats-Unis sont réputés mener ou appuyer, ont effectivement lieu, si ces activités sont illicites, et si le Honduras et le Costa Rica prêtent en connaissance de cause leur territoire et El Salvador, ses ressources, à la réalisation de ces actes – ces trois Etats violent eux aussi leurs obligations internationales. Et même si les agissements du Honduras, du Costa Rica et d'El Salvador n'engagent pas par eux-mêmes la responsabilité internationale de ces Etats, l'aide ou l'assistance prêtée par ces trois pays aux Etats-Unis pour l'accomplissement des actes perpétrés par ces derniers constitue un fait internationalement illicite. Ces notions élémentaires du droit international établi trouvent forme dans les projets d'articles sur la responsabilité des Etats rédigés par mon éminent collègue, M. Ago, et adoptés par la Commission du droit international, où l'article 27 se lit comme suit :

*« Aide ou assistance d'un Etat à un autre Etat pour la perpétration d'un fait internationalement illicite »*

L'aide ou l'assistance d'un Etat à un autre Etat, s'il est établi qu'elle est prêtée pour la perpétration d'un fait internationalement illicite réalisé par ce dernier, constitue elle aussi un fait internationalement illicite, même si, prise isolément, cette aide ou assistance ne constituait pas la violation d'une obligation internationale. » (*Annuaire de la Commission du droit international*, 1978, vol. II, partie 2, p. 111.)

Le commentaire qui accompagne ce projet d'article montre qu'il s'agit là de principes établis du droit international dans la doctrine et dans la pratique (p. 111-118). Et il découle de ces principes et des affirmations du Nicaragua que, si la Cour fait droit aux demandes de cet Etat, sa décision concernera nécessairement le Honduras, le Costa Rica et El Salvador.

75. L'idée exprimée par la Cour, en disant que, dans l'hypothèse où elle rejetterait la requête du Nicaragua, aucun Etat tiers ne pourrait se dire affecté par l'arrêt, n'est pas plus convaincante. Autant dire, pour transposer l'affaire sur le plan interne, que si un individu A est accusé devant un tribunal du pays dont il est ressortissant d'actes de terrorisme, avec trafic d'armes et de stupéfiants, et que les individus B, C et D, ressortissants étrangers se trouvant hors du ressort du tribunal, sont cités sans être inculpés, ils ne seront pas concernés – juridiquement, économiquement, moralement ou de toute autre manière – par un jugement aux termes duquel A est déclaré non coupable. Encore la présente espèce va-t-elle plus loin dans ce sens. Si en effet, dans notre hypothétique exemple, les étrangers, qui se trouvent hors de la juridiction du tribunal, ne sont pas, ou probablement pas, assujettis au droit appliqué par ce tribunal, il n'en va absolument pas de même dans la présente espèce. Il est vrai qu'aux termes de l'article 59 du Statut la décision de la Cour n'est obligatoire que pour les parties en litige et dans le cas qui a été décidé, et que le Nicaragua et les Etats-Unis sont en fait les seules Parties à la présente instance ; il n'en reste pas moins que tous les Etats sont assujettis au même droit qu'eux, c'est-à-dire au droit international. On peut donc dire, avec une certitude renforcée, que l'arrêt de la Cour dans la présente affaire affectera des Etats aussi profondément mis en cause par le requérant.

76. Supposons toutefois, en dépit des considérations qui précèdent, que la Cour a raison de soutenir une thèse qui a pour effet de rendre inopérante la réserve relative aux traités multilatéraux, à tout le moins durant la phase juridictionnelle de la procédure pour laquelle elle a été conçue. Supposons qu'elle a raison de conclure que « ce n'est qu'à partir du moment où les grandes lignes de son arrêt se dessineraient qu'elle pourrait déterminer quels Etats seraient « affectés ». Que peut-on déduire de cette étonnante conclusion ? Pour la Cour, on peut en conclure apparemment que, pour cette raison et pour d'autres, la réserve relative aux traités multilatéraux « ne s'oppose pas à ce que la Cour connaisse de l'instance introduite par le Nicaragua... » Ma conclusion est précisément à l'opposé.

77. Dans sa célèbre opinion dissidente en l'affaire de l'*Interhandel*, Hersch Lauterpacht faisait observer :

« La nullité en droit n'est pas autre chose que l'incapacité inhérente de produire des effets juridiques.

.....

Les Etats-Unis d'Amérique ont accepté les obligations découlant de l'article 36 (2) du Statut, à la condition que dans tout cas d'espèce il appartiendrait au Gouvernement des Etats-Unis d'Amérique, et non à la Cour internationale de Justice, de décider si une affaire relevait essentiellement de la compétence nationale des Etats-Unis d'Amérique. Cette condition, qui couvre une catégorie virtuellement exhaustive de différends relatifs à des questions relevant essentiellement de la compétence nationale, a remplacé — en sus d'une autre réserve d'une portée étendue figurant dans la déclaration d'acceptation des Etats-Unis et relative à l'interprétation des traités multilatéraux — la formule traditionnelle exigeant le consentement du Sénat ou du Gouvernement des Etats-Unis d'Amérique pour soumettre tout différend particulier à un tribunal international. La Cour, dont la compétence se fonde uniquement et exclusivement sur le consentement de l'Etat défendeur, doit respecter cette condition essentielle de la déclaration d'acceptation.

.....

Toute décision de la Cour qui lui attribuerait une compétence que lui refusent les termes exprès de l'instrument conférant la juridiction invoquée par les parties interrompt la continuité de la jurisprudence constante de la Cour. Cette jurisprudence a eu pour base le principe reconnu de droit international que la compétence de la Cour se fonde invariablement sur le consentement des parties donné à l'avance ou à propos d'un différend déterminé. ... Mais la Cour ne se reconnaît pas compétente — et elle ne saurait le faire — quand la compétence lui est expressément refusée. » (*Interhandel, arrêt, C.I.J. Recueil 1959*, p. 104, 107, 114 et 115.)

Lauterpacht posait ensuite la question de savoir, si malgré la nullité en l'espèce de la réserve Connally :

« elle peut, indépendamment de cette réserve, traiter la déclaration d'acceptation comme n'en existant pas moins, et si elle peut lui donner effet. Dans l'affaire concernant *Certains emprunts norvégiens*, j'ai donné, dans mon opinion individuelle — qui doit être considérée comme constituant une partie de la présente opinion — les raisons pour lesquelles la réponse à cette question ne peut être que négative. Elles comprennent le principe général de droit régissant la matière, à savoir, le principe qui veut qu'une condition qui, eu égard à l'intention de la partie qui en est l'auteur, est un élément essentiel de l'obligation

principale et touche à la base même de cette obligation, ne saurait en être séparée. Il ne s'agit pas ici d'une simple subtilité de droit privé ni d'un système interne quelconque de ce droit mais – comme tous les principes généraux de droit – d'une maxime fondée sur le sens commun et l'équité. Une partie ne peut être considérée comme liée par une obligation si on en retire la condition sans laquelle cette obligation n'aurait jamais été assumée. » (*Ibid.*, p. 116-117.)

Dans son opinion individuelle en l'affaire des *Emprunts norvégiens*, Lauterpacht, s'interrogeant sur la possibilité de dissocier une réserve discrétionnaire de l'ensemble de la déclaration française acceptant la juridiction obligatoire de la Cour, concluait en ces termes :

« La Cour ne peut normalement soutenir la validité de l'acceptation dans son ensemble et, en même temps, traiter comme non avenue une limitation d'une aussi large portée, énoncée en termes aussi précis et explicites. Ce serait contraire à la pratique établie de la Cour qui est, de son côté, conforme au principe fondamental du règlement judiciaire international qui veut que la Cour ne se déclare pas compétente à moins que l'intention de lui conférer compétence n'ait été établie sans aucun doute raisonnable. La Cour ne peut certainement pas accepter compétence s'il existe une intention clairement exprimée de la lui refuser dans des circonstances déterminées. Cela signifie qu'elle ne pourrait négliger cette partie de la réserve en question qui réclame pour l'Etat le droit de fixer son application. Il est impossible que la Cour fasse autrement que de regarder cet élément particulier de la réserve formulée si expressément comme constituant un élément essentiel non séparable de l'instrument d'acceptation. » (*Certains emprunts norvégiens, arrêt, C.I.J. Recueil 1957*, p. 58-59.)

78. On ne saurait dire que le Sénat des Etats-Unis ait attaché à la réserve Vandenberg la même importance qu'à la réserve Connally. Les débats du Sénat au cours desquels la réserve Vandenberg a été ajoutée donnent même à penser que les sénateurs avaient l'impression que l'objectif visé était déjà consacré dans le Statut, en vertu de la doctrine et de la pratique de la réciprocité. (Voir *Congressional Record, Proceedings and Debates of the 79th Congress, Second Session*, 1<sup>er</sup> août 1946, p. 10618.) Ils n'en ont pas moins ajouté la réserve Vandenberg pour être « doublement sûrs » (*ibid.*) que la Cour ne pourrait connaître d'un différend découlant d'un traité multilatéral, à moins que toutes les parties au traité que la décision concerne ne fussent également parties à l'affaire soumise à la Cour. Le fait que telle était bien l'intention du Sénat ressort sans ambiguïté des termes mêmes de la réserve, tels qu'insérés dans le texte de la déclaration. C'est ce qu'énonce la clause conditionnelle c) des réserves jointes par les Etats-Unis à leur déclaration d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour. Même si l'on peut douter que cette clause fût pour les Etats-Unis un élément essentiel de leur déclaration, je ne pense pas que la Cour soit libre

de l'ignorer ou de la dissocier du reste de la déclaration au motif qu'elle est relativement peu importante. C'est une sauvegarde que le Sénat des Etats-Unis a résolu d'exiger, après délibération et malgré l'absence de recommandation en ce sens de la part du département d'Etat. Il s'ensuit, à mon avis, qu'il n'appartient pas à la Cour de juger cette réserve intrinsèquement inapplicable dans la phase de la procédure pour laquelle elle a été conçue, c'est-à-dire, en un certain sens, nulle, en estimant, pour reprendre les termes de M. Lauterpacht, qu'elle est dotée « d'une incapacité inhérente à produire des effets juridiques ». Dès lors toutefois que la Cour se prononce en ce sens – comme elle le fait dans l'arrêt rendu ce jour – il s'ensuit également qu'elle devrait considérer la déclaration des Etats-Unis du 14 août 1946 dans son ensemble comme nulle. Et si la déclaration des Etats-Unis dans son ensemble est nulle de ce chef, elle ne peut être invoquée par le Nicaragua pour affirmer la compétence de la Cour en l'espèce.

