

OPINION DISSIDENTE DE M. ODA

[Traduction]

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
OBSERVATIONS LIMINAIRES	1-3
I. EFFET DE L'APPLICATION RECONNUE À LA « RÉSERVE VANDENBERG » PAR L'ARRÊT. — LA REQUÊTE DU NICARAGUA FONDÉE SUR L'ARTICLE 36, PARAGRAPHE 2, DU STATUT DEVAIT ÊTRE REJETÉE	
A. Applicabilité de la « réserve Vandenberg »	4-6
B. L'arrêt interprète mal l'effet de la « réserve Vandenberg »	7-14
II. NON-JUSTICIABILITÉ DE LA PRÉSENTE AFFAIRE. — LA REQUÊTE DU NICARAGUA EN TANT QUE FONDÉE SUR L'ARTICLE 36, PARAGRAPHE 2, DU STATUT DEVAIT ÊTRE DÉCLARÉE IRRECEVABLE	
A. Introduction	15-19
B. Portée limitée des mots « différends d'ordre juridique » dans le paragraphe 2 de l'article 36 du Statut	20
1. La justiciabilité et la notion de différends d'ordre juridique. — Historique	
i) Le concept de « différends d'ordre juridique soumis à l'arbitrage obligatoire » avant la création de la Cour permanente de Justice internationale	21-26
ii) Les différends justiciables et non justiciables selon le Pacte de la Société des Nations et selon le Statut de la Cour permanente de Justice internationale	27-35
iii) La notion de différends justiciables après la création de la Cour permanente de Justice internationale	36-38
iv) Les différends d'ordre juridique considérés comme susceptibles d'un règlement par la Cour internationale de Justice	39-40
2. Il est difficile de considérer que la présente affaire a pour objet un « différend d'ordre juridique » au sens du Statut	
i) Observations générales	41-45
ii) Les précédents dans la jurisprudence de la Cour actuelle et de sa devancière	46-47
iii) Conclusion	48-49
	202

Paragraphes

C. Considérations relatives à l'administration de la justice qui auraient dû dissuader la Cour de se prononcer sur la requête du Nicaragua sur la base de l'article 36, paragraphe 2, du Statut	
1. La Cour n'aurait pas dû recevoir la requête pour des considérations de bonne administration de la justice. — Problème préliminaire	50-54
2. La notion de « différends politiques » non justiciables. — Comparaison entre différends juridiques et différends politiques	55-60
3. La Cour a donné une image incomplète du différend	
i) Absence de moyens suffisants pour établir les faits	61-64
ii) La requête du Nicaragua ne reflète qu'une face du différend	65-66
iii) La non-participation des Etats-Unis à l'instance. — L'article 53 du Statut	67-69
D. Conclusions sur la non-justiciabilité du différend	70-72
III. VIOLATION D'OBLIGATIONS DÉCOULANT DU TRAITÉ D'AMITIÉ, DE COMMERCE ET DE NAVIGATION DE 1956. — LA COMPÉTENCE DE LA COUR EN L'ESPÈCE EN VERTU DE L'ARTICLE 36, PARAGRAPHE 1, DU STATUT	
A. La compétence de la Cour en vertu de l'article XXIV — la clause compromissoire — du traité de 1956	73-74
B. A propos du traité la Cour en revient partiellement à sa compétence en vertu de l'article 36, paragraphe 2, du Statut	75-78
C. Méprise sur la règle de droit coutumier selon laquelle il ne faut pas priver un traité « de son but et de son objet »	79-82
D. Les violations des termes du traité de 1956	
1. Les violations de l'article XIX du traité	83-84
2. L'applicabilité de l'article XXI du traité	85-89
IV. OBSERVATIONS COMPLÉMENTAIRES	90-97

I. EFFET DE L'APPLICATION RECONNUE À LA « RÉSERVE VANDENBERG »
PAR L'ARRÊT. — LA REQUÊTE DU NICARAGUA FONDÉE SUR L'ARTICLE 36,
PARAGRAPHE 2, DU STATUT DEVAIT ÊTRE REJETÉE

A. *Applicabilité de la « réserve Vandenberg »*

4. La présente affaire a été portée devant la Cour par le Nicaragua qui la priait dans sa requête de dire et juger :

- « a) Que les Etats-Unis, en recrutant, formant, armant, équipant, finançant, approvisionnant et en encourageant, appuyant, assistant et dirigeant de toute autre manière des actions militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, ont violé et violent leurs obligations expresses en vertu de chartes et de traités à l'égard du Nicaragua, et en particulier leurs obligations en vertu de :
- l'article 2, paragraphe 4, de la Charte des Nations Unies ;
 - les articles 18 et 20 de la charte de l'Organisation des Etats américains ;
 - l'article 8 de la convention concernant les droits et devoirs des Etats ;
 - l'article premier, troisièmement, de la convention concernant les droits et devoirs des Etats en cas de luttes civiles. »

L'une des principales allégations du Nicaragua est que les Etats-Unis ont violé les règles du droit international résultant de plusieurs traités multilatéraux qui, d'une façon ou d'une autre, interdisent « de recourir à la menace ou à l'emploi de la force » ainsi que « l'intervention ».

5. A la différence de certains principes plus anciens du droit international, le principe qui concerne l'interdiction « de recourir à la menace ou à l'emploi de la force » s'est fait jour vers la fin de la seconde guerre mondiale en même temps que naissait l'Organisation des Nations Unies et qu'aboutissaient les efforts visant à déclarer hors la loi la guerre en général. En revanche, l'application du principe de non-intervention remonte haut dans le passé depuis qu'Emer de Vattel a écrit en 1758 :

« C'est une conséquence manifeste de la liberté et de l'indépendance des Nations, que toutes sont en droit de se gouverner comme elles le jugent à propos, et qu'aucune n'a le moindre droit de se mêler du gouvernement d'une autre. » (*Le droit des gens*, livre II, chap. IV, par. 54.)

Il est pourtant arrivé, avant l'époque contemporaine, qu'on tente de justifier l'intervention dans le cadre du droit international applicable en temps de paix, quand bien même une telle intervention pouvait équivaloir en définitive à un recours à la guerre (laquelle n'était pas considérée à l'époque comme illicite en soi). Le double système du droit international applicable en temps de paix et du droit international applicable en temps

de guerre a été abandonné lorsque se sont dégagés les principes de l'illicéité de la guerre et de l'intervention, à quoi il faut ajouter le principe de l'interdiction du recours à la menace ou à l'emploi de la force, toutes choses qui allaient marquer l'esprit dans lequel serait créée l'Organisation des Nations Unies.

6. Il ne fait donc aucun doute pour moi que la présente affaire doit de toute évidence être examinée dans le cadre du système des Nations Unies et, vu son objet, dans celui de l'Organisation des Etats américains, laquelle a fait œuvre nouvelle en adoptant des principes analogues. Comme la Cour s'est déclarée compétente en vertu de l'article 36, paragraphe 2, du Statut en 1984, je l'approuve entièrement lorsqu'elle déclare qu'elle « est tenue d'appliquer la « réserve relative aux traités multilatéraux » constituant la réserve c) de la déclaration d'acceptation de juridiction faite par le Gouvernement des Etats-Unis d'Amérique... » (par. 292, sous-par. 1).

B. L'arrêt interprète mal l'effet de la « réserve Vandenberg »

7. La déclaration des Etats-Unis contient le passage suivant :

« cette déclaration ne s'applique 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... »

La Cour ne doute pas que toutes les parties aux traités multilatéraux pertinents que l'arrêt concerne, à savoir la Charte des Nations Unies et la chartre de l'Organisation des Etats américains, ne sont pas parties à la présente affaire, mais elle fait quand même observer ceci :

« Il convient cependant de rappeler que ... l'effet de la réserve est uniquement d'exclure l'applicabilité de la Charte des Nations Unies et celle de l'Organisation des Etats américains en tant que droit conventionnel multilatéral et n'a pas d'autres incidence sur les sources du droit international que l'article 38 du Statut prescrit à la Cour d'appliquer. » (Par. 56.)

« En prenant position sur la valeur de la réserve américaine relative aux traités multilatéraux, la Cour a été amenée à conclure qu'elle devait s'abstenir d'appliquer les conventions multilatérales invoquées par le Nicaragua à l'appui de ses demandes, sans préjudice, soit d'autres traités, soit des autres sources de droit mentionnées à l'article 38 du Statut. Afin de préciser le droit effectivement applicable au différend, elle doit en premier lieu déterminer les conséquences que l'exclusion de l'applicabilité des conventions multilatérales comporte quant à la définition du contenu du droit international coutumier demeurant applicable. » (Par. 172.)

« Il est ... clair que les règles du droit international coutumier conservent une existence et une applicabilité autonomes par rapport à celles du droit international conventionnel lors même que les deux catégories de droit ont un contenu identique. » (Par. 179.)

8. Il est dit en somme dans l'arrêt que la Cour peut quand même trancher les questions qui sont portées devant elle puisque, tout en laissant de côté des conventions multilatérales telles que la Charte des Nations Unies et la charte de l'Organisation des Etats américains, elle peut appliquer le droit international général et coutumier qui, quoique ayant été intégré dans lesdites conventions multilatérales, a une existence propre.

9. On peut certes prétendre que des principes tels que ceux du non-emploi de la force et de la non-intervention ont maintenant une existence propre en tant que principes du droit international général et coutumier. Toutefois, je ne puis approuver la Cour lorsqu'elle affirme dans l'arrêt qu'elle peut connaître de la requête du Nicaragua en vertu de l'article 36, paragraphe 2, du Statut en partant de l'hypothèse – qui a été alléguée – selon laquelle la réserve des Etats-Unis relative aux « différends résultant d'un traité multilatéral » exclurait simplement de la compétence conférée à la Cour conformément à cette disposition du Statut les différends d'ordre juridique concernant « l'interprétation d'un traité [multilatéral] », ou en partant de l'hypothèse selon laquelle, puisque la présente affaire porte sur un « point de droit international », l'existence de la réserve ne devrait pas faire obstacle à la connaissance de l'affaire par la Cour dans la mesure où celle-ci, indépendamment de « l'interprétation d'un traité », peut se borner à appliquer les principes du droit international général et coutumier.

10. Il y a selon moi deux questions bien différentes. L'une a trait au droit applicable ; c'est la question de savoir si, *après* s'être déclarée compétente pour connaître d'une affaire, la Cour peut appliquer les règles du droit international général et coutumier indépendamment de toute règle conventionnelle applicable. L'autre a trait à la compétence de la Cour ; c'est la question de savoir si la déclaration d'acceptation d'un Etat exclut les « différends résultant [de] traité[s] multilatér[aux] » (réserve des Etats-Unis) de la « juridiction de la Cour [laquelle ne peut, par nature, être acceptée que volontairement] sur tous les différends d'ordre juridique ayant pour objet : a) l'interprétation d'un traité ; b) tout point de droit international... » (Statut, art. 36, par. 2). La déclaration américaine d'acceptation de la juridiction de la Cour exclut les différends résultant de traités multilatéraux sauf exceptions qui ne modifient pas mon raisonnement et qui, en tout état de cause, ne se sont pas matérialisées en l'espèce.

11. L'emploi constant du mot « réserve » appliqué aux clauses dont les Etats assortissent les déclarations qu'ils font en vertu de l'article 36, paragraphe 2, du Statut, et plus particulièrement l'usage de l'expression « réserve Vandenberg » pour désigner l'exception figurant dans la déclaration des Etats-Unis relative aux différends résultant d'un traité multilatéral, a certainement contribué au malentendu sur la portée réelle de ces

déclarations, et en particulier celle des Etats-Unis. Comme l'idée qu'un Etat souverain puisse accepter d'être jugé est toute empreinte d'idéalisme, c'est toujours en songeant à l'hypothèse idéale – celle où l'acceptation serait totale et sans réserve – qu'on a parlé « d'acceptation de la clause facultative ». Néanmoins, la structure même du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut montre bien que, lorsqu'un Etat rédige une déclaration, il s'inspire de la liste suggérée dans cette disposition (j'en ferai la genèse aux paragraphes 27 à 40) et n'a qu'à délimiter l'objet des différends d'ordre juridique pour lesquels il est disposé, sous condition de réciprocité, à accepter la juridiction de la Cour indépendamment de dispositions conventionnelles ou d'accords particuliers. Puisqu'un Etat n'est pas tenu de faire une telle déclaration, il n'est à plus forte raison pas tenu de répondre à l'hypothèse idéale.

12. En conséquence, on ne peut s'autoriser du fait que les clauses dérogatoires peuvent souvent constituer un bon moyen de délimitation, pour présumer que l'Etat qui recourt à ces clauses revient sur certains points de son acceptation générale faite à priori de la juridiction de la Cour ; au contraire, l'instrument d'acceptation demeure un indice positif de l'acceptation *sans réserve* par cet Etat de la juridiction dans un domaine que ces exceptions ont simplement aidé à définir. En dehors de ce domaine, il n'y a tout simplement pas d'acceptation, pas même une acceptation soumise à « réserve », et raisonner comme s'il y avait acceptation, c'est céder à une sorte d'illusion d'optique.

13. En l'espèce, il semble que le fait d'avoir envisagé une certaine exception comme une « réserve » a aidé la Cour à se figurer que si l'on ne tenait pas compte des traités multilatéraux comme source de droit positif cette « réserve » perdrait sa force, de sorte que l'exception pourrait être tournée. J'ai déjà expliqué pourquoi j'estime erronée cette façon de voir. La référence aux traités multilatéraux n'est qu'un moyen de délimiter la compétence afin d'exclure certains différends : rien ne permet de supposer qu'un différend « résultant » d'un traité multilatéral peut néanmoins être porté devant la Cour parce qu'il peut aussi s'analyser sous l'angle du droit international général (ce qui est toujours le cas). Ayant décidé que le présent différend « résultait » effectivement d'un ou de plusieurs traités de ce genre, la Cour aurait dû conclure que la limite de l'acceptation de la juridiction ne pouvait être étendue jusqu'à englober le différend en vertu de l'article 36, paragraphe 2, du Statut que dans les circonstances visées dans l'exception elle-même, à savoir dans le cas où toutes les parties concernées sont présentes ou dans celui où les Etats-Unis ont expressément accepté la compétence de la Cour.

14. Ainsi donc, si la « réserve Vandenberg » est applicable en l'espèce, et que l'acceptation par les Etats-Unis de la juridiction obligatoire de la Cour ne s'étend par conséquent pas aux différends *résultant* de la Charte des Nations Unies et de la charte de l'Organisation des Etats américains, et si l'arrêt déclare pourtant que la Cour peut connaître de la présente affaire au titre de l'article 36, paragraphe 2, du Statut comme il est dit ci-dessous :

« La Cour conclut qu'il lui appartient d'exercer la compétence que lui confère la déclaration d'acceptation faite par les Etats-Unis en vertu de l'article 36, paragraphe 2, du Statut, afin de se prononcer sur les demandes du Nicaragua fondées sur le droit international coutumier, et cela bien que les différends « résultant » des chartes des Nations Unies et de l'Organisation des Etats américains échappent à sa juridiction » (par. 182),

la Cour aurait dû démontrer, non qu'elle pouvait appliquer séparément le droit international général et coutumier mais que le différend qui lui avait été soumis par la requête du demandeur *ne* résultait *pas* desdits traités multilatéraux. Or, la Cour dans son arrêt ne le fait pas. Je répète que je suis convaincu que, puisque la Cour avait déclaré que la réserve Vandenberg était applicable, ce qui est juste à mes yeux, la Cour ne devait pas et ne pouvait d'ailleurs pas connaître, au titre de l'article 36, paragraphe 2, du Statut, de l'ensemble du différend portant sur les « activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci » qui étaient reprochées aux Etats-Unis.

II. NON-JUSTICIABILITÉ DE LA PRÉSENTE AFFAIRE. — LA REQUÊTE DU NICARAGUA EN TANT QUE FONDÉE SUR L'ARTICLE 36, PARAGRAPHE 2, DU STATUT DEVAIT ÊTRE DÉCLARÉE IRRECEVABLE

A. Introduction

15. Pour établir la compétence d'un tribunal, il faut déterminer si le différend qui est soumis à son jugement relève bien de la juridiction qui a été spécifiquement conférée à ce tribunal par un instrument de base, de telle sorte que la question de la compétence doit être tranchée en priorité et d'après les termes dudit instrument. En revanche, la question de la recevabilité d'une demande appelle l'application de règles fondamentales d'administration de la justice, qui permettent d'établir s'il convient ou non que la fonction judiciaire soit exercée relativement aux points en litige. Dans la mesure où la réponse à cette question suppose la qualification exacte de ces questions, la recevabilité n'a pas nécessairement un caractère préliminaire : elle ne peut pas alors être tranchée avant l'examen au fond. Mais elle est toujours prioritaire d'un point de vue plus strict puisque aucune conclusion ne peut être formulée sur le fond tant qu'elle n'a pas été résolue. On lit à ce propos dans l'arrêt :

« notamment lorsque ce caractère [préliminaire des objections] n'est pas exclusif puisqu'elles comportent à la fois des aspects préliminaires et des aspects de fond, elles devront être réglées au stade du fond » (par. 41).

16. Dans son arrêt de 1984, la Cour a rejeté certains motifs que les Etats-Unis invoquaient pour conclure à l'irrecevabilité de la requête (*C.I.J.*

Recueil 1984, p. 429-441). Mais il me semble que l'arrêt de 1984 n'a pas réglé une question qui demeure essentielle, celle de la justiciabilité du présent différend. Au sujet de la justiciabilité, la Cour a fait observer dans le présent arrêt que les États-Unis n'avaient pas soutenu qu'il ne s'agissait pas d'un « différend d'ordre juridique » et elle a déclaré :

« la Cour peut ... se borner ici à conclure que, dans les circonstances de la présente espèce, les problèmes de légitime défense qui ont été soulevés font partie de ceux qui relèvent de sa compétence et qu'elle est en mesure de régler » (par. 35).

17. J'estime que la requête du Nicaragua aurait dû être déclarée non justiciable puisque à mon avis le différend n'est pas de ceux qui rentrent dans la catégorie des différends « d'ordre juridique » au sens que doit avoir l'article 36, paragraphe 2, du Statut. On peut soutenir (et c'est ce que le présent arrêt tente délibérément de faire, voir le paragraphe 32) qu'en se prononçant sur sa compétence la Cour a réglé la question de l'appréciation de la compétence que pourrait lui conférer cette disposition du Statut. Or la question de savoir si le différend doit être considéré comme justiciable en tant que « différend d'ordre juridique » au sens du Statut relève du fond de l'affaire. En conséquence elle méritait et exigeait d'être réexaminée au stade actuel (voir ci-après la section B).

18. En outre, même si mon point de vue était mal fondé, il me semble qu'il aurait été prudent, compte tenu du fond de la présente affaire, que la Cour estime judiciairement inopportun de continuer à connaître d'une affaire si fortement marquée par des problèmes délicats qui sous-tendent les relations politiques de nombreux États : cet état de fait explique sans doute en grande partie la vigueur avec laquelle le défendeur a d'abord contesté puis semblé défier la compétence de la Cour (voir ci-après la section C).

19. Telles sont les positions que j'ai prises tout au long de l'examen de la présente affaire par la Cour, et je regrette qu'il n'en ait pas été tenu compte dans l'arrêt.

*B. Portée limitée des mots « différends d'ordre juridique »
dans le paragraphe 2 de l'article 36 du Statut*

1. La justiciabilité et la notion de différends d'ordre juridique. — Historique

20. A propos de la notion de « différends d'ordre juridique » et de la mission de la Cour internationale de Justice, on peut rappeler les deux dispositions suivantes :

Charte des Nations Unies, article 36, paragraphe 3

« En faisant les recommandations prévues au présent article, le Conseil de sécurité doit aussi tenir compte du fait que, d'une manière générale, les différends d'ordre juridique devraient être soumis par les

parties à la Cour internationale de Justice conformément aux dispositions du Statut de la Cour. »

*Statut de la Cour internationale de Justice, article 36,
paragraphe 2*

« Les Etats parties au présent Statut pourront, à n'importe quel moment, déclarer reconnaître comme obligatoire de plein droit et sans convention spéciale, à l'égard de tout autre Etat acceptant la même obligation, la juridiction de la Cour sur tous les différends d'ordre juridique ayant pour objet :

- a) l'interprétation d'un traité ;
- b) tout point de droit international ;
- c) la réalité de tout fait qui, s'il était établi, constituerait la violation d'un engagement international ;
- d) la nature ou l'étendue de la réparation due pour la rupture d'un engagement international. »

Si l'on fait l'historique du règlement des différends internationaux par voie arbitrale ou judiciaire, on voit bien que les « différends d'ordre juridique » soumis à un tel règlement étaient limités par leur objet et, d'une façon plus générale, que leur soumission à une telle forme de règlement dépendait toujours en fin de compte de l'assentiment des Etats en litige.

i) *Le concept de « différends d'ordre juridique soumis à l'arbitrage obligatoire » avant la création de la Cour permanente de Justice internationale*

a) *Les conventions de 1899 et de 1907 pour le règlement pacifique des conflits internationaux*

21. Conformément aux précédents constitués par les clauses d'arbitrage inscrites dans quelques traités bilatéraux vers la fin du XIX^e siècle et par quelques traités d'arbitrage, généralement conclus entre pays de l'hémisphère occidental, la convention de 1899 pour le règlement pacifique des conflits internationaux contient la disposition suivante :

« Dans les questions d'ordre juridique, et en premier lieu dans les questions d'interprétation ou d'application des conventions internationales, l'arbitrage est reconnu par les Puissances signataires comme le moyen le plus efficace et en même tant le plus équitable de régler les litiges qui n'ont pas été résolus par les voies diplomatiques. » (Art. 16.) (*Conférence internationale de la paix de La Haye, 1899, p. 227.*)

La soumission à l'arbitrage était loin d'être obligatoire.

22. La convention de 1899 fut modifiée sur ce point à la deuxième conférence de la paix, en 1907, par la simple adjonction d'un paragraphe ainsi rédigé :

« En conséquence, il serait désirable que, dans les litiges sur les questions susmentionnées, les Puissances contractantes eussent, le cas

échéant, recours à l'arbitrage, en tant que les circonstances le permettraient. » (Art. 38.) (*Deuxième conférence internationale de la paix de La Haye, Actes et documents*, vol. I, p. 610.)

La seconde conférence de la paix, tenue en 1907, ne réussit donc pas à instaurer l'arbitrage obligatoire. Un projet visant à l'instaurer fut mis aux voix par la première commission de la conférence, mais il ne fut finalement pas jugé acceptable. Le texte rejeté, qui aurait été ajouté à l'article 16 de la convention de 1899, tendait à établir que :

« Les différends d'ordre juridique et, en premier lieu, ceux relatifs à l'interprétation des traités existant entre deux ou plusieurs des Etats contractants, qui viendraient désormais à se produire entre eux, et qui n'auraient pu être réglés par la voie diplomatique, seront soumis à l'arbitrage, à la condition toutefois qu'ils ne mettent en cause ni les intérêts vitaux, ni l'indépendance ou l'honneur de l'un ou l'autre desdits Etats, et qu'ils ne touchent pas aux intérêts d'autres Etats ne participant pas au litige. » (Art. 16 a.) (*Ibid.*, p. 537.)

23. Toutefois, le projet énonçait que « certains des différends [visés à l'article 16] sont de nature à être soumis à l'arbitrage sans les réserves mentionnées dans l'article 16 a » (art. 16 c) (*ibid.*), et énumérait comme tels les différends suivants :

« I. Contestations concernant l'interprétation et l'application des stipulations conventionnelles relatives aux matières suivantes :

1. Assistance gratuite réciproque des malades indigents.
2. Protection ouvrière internationale des travailleurs.
3. Moyens de prévenir les collisions en mer.
4. Poids et mesures.
5. Jaugeage des navires.
6. Salaires et successions des marins décédés.
7. Protection des œuvres littéraires et artistiques.

II. Réclamations pécuniaires du chef de dommages, lorsque le principe de l'indemnité est reconnu par les parties. » (Art. 16 d.) (*Ibid.*)

Il fut aussi proposé d'élaborer un protocole énumérant « les autres matières [reconnues par la suite comme] pouvant faire l'objet de stipulations d'arbitrage sans réserve [sous condition de réciprocité] » (art. 16 e) (*ibid.*). Le délégué britannique proposa alors un protocole auquel était annexée la liste des matières suivantes :

- « 1. Réclamations pécuniaires du chef de dommages lorsque le principe de l'indemnité est reconnu par les parties.
2. Assistance gratuite réciproque des malades indigents.
 3. Protection ouvrière internationale.

4. Moyens de prévenir les collisions en mer.
5. Poids et mesures.
6. Jaugeage des navires.
7. Salaires et succession des marins décédés.
8. Protection des œuvres littéraires et artistiques.
9. Régime des sociétés commerciales et industrielles.
10. Contestations pécuniaires à cause d'actes de guerre, de guerre civile, de l'arrestation des étrangers ou de la saisie de leurs biens.
11. Règlements sanitaires.
12. Assimilation des étrangers aux nationaux quant aux taxes et impôts.
13. Tarifs de douane.
14. Règlements concernant les épizooties, le phylloxéra et autres fléaux similaires.
15. Systèmes monétaires.
16. Droits des étrangers d'acquérir et de posséder des biens.
17. Procédure civile et commerciale.
18. Contestations pécuniaires lorsqu'il s'agit de l'interprétation ou de l'application des conventions de toute espèce entre les parties en litige.
19. Conventions de rapatriement.
20. Conventions postales, télégraphiques et téléphoniques.
21. Taxes exigées des navires, droits de quai, de phare, de pilotage, charges et taxes de sauvetage imposées en cas d'avaries ou de naufrage.
22. Droit international privé. » (Art. 16 e.) (*Deuxième conférence internationale de la paix de La Haye, Actes et documents*, vol. I, p. 542.)