79. Pour ce qui est du point *c*), c'est-à-dire de la troisième raison que la Cour invoque pour ne pas donner effet à la réserve relative aux traités multilatéraux, il m'est difficile d'exprimer une opinion définitive, en raison du caractère extrêmement succinct du raisonnement de la Cour. En effet la Cour, après avoir affirmé – à tort, selon moi – que, « de toute évidence », la question de savoir quels Etats pourraient être « affectés » par sa décision n'est pas d'ordre juridictionnel, conclut d'abord qu'« il n'est plus possible d'ordonner la jonction des exceptions préliminaires au fond... », puis qu'elle « n'a d'autre choix que d'appliquer l'article 79, paragraphe 7, de son Règlement actuel » et

« de déclarer que l'objection tirée de la réserve relative aux traités multilatéraux figurant dans la déclaration d'acceptation des Etats-Unis n'a pas, dans les circonstances de l'espèce, un caractère exclusivement préliminaire et qu'en conséquence rien ne s'oppose à ce que la Cour connaisse de l'instance introduite par le Nicaragua dans sa requête du 9 avril 1984 » (arrêt, par. 76).

80. Cette assertion peut s'entendre de plusieurs manières. Elle peut signifier que, puisque l'exception que les Etats-Unis tirent de la réserve relative aux traités multilatéraux ne possède pas un caractère « exclusivement » préliminaire, elle ne fait pas obstacle, durant la phase actuelle de la procédure, à ce que la Cour connaisse de l'affaire qui lui a été soumise par le Nicaragua. De cette première constatation, il découlerait que l'exception des Etats-Unis a forcément un certain caractère préliminaire, et que ce caractère sera évoqué, à titre de question préliminaire et juridictionnelle, pendant la procédure sur le fond où il sera notamment loisible aux Parties de débattre plus avant de la question de savoir quels Etats la décision de la Cour pourrait concerner. Si cette interprétation est juste, la position de la Cour ne peut être tenue pour une application de la réserve relative aux traités multilatéraux conformes à ce que ses auteurs avaient en vue, mais elle reste défendable.

81. La Cour fait toutefois échec à cette interprétation en affirmant qu'« il n'est plus possible d'ordonner la jonction des exceptions préliminaires au fond depuis la revision du Règlement de 1972... » Ce faisant, elle semble vouloir dire que, une fois ouverte la procédure sur le fond, l'exception préliminaire que les Etats-Unis tirent de la réserve relative aux traités multilatéraux ne pourra ni être invoquée, ni être considérée comme un motif pour rejeter les demandes, ou certaines des demandes, du Nicaragua. Si c'est bien là ce que la Cour a voulu dire – et, quelle que soit son intention, les termes employés peuvent être ainsi compris – elle aura fait disparaître à jamais la réserve relative aux traités multilatéraux grâce à un procédé sans faille, en soutenant d'une part que, puisqu'il ne s'agit pas d'une exception de caractère exclusivement préliminaire, il ne peut y être donné effet lors de la phase juridictionnelle de l'instance, et d'autre part que l'exception préliminaire ne saurait être examinée au stade de la procédure sur le fond, vu qu'il n'est plus possible d'ordonner « la jonction au fond des objections préliminaires ». Argument singulier, qui pourrait servir à vider de leur effet, non seulement la réserve relative aux traités multilatéraux, mais toutes sortes de réserves, en arguant qu'on ne peut les faire jouer au titre d'exception préliminaire, parce qu'elles n'ont pas un caractère exclusivement préliminaire, ni les invoquer pendant la procédure sur le fond, parce que le Règlement révisé exclut la possibilité de joindre au fond les exceptions préliminaires.

82. Les passages en cause de l'article 79 du Règlement de la Cour, consacré aux « exceptions préliminaires », sont les suivants :

« 6. Pour permettre à la Cour de se prononcer sur sa compétence au stade préliminaire de la procédure, la Cour peut, le cas échéant, inviter les parties à débattre tous points de fait et de droit, et à produire tous moyens de preuve, qui ont trait à la question.

7. La Cour, après avoir entendu les parties, statue dans un arrêt par lequel elle retient l'exception, la rejette ou déclare que cette exception n'a pas dans les circonstances de l'espèce un caractère exclusivement préliminaire. Si la Cour rejette l'exception ou déclare qu'elle n'a pas un caractère exclusivement préliminaire, elle fixe les délais pour la suite de la procédure.

8. La Cour donne effet à tout accord intervenu entre les parties et tendant à ce qu'une exception soulevée en vertu du paragraphe 1 du présent article soit tranchée lors de l'examen au fond. »

83. La Cour peut, on le voit, donner de trois façons différentes suite à une exception préliminaire. Elle peut : *a)* la retenir ; *b)* la rejeter ; *c)* « déclarer que cette exception n'a pas dans les circonstances de l'espèce un caractère exclusivement préliminaire ». Dans ce dernier cas, elle fixe les délais pour la suite de la procédure, ce qui sous-entend que c'est pendant cette procédure qu'elle examinera toute exception qui n'a pas un caractère exclusivement préliminaire, mais qui par là même, a un certain caractère préliminaire. Je ne vois rien dans le libellé du paragraphe 8 qui s'oppose à

cette interprétation ; plutôt ouvrirait-il, à mon sens, une autre voie pour parvenir au même but. Cette conclusion est d'ailleurs corroborée par l'opinion d'un ancien et éminent président de la Cour, M. Eduardo Jiménez de Aréchaga, exprimée dans un article sur « Les amendements au Règlement de la Cour internationale de Justice » (*American Journal of International Law*, janvier 1973, vol. 67, p. 1). M. Jiménez de Aréchaga faisait observer en effet que, lors de la révision du Règlement, la majorité de la Cour s'était accordée à reconnaître qu'il y avait lieu :

« 3) de réglementer les exceptions préliminaires de manière à en décider au plus tôt et à éviter les frais et délais qu'entraîne un double examen des mêmes points au stade de la procédure préliminaire, puis au stade de la procédure sur le fond » (*ibid.*).

La disposition qui constitue aujourd'hui le paragraphe 6 de l'article 79 a donc été introduite dans le Règlement pour inciter la Cour à statuer, autant que possible, sur toutes les exceptions préliminaires dès la première phase de la procédure. Si toutefois une exception préliminaire touche de si près au fond que son examen pendant cette phase oblige à débattre de l'ensemble de l'affaire, ou si la Cour ne juge pas nécessaire — ou souhaitable — d'inviter les parties dès cette première phase à débattre tous les points de fait et de droit et à produire tous les moyens de preuve qui ont trait à la question, « il appartient au défendeur de faire valoir ses moyens de défense au stade de la procédure sur le fond, s'il le désire » (*ibid.*, p. 17).

84. Or, dans la présente espèce, la Cour n'a ni invoqué ni appliqué l'article 79, paragraphe 6, de son Règlement. Elle n'a pas invité les Parties à débattre tous les points de fait et de droit et à produire tous les moyens de preuve qui ont trait à la question de savoir si sa décision en l'espèce « pourrait affecter » le Honduras, le Costa Rica et El Salvador. Si elle l'avait fait, elle aurait dû entendre, sinon les arguments des deux Parties sur l'ensemble de l'affaire, du moins l'essentiel des arguments de l'Etat défendeur. Cela étant, et puisque la Cour n'a pas, comme selon moi elle aurait dû le faire, retenu l'exception tirée par les États-Unis de la réserve relative aux traités multilatéraux, ceux-ci seront libres, lors de la procédure sur le fond, d'invoquer cette réserve comme moyen de défense pour empêcher la Cour de poursuivre l'examen de l'affaire. Telle est du moins la façon dont je comprends le Règlement, et le sens qu'il me paraît falloir attribuer à la conclusion de la Cour en l'espèce — mais je ne sais si c'est bien ce que la Cour a voulu dire.

85. Venons-en maintenant, pour achever cette analyse consacrée à la réserve Vandenberg, au point *d*), c'est-à-dire à la conclusion de la Cour que les demandes du Nicaragua, étant fondées sur le droit coutumier en plus du droit conventionnel, ne sont de ce fait pas exclues de sa juridiction par la réserve, quand bien même il y serait donné effet.

86. A supposer que la réserve soit appliquée, il y aurait deux possibilités. La première serait de rejeter la requête (sauf dans la mesure où elle reposerait sur un traité bilatéral), au motif que les demandes du Nicaragua

sont entièrement et essentiellement liées aux dispositions conventionnelles sur lesquelles elles sont fondées, et que par conséquent, si ces dispositions ne peuvent être invoquées, il n'y a pas d'affaire devant la Cour. La seconde serait de poursuivre l'instance à condition que le Nicaragua ait un motif d'action qui ne soit pas fondé sur ces dispositions conventionnelles, c'est-à-dire un motif d'action qui relève du droit international coutumier. Et le Nicaragua, dans sa requête, affirme en effet qu'il y a violation non seulement des quatre traités qui y sont cités, mais aussi des « règles fondamentales du droit international général et coutumier... » (par. 14).

87. Le Nicaragua essaie donc d'opposer à la réserve des Etats-Unis l'argument que, même si cette clause conditionnelle peut être et est appliquée, ses griefs fondés sur le droit international coutumier n'en demeurent pas moins entiers. Il fait observer que rien n'empêche un Etat d'invoquer simultanément le droit conventionnel et le droit coutumier, et que certains de ses griefs reposent exclusivement sur ce dernier. De toute manière, ajoute-t-il, même si l'on accepte l'affirmation des Etats-Unis que tous les chefs de demande du Nicaragua sont des variantes des obligations énoncées à l'article 2, paragraphe 4, de la Charte des Nations Unies, il reste que ces dispositions sont déclaratoires du droit international ; les obligations découlant de l'article 2, paragraphe 4 — et les obligations correspondantes et complémentaires de la charte de l'Organisation des Etats américains — existent en droit international coutumier, même si les dispositions conventionnelles pertinentes ne peuvent être invoquées en tant que telles. A ces arguments, les Etats-Unis répondent qu'il apparaît à l'analyse que tous les chefs de demande du Nicaragua, qu'ils soient dits fondés sur le droit coutumier ou sur des traités, sont dans leur essence les mêmes ; qu'ils sont essentiellement équivalents ; que les uns ne font que paraphraser les autres ; et qu'il n'existe pas de droit international coutumier applicable en dehors des traités invoqués par le Nicaragua. Les Etats-Unis soutiennent en outre que la Cour ne peut régulièrement statuer sur les griefs du Nicaragua fondés sur le droit coutumier, puisque les limitations contenues dans la déclaration des Etats-Unis lui interdisent d'appliquer les normes juridiques dont les Parties sont expressément convenues dans les traités en vigueur entre elles.