On constate que, bien que le but poursuivi eût été de soumettre les différends en question à l'arbitrage obligatoire, le projet contient, d'une part une réserve selon laquelle il faut que ces différends

« ne mettent en cause ni les intérêts vitaux, ni l'indépendance ou l'honneur de l'un ou l'autre des dits Etats, et qu'ils ne touchent pas aux intérêts d'autres Etats ne participant pas au litige »

et d'autre part une énumération limitative des matières extrêmement techniques et principalement non politiques pouvant faire l'objet des différends que les parties seraient convenues sans réserve de soumettre à l'arbitrage.

24. Le projet lui-même ne fut pas mis aux voix en séance plénière et il est inutile d'insister sur le fait que la conférence de 1907 n'a pas été couronnée de succès, loin de là, du moins en ce qui concerne l'arbitrage obligatoire. Il importe toutefois de relever que, même dans ce projet, il n'était proposé de soumettre à l'arbitrage obligatoire qu'un nombre restreint de « différends d'ordre juridique, et en premier lieu, ceux relatifs à l'interprétation des

traités » – selon un choix limité à des matières principalement techniques. Il apparaît donc que même les rédacteurs les plus idéalistes étaient enclins à considérer que la notion de différend justiciable devait être limitée au point de ne viser que quelques questions très techniques ou de procédure.

b) *Les différends justiciables dans les traités d'arbitrage du début de ce siècle*

25. Quatre ans après l'adoption de la convention de 1899 mais avant la deuxième conférence internationale de la paix de 1907, le traité bilatéral de 1903 entre la France et la Grande-Bretagne souleva l'intérêt mondial, étant le premier pas des pays européens vers la soumission obligatoire des différends internationaux au règlement par arbitrage. Il fut suivi par huit traités analogues conclus avant 1907, auxquels la plupart du temps soit la France soit l'Angleterre était partie. Le nombre des traités bilatéraux de ce genre conclus entre 1907 et les années vingt s'élève à vingt-neuf. A la différence du traité multilatéral de 1899, ce modèle de traité bilatéral fixa une règle obligatoire pour les deux parties contractantes touchant la soumission obligatoire de certains types de différends à la Cour permanente d'arbitrage. Dans le traité de 1903, il est stipulé que « les différends d'ordre juridique ou relatifs à l'interprétation des traités existant entre les deux Parties contractantes » seront soumis à la Cour permanente d'arbitrage (article premier). Cette soumission obligatoire est limitée par une condition figurant dans chaque traité, à savoir que

« [les différends] ne mettent en cause, ni les intérêts vitaux ni l'indépendance ou l'honneur des deux Etats contractants, et qu'ils ne touchent pas aux intérêts de tierces puissances » (article premier) (*Nouveau recueil général des traités*, t. XXXII, p. 480).

Cette clause célèbre, qui énonce les quatre réserves à l'arbitrage obligatoire (intérêts vitaux, indépendance et honneur des Etats contractants, intérêts des tierces puissances) et qui a été incorporée par la suite dans le projet présenté à la conférence de La Haye de 1907, comme je l'ai indiqué, a vu le jour avec le traité de 1903. Il faut relever aussi que les parties devaient commencer, dans chaque cas particulier, par signer un compromis spécial

« déterminant nettement l'objet du litige, l'étendue des pouvoirs des arbitres et les délais à observer, en ce qui concerne la constitution du tribunal arbitral et la procédure » (art. II).

26. En 1911, le Gouvernement des Etats-Unis d'Amérique conclut respectivement avec la Grande-Bretagne et la France des traités généraux d'arbitrage qui disposaient que :

« Tous différends s'élevant désormais entre les Hautes Parties contractantes ... se rattachant à des questions internationales intéressant les Hautes Parties contractantes et provenant d'une réclamation de

droit formée par l'une contre l'autre en vertu d'un traité ou d'une autre cause, et qui sont de nature à comporter un règlement judiciaire du fait qu'ils peuvent être résolus par application des principes du droit ou de l'équité, seront soumis à la Cour permanente d'arbitrage ... ou à tel autre tribunal arbitral qui pourra être institué dans chaque cas par un compromis spécial. » (Article premier.) (*Revue générale de droit international public*, t. XVIII, 1911, p. 655.)

Dans un traité comme dans l'autre il est prévu que, lorsque les parties sont en désaccord sur la question de savoir si un différend est ou non susceptible d'arbitrage aux termes du traité, la question sera soumise à une haute commission mixte d'enquête et que, si tous les membres de la commission ou tous sauf un sont d'accord pour déclarer que le différend entre dans la catégorie de ceux que vise l'article premier, il sera soumis à l'arbitrage (art. III). Ces traités auraient représenté un progrès considérable du point de vue du règlement obligatoire des différends mais ils n'obtinrent pas l'approbation du Sénat des Etats-Unis, notamment en raison de la notion extrêmement nouvelle de la détermination de la compétence du tribunal par un organisme tiers. Ainsi, une tentative de plus d'instituer l'arbitrage obligatoire avait échoué.

ii) *Les différends justiciables et non justiciables selon le Pacte de la Société des Nations et selon le Statut de la Cour permanente de Justice internationale*

a) *Le Pacte de la Société des Nations*

27. A partir de 1918, on commença à élaborer des plans pour créer cette institution d'après-guerre. Le règlement pacifique des différends internationaux était l'une des principales questions, et l'on avait toujours considéré que si certains différends étaient susceptibles d'une solution arbitrale, d'autres pourraient être réglés de façon plus satisfaisante par cette institution mondiale ou par la voie d'une conciliation confiée à un organe que créerait cette institution. L'un des premiers projets, proposé par lord Phillimore en 1918, distinguait en particulier quatre types de différends susceptibles d'une solution arbitrale, à savoir les différends relatifs « à l'interprétation d'un traité », « à tout point de droit international », « à la réalité de tout fait qui, s'il était établi, constituerait la rupture d'un engagement international », ou « à l'étendue ou à la nature de la réparation due pour une telle rupture ». Il contenait aussi la disposition suivante : « l'arbitrage est reconnu par les Etats alliés comme le moyen le plus efficace et en même temps le plus équitable de régler le différend » (David Hunter Miller, *The Drafting of the Covenant*, vol. II, p. 4). Le général Smuts, qui était le délégué britannique à la conférence de la paix de Paris, a également mentionné ces quatre types de différends à propos des « deux classes de litiges, les justiciables et les autres » (*ibid.*, p. 56). Dans tous les autres projets relatifs à la création de la future organisation mondiale, il était fait mention de ces quatre types de différends.

28. La commission de la Société des Nations constituée par la conférence des préliminaires de paix pour étudier la constitution de la Société des Nations commença ses travaux le 3 février 1919. Le projet de pacte, qui comprenait quelques dispositions sur le règlement des différends (art. 10-13) fut élaboré. Il reposait sur l'idée que les hautes parties contractantes « ne recourraient en aucun cas à la force armée avant d'avoir soumis les questions et les faits du litige à l'arbitrage ou à une enquête du Comité exécutif » (art. 10) (*La paix de Versailles*, vol. II, p. 117) et contenait la disposition suivante :

« Article 11. Les Hautes Parties contractantes conviennent que lorsqu'il s'élèvera entre elles un différend ou une difficulté susceptible d'être soumis à l'arbitrage et ne pouvant être réglé par la diplomatie, elles soumettront la question pleine et entière à l'arbitrage... » (*Ibid.*, p. 117.)

En outre, l'idée de créer une Cour permanente de Justice internationale a été émise dans ce projet de pacte (art. 12).

29. Lors de la deuxième lecture du texte, le 24 mars 1919, lord Robert Cecil, soucieux d'« établir une distinction entre les différends justiciables et non justiciables » (David Hunter Miller, *The Drafting of the Covenant*, vol. II, p. 348), proposa la variante ci-après, qui avait d'ailleurs déjà été proposée par lord Phillimore plus d'un an auparavant :

« Si un différend s'élève entre les Etats Membres de la Société, relatif à l'interprétation d'un traité, à une question de droit international, à l'existence de tout fait qui constituerait une infraction aux obligations internationales, ou à l'étendue et à la nature de la réparation à faire pour une telle infraction, si un tel différend ne peut pas être réglé de façon satisfaisante par la diplomatie, les Etats Membres de la Société reconnaissent que l'arbitrage est le moyen le plus efficace et, en même temps, le plus équitable, de régler ce différend ; et ils sont d'accord pour soumettre à l'arbitrage tout le différend qu'ils reconnaissent être de cette nature. » (*La paix de Versailles*, vol. II, p. 366.)

Le 10 avril, lors de l'examen du projet de pacte modifié par le comité de rédaction, lord Robert Cecil déclara encore que :

« il était difficile de poser une règle stricte. Par exemple on ne pouvait pas dire que la question de l'interprétation d'un traité devrait être soumise à l'arbitrage dans tous les cas. Il pourrait arriver qu'une telle interprétation mette en cause l'honneur ou les intérêts vitaux d'un pays. Dans un tel cas, la question devrait plutôt être soumise à l'examen du Conseil de la Société. Il serait dangereux pour l'avenir du principe de l'arbitrage de l'imposer de façon trop stricte dans un grand nombre de cas. » (David Hunter Miller, *The Drafting of the Covenant*, vol. II, p. 378.)

La version finale du projet de pacte fut adoptée à la dernière séance de la commission, le 11 avril 1919.

30. Sur le règlement arbitral ou judiciaire des différends, le Pacte de la Société des Nations contenait les dispositions suivantes ¹ :

« Article 12

1. Tous les Membres de la Société conviennent que, s'il s'élève entre eux un différend susceptible d'entraîner une rupture, ils le soumettront soit à la procédure de l'arbitrage *, soit à l'examen du Conseil...

Article 13

1. Les Membres de la Société conviennent que s'il s'élève entre eux un différend susceptible, à leur avis, d'une solution arbitrale *, et si ce différend ne peut se régler de façon satisfaisante par la voie diplomatique, la question sera soumise intégralement à l'arbitrage *.

2. Parmi ceux qui sont généralement susceptibles de solution arbitrale *, on déclare tels les différends relatifs à l'interprétation d'un traité, à tout point de droit international, à la réalité de tout fait qui, s'il était établi, constituerait la rupture d'un engagement international, ou à l'étendue ou à la nature de la réparation due pour une telle rupture. »

Le 28 avril, à la conférence de la Paix, le président Wilson des Etats-Unis d'Amérique donna l'explication suivante :

« Le second paragraphe de l'article XIII est nouveau et a pour objet de donner des exemples de différends qui sont généralement reconnus comme susceptibles d'une solution arbitrale, des exemples de ce qu'on a récemment appelé des questions « justiciables. » (*La paix des peuples*, vol. 2, p. 390.)

C'est ainsi que la Société des Nations en vint à déclarer que les quatre types de différends que lord Phillimore avait proposés à l'origine étaient généralement reconnus comme susceptibles d'une solution arbitrale.

b) *Le Statut de la Cour permanente de Justice internationale*

31. Réuni à La Haye, le comité consultatif de juristes constitué en application de la première phrase (que je n'ai pas citée) de l'article 14 élaborait un avant-projet relatif à la création d'une Cour permanente de Justice internationale. Reprenant la classification en quatre types de différends, ce projet contenait les dispositions ci-après sur la compétence de la Cour :

¹ A la suite de la création en 1924 de la Cour permanente de Justice internationale, qui avait été annoncée et indiquée dans l'article 14, le règlement judiciaire a été mentionné après chacun des astérisques de ce texte.

« Article 34

Entre Etats Membres de la Société des Nations la Cour statue sans convention spéciale *sur les différends d'ordre juridique*, qui ont pour objet :

- a) l'interprétation d'un traité ;
- b) *tout point de droit international* ;
- c) la réalité de tout fait, qui, s'il était établi, constituerait la violation d'un engagement international ;
- d) la nature ou l'étendue de la réparation due pour la rupture d'un engagement international ;
- e) l'interprétation d'une sentence rendue par la Cour.

La Cour connaît également de tous différends, de quelque nature qu'ils soient, qui lui sont soumis par la convention, soit générale, soit spéciale, des parties.

En cas de contestation sur le point de savoir si un différend rentre dans les catégories ci-dessus visées, la Cour décide. » (*C.P.J.I., Comité consultatif de juristes, Procès-verbaux des séances du comité*, p. 679.) (Les italiques sont de moi.)

32. Le point de vue du comité consultatif de juristes se heurta à des objections formulées par plusieurs délégués au Conseil de la Société des Nations, lequel examina l'avant-projet au cours de ses sessions de février à octobre 1920. Ces délégués firent valoir que, même si les Etats admettaient le caractère obligatoire de la juridiction dans les cas énoncés dans l'article proposé, ils n'iraient peut-être pas jusqu'à admettre que *tout point de droit international* sans exception pût être soumis à la Cour. Dans le rapport présenté par le délégué de la France, M. Léon Bourgeois, le 27 octobre 1920 à la dixième session du Conseil tenue à Bruxelles, on lit le passage suivant :

« Nous ne croyons pas nécessaire de discuter ici les avantages qui résulteraient, pour la bonne administration de la justice internationale et pour le développement de l'autorité de la Cour, du système de la compétence obligatoire proposé par le comité des juristes. Mais, puisqu'il s'agit, en réalité, d'une modification à apporter aux articles 12 et 13 du Pacte, le Conseil estimera sans doute qu'il ne lui appartient pas, à l'heure où va se réunir pour la première fois l'Assemblée générale de la Société des Nations, de prendre l'initiative de propositions de modifications du Pacte dont l'application et la garde lui ont été confiées.

.

Ce qui paraît nécessaire, à l'heure actuelle, pour l'autorité de la Société des Nations, c'est que, dès ses débuts, des divisions ne se produisent pas sur les règles essentielles posées dans le Pacte... »

(Société des Nations, *C.P.J.I., Documents au sujet de mesures prises par le Conseil de la Société des Nations aux termes de l'article 14 du Pacte*, p. 47.)

Léon Bourgeois proposa que le Conseil remplace les articles 33 et 34 de l'avant-projet élaboré à La Haye par un nouveau texte, qui fut finalement adopté par le Conseil, sous la forme suivante :

« Article 33

La compétence de la Cour est réglée par les articles 12, 13 et 14 du Pacte.

Article 34

Sans préjudice de la faculté conférée par l'article 12 du Pacte aux parties en litige de le soumettre, soit à la procédure judiciaire ou arbitrale, soit à l'examen du Conseil, la Cour connaîtra sans convention spéciale des litiges dont le règlement est confié à elle, ou à la juridiction instituée par la Société des Nations, aux termes des traités en vigueur. » (*Ibid.*, p. 47.)

33. Pendant que l'Assemblée se réunissait, du 24 novembre au 7 décembre 1920, une sous-commission de la Troisième Commission procéda à une étude approfondie de l'avant-projet de création de la Cour et proposa ce qui suit :

« Quelque divergence d'opinions qu'il puisse y avoir sur l'interprétation du Pacte en ce qui concerne l'acceptation d'une juridiction obligatoire en dedans du cadre de ses dispositions, ainsi que sur l'opportunité politique d'accepter une juridiction inconditionnellement obligatoire dans les rapports internationaux, la Sous-Commission s'est arrêtée devant la considération que l'unanimité des Membres de la Société des Nations est nécessaire pour l'établissement de la Cour, et que cette unanimité ne semble pouvoir être obtenue que sur la base des principes établis par le projet du Conseil. » (*Ibid.*, p. 210-211.)

La sous-commission rédigea alors un nouveau texte visant à énoncer aussi clairement que possible les idées suivantes :

« 1. La compétence de la Cour est en principe fondée sur un accord entre les parties. Cet accord peut résulter d'une convention spéciale soumettant un cas déterminé à la Cour, ou bien d'un traité ou d'une convention générale envisageant un ensemble d'affaires d'une certaine nature.

2. En ce qui concerne le droit d'assignation unilatérale visé par les mots « sans convention spéciale » du projet du Conseil, la Sous-Commission n'a pas, en supprimant ces mots, changé le sens dudit projet. Conformément à la proposition du Conseil, le texte préparé

par la Sous-Commission n'admet ce droit que quand il se base sur une convention des parties. La question doit, d'après l'avis de la Sous-Commission, être résolue de la manière suivante : si une convention établit sans aucune réserve la juridiction obligatoire pour certains cas ou pour certaines matières (comme le font certains traités généraux d'arbitrage ainsi que certaines clauses des traités de paix visant les droits des minorités, le travail, etc.) chacune des parties a, en vertu d'un tel traité, le droit sans une convention spéciale (un compromis) de recourir à la juridiction convenue. Par contre si la convention générale est soumise à certaines réserves (« intérêts vitaux », « indépendance », « honneur », etc.) dont l'appréciation, d'après les traités, appartient aux parties elles-mêmes, les parties ne peuvent pas recourir à la juridiction internationale sans un accord préalable (compromis)... » (Société des Nations, *C.P.J.I., Documents au sujet de mesures prises par le Conseil de la Société des Nations aux termes de l'article 14 du Pacte*, p. 211.)

Le projet provisoire rédigé par le Conseil fut modifié comme suit par la Sous-Commission :

« Article 36 (Bruxelles, art. 33)

La compétence de la Cour s'étend à toutes affaires que les parties lui soumettront, ainsi qu'à tous les cas spécialement prévus dans les traités et conventions en vigueur.

Article 37 (Bruxelles, art. 34)

Lorsqu'un traité ou convention en vigueur vise le renvoi à une juridiction à établir par la Société des Nations, la Cour constituera cette juridiction. » (*Ibid.*, p. 218.)

34. Cependant, au cours des délibérations de la Troisième Commission de la première Assemblée, le délégué du Brésil, M. Fernandes, présenta le texte qui avait été adopté par le comité consultatif de juristes mais abandonné par le Conseil (cité ci-dessus au paragraphe 31), et auquel était annexée une disposition transitoire ainsi rédigée :

« Article

En ratifiant la décision de l'Assemblée concernant l'adoption de ce statut, les Membres de la Société des Nations sont libres d'adhérer à l'un ou l'autre des deux textes de l'article 33. Ils peuvent adhérer purement ou sous condition à celui qui comporte une juridiction obligatoire, la condition pouvant consister dans la réciprocité de la part d'un certain nombre de Membres ou de certains Membres, ou, encore, d'un nombre de Membres où soient compris tels et tels d'entre eux. » (*Ibid.*, p. 168.)

Cette proposition fut adoptée avec quelques modifications. La Troisième

Commission, dans son rapport, indiqua à propos de l'article 36 qu'une nouvelle disposition avait été ajoutée dont le sens était le suivant :

« elle donne la faculté de choisir la juridiction obligatoire ou bien pour toutes les questions énumérées à l'article, ou bien seulement pour certaines de ces questions. Elle établit en outre la possibilité de désigner les Etats (ou Membres de la Société des Nations) vis-à-vis desquels chaque gouvernement est disposé à assumer une juridiction plus étendue. » (*Ibid.*, p. 222.)

35. Le texte, modifié par la Troisième Commission à sa dernière session tenue le 10 décembre 1920, fut finalement adopté avec encore d'autres légères modifications et devint l'article 36 du Statut de la Cour permanente de Justice internationale. Dès lors, le Statut dispose notamment :

« Article 36

... Les Membres de la Société ... pourront ... déclarer reconnaître dès à présent comme obligatoire, de plein droit et sans convention spéciale ... la juridiction de la Cour sur *toutes ou quelques-unes des catégories de différends d'ordre juridique ayant pour objet* :

- a) l'interprétation d'un traité ;
- b) tout point de droit international ;
- c) la réalité de tout fait qui, s'il était établi, constituerait la violation d'un engagement international ;
- d) la nature ou l'étendue de la réparation due pour la rupture d'un engagement international. » (Les italiques sont de moi.)

Dans le Pacte de la Société des Nations, c'est en termes généraux qu'il est dit que les « différends » énumérés sont de ceux qui « sont généralement susceptibles de solution arbitrale » ; en revanche, dans le Statut de la Cour permanente de Justice internationale il est prévu une acceptation facultative de la juridiction de la Cour pour les « différends d'ordre juridique ayant pour objet » les quatre catégories spécifiées dans le Pacte.

iii) *La notion de différends justiciables après la création de la Cour permanente de Justice internationale*

36. Après la première guerre mondiale, et plus particulièrement à partir de 1925, un grand nombre de traités bilatéraux furent conclus pour unifier la procédure de conciliation en soumettant divers types de différends internationaux à l'arbitrage ou à la juridiction de la Cour permanente de Justice internationale nouvellement créée. En octobre 1925, à Locarno (Suisse), où fut paraphé un traité de garantie mutuelle visant au maintien du *statu quo* territorial résultant de la correction des frontières occidentales de l'Allemagne, cet Etat conclut, respectivement avec la Belgique, la France, la Pologne et la Tchécoslovaquie, des conventions d'arbitrage qui comportaient la disposition suivante :

« Toutes contestations, entre l'Allemagne et [l'autre partie] de quelque nature qu'elles soient, au sujet desquelles les parties se conteste-

raient réciproquement un droit ... seront soumises pour jugement soit à un tribunal arbitral, soit à la Cour permanente de Justice internationale... » (Article premier.) (Société des Nations, *Recueil des traités*, vol. 54, p. 304.)

Il était entendu que ces contestations comprenaient « notamment celles que mentionne l'article 13 du Pacte de la Société des Nations » (article premier) et qu'elles devaient être soumises — mais uniquement par voie de compromis — soit à la Cour permanente de Justice internationale, soit à un tribunal arbitral (art. 16).

37. Issu des travaux du comité d'arbitrage et de sécurité, qui fut constitué par la commission préparatoire de la conférence du désarmement en novembre 1927, l'Acte général pour le règlement pacifique des différends internationaux fut approuvé à la neuvième Assemblée de la Société des Nations en 1928 ; il contenait une synthèse des résultats d'un certain nombre de traités bilatéraux d'arbitrage ou de conciliation. Quant au recours au règlement judiciaire, on décida que « tous différends au sujet desquels les parties se contesteraient réciproquement un droit » seraient soumis pour jugement à la Cour permanente de Justice internationale. Toutefois, il était entendu que ces différends comprenaient « notamment ceux que mentionne l'article 36 du Statut de la Cour permanente de Justice internationale » (art. 17) (Société des Nations, *Recueil des traités*, vol. 93, p. 350).

38. Dans les traités d'arbitrage conclus par les Etats-Unis de 1928 à 1930 avec quelque vingt-cinq pays il est prévu de soumettre à la Cour permanente d'arbitrage ou à un autre tribunal compétent :

« tous les différends qui pourraient surgir entre les Hautes Parties contractantes dans des affaires d'ordre international portant sur un droit qu'une Partie contractante fait valoir à l'égard de l'autre en vertu d'un traité ou autrement ... s'ils comportent, de par leur nature, une solution juridique, c'est-à-dire sont susceptibles d'être réglés par l'application des principes du droit et de l'équité... » (Article premier.) (Société des Nations, *Recueil des traités*, vol. 88, p. 100.)

Un accord spécial pour soumettre le différend à la Cour permanente d'arbitrage ou à un autre tribunal devait d'abord intervenir entre les parties dans chaque cas. En 1929, les Etats-Unis conclurent à Washington avec dix-neuf Etats d'Amérique latine le traité général d'arbitrage interaméricain, qui appartenait à la même catégorie d'instruments et disposait que les parties contractantes s'engageaient à soumettre à l'arbitrage :

« tous les différends de caractère international qui ont surgi ou qui pourraient surgir entre elles par le fait de la réclamation d'un droit faite par l'une contre l'autre, en vertu d'un traité ou autrement ... et qui est de nature juridique, vu qu'elle est susceptible d'une décision basée sur l'application des principes du droit » (article premier) (Société des Nations, *Recueil des traités*, vol. 130, p. 141-142).

Le traité prévoyait également que seraient considérés comme compris parmi les « questions d'un caractère juridique » (article premier) les quatre types de différends précisés à l'article 13, paragraphe 2, du Pacte de la Société des Nations. Dans chaque cas, les parties en litige devaient rédiger d'un commun accord un compromis spécial qui définirait l'objet particulier de la controverse (art. 4).

iv) *Les différends d'ordre juridique considérés comme susceptibles d'un règlement par la Cour internationale de Justice*

39. Les Nations Unies ont institué la Cour internationale de Justice en tant qu'« organe judiciaire principal des Nations Unies » qui « fonctionne conformément à un Statut » (Charte, art. 92) mais la responsabilité principale du maintien de la paix et de la sécurité internationales est confiée au Conseil de sécurité lequel doit examiner en dernier recours tout différend dont la prolongation est susceptible de menacer le maintien de la paix et de la sécurité internationales, en tenant aussi compte du fait que, d'une manière générale, les « différends d'ordre juridique » devraient être soumis par les parties à la Cour internationale de Justice (Charte, art. 36, par. 3).