88. A mon avis, il existe une équivalence de substance générale — sinon nécessairement complète — entre les demandes du Nicaragua fondées sur le droit conventionnel et ses demandes fondées sur le droit coutumier (ainsi qu'il ressort de la comparaison de ces demandes). De plus, le droit international contemporain applicable à l'utilisation de la force dans les relations internationales se compose essentiellement de l'article 2, paragraphe 4, et de l'article 51 de la Charte des Nations Unies. Ces dispositions font-elles également partie du droit international coutumier contemporain ? A cet égard l'article 2, paragraphe 6, de la Charte des Nations Unies dispose :

« L'Organisation fait en sorte que les Etats qui ne sont pas membres

des Nations Unies agissent conformément à ces principes dans la mesure nécessaire au maintien de la paix et de la sécurité internationales. »

Certes, la portée du *jus cogens* est discutée. Mais il importe de rappeler que la Commission du droit international et la conférence de Vienne sur le droit des traités se sont accordées à considérer que, s'il est une clef de voûte reconnue du *jus cogens*, c'est l'article 2, paragraphe 4, de la Charte. Au surplus, l'article 52 de la convention de Vienne sur le droit des traités dispose :

« Est nul tout traité dont la conclusion a été obtenue par la menace ou l'emploi de la force en violation des principes de droit international incorporés dans la Charte des Nations Unies. »

Cela ne signifie pas que l'article 2, paragraphe 4, et l'article 51 de la Charte soient seuls applicables à l'utilisation de la force dans les relations internationales. Cela ne signifie pas forcément, par exemple, qu'en dehors de l'article 51 et de l'article 2, paragraphe 4, il n'existe aucune règle applicable à la légitime défense ou à la protection des ressortissants. Mais cela signifie que l'article 2, paragraphe 4, est la règle de droit suprême et prédominante dans la matière dont il traite. De plus, s'il est vrai que l'article 2, paragraphe 4, tire ses origines du pacte de la Société des Nations, du pacte Kellogg-Briand et des principes et jugements de Nuremberg, on ne saurait soutenir pour autant qu'il soit une simple codification du droit international coutumier ; au contraire, il était tenu, à l'époque où il a été adopté, pour un progrès révolutionnaire au regard de la légalité de l'utilisation de la force et du recours à la guerre dans les relations internationales, et, si l'on considère non pas la doctrine mais les faits, l'article 2, paragraphe 4, relève davantage du vœu que de la pratique dans les affaires des Etats. Aussi suis-je enclin à penser qu'on ne peut se contenter de dire que le droit international coutumier, tel qu'il avait pris forme en 1945, se ramenait à la teneur de l'article 2, paragraphe 4, et qu'on peut encore moins affirmer que, si l'article 51 est exclu, les limites de la légitime défense en droit international coutumier se ramènent néanmoins à ses termes. Peut-on prétendre que, vu que la Charte des Nations Unies a été ratifiée par presque tous les Etats et qu'il y a accord général sur le fait que l'article 2, paragraphe 4, est une règle de *jus cogens*, ces dispositions ont été ultérieurement incorporées dans le droit international coutumier ? Et que la Suisse, qui n'a jamais fait partie de l'Organisation des Nations Unies, ou l'Indonésie, qui s'est retirée de l'Organisation et en est restée éloignée pendant un temps, étaient et sont aussi liées par les règles énoncées à l'article 2, paragraphe 4, que les Etats Membres de l'Organisation des Nations Unies ? C'est là un argument de poids, mais qui se heurte à une difficulté de taille : c'est qu'il ne ressort pas de la pratique des Etats que l'article 2, paragraphe 4, reflète effectivement le droit international coutumier. Enfin, puisque l'article 2, paragraphe 4, et l'article 51 (et leurs

variantes, telles qu'elles figurent dans la charte de l'Organisation des Etats américains) sont les normes juridiques formellement acceptées par les Parties à la présente affaire, j'ai du mal à concevoir comment la Cour pourra statuer sur les demandes du Nicaragua si, par le jeu de la réserve relative aux traités multilatéraux, ces normes ne peuvent être invoquées. Une décision prise dans ce sens constituerait un processus irréal, artificiel, éminemment rigide – encore qu'indûment libre –, où la Cour se trouverait aux prises avec des questions extrêmement délicates : par exemple, quelle est la portée de la légitime défense en droit international, si les dispositions de l'article 51 sont totalement écartées ?

89. Il reste vrai que certains aspects de la présente affaire, tels que la liberté de navigation en haute mer, étaient incontestablement régis par le droit international coutumier avant l'entrée en vigueur des traités invoqués par le Nicaragua. Il est cependant loin d'être certain que ces traités posent en la matière des normes ayant primauté en droit, même si cela semble devoir être le cas pour les emplois de la force qui sont de nature à porter atteinte à cette liberté.

90. Surtout, la question de savoir si les demandes formulées par le Nicaragua sont fondées sur des règles de droit international coutumier qui existent ou subsistent même si l'on écarte les traités invoqués par l'Etat est une question délicate et complexe, dont les Parties n'ont pas débattu à fond. Il se peut que, par certains côtés, la question relève du fond de l'affaire. Cela étant, et compte tenu du fait que la hâte que la Cour a mise à traiter certains aspects de la présente affaire, depuis l'introduction de l'instance jusqu'au prononcé du présent arrêt, ne m'a pas laissé le loisir de réfléchir à cette difficile question, j'estime devoir réserver ma position à ce sujet.

iii) *La « notification de 1984 » des Etats-Unis*

91. Il est évident que, si la Cour acceptait la validité de la note des Etats-Unis du 6 avril 1984 – la « notification de 1984 » – visant à modifier les termes de leur déclaration de 1946 avec effet immédiat en excluant pour une période de deux ans les « différends avec l'un quelconque des Etats de l'Amérique centrale ou découlant d'événements en Amérique centrale ou s'y rapportant », les demandes du Nicaragua seraient irrecevables dans la mesure où elles s'appuient sur la déclaration par laquelle les Etats-Unis ont accepté la juridiction obligatoire de la Cour. Mais la Cour refuse de donner un tel effet à la notification de 1984, pour les motifs suivants :

- a) Le fait de voir dans la notification de 1984 une dénonciation ou une modification de la déclaration de 1946 est sans conséquence, car cette notification vise à réaliser une dénonciation partielle et temporaire de l'obligation des Etats-Unis de se soumettre à la juridiction de la Cour dans les cas qui y sont spécifiés.
- b) Bien que les déclarations d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour soient de caractère unilatéral, cela ne signifie pas que l'Etat

déclarant soit libre de modifier à son gré l'étendue et la teneur de ses engagements. Le principe de la bonne foi commande. Etant donné que la déclaration de 1946 des Etats-Unis dispose de manière formelle et solennelle que tout changement ne prendra effet qu'après l'expiration d'un préavis de six mois, les Etats-Unis sont tenus de respecter cet engagement.

- c) La notion de réciprocité porte sur l'étendue et la substance des engagements contractés en vertu de la clause facultative, et non sur les conditions formelles relatives à leur durée.
- d) La réciprocité ne peut pas être invoquée par un Etat pour s'écarter des termes de sa déclaration, à moins qu'il ne puisse se prévaloir d'une restriction expresse dans la déclaration de l'autre partie au différend. Les Etats-Unis ne peuvent donc pas se prévaloir du droit présumé du Nicaragua de dénoncer sa déclaration à tout moment.
- e) Le Nicaragua ne s'est d'ailleurs pas réservé un tel droit et, s'il le possède, il ne pourrait l'exercer qu'après un préavis raisonnable. Si donc les Etats-Unis peuvent invoquer un tel droit, par voie de réciprocité, ils ne peuvent le faire eux aussi qu'avec un préavis raisonnable, ce qui n'est pas le cas en l'espèce.
- f) Enfin il n'est pas certain qu'un Etat puisse invoquer la réciprocité avant la saisine de la Cour.

92. Je suis d'accord pour l'essentiel avec le motif *a*). Je ne pense pas qu'on puisse soutenir que, du fait que la déclaration de 1946 exclut – sauf préavis inférieur à six mois – la dénonciation, mais pas la modification, les Etats-Unis sont libres de modifier leur déclaration, à tout le moins de la manière dont la notification de 1984 vise à le faire. La Cour a donc raison de conclure que cette notification est équivalente à une dénonciation limitée, de caractère suspensif.

93. Le motif *b*) ne va pas de soi, comme le montrent les opinions en l'espèce de plusieurs de nos éminents collègues. Néanmoins, pour ma part, et aux fins de la présente affaire, je suis prêt à y souscrire, sous une réserve essentielle, que ne comporte pas l'arrêt de la Cour : c'est que l'interprétation du principe de la bonne foi devrait être appliquée de la même manière à tous les éléments de la déclaration des Etats-Unis. Il serait parfaitement raisonnable d'exiger des Etats-Unis qu'ils respectent la disposition excluant la dénonciation sauf préavis de six mois, si la Cour respectait la réserve relative aux traités multilatéraux contenue dans la même déclaration. Le rapport de la commission des affaires étrangères du Sénat, cela est vrai, montre sans l'ombre d'un doute que, comme l'a souligné le conseil du Nicaragua, la disposition relative au préavis de six mois « équivaut à renoncer à toute intention de se dégager de notre obligation devant une menace d'action judiciaire » (79<sup>e</sup> Congrès, 2<sup>e</sup> session, Sénat des Etats-Unis, *Report No. 1835*, p. 5). Mais ce rapport fait aussi état d'autres conditions relatives à la déclaration des Etats-Unis, qui sont indiquées ci-dessous. Si toute ces conditions étaient respectées, il n'est que juste de tenir les Etats-Unis pour obligés d'observer cette renonciation.

Mais, si elles ne sont pas respectées – et l'arrêt de la Cour ne les respecte pas – sur quelle base la Cour peut-elle déterminer, de manière sélective, les éléments de la déclaration des Etats-Unis que ceux-ci sont tenus de respecter ?

94. Je suis en désaccord avec les motifs *c)*, *d)*, *e)* et *f)*, bien que je reconnaisse qu'ils ne sont pas dénués de tout fondement. Mais, avant d'exposer mes conclusions sur ces différents motifs, il me paraît utile de situer la déclaration de 1946 des Etats-Unis dans son contexte, afin de montrer quelles étaient les intentions du Gouvernement des Etats-Unis en l'adoptant, et de comparer la situation de la clause facultative en 1946 avec la réalité de nos jours.

95. Lorsque le projet de déclaration fut soumis au Sénat des Etats-Unis, la commission des affaires étrangères prit soin de décrire la portée de la juridiction conférée par la déclaration comme « soigneusement définie et limitée ». En premier lieu, déclara-t-elle, « une limitation générale est imposée à la juridiction sur les différends d'ordre juridique ». Ensuite, une « seconde limitation majeure à la compétence de la Cour résulte de la condition de la réciprocité », telle que posée dans « la résolution » de la commission, dans les termes du Statut et dans la pratique y afférente. Une troisième limitation tenait au fait que l'obligation n'avait trait qu'aux différends futurs. A propos de cette limitation et de l'effet de la réciprocité, le rapport du Sénat précisait :

« toute limitation imposée par un Etat en reconnaissant sa juridiction devient *ipso facto* accessible à tout autre Etat auquel pourrait l'opposer un procès, même si ce deuxième Etat n'a pas expressément prévu la même limitation. Ainsi, si les Etats-Unis d'Amérique restreignaient, par exemple, la compétence octroyée aux différends « qui s'élèveront à l'avenir », ils ne pourraient introduire aucune instance relative à des litiges antérieurs, même si l'Etat défendeur n'a pas formulé cette réserve. » (*Report No. 1835*, p. 5.)