40. Le Statut de la Cour actuelle, qui date de 1945 et dont la disposition pertinente a déjà été citée (par. 20), suit le modèle de celui de la Cour précédente, si ce n'est que les Etats parties peuvent déclarer reconnaître la juridiction de la Cour « sur tous les différends d'ordre juridique ayant pour objet... » (art. 36, par. 2) et non plus « sur toutes ou quelques-unes des catégories de différends d'ordre juridique ayant pour objet... », et que la clause facultative annexée au protocole de signature du Statut antérieur a été incorporée dans le nouveau Statut (art. 36, par. 3-4). Si on a laissé tomber la mention des « catégories » de différends d'ordre juridique, c'est seulement parce qu'on s'est rendu compte que cette expression vague était redondante, et si la clause facultative a été déplacée, ce n'est que par suite de l'intégration définitive de la Cour et de son Statut dans le système de la Charte. Par conséquent, on ne peut pas dire que la Cour actuelle a une compétence plus étendue que sa devancière *ratione materiae* sans présumer que le sens de l'expression « différends d'ordre juridique » a évolué.

2. *Il est difficile de considérer que la présente affaire a pour objet un « différend d'ordre juridique » au sens du Statut*

i) *Observations générales*

41. Après avoir fait la genèse du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut de la Cour internationale de Justice, je formulerai les observations ci-après.

42. En premier lieu, il a été précisé, dans certains instruments, que les termes « différends d'ordre juridique » visent les différends qui ont surgi ou qui pourraient surgir entre deux parties

« par le fait de la réclamation d'un droit faite par l'une contre l'autre, en vertu d'un traité ou autrement, réclamation ... qui est de nature

juridique, vu qu'elle est susceptible d'une décision basée sur l'application des principes du droit... » (par exemple, les traités généraux d'arbitrage de 1911 ; Société des Nations, *Recueil des traités*, vol. CXXX, p. 140),

et, dans d'autres, qu'ils visent les contestations « au sujet desquelles les parties se contesteraient réciproquement un droit » (par exemple, les traités de Locarno de 1925 et l'Acte général de 1928). Ces définitions ne doivent pas être oubliées ni prises à la légère lorsqu'on interprète les termes « différends d'ordre juridique » tels qu'ils sont employés dans le Statut.

43. En deuxième lieu, les fameuses réserves au règlement arbitral qui figuraient dans le traité de 1903 entre la France et la Grande-Bretagne et qui portaient sur les intérêts vitaux, l'indépendance ou l'honneur des deux États contractants ainsi que sur les intérêts de tierces puissances disparurent avec la création de la Société des Nations. Mais s'il en alla ainsi, c'est bien parce que les différends mettant en cause des considérations de ce genre devaient désormais être soumis à l'examen du Conseil, organe politique principal de la Société. De même, dans le système des Nations Unies, c'est au Conseil de sécurité qu'est confiée en dernier ressort la mission d'assurer le règlement pacifique de tout différend dont la prolongation est susceptible de menacer le maintien de la paix et de la sécurité internationales.

44. En troisième lieu, il faut rappeler que, pendant que le projet élaboré par le comité consultatif de juristes de La Haye était en cours d'examen au Conseil, à Bruxelles, la suggestion visant à soumettre obligatoirement à la Cour les différends portant sur *tout* point de droit international rencontra une certaine opposition, comme cela ressort du rapport de Léon Bourgeois, et notamment du passage suivant :

« Si l'on adopte cette thèse des jurisconsultes de La Haye d'une façon absolue, on va certainement très loin, vu les termes de l'article 34. Que faut-il en effet entendre par les termes « tout point de droit international » ? Même si les États admettaient la juridiction obligatoire dans les cas expressément définis dans l'article, consentiraient-ils à aller jusqu'à admettre que toute question de droit international puisse être soumise à la Cour ? Des objections à cet égard ont été soulevées par plusieurs des gouvernements qui nous ont fait parvenir leurs observations au sujet de l'avant-projet. » (Société des Nations, *C.P.J.I., Documents au sujet de mesures prises par le Conseil de la Société des Nations aux termes de l'article 14 du Pacte*, p. 46-47.)

45. En quatrième lieu, il importe de noter qu'à la première Assemblée de la Société des Nations la proposition concernant la soumission obligatoire à l'arbitrage des « différends d'ordre juridique » fut déclarée admissible à condition qu'elle soit acceptée volontairement par chaque État, comme devait en témoigner le futur article 36 du Statut. En conséquence, et malgré la disposition du Statut suivant laquelle en cas de doute sur sa compétence, la Cour *décide* (Statut, art 36, par. 6), il faut présumer que l'État qui a

accepté volontairement la juridiction obligatoire de la Cour (en l'espèce les Etats-Unis) non seulement l'a fait compte tenu de sa propre idée de ce que doit être un « différend d'ordre juridique » justiciable conformément à l'article 36, paragraphe 2, du Statut, mais qu'il peut légitimement s'attendre à ce que l'idée qu'il s'en fait soit précisée au besoin et respectée par la Cour.

ii) *Les précédents dans la jurisprudence de la Cour actuelle et de sa devancière*

46. Il n'est guère arrivé que la valeur de cette présomption ait l'occasion d'être vérifiée, comme il ressort de la pratique suivie lorsque des affaires ont été portées devant la Cour actuelle et sa devancière conformément à la clause facultative de leur Statut. Au total, plus de vingt affaires contentieuses ont été soumises à la Cour permanente de Justice internationale mais celles qui l'ont été sur la base de l'article 36, paragraphe 2, se montent à sept seulement ; trois d'entre elles — *Dénonciation du traité sino-belge du 2 novembre 1865*, *Losinger et Statut juridique du territoire du sud-est du Groënland* — ont été finalement rayées du rôle de la Cour tandis qu'une autre, l'affaire de la *Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie*, n'a pas trouvé d'issue en raison de la seconde guerre mondiale. Les affaires du *Statut juridique du Groënland oriental*, des *Phosphates du Maroc* et du *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis* sont les trois seules dont la Cour est restée saisie. Dans la première, aucune exception d'incompétence n'a été soulevée par le défendeur, le Danemark. Dans les deux autres, les exceptions soulevées ressortaient simplement à la procédure ; la Cour permanente y a fait droit et a déclaré la requête irrecevable dans l'un et l'autre cas. Il n'est pas arrivé une seule fois que la Cour précédente statue au fond après que le défendeur eut contesté sa compétence en vertu de la clause facultative du Statut.

47. Dans trois des dix affaires soumises à la Cour actuelle en vertu de l'article 36, paragraphe 2, avant la présente instance, l'Etat défendeur n'a pas soulevé d'exceptions d'incompétence ou d'irrecevabilité (*Pêcheries*, *Droits des ressortissants des Etats-Unis d'Amérique au Maroc* et *Application de la convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs*). Dans les sept autres affaires (*Anglo-Iranian Oil Co.*, *Nottebohm*, *Certains emprunts norvégiens*, *Droit de passage sur territoire indien*, *Interhandel*, *Incident aérien du 27 juillet 1955* et *Temple de Préah Vihear*) la compétence de la Cour n'a été contestée que pour des raisons de *procédure*. La Cour, après avoir rejeté les exceptions préliminaires soulevées par les défendeurs, n'a statué au fond que dans les trois affaires suivantes : *Nottebohm*, *Droit de passage sur territoire indien* et *Temple de Préah Vihear*. Dans ces affaires, les exceptions soulevées par les défendeurs relevaient de la procédure et ne concernaient pas la justiciabilité du différend en raison de son contenu. Avant la présente affaire, ni la Cour actuelle ni sa devancière n'ont donc jamais été saisies d'une affaire fondée sur l'article 36, paragraphe 2, et dont la justiciabilité aurait été mise en doute en raison du caractère même du différend.

iii) *Conclusion*

48. En conséquence, le fait que la Cour et sa devancière ont connu par le passé de quelques affaires portées devant elles sur la base de l'article 36, paragraphe 2, du Statut ne permet absolument pas de conclure que l'acceptation volontaire de l'obligation de soumettre des différends d'ordre juridique à la juridiction de la Cour en vertu de cet article équivaut à accepter de soumettre tous les différends, si marqués puissent-ils être par la politique. Bien qu'ils aient accepté volontairement la clause facultative, les Etats-Unis semblent d'avis que le présent différend ne rentre pas dans la catégorie des « différends d'ordre juridique » au sens de l'article 36, paragraphe 2. Même si les Etats-Unis n'ont pas expressément soutenu cette thèse durant la phase de l'instance relative à la compétence, laquelle a été en grande partie consacrée à la situation du demandeur à l'égard de la juridiction de la Cour, le fait qu'ils se fondaient sur l'argument du « conflit armé en cours » indiquait clairement qu'en tant que défendeur ils considéraient que le différend n'était pas « susceptible d'une décision basée sur l'application des principes du droit » — ou, en d'autres termes, que le sens de l'expression « différends d'ordre juridique » n'avait pas évolué au point de couvrir l'objet de la requête. Il n'y a pas à rechercher si ce point de vue est juste ou non lorsqu'on a affaire à une acceptation *volontaire* de la juridiction.

49. En résumé, la Cour devait relever que l'expression « différends d'ordre juridique » ne livre son sens que si on la rapproche du fait que la juridiction de la Cour sur les « différends d'ordre juridique » ne peut être acceptée que volontairement. Dans la présente affaire la Cour ne pouvait pas, comme elle l'avait fait dans l'affaire du *Plateau continental de la mer Egée*, appliquer une notion juridique élargie qui n'avait pas été envisagée au moment du dépôt de la déclaration car elle aurait risqué d'imposer sa juridiction, ce qui aurait été contraire au caractère volontaire d'une telle déclaration. En revanche, dans l'autre affaire, elle a agi de la sorte pour être bien sûre de respecter le caractère volontaire de la déclaration du défendeur.

C. Considérations relatives à l'administration de la justice qui auraient dû dissuader la Cour de se prononcer sur la requête du Nicaragua sur la base de l'article 36, paragraphe 2, du Statut

1. La Cour n'aurait pas dû recevoir la requête pour des considérations de bonne administration de la justice. — Problème préliminaire

50. Même si l'on estime que l'argumentation qui précède (ci-dessus sect. B) n'est pas bien fondée, et si l'on considère que le présent différend constitue un « différend d'ordre juridique » au sens de l'article 36, paragraphe 2, du Statut du point de vue de la procédure, je persiste à croire qu'une raison supplémentaire de prudence, la bonne administration de la

justice, permet de conclure que la Cour aurait dû dire que la requête du Nicaragua, en tant que fondée sur cette disposition, était non justiciable et par conséquent irrecevable.

51. Je ne nie pas qu'en principe, une fois qu'une juridiction est dûment saisie d'un différend qui n'est pas principalement d'ordre juridique, ce différend peut être considéré comme justiciable. Le droit interne de bien des pays rejette le *non liquet* d'une façon générale, même en l'absence d'une règle de droit directement applicable, et les tribunaux peuvent théoriquement statuer en se fondant sur l'exclusion du *non liquet*. Le code civil français de 1804 contient la disposition suivante :

« Le juge qui refusera de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice. » (Art. 4.) (*Code civil des Français, édition originale et seule officielle*, 1804, p. 2.)

A propos du droit anglais, sir Frederick Pollock déclare dans une note sur l'*Ancient Law* de Maine :

« [Les juges anglais] sont tenus de rendre une décision dans chaque cas, si originale soit-elle ; dans la mesure où cette décision ne s'inspire pas seulement des faits, elle fait ensuite jurisprudence pour d'autres affaires semblables ; c'est pourquoi il est de leur devoir de poser au besoin de nouvelles règles. Peut-être est-ce bien là la première et la plus grande règle de notre droit coutumier. » (Maine, *Ancient Law*, avec introduction et notes de sir Frederick Pollock, 1906, p. 48.)

52. Dans le cas du droit international, si l'on a introduit dans le Statut de la Cour permanente de Justice internationale une disposition suivant laquelle la Cour applique « les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées », c'est essentiellement pour éviter un *non liquet* dû à l'absence de toute règle de droit positif. Le modèle de règles sur la procédure arbitrale établi par la Commission du droit international en 1958 contient la disposition suivante : « Le tribunal ne peut prononcer le *non liquet* sous prétexte du silence ou de l'obscurité du droit à appliquer » (art. 11) (*Annuaire de la Commission du droit international*, 1958, vol. II, p. 88). On relèvera que, dans ce cas, l'exclusion du *non liquet* tient à l'absence d'une autre juridiction.

53. Il n'entre absolument pas dans mes intentions de voir la Cour déclarer que les différends relatifs à l'emploi de la force ou à l'intervention ne sont en principe pas justiciables ni de soutenir que la Cour ne pouvait pas connaître de la présente affaire après avoir dûment jugé la requête recevable. A mes yeux cependant le fait que la Cour *peut* connaître d'une affaire *dès lors* qu'elle en est dûment saisie n'implique pas qu'elle *doive* exercer sa compétence. A ce sujet, je citerai un passage célèbre de l'arrêt rendu par la Cour en 1963 dans l'affaire du *Cameroun septentrional* :

« Dans l'arrêt rendu le 18 novembre 1953 sur l'exception préliminaire en l'affaire *Nottebohm* ... la Cour a eu l'occasion d'étudier de façon

approfondie la nature et les conséquences de la saisine de la Cour. Comme elle l'a dit dans cet arrêt, « la saisine de la Cour est une chose, l'administration de la justice en est une autre ». C'est par l'acte du demandeur que la Cour est saisie, mais, même si, une fois saisie, elle estime avoir compétence, la Cour n'est pas toujours contrainte d'exercer cette compétence. Il y a des limitations inhérentes à l'exercice de la fonction judiciaire dont la Cour, en tant que tribunal, doit toujours tenir compte. Il peut ainsi y avoir incompatibilité entre, d'un côté, les désirs d'un demandeur ou même des deux parties à une instance et, de l'autre, le devoir de la Cour de conserver son caractère judiciaire. C'est à la Cour elle-même et non pas aux parties qu'il appartient de veiller à l'intégrité de la fonction judiciaire de la Cour. » (*C.I.J. Recueil 1963*, p. 29.)