On observera donc que, lorsque les Etats-Unis déposèrent leur déclaration, applicable à « tous les différends d'ordre juridique qui s'élèveront à l'avenir » sous la réserve de limitations dûment spécifiées, ils entendaient que la réciprocité s'appliquerait aux clauses de caractère temporel. Une quatrième limitation concernait la faculté de soumettre des différends à d'autres tribunaux. Une cinquième limitation excluait les questions relevant essentiellement de la compétence nationale des Etats-Unis. Le rapport précise sur ce point :

« La résolution dispose que la déclaration demeurera en vigueur pour une durée de cinq ans et, par la suite, jusqu'à l'expiration d'un préavis de six mois. La déclaration pourrait donc rester en vigueur indéfiniment. La disposition relative au préavis de six mois, une fois expirée la période de cinq ans, équivaut à renoncer à toute intention de se dégager de notre obligation devant une menace d'action judiciaire. » (*Ibid.*)

Lors de la discussion du rapport au Sénat, il fut souligné que les Etats-Unis, en adhérant en ces termes à la juridiction obligatoire de la Cour, apporteraient une contribution vitale à l'acceptation générale de la juridiction obligatoire effective de la Cour. Une note discordante et polémique résulta de la proposition, faite par le sénateur Connally en séance, d'ajouter sa fameuse réserve, qui rencontra une opposition énergique. Mais une réserve encore plus paralysante, en ce qu'elle visait à restreindre aux traités les sources de droit applicables aux affaires auxquelles les Etats-Unis seraient partie, sauf accord préalable sur les sources applicables de droit international, fut repoussée. Quant à la réserve Vandenberg, elle fut adoptée sans difficulté, et la clause relative au préavis de six mois ne suscita aucune critique.

96. En présentant la déclaration proposée, la commission des affaires étrangères rappela au Sénat que, sous le régime de la Cour permanente, la clause facultative avait recueilli à un moment l'acceptation de la très grande majorité des Etats alors indépendants :

« Quarante-quatre Etats, dont trois des cinq membres permanents actuels du Conseil de sécurité (France, Grande-Bretagne et Chine) déposèrent à un moment ou à un autre des déclarations acceptant cette juridiction. » (*Report No. 1835*, p. 8.)

En 1946, rares étaient les Etats qui se réservaient le droit de dénoncer leur déclaration par notification, et aucun ne se réserva le droit de la modifier à tout moment. L'énoncé d'une durée déterminée en années, avec période de préavis, tel qu'adopté en 1928 dans l'Acte général pour le règlement pacifique des différends internationaux, était le modèle suivi par un grand nombre d'Etats, et que reprenaient les Etats-Unis. Le type de déclaration sans condition, d'une durée indéterminée, c'est-à-dire ne spécifiant aucun nombre d'années ni période de préavis, dont la déclaration du Nicaragua de 1929 est un exemple, était inhabituel en 1946. Il a aujourd'hui presque disparu : les sept déclarations de ce type encore existantes remontent à l'époque optimiste, mais éphémère, de la Société des Nations, où l'on croyait à l'essor de la juridiction obligatoire universelle et effective de la Cour mondiale.

97. Mais la situation, de nos jours, est fort différente de ce qu'elle était en 1929 ou en 1946. A ce jour, sur cent soixante-deux Etats parties au Statut, quarante-sept sont liés sur la base de la clause facultative. Et, sur les quarante-sept déclarations aujourd'hui en vigueur, dix-neuf seulement ne sont pas expressément sujettes, soit à dénonciation unilatérale, soit à modification moyennant préavis. L'Union soviétique n'a jamais adhéré à la juridiction obligatoire de la Cour sur la base de la clause facultative ; ni la Chine ni la France n'y adhèrent actuellement. Le seul membre permanent du Conseil de sécurité, autre que les Etats-Unis, qui soit partie à la clause facultative, est le Royaume-Uni, qui s'est réservé le droit « de compléter, modifier ou retirer à tout moment, par voie de notification... » l'une ou l'autre de ses réserves fort importantes — et cela dans une déclara-

ration stipulée valide « jusqu'à ce qu'il soit donné notification de [son] abrogation ». Nombreux sont les grands pays – notamment l'Algérie, l'Argentine, le Brésil, la République fédérale d'Allemagne, l'Italie, la Pologne et les autres Etats d'Europe orientale, le Sénégal et la Syrie – qui n'adhèrent pas à la clause facultative. Il est donc évident que les espoirs qui motivaient l'acceptation du Sénat et le dépôt de la déclaration des Etats-Unis par le Président n'ont pas été comblés.

98. En résulte-t-il, en raison notamment de cette réalité, que les Etats-Unis sont habilités à exercer ce que la pratique ultérieure semble avoir reconnu comme un droit inhérent, c'est-à-dire la possibilité de dénoncer une déclaration avec effet immédiat, malgré l'existence d'une clause de préavis ? A mon sens, il existe de très solides arguments en faveur de cette conclusion, comme le montrent mes distingués collègues dans leurs opinions. Je pense cependant que la Cour n'était pas obligée de prendre position sur cette question pour écarter la notification de 1984 des Etats-Unis.

99. Elle n'avait pas non plus à prendre position sur la question connexe de savoir si les déclarations faites sur la base de la clause facultative relèvent des dispositions du droit des traités relatives à la dénonciation, ou d'un régime *sui generis*. La Cour semble incliner à penser que les déclarations relèvent du droit des traités, ne serait-ce que par analogie. Personnellement, j'estime que la thèse du régime *sui generis* est beaucoup plus solide, du fait de la nature des déclarations faites au titre de la clause facultative – unilatérales, non soumises à dénonciation, assorties de réserves non contractuelles. La nature des déclarations est donc fondamentalement différente de celle des traités. D'ailleurs, la façon dont la Cour traite ses déclarations est instructive, en particulier dans l'affaire de l'*Anglo-Iranian Oil Co. (compétence, C.I.J. Recueil 1952, p. 105)*, où elle s'exprimait comme suit :

« le texte de la déclaration de l'Iran n'est pas un texte contractuel résultant de négociations entre deux ou plusieurs Etats. Il résulte d'une rédaction unilatérale par le Gouvernement de l'Iran... »

Et la Cour concluait que la règle de l'interprétation des traités invoquée par le Royaume-Uni ne s'appliquait pas à l'interprétation de la déclaration iranienne (*ibid.*, p. 102-107). La Cour a ainsi affirmé plusieurs fois le caractère « unilatéral » des déclarations faites sur la base de la clause facultative (*Certains emprunts norvégiens, arrêt, C.I.J. Recueil 1957, p. 23 ; Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1964, p. 29*). Même d'ailleurs si, contrairement à ces conclusions, c'étaient les règles de dénonciation ou de suspension des traités qui devaient déterminer la valeur juridique de l'acte par lequel les Etats-Unis ont suspendu l'effet de certains éléments de leur déclaration de 1946, les Etats-Unis pourraient encore soutenir, non sans raison, qu'« un changement fondamental de circonstances ... s'est produit par rapport à celles qui existaient au moment de la conclusion » du traité,

au sens de l'article 62 de la convention de Vienne sur le droit des traités. Un motif essentiel du consentement des Etats-Unis à être liés par leur déclaration était en effet le sentiment que cette déclaration s'intégrerait dans un système quasi universel de déclarations effectives. Et la non-adhésion à la clause facultative de la grande majorité des Etats, notamment parmi les plus influents, ainsi que la pratique généralisée des réserves qui permettent aux déclarants de modifier ou de dénoncer leur déclaration à leur gré, ont eu pour effet de transformer radicalement la portée des obligations qu'il incombe encore aux Etats-Unis d'exécuter en vertu de leur déclaration, dans l'hypothèse où on leur dénierait le droit de la modifier ou de la suspendre librement.

100. C'est là un argument fondamental. De plus, même sans recourir au principe *rebus sic stantibus*, un autre argument important commande que l'on considère les déclarations faites au titre de la clause facultative comme susceptibles de dénonciation au gré du déclarant, même si on leur applique à cet égard le droit des traités. Cet argument a été exprimé de la façon suivante par sir Humphrey Waldock, parlant en qualité de rapporteur de la Commission du droit international pour le droit des traités :

« Il suffit de parcourir le texte des nombreux traités de ce type qui ont été rassemblés dans la publication des Nations Unies intitulée *Systematic Survey of Treaties for the Pacific Settlement of International Disputes, 1928-48* pour constater que presque toujours ces instruments sont conclus soit pour une période déterminée, soit pour des périodes tacitement renouvelables, avec droit de dénonciation, ou qu'ils peuvent être dénoncés par notification... Si la proportion des instruments qui ne contiennent aucune disposition relative à leur durée ou à leur extinction est un peu plus élevée dans le cas des déclarations faites en vertu de la « clause facultative » du Statut de la Cour internationale de Justice (ou de la Cour permanente), la situation générale est cependant la même. Sur trente-sept déclarations dont la liste figure dans l'*Annuaire* de la Cour pour 1961-1962, huit ne contiennent aucune indication concernant la durée de leur validité ou leur extinction et toutes les autres sont faites pour une période déterminée ou précisent expressément qu'il peut être mis fin à leur validité par notification. Il est vrai que lorsqu'en 1938 le Paraguay, qui avait fait une déclaration de cette nature, a dénoncé ledit instrument par une lettre au Secrétaire général, six Etats ont fait des réserves touchant la dénonciation, et la déclaration du Paraguay a été maintenue dans la liste des acceptations de la clause facultative publiée dans l'*Annuaire* de la Cour, et cela jusqu'en 1959-1960 ; toutefois une note explicative de bas de page mentionnait les réserves. Depuis, la déclaration a été rayée de la liste... De plus, en 1937, avant même la dénonciation du Paraguay, la Colombie avait « rectifié » une déclaration de durée illimitée et inconditionnelle faite en 1932, de manière à restreindre l'application de cet acte aux différends relatifs à des faits survenus

après le 6 janvier 1932. Il semble que, dans son ensemble, la pratique suivie par les Etats en ce qui concerne la clause facultative et notamment la tendance actuelle qui consiste à préférer les déclarations sujettes à dénonciation par notification autorisent à conclure encore plus nettement que les traités d'arbitrage, de conciliation et de règlement judiciaire doivent être considérés comme étant essentiellement susceptibles de dénonciation. » (*Annuaire de la Commission du droit international*, 1963, vol. II, p. 71.)

M. McDougal, l'éminent conseil des Etats-Unis, a rappelé dans sa plaidoirie que sir Humphrey Waldock, dans le rapport précité, concluait en outre que les actes constitutifs des organisations internationales sont implicitement sujets à dénonciation par notification (*ibid.*, p. 72). Et la Charte des Nations Unies étant un exemple majeur cité par sir Humphrey comme confirmant l'existence d'une présomption générale en faveur du droit de retrait lorsqu'il s'agit de cette catégorie de traités, M. McDougal a ajouté :

« Il est universellement admis que le Statut de la Cour, y compris les obligations qu'il implique, font maintenant partie du système général des Nations Unies. Si les architectes de la Charte, en 1945, et le rapporteur spécial de la Commission du droit international, en 1963, estimaient qu'il existait une faculté inhérente de se retirer de la Charte elle-même, ils devaient certainement juger autorisée la modification ou la dénonciation de la participation au système de la clause facultative. » (Audience du 16 octobre 1984, matin.)

101. Compte tenu de ce qui précède, je crois qu'il existe de très solides raisons de considérer que les déclarations faites sur la base de la clause facultative ne sont pas régies par le droit des traités, mais impliquent une faculté inhérente de dénonciation ; ou que subsidiairement, si elles sont régies par le droit des traités, elles peuvent être dénoncées en tant que catégorie particulière de traités, susceptibles de dénonciation par leur nature même ; et que, en toute hypothèse, elles peuvent être dénoncées en cas de changement fondamental de circonstances. Néanmoins, en la présente procédure, je crois que le mieux était de donner effet à chacune des conditions de la déclaration des Etats-Unis de 1946. La Cour aurait dû donner effet à la réserve relative aux traités multilatéraux et à l'intention qui la motivait. Si elle l'avait fait, il eût été normal qu'elle donne effet à la clause de dénonciation et à l'intention qui la motivait. Mais si la Cour ne jugeait pas possible de déterminer si des Etats étaient concernés, ou pouvaient être concernés, aux termes de la réserve relative aux traités bilatéraux, elle devait, en toute logique, conclure que la condition des six mois posée pour la dénonciation n'interdisait pas nettement la modification. De plus, si la Cour donnait effet à ces dispositions de la déclaration de 1946,

elle devait également donner effet à la condition de réciprocité – laquelle comme je l'ai déjà dit, devait, dans l'intention du Sénat des Etats-Unis, s'étendre aux éléments temporels de la déclaration faite sur la base de la clause facultative.

102. La déclaration de 1929 par laquelle le Nicaragua se prétend aujourd'hui lié est ainsi rédigée : « Au nom de la République de Nicaragua, je déclare reconnaître comme obligatoire et sans condition la juridiction de la Cour permanente de Justice internationale. » Cette déclaration ne comporte donc aucune limite de temps ; sa durée est indéterminée. Faut-il en conclure que le Nicaragua est lié à perpétuité par la juridiction obligatoire de la Cour ? Ou bien faut-il comprendre par « sans condition » que le Nicaragua n'a pas fixé de condition de temps et que la durée de validité de sa déclaration restera indéterminée jusqu'au moment où il décidera éventuellement de la limiter ?

103. Prétendre, dans l'abstrait, qu'un Etat, en acceptant sans condition la juridiction obligatoire de la Cour, l'accepte à perpétuité, n'est pas plausible. Soutenir, concrètement, qu'un Etat qui a entendu à la fin des années vingt accepter sans condition la juridiction de la Cour est lié à perpétuité – même à l'égard des Etats qui ont fait des déclarations en se réservant expressément le droit de les modifier ou de les dénoncer par notification, ou, mieux encore, à l'égard de la majorité des Etats qui, n'ayant jamais adhéré à la clause facultative, pourraient à tout moment y adhérer sous les plus sévères restrictions et dans la seule intention d'engager une action contre un Etat ayant adhéré sans condition, pour ensuite dénoncer leur acceptation – est encore moins plausible. Cette conclusion évidente est renforcée par la pratique des Etats. Celle-ci n'est pas abondante sur cette question, ni dénuée de toute ambiguïté. Mais, en fin de compte, elle établit qu'un petit nombre d'Etats – comme la Colombie, ou le Paraguay – ont réussi à se dégager d'une acceptation sans condition de la juridiction obligatoire de la Cour. Et il n'existe aucun exemple d'Etat placé dans cette situation qui ait été effectivement tenu à son adhésion sans condition. En bref, comme le disait Rosenne en 1965 dans *The Law and Practice of the International Court* :

« on prétend parfois que l'objection essentielle à la dénonciation unilatérale d'une déclaration d'acceptation de la juridiction obligatoire tient à ce que ces déclarations sont régies par le droit des traités, qui, en principe, n'autorise pas une dénonciation unilatérale, à l'unique exception près dérivée de la théorie *rebus sic stantibus*. Mais ... une telle vue s'accorde difficilement avec la situation qui ressort d'une analyse attentive de la jurisprudence concernant la juridiction obligatoire... »

La question de savoir si les déclarations du type ici envisagé peuvent être retirées ou dénoncées relève, par conséquent, de supputations en grande partie théoriques. De plus, à l'exception de quelques déclarations – sept au plus – de la période d'avant-guerre acceptant la juridiction obligatoire de la Cour permanente, qui sont aujourd'hui

applicables à la Cour actuelle en vertu de l'article 36, paragraphe 5, du présent Statut, les Etats ont pris l'habitude de se protéger par une réserve leur conférant un droit de retrait, de sorte que, sur le plan pratique, le problème est aujourd'hui limité. En ce qui concerne les sept déclarations précitées, j'estime qu'il serait singulièrement irréaliste de leur appliquer une règle rigide prétendument dérivée du droit général des traités, qui leur dénierait la faculté d'une dénonciation unilatérale. La dissolution de la Société des Nations et de la Cour permanente, et les mutations considérables de la communauté internationale et de son organisation que traduit cette dissolution, sont des raisons suffisantes pour permettre à ces Etats de retirer des déclarations remontant aux jours lointains où la juridiction obligatoire en était à ses débuts, et qui sont aujourd'hui applicables par l'effet de l'article 36, paragraphe 5, du Statut. » (Vol. I, p. 416-417 ; notes de bas de page omises.)

104. Il s'ensuit qu'il est loisible au Nicaragua, si toutefois il est lié par sa déclaration de 1929, de dénoncer son acceptation. Est-il libre de le faire à tout moment, ou seulement moyennant un « préavis raisonnable » ? A la lumière de la pratique afférente aux déclarations d'adhésion à la clause facultative, dont un grand nombre autorisent la dénonciation ou la modification, non pas après un « préavis raisonnable » ou un délai spécifié, mais immédiatement, la réponse raisonnable à cette question raisonnable est que le Nicaragua a le droit de mettre fin immédiatement à sa déclaration par voie de notification. Cette conclusion est renforcée par la pratique suivie par des Etats comme la Colombie ou le Paraguay pour retirer des adhésions de durée indéterminée à la juridiction obligatoire de la Cour, retraits effectués sans préavis raisonnable. (Ce serait solliciter les faits que de prétendre que les protestations de quelques Etats contre cette décision et le maintien de la déclaration du Paraguay dans les *Annuaire*s de la Cour pendant quelques années, avec une note de bas de page, équivalaient à imposer une période de préavis raisonnable à la dénonciation du Paraguay.)

105. Le cas de l'Indonésie est particulièrement instructif. Le 31 décembre 1964, l'Indonésie annonça qu'elle se retirait de l'Organisation des Nations Unies à compter du 1<sup>er</sup> janvier 1965. Elle confirma cette décision par une communication du 20 janvier 1965 (doc. A/5857). Les Nations Unies acquiescèrent à cette décision, dans la pratique, et ce retrait de l'Indonésie, notifié avec vingt-quatre heures de préavis, reçut effet juridiquement et pratiquement. L'Indonésie fut retirée de la liste des Etats Membres de l'Organisation ; il ne lui fut pas demandé de contribution financière pour l'année 1965. (*Rapport du comité des contributions, Assemblée générale, vingtième session, documents officiels, supplément n° 10* (A/6010), p. 1, 2 et 3.) En septembre 1966, l'Indonésie reprit sa place aux Nations Unies, et il fut décidé que ce qui avait été traité comme un retrait juridiquement valable des Nations Unies serait considéré rétroactivement, non pas comme un retrait, mais comme une « cessation de collaboration » (*Assemblée générale, vingt et unième session, documents*

*officiels*, 1420<sup>e</sup> séance plénière, p. 1-2). Il fut convenu en outre que l'Indonésie paierait 10 pour cent des contributions qu'elle eût été appelée à acquitter au titre du budget ordinaire pour sa période de non-participation. (*Contributions de l'Indonésie pour les exercices 1965 et 1966, Rapport du Secrétaire général*, doc. A/C.5/1097, p. 1 et 2 ; et doc. A/6630, p. 3.)

106. En même temps que l'Indonésie se retirait des Nations Unies avec un préavis de vingt-quatre heures, il était mis fin à son adhésion au Statut de la Cour, qui fait partie intégrante de la Charte, avec les mêmes effets juridiques et temporels. C'est ce que l'on constate en consultant les *Annuaire*s de la Cour. L'*Annuaire 1964-1965* accompagnait la liste des Etats Membres des Nations Unies qui sont *ipso facto* parties au Statut d'une note relative à l'Indonésie (pour 1964) indiquant que l'Indonésie avait notifié son retrait à compter du 1<sup>er</sup> janvier 1965 (p. 27). L'*Annuaire 1965-1966* omettait simplement l'Indonésie dans la liste des Etats Membres des Nations Unies et par conséquent parties au Statut (p. 26). Par contre, l'*Annuaire 1966-1967* mentionnait l'Indonésie parmi les Etats Membres des Nations Unies au 31 juillet 1967 (p. 29). Rien n'indique que la Cour, pas plus que les Nations Unies, ait imposé un délai raisonnable avant de donner effet à la notification de retrait de l'Indonésie. Si donc un Etat peut dénoncer son adhésion au Statut de la Cour avec un préavis de vingt-quatre heures, un Etat ne peut-il également dénoncer, avec un préavis de vingt-quatre heures, une déclaration d'acceptation de la juridiction obligatoire faite en vertu de ce Statut ?

107. Si le Nicaragua pouvait agir ainsi, les Etats-Unis avaient-ils, par voie de réciprocité, le même droit ? La Cour conclut à la négative pour deux raisons : tout d'abord, parce que le principe de réciprocité ne s'appliquerait pas aux réserves ou conditions de caractère temporel, mais seulement aux réserves de fond ; ensuite parce que, en tout état de cause, les Etats-Unis ne pourraient invoquer et exercer un droit que le Nicaragua détient mais qu'il n'a pas lui-même invoqué avant de déposer sa requête.

108. La deuxième raison ne résiste pas à une brève analyse. Il est évident en effet que, si le Nicaragua – en supposant qu'il eût le droit de dénoncer unilatéralement une déclaration supposée en vigueur – avait exercé ce droit avant de déposer sa requête, il n'aurait eu aucun titre plausible de juridiction pour tenter une action sur la base de la clause facultative, puisqu'il aurait lui-même décliné la compétence dont il entendait se prévaloir avant de l'invoquer effectivement.

109. La question de savoir si le principe de réciprocité s'applique aux conditions de caractère temporel est un problème plus sérieux, et qui divise les auteurs. A mon avis, il n'y a pas de raison déterminante, à priori ou au vu de la pratique de la Cour, d'exclure les conditions de temps de l'application du principe de réciprocité. Cette conclusion s'appuie sur les quatre raisons suivantes.