54. Il faut ajouter que la Cour ne devrait pas céder à l'impression que les Etats *devraient* accepter sa juridiction pour modifier sa conception du caractère volontaire de leur acceptation ou pour être moins attentive à ne pas dépasser les limites de chaque acte d'acceptation. C'est ainsi que le procédé de la réserve « discrétionnaire » peut être objectivement considéré comme douteux et regrettable mais qu'il doit néanmoins être respecté comme une manifestation de l'importance que l'Etat déclarant qui y recourt attache au caractère volontaire de son acceptation de la juridiction de la Cour. Il convient donc que la Cour fasse preuve d'une prudence toute particulière en présence d'Etats ayant fait de telles réserves — et c'est évidemment le cas des Etats-Unis. Il ne faut cependant pas penser que j'insinue que l'objet du présent différend est en quoi que ce soit du ressort exclusif de la juridiction nationale de ce pays ; ce n'est évidemment pas le cas et les Etats-Unis n'ont pas prétendu le contraire.

2. La notion de « différends politiques » non justiciables. — Comparaison entre différends juridiques et différends politiques

55. Comme je l'ai dit (sect. B, 1), on a toujours considéré au cours de ce siècle que, pour qu'un différend puisse être volontairement soumis au règlement judiciaire par un Etat, il doit s'agir d'un différend dans lequel les parties se contestent réciproquement un droit ou d'un différend sur un droit qu'une partie revendique contre l'autre ; les différends comme celui de l'espèce, dans la mesure du moins où il concerne des allégations de recours à la menace ou à l'emploi de la force et d'intervention, n'ont pas été considérés comme rentrant dans cette catégorie. La distinction entre différends « juridiques » et « non juridiques » (ou politiques) est certainement vague puisque, d'une part, un différend juridique peut entraîner des désaccords et des tensions politiques et que, de l'autre, tout différend politique présente presque nécessairement des aspects juridiques. Or, en soixante années d'existence, ni la Cour permanente de Justice internationale ni la Cour actuelle n'ont été saisies, en application de l'article 36, paragraphe 2, de leur Statut, de différends éminemment politiques.

56. Les auteurs du Pacte de la Société des Nations n'ignoraient pas que les différends qui auraient pu être soustraits à la juridiction de la Cour en vertu des fameuses quatre réserves du traité de 1903 se prêtaient mieux à un règlement sur le plan politique international non par une tierce partie neutre, mais par un organe essentiellement politique tel que le Conseil, comme lord Robert Cecil l'avait fait observer avec raison lors de l'élaboration du Pacte de la Société des Nations :

« On ne saurait affirmer que la question de l'interprétation d'un traité doit être soumise à l'arbitrage dans tous les cas. Il peut arriver qu'une telle interprétation mette en cause l'honneur ou les intérêts essentiels d'un pays. En pareil cas, la question devrait être plutôt soumise à l'examen du Conseil de la Société des Nations. » (David Hunter Miller, *The Drafting of the Covenant*, vol. II, p. 378.)

La Société des Nations avait en conséquence institué un système permettant à son organe politique suprême, le Conseil, d'offrir une procédure de conciliation en cas de tensions et de désaccords fondamentaux entre les nations, à l'exception des divergences de vues portant sur des problèmes bien précis, lesquelles étaient visées par les mots « différends relatifs à l'interprétation d'un traité, à tout point de droit international, ... » (Pacte de la Société des Nations, art. 13, par. 2).

57. Il ne fait pas de doute que ce parallélisme a été en grande partie conservé par les Nations Unies. Certes, il est dit à l'article 36 de la Charte des Nations Unies que « d'une manière générale, les différends d'ordre juridique devraient être soumis par les parties à la Cour internationale de Justice » mais il ne faut certainement pas en déduire que l'expression « différends d'ordre juridique » englobe les différends qui ne sont pas susceptibles d'une solution judiciaire en raison de leur caractère éminemment politique. En d'autres termes, il est normal de partir de l'hypothèse que l'expression « différends d'ordre juridique » vise les différends dont la principale caractéristique est d'être « juridiques ». Sinon, étant donné que presque tout différend présente un aspect « juridique », du moins comme caractéristique secondaire, il n'y aurait eu aucune raison d'inclure les mots « d'ordre juridique » dans cette disposition. En outre, l'expression « d'une manière générale » sert à préciser qu'il ne faut pas conclure hâtivement que la présence d'un élément juridique dans un différend entraîne l'application de cette disposition. Nul n'ignore en effet que cette expression, comme l'expression « en principe », permet de définir les exceptions possibles et les cas limites. De surcroît, on peut remarquer qu'en pratique les parties à des différends juridiques internationaux ne les soumettent généralement pas à la Cour et que, pour sa part, le Conseil de sécurité a presque toujours omis de faire des recommandations dans ce sens. On peut déplorer cette situation mais on ne devrait pas l'ignorer car elle montre que la règle est assez forte.

58. Dans le système des Nations Unies, où le maintien de la paix et de la sécurité internationales est du ressort du Conseil de sécurité, le recours à la

force comme moyen de légitime défense n'est autorisé que jusqu'à ce que le Conseil de sécurité prenne les mesures nécessaires, et toutes mesures prises par l'Etat membre qui exerce son droit de légitime défense doivent être immédiatement portées à la connaissance du Conseil de sécurité. Cela signifie, à mon sens, qu'un différend ayant entraîné l'emploi de la force est par nature et de prime abord un différend qui se prête parfaitement à un règlement par un organe politique tel que le Conseil de sécurité et qu'il n'est pas nécessairement justiciable au point de relever des attributions propres de l'organe judiciaire.

59. Je ne pose certes pas en principe que, une fois qu'un différend a été porté devant le Conseil de sécurité ou a été examiné au cours de négociations régionales, il ne peut ni ne doit être examiné par la Cour. La Cour était parfaitement fondée à dire, dans son arrêt de 1984, que « le fait qu'une question est soumise au Conseil de sécurité ne doit pas empêcher la Cour d'en connaître, et [que] les deux procédures peuvent être menées parallèlement » (*C.I.J. Recueil 1984*, p. 433). Cependant, la communauté internationale, en d'autres termes les Etats Membres de la Société des Nations ou ceux de l'Organisation des Nations Unies, n'a jamais ignoré que certains différends se prêtent mieux à un règlement autre que judiciaire, soit au Conseil dans le cas de la Société des Nations soit au Conseil de sécurité ou à l'Assemblée générale dans le cas de l'Organisation des Nations Unies, soit autrement. L'étude de la jurisprudence des deux Cours confirme sans doute possible ce parallélisme voulu entre le système de la Société des Nations et celui des Nations Unies.

60. L'affaire du *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran* a souvent été citée comme exemple d'une affaire hautement politique sur laquelle la Cour actuelle s'était prononcée. Or, dans ce cas, la Cour a été saisie par une requête des Etats-Unis fondée non pas sur la clause facultative, c'est-à-dire sur l'article 36, paragraphe 2, du Statut, mais sur des traités multilatéraux et bilatéraux dont l'Iran et les Etats-Unis étaient tous deux signataires, autrement dit sur l'article 36, paragraphe 1, du Statut. En conséquence, c'était par rapport à l'objet de ces traités que la Cour pouvait se prononcer sur la recevabilité de la requête, et elle n'avait pas eu à s'engager, à cet effet, dans des considérations générales de justiciabilité ou d'administration de la justice.

3. La Cour a donné une image incomplète du différend

i) Absence de moyens suffisants pour établir les faits

61. Le présent différend porte sur des questions liées aux allégations du Nicaragua selon lesquelles les Etats-Unis ont recouru à l'emploi de la force et sont intervenus contre le Nicaragua et aux allégations des Etats-Unis selon lesquelles ces mesures ont été prises au titre de la légitime défense collective en riposte aux actions du Nicaragua. Or, l'image que la Cour donne du présent conflit entre ces deux Etats semble incomplète. L'arrêt repose par trop sur de simples hypothèses : la Cour présume que, s'il est

vrai qu'il y a eu un flux d'armes entre le Nicaragua et El Salvador avant 1981, il n'y en a pas eu d'important depuis, et que l'emploi de la force par le Nicaragua contre El Salvador n'a jamais équivalu, à son point de vue, à une agression armée. Elle dit ceci :

« La Cour se borne à constater que les accusations de trafic d'armes ne sont pas solidement établies et *ne* lui ont *pas* permis en tout cas de parvenir à la conviction qu'un flux permanent et d'une certaine ampleur ait pu exister après les tout premiers mois de l'année 1981. » (Par. 153.) (Les italiques sont de moi.)

« [La Cour] ne peut, dès lors, interpréter *l'absence de preuve* quant à ce flux d'armes transfrontalier que de l'une des deux manières suivantes... » (Par. 154.) (Les italiques sont de moi.)

« [L]a Cour tient pour établi qu'entre juillet 1979, date de la chute du régime de Somoza, et les tout premiers mois de 1981, un flux intermittent d'armes destinées à l'opposition armée au Salvador traversait le territoire du Nicaragua. Par contre elle *ne dispose pas d'éléments suffisants* pour pouvoir conclure avec certitude que, depuis les premiers mois de 1981, l'opposition armée au Salvador ait continué à recevoir, du territoire du Nicaragua, une assistance appréciable, ou même que le Gouvernement du Nicaragua soit, pour l'une ou l'autre de ces périodes, responsable des envois d'armes. » (Par. 160.) (Les italiques sont de moi.)

La Cour a donc dû admettre fréquemment que les preuves étaient insuffisantes, notamment en ce qui concerne des faits qui pouvaient être attribués au Nicaragua.

62. Les considérants, fondés comme il le sont sur les éléments de preuve produits devant la Cour, sont peut-être inattaquables – ou attaquables – du point de vue des règles de procédure de la Cour en matière de preuve. Quoi qu'il en soit, les éléments fournis par les documents officiels du Gouvernement américain font apparaître les faits sous un jour tout différent. Dans un rapport du 13 mai 1983 (présenté par le Nicaragua comme élément de preuve), la commission permanente restreinte du renseignement de la Chambre des représentants constate une fois de plus que :

« Les rebelles [au Salvador] sont bien entraînés, bien équipés d'armes et de fournitures modernes, et peuvent compter sur l'utilisation d'emplacements au Nicaragua à des fins de commandement et de contrôle ainsi que sur des moyens d'appui logistique. » (P. 5.)

Plus concrètement, le document intitulé *Background Paper : Central America* du 27 mai 1983 relate ce qui suit, dans sa section III :

« Tout au long de 1981, Cuba, le Nicaragua et le bloc soviétique ont aidé à reconstituer, à réarmer et à améliorer les forces des guérilleros salvadoriens, qui ont élargi le champ de leurs opérations au cours de l'automne. ... Le quartier général du FMLN au Nicaragua s'est trans-

formé en un centre très sophistiqué de commandement et de contrôle – plus perfectionné d'ailleurs que celui dont se servaient les sandinistes contre Somoza. La planification de la guérilla et les opérations de guérilla sont dirigées à partir de ce quartier général, où des officiers cubains et nicaraguayens participent au commandement et au contrôle. Les directives sont envoyées à des unités de guérilleros largement disséminées dans l'ensemble du territoire salvadorien. Le quartier général du FMLN au Nicaragua coordonne également la propagande et l'appui logistique destinés aux rebelles, ainsi que leur approvisionnement en vivres, médicaments, vêtements, argent et – ce qui compte le plus – armes et munitions. » (P. 6.)

« Au cours des trois premiers mois de 1982, les envois d'armes au Salvador ont augmenté. Des armes d'origine cubaine ou nicaraguayenne ont transité par le Honduras et sont parvenues au Salvador, par voie maritime, aérienne et routière. C'est ainsi qu'en février des groupes de guérilleros salvadoriens ont pris livraison sur la côte d'El Salvador, près d'Usulután, d'un envoi important qui avait été expédié du Nicaragua par voie maritime. » (P. 7.)