110. Premièrement, les conditions de temps peuvent n'être pas moins importantes que les autres. Elles peuvent exclure la compétence tout aussi sûrement que des réserves de fond sur la juridiction obligatoire de la Cour. La réciprocité étant si étroitement liée à des considérations de symétrie et

d'égalité souveraine des Etats au regard du droit et de la Cour, je ne vois aucune raison de principe d'exclure les conditions de temps du champ d'application du principe de réciprocité.

111. Deuxièmement, la Cour a eu plusieurs fois à connaître d'arguments touchant l'application *ratione temporis* du principe de réciprocité, et elle n'a jamais conclu que ce dernier ne s'appliquait pas aux conditions de temps. Bien au contraire, tant les Etats parties à ces affaires que la Cour semblent avoir supposé que le principe s'appliquait ou pouvait s'appliquer, à ces conditions. Voir *Phosphates du Maroc, arrêt, 1938, C.P.J.I. série A/B n° 74, page 22* ; *Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie, arrêt, 1939, C.P.J.I. série A/B n° 77, page 81* ; *Anglo-Iranian Oil Co., C.I.J. Recueil 1952, page 103*, ainsi que l'analyse de ces affaires par Waldock dans « Decline of the Optional Clause », *British Year Book of International Law, 1955-1956 (1957), vol. XXXII, pages 258-261*. Voir aussi *Droit de passage sur territoire indien, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1957, pages 143-144*. Comme conclut H. Steinberger (« The International Court of Justice », dans *Judicial Settlement of International Disputes, 1974*, ouvrage publié sous la direction de H. Mosler et R. Bernhardt) :

« La Cour a confirmé dans plusieurs espèces le large champ opérationnel de la condition de réciprocité et a affirmé que la compétence sur la base de la clause facultative n'est conférée à la Cour « que dans la mesure où les deux déclarations coïncident pour la lui conférer ». Cela vaut pour la compétence *ratione temporis* comme pour la compétence *ratione materiae*. » (P. 216-217 ; notes de bas de page omises.)

112. Troisièmement, lorsque les Etats-Unis ont rédigé leur déclaration du 14 août 1946, ils ont indiqué clairement qu'ils entendaient que le principe de réciprocité s'appliquait aux conditions de temps (*supra*, par. 95).

113. Quatrièmement, un résultat contraire serait source d'inégalité et d'iniquité. Comme le soulignait Waldock dans son étude sur le déclin de la clause facultative (« Decline of the Optional Clause ») :

« Il y a ... un autre aspect de la réciprocité, touchant les limites de temps, qui semble mériter l'attention, puisqu'il est susceptible de prendre de l'importance du fait de la multiplication des déclarations sujettes à dénonciation immédiate par voie de notification au Secrétaire général. La réciprocité semble commander que, dans tout couple d'Etats considéré, chacun ait le même droit de dénoncer le lien juridique résultant de la clause facultative. Cela vaut même dans le cas usuel où la déclaration de l'Etat A ne comporte aucune limite de temps, alors que celle de l'Etat B est souscrite pour une période de cinq ou dix ans. A l'expiration de cette période, l'Etat B peut choisir, soit de renouveler, soit de dénoncer ses obligations envers l'Etat A en vertu de la clause facultative. L'Etat A peut raisonnablement soutenir que, sans revenir sur son acceptation générale de la clause facultative, il a aussi la faculté, au terme de la période, de décider de poursuivre ou non ses obligations particulières envers l'Etat B. Si on peut soutenir

qu'une déclaration unilatérale stipulée sans limite de temps lie l'Etat déclarant indéfiniment envers les Etats auteurs de déclarations analogues, c'est tout autre chose d'affirmer qu'une telle déclaration unilatérale le lierait indéfiniment envers les Etats qui n'ont pas pris le même engagement. L'inégalité de situation des deux Etats au regard de la clause facultative, cas d'exclusion des limites de temps du champ de la réciprocité, devient absolument inadmissible lorsque la déclaration de l'Etat A est indéterminée, alors que celle de l'Etat B est sujette à dénonciation immédiate par voie de notification au Secrétaire général. Il serait intolérable que l'Etat B ait toujours la faculté, par simple notification, de dénoncer à tout moment son assujettissement à la juridiction obligatoire vis-à-vis de l'Etat A, tandis que ce dernier resterait perpétuellement tenu de s'y soumettre en cas d'action engagée par l'Etat B. La Cour n'a pas eu encore à se pencher sur cet aspect du jeu de la réciprocité pour ce qui concerne les limites de temps. A la lumière, cependant, de son interprétation de la condition de réciprocité à propos des réserves, la Cour devrait, selon nous, conclure que, sur la base de la clause facultative, chaque Etat a, par rapport à tout autre Etat, le même droit de dénoncer son acceptation de la juridiction obligatoire que celui que détient cet autre Etat. » (*Loc. cit.*, p. 278-279.)

114. Il n'est pas moins clair que ce qui est déterminant pour l'application de la clause facultative est la nécessité que la compétence subsiste à la date de saisine de la Cour. Cela est manifeste, et a été rendu on ne peut plus évident par les arrêts de la Cour dans l'affaire *Nottebohm* (*exception préliminaire, arrêt, C. I. J. Recueil 1953*, p. 122-123) et dans l'affaire du *Droit de passage sur territoire indien* (*C.I.J. Recueil 1957*, p. 142-144).

115. Vu que les Etats-Unis ont exercé leur droit réciproque de modifier ou de suspendre partiellement certains éléments de leur déclaration du 14 août 1946 en vertu de la note remise au Secrétaire général des Nations Unies le 6 avril 1984, que le Nicaragua a déposé sa requête en l'espèce le 9 avril 1984, et qu'il est évident et non contesté que la requête du Nicaragua s'inscrit dans le champ des exclusions posées par la note de Etats-Unis du 6 avril, il s'ensuit que la Cour n'a pas compétence pour connaître des demandes présentées par le Nicaragua, en ce qu'elles sont fondées sur les déclarations faites par les Parties au titre de l'article 36, paragraphes 2 et 5, du Statut de la Cour.

116. Il faut reconnaître qu'une conception aussi générale de la réciprocité, suivant laquelle la notification des Etats-Unis de 1984 n'aurait pas effet *erga omnes* mais leur donnerait pouvoir, réciproquement et immédiatement, de dénoncer leur déclaration vis-à-vis du Nicaragua, résulte d'une interprétation de la réciprocité dont l'application, une fois la Cour saisie d'une instance, est source de complications. Si, en effet, il est possible de comparer la portée des déclarations des parties, après que la Cour a été saisie, la situation antérieure à la saisine est beaucoup plus complexe. A mon sens, c'est là un défaut de mon analyse, mais qui n'est pas fatal. Après

tout, avant l'avis consultatif sur les *Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, le droit régissant la formulation des réserves aux traités était relativement clair et simple. C'est pour favoriser une adhésion plus large aux traités que la Cour a adopté sur la formulation des réserves une position souple qui, en contrepartie de la latitude ainsi offerte, se traduit, dans le système des relations conventionnelles, par une complication extrême, que la convention de Vienne sur le droit des traités a avalisée en faisant sien le raisonnement de la Cour. Et je pense que, dans l'intérêt du maintien et de l'accroissement du nombre d'adhésions à la juridiction obligatoire de la Cour, celle-ci aurait dû, dans la présente affaire, faire preuve de la même souplesse dans l'application du principe de réciprocité aux déclarations faites en vertu de la clause facultative.

## 2. La compétence en vertu du traité d'amitié, de commerce et de navigation

117. Dans sa requête, le Nicaragua invoquait pour toute base de compétence les « déclarations par lesquelles la République du Nicaragua et les Etats-Unis d'Amérique ont accepté la juridiction de la Cour dans les conditions prévues à l'article 36 du Statut... » (introduction). Mais, au paragraphe 177 de son mémoire, il invoque un « chef de compétence complémentaire », à savoir le traité d'amitié, de commerce et de navigation que les Etats-Unis d'Amérique et la République du Nicaragua ont signé le 21 janvier 1956, qui est entré en vigueur en 1958 et qui est toujours en vigueur. Une première question se pose donc : l'Etat qui n'a pas invoqué une base de compétence possible dans sa requête peut-il l'invoquer ultérieurement ?

118. La réponse qui résulte de la maigre jurisprudence de la Cour sur cette question est négative. C'est dans ce sens qu'a conclu la Cour dans l'affaire relative à *Certains emprunts norvégiens*, où la France, Etat requérant, prétendait invoquer comme base de compétence deux traités qu'elle n'avait pas mentionnés dans sa requête, mais seulement lors de la procédure sur les exceptions préliminaires :

« Si le Gouvernement français avait voulu procéder sur cette base, il l'aurait expressément déclaré.

Ainsi qu'on l'a déjà montré, la requête du Gouvernement français se fonde clairement et précisément sur les déclarations de la Norvège et de la France aux termes de l'article 36, paragraphe 2, du Statut. Dans ces conditions, la Cour ne saurait rechercher, pour établir sa compétence, un fondement autre que celui que le Gouvernement français a lui-même énoncé dans sa requête, et sur lequel l'affaire a été plaidée devant la Cour par les deux Parties. » (*Certains emprunts norvégiens, arrêt, C.I.J. Recueil 1957, p. 24-25.*)

De même, la requête du Nicaragua se fonde « clairement », sinon aussi précisément, sur les déclarations faites par les Etats-Unis et le Nicaragua

conformément à l'article 36, paragraphes 2 et 5, du Statut. Si le Nicaragua « avait voulu procéder » sur la base du traité conclu avec les Etats-Unis, « il l'aurait expressément déclaré ». En conséquence, dans « ces conditions » — qui ne sont pas sans rappeler celles de l'affaire relative à *Certains emprunts norvégiens* — « la Cour ne saurait rechercher, pour établir sa compétence, un fondement autre que celui que » le Gouvernement nicaraguayen « a lui-même énoncé dans sa requête, et sur lequel l'affaire a été plaidée devant la Cour par les deux Parties ». Dans la mesure où le Nicaragua invoque le traité de 1956 pour établir la compétence en l'espèce, il apparaît donc que sa requête devrait être rejetée.

119. Toutefois la Cour, pour des raisons qui ne sont pas parfaitement claires, semble retenir dans la présente espèce une autre interprétation de sa décision dans l'affaire relative à *Certains emprunts norvégiens*. Elle envisage en conséquence une deuxième considération préliminaire, qui oppose elle aussi un sérieux obstacle à l'établissement de la compétence.

L'article XXIV du traité de 1956 dispose :

« 1. Chacune des deux parties examinera avec bienveillance les représentations que l'autre partie pourra faire au sujet de toute question concernant l'application du présent traité et prendra des mesures adéquates pour permettre des consultations à ce propos.