Le document intitulé *Background Paper : Nicaragua's Military Build-Up and Support for Central American Subversion* du 18 juillet 1984 donne d'abondants détails sur « les opérations d'approvisionnement des guérilleros salvadoriens par le Nicaragua », « les sources des armements du FMLN », « l'entraînement et le stationnement des membres de FMLN et leurs moyens de transmission », « l'*International Connection* », « l'importance du réseau de subversion » et autres questions du même genre. Dans les conclusions de ce document, on lit notamment :

« Les transfuges des Sandinistes et des guérilleros soutiennent que le régime nicaraguayen met à la disposition des guérilleros salvadoriens des centres de transmissions, des abris, des entrepôts d'armes et des ateliers pour véhicules et qu'il pourvoit au transport des subsistances...

Des guérilleros d'Amérique centrale ont été entraînés au Nicaragua, à Cuba et au Viet Nam.

Grâce à ce réseau de subversion auquel participent un certain nombre de gouvernements et d'organisations terroristes implantées au Nicaragua, le gouvernement sandiniste peut menacer les pays voisins et mettre indirectement ses menaces à exécution par l'intermédiaire de l'une ou l'autre de ces organisations. » (P. 37.)

Le document intitulé « *Revolution Beyond Our Borders* », *Sandinista Intervention in Central America*, dont la publication date de septembre 1985, a été adressé à la bibliothèque de la Cour pendant la procédure orale sur le fond et a été mentionné dans l'arrêt (par. 73). Il contient notamment le passage suivant :

« Les sandinistes ne sauraient nier plus longtemps qu'ils se sont livrés et qu'ils continuent à se livrer à une action d'intervention :

– En fournissant les armes, les centres d'entraînement, les moyens de commandement, de surveillance et de communication qui ont fait des insurgés salvadoriens désorganisés et divisés une force militaire bien organisée et bien équipée, composée de plusieurs milliers d'hommes, et responsable de plusieurs milliers de morts dans la population civile ainsi que de dommages économiques directs d'une valeur de plus de un milliard de dollars. » (P. 31.)

63. En outre, ces éléments fournis par les Etats-Unis sont étayés par la déclaration d'intervention d'El Salvador enregistrée au Greffe de la Cour le 15 août 1984. On y lit notamment :

« Une forme flagrante de l'agression nicaraguayenne contre El Salvador est la contribution des sandinistes à l'approvisionnement des éléments subversifs du FMLN. Si les quantités d'armes et d'approvisionnement varient, ainsi que les itinéraires utilisés, il y a néanmoins un flot constant d'armes, de munitions, de médicaments et de vêtements venant du Nicaragua et aboutissant dans notre pays. » (Par. VIII.)

« Les éléments subversifs, aidés et encouragés par leurs alliés du Nicaragua, détruisent fermes, commerces, ponts, routes, barrages, centrales thermiques, trains et autobus. Ils minent nos routes dans l'espoir de mettre le désordre dans notre vie économique, et dans le but d'empêcher nos citoyens de participer efficacement aux élections nationales. Selon des estimations modérées, le montant des dommages à l'économie salvadorienne causés par la subversion entre 1979 et la fin de 1983 est évalué à quelque 800 millions de dollars des Etats-Unis. » (Par. XI.)

« ... en ce moment même le Nicaragua reste la principale source d'aide matérielle aux rebelles (munitions, armes, fournitures médicales, entraînement, etc.) en vue de l'offensive générale d'été qui se dessine et qui a été annoncée par le FMLN lui-même » (Par. XIII).

64. Cette nette contradiction qui apparaît ainsi dans l'appréciation des faits découle principalement de trois circonstances qui ne se sont pas réalisées : premièrement, les Etats-Unis n'ont jamais présenté de demande reconventionnelle contre le Nicaragua (voir ci-dessous ii) ; deuxièmement, El Salvador n'a pas été autorisé à intervenir dans l'instance au moment où il le souhaitait (*ibid.*) ; troisièmement, les Etats-Unis n'ont pas comparu pendant toute la procédure sur le fond (ci-dessous iii). Une fois réalisées, ces circonstances auraient pu revêtir une telle importance que la Cour a été malavisée de se fonder sur des moyens de preuve qui auraient alors sans aucun doute donné lieu à une procédure contradictoire normale. Je n'insinue pas que les conclusions diffusées par le Gouvernement américain en dehors du prétoire devraient être acceptées comme preuves mais il me semble tout à fait hors de doute que l'image que la Cour a donnée du présent différend est loin de la réalité. C'est ce qui apparaît même si on se borne à examiner les moyens de preuve que les Etats-Unis ont dûment

présentés en 1984 avec leur contre-mémoire relatif à la compétence et à la recevabilité — moyens de preuve dont il est à peine fait mention dans l'arrêt. Je développerai mon point de vue dans les sections qui suivent.

ii) *La requête du Nicaragua ne reflète qu'une face du différend*

65. On peut faire observer que le conflit en cours entre le Nicaragua et les Etats-Unis ne met pas simplement en cause les accusations formulées par le Nicaragua contre les Etats-Unis, mais que les accusations des Etats-Unis contre le Nicaragua ne sont à proprement parler pas en cause en la présente instance, laquelle a été introduite unilatéralement par une partie sans que l'autre présente des conclusions formelles. Mais il faut ajouter que les faits, tels qu'ils se sont passés, sont peut-être restés dans l'ombre. On rétorquera peut-être que ce problème aurait pu être fort bien résolu si les Etats-Unis avaient présenté une demande reconventionnelle en la présente affaire ou si El Salvador avait été autorisé à participer à l'instance ; mais la réalité est toute simple : les Etats-Unis n'ont pas présenté de demande reconventionnelle (laissons de côté la question de savoir s'ils auraient pu en présenter une en l'espèce en vertu du Statut) et la Cour, par son ordonnance du 4 octobre 1984, a refusé à El Salvador le droit de participer à la procédure au moment où il le souhaitait.

66. A propos de la tentative d'intervention d'El Salvador dans la phase précédente de la présente affaire, je saisis cette occasion pour dire que je regrette d'avoir été de ceux qui n'ont pas voulu donner à El Salvador la possibilité de se faire entendre ; mais je l'ai fait « pour des raisons de pure procédure », comme je l'ai indiqué dans mon opinion individuelle jointe à l'ordonnance du 4 octobre 1984. Quoi qu'il en soit, la situation créée par l'absence de toute demande reconventionnelle des Etats-Unis et par le refus opposé à ce stade à l'intervention d'El Salvador a effectivement empêché la Cour de se faire une idée complète du différend dans toutes ses ramifications, comme cela lui aurait été nécessaire pour se prononcer sur le bien-fondé de l'argument de légitime défense collective, invoqué par les Etats-Unis.

iii) *La non-participation des Etats-Unis à l'instance. — L'article 53 du Statut*

67. En l'espèce, le Nicaragua a présenté à la Cour quantité de moyens de preuve et a demandé à produire cinq témoins mais on ne pouvait certainement pas s'attendre à ce que les uns ou les autres lui soient défavorables. Comme les Etats-Unis n'ont pas comparu, les moyens de preuve présentés par le Nicaragua n'ont pas été contestés et les témoins n'ont pas été soumis à un contre-interrogatoire mais des membres de la Cour leur ont posé des questions. De plus, le Nicaragua n'était pas obligé de formuler des observations sur divers documents pertinents des Etats-Unis (il ne l'a d'ailleurs pas fait) dont certains avaient été dûment déposés à la Cour en 1984.

68. A ce stade, je voudrais examiner dans quel esprit ce problème a été

traité dans le Statut. La règle énoncée au paragraphe 1 de l'article 53 du Statut a pour origine une règle générale de droit interne. Dans les procès civils, au plan national, l'obligation du défendeur de comparaître en justice et de reconnaître la juridiction du tribunal n'est en général pas contestée, d'où la règle selon laquelle la non-comparution du défendeur suffit pour que le tribunal puisse donner gain de cause au demandeur. Pour leur part, les différends interétatiques soumis à un tribunal international se situent dans un contexte juridique différent : la juridiction du tribunal repose sur le consentement d'Etats souverains et il n'y a pas de juridiction obligatoire. En conséquence le paragraphe 2 de l'article 53 a été rédigé de façon que ladite règle de droit interne ne puisse pas s'appliquer strictement. Cette disposition, qui a pour effet d'interdire à la Cour d'adjuger au demandeur ses conclusions pour la simple raison que le défendeur n'a pas comparu, est unique en matière de procédure devant une juridiction internationale.

69. Cela ne veut cependant pas dire que la Cour soit *obligée* de sa propre initiative d'établir la validité des moyens de fait pour le compte du défendeur défaillant ou de s'en faire l'avocat. La façon dont la Cour se propose, dans son arrêt, d'apprécier les moyens de preuve et les informations dont elle dispose est peut-être bien conforme au Statut, et c'est à juste titre qu'elle déclare que la partie « qui s'abstient de comparaître ne saurait donc être admise à tirer profit de son absence, car cela reviendrait à désavantager la partie qui comparaît » (par. 31). Mais l'article 53 du Statut n'interdit en rien à la Cour d'essayer d'établir les faits de sa propre initiative. Ce que la Cour a pu retenir comme démontré selon les règles de procédure en matière de preuve, suivant son interprétation de l'article 53 du Statut et de l'article 58 du Règlement, n'est pas nécessairement le reflet fidèle de toutes les circonstances qui entourent le différend. La Cour aurait donc dû se garder de « s'assurer » trop facilement que les conclusions du demandeur étaient fondées en fait et elle n'aurait peut-être pas dû se risquer à rendre un arrêt sur la base d'éléments de preuve aussi peu sûrs.

D. Conclusions sur la non-justiciabilité du différend

70. La présente affaire se caractérise d'abord par le fait qu'elle porte sur un différend qui n'est pas d'ordre *juridique* au sens bien établi de l'article 36, paragraphe 2, du Statut, si bien que le défendeur n'avait jamais imaginé auparavant qu'il puisse ressortir à la juridiction qu'il avait volontairement acceptée. Le faire remarquer ne revient pas à vider de son sens l'article 36, paragraphe 2, du Statut, mais à préciser cette disposition. Il faut bien se rendre compte que, lorsqu'ils acceptent la juridiction de la Cour en application de l'article 36, paragraphe 2, du Statut, les Etats se déclarent disposés à accepter les décisions prises par la Cour dans les différends dont l'objet est limité à la question de savoir si le droit que le demandeur invoque est fondé ou non en droit international. Un grand nombre de différends d'ordre politique qui présentaient certains aspects juridiques ont été recensés dans tous les coins du monde au cours des

soixante dernières années, aussi bien avant qu'après la seconde guerre mondiale. Mais ils n'ont pas été considérés comme des différends justiciables, relevant de la juridiction obligatoire de la Cour ou de sa devancière en vertu de la clause facultative du Statut. Comment ce différend-ci en est-il alors arrivé à se différencier des autres ? Est-ce parce que la Cour a réussi à se déclarer compétente en la présente affaire malgré les objections formulées par les Etats-Unis, en tirant parti d'une interprétation astucieuse mais discutable de l'article 36, paragraphe 2, du Statut (sans parler de la manière dont elle a battu en brèche le paragraphe 5 de cet article), alors que la compétence aurait dû être fondée en principe sur le consentement souverain ou la volonté de l'Etat défendeur ?

71. Une autre caractéristique de la présente affaire est que les faits que la Cour a pu vérifier en examinant les éléments de preuve dans les conditions prescrites à l'article 53 du Statut étaient loin d'être suffisants pour donner une image complète du différend, puisqu'ils n'avaient trait qu'à certains aspects très partiels de l'ensemble de l'affaire.

72. Prises ensemble ces deux caractéristiques m'ont conduit à la conclusion qu'il n'était pas conforme à la bonne administration de la justice que la Cour connaisse de la requête du Nicaragua sur la base de la clause facultative du Statut. Dans les circonstances de l'espèce, le fait que la Cour s'est déclarée compétente pour connaître d'une affaire contre le gré de l'Etat défendeur compromettra le règlement authentique du différend. Je ne méjuge pas des intentions sincères qui ont dû animer le Nicaragua lorsqu'il a porté un différend d'une telle ampleur devant la Cour en vertu de la clause facultative du Statut, pas plus que je n'approuve nécessairement les activités auxquelles les Etats-Unis se livrent contre le Nicaragua. Mais, du point de vue de la bonne administration de la justice, il me semble que ce qu'il aurait fallu faire avec ce différend — et ce qui peut encore être fait — aurait été de le soumettre à une procédure de conciliation devant les organes politiques de l'Organisation des Nations Unies ou dans un cadre régional, par exemple devant le groupe de Contadora, et non de le soumettre à la Cour internationale de Justice, dont la mission limitée aux aspects purement juridiques des différends n'a jusqu'à présent jamais été outrepassée.