2. Tout différend qui pourrait s'élever entre les parties quant à l'interprétation ou l'application du présent traité et qui ne pourrait être réglé d'une manière satisfaisante par la voie diplomatique sera porté devant la Cour internationale de Justice, à moins que les parties ne conviennent de le régler par d'autres moyens pacifiques. »

Le paragraphe 2 de cet article autorise les parties au traité à saisir unilatéralement la Cour de tout différend « quant à l'interprétation ou à l'application du présent traité et qui ne pourrait pas être réglé d'une manière satisfaisante par la voie diplomatique... » Les États-Unis, dans leur requête en l'affaire du *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*, avaient invoqué une disposition identique du traité d'amitié, de commerce et de droits consulaires qu'ils avaient signé avec l'Iran, et, dans son arrêt, la Cour avait conclu qu'une clause qui « prévoit la compétence obligatoire de la Cour pour connaître de ces différends » donne le « droit de s'adresser unilatéralement à la Cour », à moins que les parties ne conviennent de les régler par quelque autre méthode (*C.I.J. Recueil 1980*, p. 27). Mais, en l'occurrence, il n'était pas question de déterminer au départ si le différend pouvait ou ne pouvait pas être réglé de manière satisfaisante par la voie diplomatique, puisque, comme la Cour le faisait observer, l'Iran refusait de négocier. Dans la présente espèce, au contraire, non seulement le Nicaragua et les Etats-Unis ont entamé directement entre eux des négociations sur leurs différends considérés dans leur ensemble, lesquelles négociations se poursuivent activement, mais encore le Nicaragua ne dit pas avoir jamais prétendu, avant ou pendant lesdites négociations, ou de toute autre manière, qu'il existe entre lui et les Etats-Unis un différend

quant à l'interprétation ou à l'application du traité de 1956. C'est dans le mémoire du Nicaragua que les griefs apparaissent pour la première fois. Quant aux Etats-Unis, ils nient qu'il y ait eu quelque tentative que ce fût pour régler par la voie diplomatique un quelconque différend avec le Nicaragua quant à l'interprétation ou à l'application de ce traité vu, en particulier, que le Nicaragua n'a même pas fait, en vertu du traité, de représentations susceptibles de donner lieu à un différend. Le Nicaragua n'a pas récusé ces allégations des Etats-Unis. Rien ne permet cependant de supposer que le silence du Nicaragua quant au traité s'explique par son refus d'accuser les Etats-Unis de violer leurs obligations internationales. Il semble plutôt qu'il ne lui soit pas venu à l'esprit – en dépit des allégations concernant le comportement des Etats-Unis auxquelles la Cour fait allusion – que les actes dont il se plaignait constituaient des violations de ce traité. Dans ces conditions, il paraît s'ensuivre que le Nicaragua n'a pas mis en œuvre les procédures préalables voulues pour invoquer l'article XXIV, paragraphe 2, du traité. Pour ce motif aussi, la Cour aurait dû conclure que le traité n'offre pas de base de compétence à l'appui de la requête du Nicaragua.

120. Si toutefois, comme le fait la Cour, on franchit allègrement ces obstacles, au lieu de les renverser, il reste à examiner si le fait d'invoquer le traité suffit à établir de quelque manière que ce soit la compétence de la Cour pour connaître des demandes énoncées dans la requête nicaraguayenne. Dans quelle mesure le traité, par son objet ou dans ses dispositions, se rapporte-t-il aux demandes du Nicaragua, si tant est qu'il s'y rapporte ?

121. Le Nicaragua, dans sa requête, affirmait que les Etats-Unis ont violé leurs

« obligations expresses en vertu de la Charte des Nations Unies, de la charte de l'Organisation des Etats américains et d'autres traités multilatéraux, ainsi que des règles fondamentales du droit international général et coutumier... » (par. 14).

Rien n'était dit, explicitement ou implicitement, de la violation d'un traité commercial bilatéral. Bien au contraire, le fondement de la requête du Nicaragua était que les Etats-Unis « font usage de la force militaire contre le Nicaragua et interviennent dans les affaires intérieures de ce pays... » (par. 1). Cependant, parmi les conclusions précises que le Nicaragua demandait à la Cour de lui adjuger, figurent deux points dont on pourrait éventuellement soutenir qu'ils concernent le traité d'amitié, de commerce et de navigation, bien que cette imputation ne figure nulle part dans la requête. L'alinéa *e*) est ainsi rédigé :

« Que les Etats-Unis, en violation de leurs obligations en vertu du droit international général et coutumier, ont enfreint et enfreignent la liberté des mers et interrompent le commerce maritime pacifique. »

(Grief qui, on le remarquera, ne se rapporte pas au traité de 1956, ni à aucun traité, mais au droit international coutumier.) Et l'alinéa g) conclut :

« Que, vu ces violations des obligations juridiques susvisées, les Etats-Unis ont le devoir exprès de mettre fin et de renoncer immédiatement :

.....  
 à toute tentative visant à restreindre, bloquer ou rendre périlleux l'accès aux ports du Nicaragua, à l'arrivée ou en partance de ces ports. »

122. Le traité de 1956 s'inscrit dans toute une série de traités analogues conclus par les Etats-Unis. L'objet et la portée de ces traités d'amitié, de commerce et de navigation étaient ainsi résumés par un commentateur, qui a joué un rôle prépondérant dans leur négociation :

« Les traités d'amitié, de commerce et de navigation ne sont pas par nature politiques, mais au contraire essentiellement économiques et juridiques. De plus, bien que les termes « commerce » et « navigation » figurent dans leur titre et qualifient exactement une partie de leur contenu, ce n'est qu'à titre secondaire qu'ils ont trait de nos jours au commerce extérieur et à la navigation. Ils sont « commerciaux » au sens le plus large du terme et constituent avant tout des traités d'« établissement », visant la protection des personnes, physiques ou morales, ainsi que des biens et des intérêts de ces personnes. Ils définissent le traitement que chaque pays s'engage à réserver aux ressortissants de l'autre, le droit de ces derniers à se livrer à des activités commerciales et autres sur le territoire du premier pays, et le respect qui leur est dû, ainsi qu'à leurs biens et à leurs entreprises. » (Herman Walker, « Modern Treaties of Friendship, Commerce and Navigation », *Minnesota Law Review*, vol. 42 (1958), p. 806.)

123. Comment le Nicaragua allait-il rapporter les graves accusations très générales qu'il faisait dans sa requête aux clauses commerciales particulières du traité ? Il s'abstient, dans son mémoire, d'établir, de démontrer ou même d'indiquer avec quelque détail quels sont les chefs de demande énoncés dans sa requête qui correspondraient à des violations des dispositions du traité par les Etats-Unis : il se contente de signaler les dispositions du traité qui, selon lui, seraient violées, en axant son argumentation — si tant est qu'il y en ait une — sur une seule disposition du traité. Après avoir rappelé que, « par exemple », l'article XIX, paragraphe 1, dispose : « Il y aura liberté de commerce et de navigation entre les territoires des deux parties », le Nicaragua soutient que « les activités des Etats-Unis violent manifestement cette disposition » (mémoire du Nicaragua, par. 167). Et il ajoute :

« 172. Il est évident que les opérations militaires et paramilitaires

dirigées et poursuivies au Nicaragua et contre celui-ci par les Etats-Unis, et notamment le minage des ports et des eaux territoriales du Nicaragua, ainsi que les attaques contre les aéroports du Nicaragua et les opérations militaires qui menacent et restreignent le commerce et les transports terrestres, sont destinées à paralyser le commerce et la navigation, tels qu'ils sont définis et garantis à l'article XIX, paragraphe 1, du traité. »

124. Cet argument s'accorde-t-il avec le but de l'article XIX, paragraphe 1, du traité, et d'ailleurs de l'ensemble du traité ? Le traité, pris dans son ensemble, n'a en effet rien à voir avec l'emploi de la force dans les relations internationales, ni avec le droit d'être à l'abri d'un tel emploi – et par conséquent il n'a de prime abord rien ou pas grand-chose à voir avec les griefs exposés en l'espèce par le Nicaragua. Il s'agit d'un traité purement commercial, « fondé, d'une façon générale, sur les principes du traitement national et de la nation la plus favorisée » (préambule). Et l'article XIX, paragraphe 1, ne fait que refléter ce caractère commercial du traité, comme on peut le constater si on fait une lecture complète de l'article, qui est libellé comme suit :

« 1. Il y aura liberté de commerce et de navigation entre les territoires des deux parties.

2. Les navires battant pavillon de l'une des deux parties et munis des documents que leur législation exige comme preuve de leur nationalité seront considérés comme étant des navires de cette partie, en haute mer aussi bien que dans les ports, les mouillages et les eaux de l'autre partie.

3. Les navires de l'une des deux parties pourront librement, dans les mêmes conditions que les navires de l'autre partie et les navires de tout pays tiers, se rendre avec leur cargaison dans tous les ports, mouillages et eaux de cette autre partie qui sont ouverts au commerce international et à la navigation internationale. Lesdits navires, ainsi que leur cargaison, bénéficieront à tous égards, dans les ports, les mouillages et les eaux de cette autre partie, du traitement national et du traitement de la nation la plus favorisée. Toutefois, chacune des deux parties pourra réserver à ses propres navires des droits et privilèges exclusifs en ce qui concerne le cabotage, la navigation fluviale et les pêcheries nationales.

4. Chacune des deux parties accordera aux navires de l'autre partie le traitement national et le traitement de la nation la plus favorisée en ce qui concerne le droit de transporter, à destination ou en provenance de ses territoires, tous les articles qui peuvent être acheminés par voie maritime ; lesdits articles bénéficieront d'un traitement non moins favorable que celui qui est accordé aux articles similaires transportés à bord de navires de la première partie en ce qui concerne : a) les droits et taxes de toute nature, b) les formalités douanières, et c) les primes, drawbacks et autres avantages de même ordre.

5. Les navires de l'une des deux parties qui se trouveront en détresse pourront chercher refuge dans le port ou havre le plus proche de l'autre partie ; ils bénéficieront d'un traitement amical et recevront assistance.

6. Au sens du présent traité, le terme « navires » doit s'entendre des navires de tous genres, qu'ils soient propriété privée ou publique ou que leur exploitation soit privée ou publique ; toutefois, ce terme ne vise pas, sauf en ce qui concerne l'application des paragraphes 2 et 5 du présent article, les bateaux de pêche ni les bâtiments de guerre. »

Il est difficile de voir un rapport entre ces dispositions et les accusations d'emploi illicite de la force formulées dans la requête du Nicaragua. Les obligations que crée cet article pour les Etats-Unis touchent essentiellement le traitement des navires nicaraguayens dans les eaux des Etats-Unis. Et c'est seulement en isolant le paragraphe 1 de l'article dans lequel il figure, et de l'ensemble du traité, qu'il est possible de voir dans cette disposition un rapport avec le grief visant le minage des ports nicaraguayens. La Cour est-elle fondée à solliciter ainsi le texte ? La réponse qui résulte de la jurisprudence de la Cour est négative. Au contraire, la Cour a affirmé dans le passé : « Il ne suffit pas que le gouvernement qui présente la réclamation établisse un rapport lointain entre les faits de la réclamation et le traité » dont il invoque la clause compromissaire : (*Ambatielos, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1953, p. 18*).

125. Les autres articles qui, d'après le Nicaragua, seraient violés par les activités des Etats-Unis, sont l'article XIV, paragraphe 2, l'article XVII, paragraphe 3, l'article XIX, paragraphe 3, l'article XX et l'article premier. Ces articles sont libellés comme suit :

Article XIV, paragraphe 2 :

« Aucune des deux parties n'interdira ou ne restreindra l'importation d'un produit de l'autre partie ou l'exportation d'un produit destiné aux territoires de l'autre partie à moins que l'importation d'un produit similaire provenant de tout pays tiers ou l'exportation d'un produit similaire à destination de tout pays tiers ne soient, de la même manière, interdites ou restreintes. »

Article XVII, paragraphe 3 :

« Aucune des deux parties n'imposera de mesures de caractère discriminatoire ayant pour effet d'empêcher directement ou indirectement les importateurs ou les exportateurs de produits originaires de l'un ou l'autre pays d'assurer lesdits produits contre les risques maritimes auprès de compagnies de l'une ou l'autre partie. »

Article XIX, paragraphe 3 :

« Les navires de l'une des deux parties pourront librement, dans les mêmes conditions que les navires de l'autre partie et les navires de tout

pays tiers, se rendre avec leur cargaison dans tous les ports, mouillages et eaux de cette autre partie qui sont ouverts au commerce international et à la navigation internationale... »

Article XX :

« Il y aura liberté de transit à travers les territoires de chacune des deux parties par les itinéraires qui conviennent le mieux au transit international :

- a) pour les nationaux de l'autre partie ainsi que leurs bagages ;
- b) pour les nationaux d'autres pays et leurs bagages, qui sont en route vers les territoires de cette autre partie ou qui en viennent ; et
- c) pour les produits, de quelque origine que ce soit, en provenance ou à destination des territoires de cette autre partie... »

Au sujet de ces dispositions, le Nicaragua affirme que les activités militaires et paramilitaires qui, prétend-il, sont menées par les Etats-Unis, ne peuvent être considérées comme constituant un « traitement équitable [accordé aux] biens, entreprises et autres intérêts » des nationaux et des sociétés du Nicaragua (mémoire nicaraguayen, par. 174).

126. Or, ces dispositions du traité que le Nicaragua invoque – sans argumenter le rapport entre lesdites dispositions et les griefs exposés dans sa requête – concernent le traitement des nationaux d'une partie, ou des marchandises ou des biens appartenant à ces nationaux, ou des navires d'une partie, sur le territoire de l'autre partie ; elles ont trait aux assurances maritimes, à la liberté de transit des nationaux, etc. Et il est évident que, telles qu'elles sont rédigées, ces dispositions sont sans rapport avec les accusations d'agression directe ou indirecte formulées dans la requête du Nicaragua. L'article premier du traité, que le Nicaragua invoque aussi – et qui est libellé comme suit :

« Chacune des deux parties accordera, en tout temps, un traitement équitable aux nationaux et aux sociétés de l'autre partie, ainsi qu'à leurs biens, entreprises et autres intérêts »,

pose le principe général du traitement équitable, à la lumière duquel il faut lire les dispositions énoncées de façon circonstanciée dans le dispositif du traité ; mais il ne traite pas des problèmes de l'emploi ou de l'abus de la force dans les relations internationales.

127. Outre les articles précités du traité, la Cour prend également en considération « les mentions de la paix et de l'amitié, que l'on trouve dans le préambule ». Or le préambule du traité dispose :

« Les Etats-Unis d'Amérique et la République de Nicaragua, désireux de resserrer les liens de paix et d'amitié qui unissent traditionnellement les deux pays et de favoriser entre leurs peuples respectifs l'établissement de relations économiques et culturelles plus étroites ; étant, d'autre part, conscients du rôle que peuvent jouer, à ces fins, des arrangements visant à encourager les investissements mutuellement

profitables, à favoriser les échanges commerciaux dans leur intérêt commun et à créer des droits et des privilèges réciproques, ont décidé de conclure un traité d'amitié, de commerce et de navigation fondé, d'une façon générale, sur les principes du traitement national et de la nation la plus favorisée, sans clause conditionnelle... »

Ainsi, le préambule, à supposer qu'on lui attribue un effet juridique, souligne les objectifs commerciaux du traité. En toute hypothèse, les dispositions d'un préambule ne sont pas en général considérées comme créatrices d'obligations juridiques au même titre que les dispositions du traité proprement dit. Aux termes de la convention de Vienne sur le droit des traités, le préambule d'un traité est une composante de son contexte, et tout traité doit être interprété de bonne foi, suivant le sens ordinaire à attribuer à ses termes « dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but » (art. 32). Eu égard au contexte du traité considéré qui s'inscrit parmi une vingtaine de traités commerciaux d'amitié, de commerce et de navigation, et compte tenu du caractère commercial de son objet et de son but, la mention des dispositions du préambule visant le resserrement des liens de paix et d'amitié ne semble pas fournir de liens entre les griefs exposés dans la requête du Nicaragua et les termes dudit traité.

128. Il est une autre disposition du traité de 1956 qui mérite que l'on s'y arrête, car elle indique que la requête du Nicaragua n'entre pas dans le champ d'application du traité. L'article XXI, paragraphe 1, du traité dispose en effet :

« 1. Le présent traité ne fera pas obstacle à l'application de mesures :

- .....
- c) concernant la production ou le commerce des armes, des munitions et du matériel de guerre, ou le commerce d'autres produits lorsqu'il a pour but direct ou indirect d'approvisionner des unités militaires ;
- d) nécessaires à l'exécution des obligations de l'une ou l'autre partie relatives au maintien ou au rétablissement de la paix et de la sécurité internationales ou à la protection des intérêts vitaux de cette partie en ce qui concerne sa sécurité... »

Or on ne saurait prétendre – et d'ailleurs le Nicaragua, pas plus que la Cour, ne prétend – que, pour la raison que le traité « ne fera pas obstacle à l'application de mesures » concernant la production ou le commerce des armes, ou de mesures nécessaires à l'exécution des obligations de l'une ou l'autre partie relatives au maintien de la paix et de la sécurité internationales ou à la protection des intérêts vitaux de cette partie en ce qui concerne sa sécurité, ces exclusions mêmes autorisent la Cour à statuer sur des griefs fondés sur le traité qui ont trait au commerce des armes ou au maintien de la paix et de la sécurité internationales, ou à la protection des intérêts vitaux en matière de sécurité. Il est évident que, lorsqu'un traité exclut de

ses dispositions certains sujets, ces sujets ne relèvent pas du champ d'application de la clause juridictionnelle du traité. Et le fait que cette clause soit bien une clause d'exclusion ne ressort pas seulement de ses termes, mais aussi des travaux préparatoires du traité, dont le compte rendu était joint en annexe aux écritures des Etats-Unis dans l'affaire du *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran* (C.I.J. Mémoires, annexe 50, p. 233). On trouve en effet dans cette documentation une liste d'une vingtaine de traités d'amitié, de commerce et de navigation, y compris celui conclu avec le Nicaragua, suivie d'un « Mémoire sur la clause relative au règlement des différends figurant dans le traité d'amitié, de commerce et de navigation conclu avec la Chine » qui contient le paragraphe suivant :

« La clause compromissoire ... est limitée aux questions intéressant l'interprétation ou l'application dudit traité, c'est-à-dire qu'il s'agit d'une clause compromissoire spéciale et non pas générale. Elle vise un traité dont la négociation a donné lieu à une documentation volumineuse précisant l'intention des parties. Ce traité porte sur des questions qui sont communes à un très grand nombre de traités, conclus au cours d'une longue période par pratiquement tous les pays. Une bonne partie de ce qui fait généralement l'objet du traité et, dans certains cas, sous un énoncé quasi identique, a donné lieu à des décisions judiciaires rendues par les tribunaux des Etats-Unis mêmes et d'autres pays. Les sources faisant autorité pour l'interprétation dudit traité sont donc dans une large mesure bien établies et bien connues. En outre, il est expressément précisé que *certaines questions importantes, notamment l'immigration, le commerce de fourniture militaire et « les intérêts vitaux du pays en période de crise nationale » n'entrent pas dans le champ d'application du traité.* Vu ce qui précède, il est difficile d'imaginer comment l'article XXVIII pourrait faire courir au Gouvernement des Etats-Unis le risque d'une action judiciaire au sujet d'une question de nature à le gêner. » (P. 235. Les italiques sont de moi.)

Un deuxième mémorandum, intitulé « Mémoire du département d'Etat sur les dispositions du traité de commerce relatives à la Cour internationale de Justice » conclut de même, tant en ce qui concerne la portée de la compétence reconnue à la Cour en vertu des traités d'amitié, de commerce et de navigation, que pour ce qui est des clauses d'exclusion en matière de sécurité nationale :

« ce document [du département d'Etat] ... dégage un certain nombre, d'éléments qui, à son avis, rendent la disposition satisfaisante... Il s'agit notamment du fait que la disposition est limitée aux différends qui s'élèveraient très précisément au sujet du traité intéressé, du fait aussi que ces traités portent sur des questions bien connues au sujet desquelles les comptes rendus de la négociation donnent une information détaillée, du fait qu'il existe déjà de nombreux précédents

concernant l'interprétation d'un bon nombre des questions visées dans ces traités et du fait que *des questions* relevant de la compétence nationale comme la politique d'immigration et la *sécurité militaire sont exclues du champ d'application de ces traités par des réserves expresses.* » (*Ibid.*, p. 237. Les italiques sont de moi.)

Il ressort donc de l'article XXI du traité de 1956 que les parties à cet instrument entendaient exclure de son champ d'application le type de demandes (« rétablissement de la paix et de la sécurité internationales » et protection des « intérêts vitaux ... en ce qui concerne [la] sécurité ») à l'appui desquelles le Nicaragua tente d'invoquer ledit traité.

129. La Cour n'en conclut pas moins :

« il est tout à fait clair pour la Cour que, sur la seule base du traité d'amitié, de commerce et de navigation de 1956, le Nicaragua et les Etats-Unis d'Amérique sont tenus d'accepter la juridiction obligatoire de la Cour quant aux demandes présentées par le Nicaragua dans sa requête, dans la mesure où elles impliquent des violations des dispositions de ce traité » (arrêt, par. 111).

La difficulté est ici que les griefs exposés dans la *présente requête* du Nicaragua sont, à l'analyse, sans rapport avec une quelconque violation des dispositions de *ce traité*. Non seulement la requête ne cite pas le traité, mais il est certain que le traité lui-même ne saurait être interprété de façon plausible comme donnant compétence à la Cour pour « connaître de la requête déposée par le Nicaragua le 9 avril 1984 ». Il pourrait offrir une base de compétence pour une autre requête, mais non pas pour celle dont la Cour se trouve saisie.

(Signé) Stephen M. SCHWEBEL.