III. VIOLATION D'OBLIGATIONS DÉCOULANT DU TRAITÉ D'AMITIÉ, DE COMMERCE ET DE NAVIGATION DE 1956. — LA COMPÉTENCE DE LA COUR EN L'ESPÈCE EN VERTU DE L'ARTICLE 36, PARAGRAPHE 1, DU STATUT

A. La compétence de la Cour en vertu de l'article XXIV — la clause compromissoire — du traité de 1956

73. Soutenir que la Cour n'est pas compétente pour connaître de la requête du Nicaragua sur la base de l'article 36, paragraphe 2, du Statut n'empêche pas de soutenir qu'elle l'est sur la base de l'article 36, para-

graphe 1. Les mots « tous les cas » — ceux auxquels la compétence de la Cour s'étend en vertu de l'article 36, paragraphe 1, du Statut — s'opposent aux mots « tous les différends d'ordre juridique » figurant à l'article 36, paragraphe 2. Les premiers, ceux qui sont « prévus dans la Charte des Nations Unies ou dans les traités et conventions en vigueur », sont en effet définis concrètement dans chacun desdits instruments, qu'ils soient juridiques ou politiques, si bien que la question de la justiciabilité ne se pose pas, ainsi que je l'ai indiqué ci-dessus (par. 60) à propos de l'affaire du *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*.

74. En fait, le traité d'amitié, de commerce et de navigation de 1956 n'est mentionné nulle part dans la requête du Nicaragua, lors même que la clause compromissoire de ce traité est libellée comme suit :

« Article XXIV

2. Tout différend qui pourrait s'élever entre les parties 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 sera porté devant la Cour internationale de Justice, à moins que les parties ne conviennent de le régler par d'autres moyens pacifiques. »

Néanmoins, la Cour, ayant considéré que

« le fait de ne pas avoir invoqué le traité de 1956 comme titre de compétence dans la requête n'empêche pas en soi de s'appuyer sur cet instrument dans le mémoire » (*C.I.J. Recueil 1984*, p. 426),

a dit dans le dispositif de son arrêt de 1984 qu'elle avait

« compétence pour connaître de la requête ... dans la mesure où elle se rapporte à un différend concernant l'interprétation ou l'application du traité d'amitié, de commerce et de navigation [de 1956] » (*ibid.*, p. 442, par. 113, 1 b)).

S'agissant de la condition préalable de règlement par la voie diplomatique, la Cour a considéré dans son arrêt de 1984 que :

« parce qu'un Etat ne s'est pas expressément référé, dans des négociations avec un autre Etat, à un traité particulier qui aurait été violé par la conduite de celui-ci, il n'en découle pas nécessairement que le premier ne serait pas admis à invoquer la clause compromissoire dudit traité » (*ibid.*, p. 428).

En 1984 la Cour a ainsi confirmé sa compétence en vertu du traité de 1956 pour connaître de « tout différend qui pourrait s'élever [entre le Nicaragua et les Etats-Unis] quant à l'interprétation ou à l'application du ... traité ».

B. A propos du traité la Cour en revient partiellement à sa compétence en vertu de l'article 36, paragraphe 2, du Statut

75. A mon avis, si la Cour est demeurée dûment saisie de l'affaire, c'est uniquement parce qu'elle était compétente, en vertu de l'article XXIV du traité de 1956, sur la base de l'article 36, paragraphe 1, du Statut. En outre, indépendamment des arguments que j'ai développés dans les première et deuxième parties pour établir – marquant ainsi mon désaccord avec l'arrêt – que la Cour n'aurait pas dû continuer à connaître de la requête du Nicaragua sur la base de l'article 36, paragraphe 2, du Statut, je crois que la Cour a commis une erreur en analysant le traité comme elle l'a fait, même dans les limites de la compétence que lui conférait le paragraphe 1 de l'article 36 de son Statut, disposition considérée par elle en 1984 comme devant servir de base à l'examen du traité.

76. La Cour commence par dire que « les attaques directes contre les ports, les installations pétrolières, etc. » et « le minage des ports nicaraguayens » par les Etats-Unis sont des activités qui « sont telles qu'elles contredisent l'esprit même » du traité de 1956 (par. 275) ; ensuite, se référant aux « actes de pression économique », elle déclare que

« des actes d'interruption brutale des relations commerciales, comme l'embargo sur le commerce du 1^{er} mai 1985, constitueront normalement des violations du devoir de ne pas faire échouer le but et l'objet du traité » (par. 276).

De l'avis de la Cour, ces activités des Etats-Unis « constituent des violations du droit international coutumier » (par. 274). La Cour tente ainsi de dissocier ces questions de la clause compromissoire du traité de 1956 et déclare au contraire que cette dernière disposition (qui, comme je viens de le souligner, était considérée dans l'arrêt de 1984 comme constituant une base de compétence) « ne fait pas obstacle à l'examen des demandes du Nicaragua » (par. 274). De plus, elle dit que ces violations du droit international coutumier ne sauraient être justifiées par l'article XXI (qui est une clause dérogatoire) du traité.

77. La Cour évoque ensuite dans son arrêt des violations de dispositions particulières du traité et maintient que

« le minage des ports nicaraguayens par les Etats-Unis constitue une mesure en contradiction manifeste avec l'article XIX, paragraphe 1, du traité de 1956 qui garantit la liberté de navigation et la liberté de commerce » (par. 278)

et que l'embargo sur le commerce décrété par le Gouvernement des Etats-Unis le 1^{er} mai 1985 « constituait une mesure en contradiction avec l'article XIX du traité d'amitié, de commerce et de navigation de 1956 » (par. 279). Les dispositions pertinentes du traité, citées dans l'arrêt, sont les suivantes :

« Article XIX

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

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... »

78. La Cour en conclut

« [d'une part] que les Etats-Unis enfreignent une obligation de ne pas priver le traité d'amitié, de commerce et de navigation de 1956 de son but et de son objet et [d'autre part] qu'ils ont commis des actes qui sont en contradiction avec les termes de ce traité » (par. 280).

L'arrêt se révèle donc très confus : la Cour en revient partiellement à la compétence que lui confère l'article 36, paragraphe 2, du Statut lorsqu'elle mentionne la règle de droit coutumier suivant laquelle il ne faut pas priver un traité de son but et de son objet, ce qui ne l'empêche pas de statuer sur des violations du traité de 1956 en se fondant à juste titre sur l'article 36, paragraphe 1.

C. Méprise sur la règle de droit coutumier selon laquelle il ne faut pas priver un traité « de son but et de son objet »

79. La Cour outrepassa me semble-t-il ses pouvoirs en examinant la question d'une « obligation de ne pas priver le traité d'amitié, de commerce et de navigation de 1956 de son but et de son objet » (par. 280). Les Etats qui « contredisent l'esprit même » (par. 275) d'un traité ou qui commettent des « violations du devoir de ne pas faire échouer le but et l'objet » (par. 276) d'un traité ne violent pas expressément pour autant des obligations découlant de ce traité. Or c'est l'exécution de ces obligations, et de ces seules obligations, qui peut relever de la juridiction de la Cour en vertu de l'article XXIV, c'est-à-dire de la clause compromissoire du traité. En conséquence, la Cour aurait dû se borner à trancher la question de savoir si les Etats-Unis avaient contrevenu aux termes du traité de 1956 et s'ils encouraient de ce fait une responsabilité pour violation du droit international.

80. Il semble que la Cour se soit laissée entraîner lorsqu'elle a parlé de la règle du droit coutumier relative au respect de l'« esprit même » du traité ou « de son but et de son objet ». Les termes « l'objet et le but du traité » figurent plusieurs fois dans la convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 mais dans des buts bien précis : d'abord, pour indiquer qu'une réserve à un traité n'est possible que si elle est compatible avec « l'objet et le but du traité » (art. 19) ; ensuite, pour préciser que deux ou plusieurs parties à un traité multilatéral ne peuvent modifier celui-ci que si la

modification « ne porte pas sur une disposition à laquelle il ne peut être dérogé sans qu'il y ait incompatibilité avec la réalisation effective de l'objet et du but du traité pris dans son ensemble » (art. 41) ; enfin à propos de l'extinction d'un traité ou de la suspension de son application comme conséquence de sa violation. La convention dispose à cet égard que :

« Article 60

1. Une violation substantielle d'un traité bilatéral par l'une des parties autorise l'autre partie à invoquer la violation comme motif pour mettre fin au traité ou suspendre son application en totalité ou en partie.

3. Aux fins du présent article, une violation substantielle d'un traité est constituée par :

b) La violation d'une disposition essentielle pour la réalisation de l'objet ou du but du traité. »

On relèvera qu'il est fait référence, au paragraphe 3 b), à la *violation d'une disposition*. Tout ce que la convention tend à établir ici c'est qu'un certain degré de violation d'une disposition justifie l'extinction d'un traité ou la suspension de son application, et que ce degré est atteint lorsque cette violation concerne une *disposition* essentielle pour la réalisation de l'objet ou du but du traité. Rien ne laisse entendre que le fait de contredire l'objet ou le but d'un traité *indépendamment* de toute violation d'une de ses dispositions équivaudrait à violer l'une d'elles.

81. La Cour semble donc s'être méprise sur le sens de l'expression « l'objet et le but » d'un traité, qui a été introduite dans la convention sur le droit des traités de 1969 dans un contexte tout à fait différent. Indépendamment de cette convention, il est à noter que la Cour attribue au Nicaragua l'argument suivant : l'obligation de s'abstenir de tout comportement susceptible de faire échouer l'objet et le but d'un traité est contenue implicitement dans le principe *pacta sunt servanda*. Mais elle ne précise pas si elle partage ce point de vue. Quoi qu'il en soit, je dirai que pour moi ce principe signifie qu'il faut respecter à la lettre les obligations assumées, sans devoir nécessairement éviter un comportement qui n'est pas expressément exclu par les termes du traité. On peut en outre se demander si la juridiction attribuée à la Cour par une clause compromissoire ne serait pas infinie dès lors qu'on considérerait que cette juridiction habiliterait la Cour à analyser tout acte, même difficilement qualifiable d'acte contraire à l'objet ou au but d'un traité. Si l'on partait d'une telle idée irréfléchie, on ne pourrait en fin de compte qu'amener les Etats à hésiter toujours plus à introduire de telles clauses dans leurs traités.

82. Tout ce qui vient d'être dit n'implique aucunement qu'on minimise la gravité d'un acte vraiment contraire au but d'un traité ou qu'on l'excuse.

D. Les violations des termes du traité de 1956

1. Les violations de l'article XIX du traité

83. S'il est vrai que la Cour est dûment saisie de la requête du Nicaragua sur la base de l'article 36, paragraphe 1, du Statut, elle aurait dû déterminer plus clairement les actes des Etats-Unis que l'article XXI (dont il sera question aux paragraphes 85 à 89) du traité d'amitié, de commerce et de navigation de 1956 ne pouvait justifier et qui constitueraient des violations des obligations conventionnelles incombant aux Etats-Unis en vertu de dispositions particulières de ce traité. Dans ses motifs, la Cour mentionne quelques activités des Etats-Unis dont elle dit qu'elles constituent des violations du traité de 1956. Elle mentionne à ce titre, ainsi que je l'ai dit (par. 77), la pose de mines au début de 1984 et l'embargo sur le commerce décrété le 1^{er} mai 1985.

84. Dans les motifs, il n'y a pas d'autres activités des Etats-Unis qui soient qualifiées de violations d'obligations conventionnelles découlant du traité. Or, dans le dispositif, la Cour cite non seulement la pose de mines (par. 292, sous-par. 7) et l'embargo général sur le commerce (sous-par. 11), mais encore les « attaques contre le territoire du Nicaragua » (*ibid.*) en tant que violations par les Etats-Unis des obligations qui leur incombent en vertu de l'article XIX du traité. Aucune raison n'est avancée qui expliquerait en quoi les attaques contre le territoire du Nicaragua constituaient une violation de cet article, lequel traite exclusivement de questions relatives au commerce maritime.

2. L'applicabilité de l'article XXI du traité

85. Il reste à savoir si, au cas où les Etats-Unis auraient violé les dispositions de l'article XIX du traité de 1956, les actes constitutifs de ces violations auraient pu se justifier par les termes ci-après de l'article XXI du traité, qui dispose :

« 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...

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. »

A mon sens, la Cour parvient à une mauvaise conclusion sur cette disposition lorsqu'elle déclare :

« La question se pose donc de savoir si l'article XXI peut être invoqué dans l'hypothèse où, une demande étant présentée en vertu

du droit international coutumier à raison d'un comportement qui serait censé priver le traité de son but et de son objet, il serait possible de démontrer que ce comportement consiste en « mesures ... nécessaires à la protection » des intérêts vitaux de sécurité. » (Par. 271.)

D'après moi l'article XXI est censé dégager de toute responsabilité la partie au traité qui applique des mesures qui, à défaut de répondre aux caractéristiques indiquées, seraient en conflit avec une obligation découlant d'une disposition du traité ; il n'est pas censé pouvoir être « invoqué dans l'hypothèse où une demande est présentée en vertu du droit international coutumier », pour reprendre les termes de l'arrêt.

86. Par souci de clarté, je récapitulerai les arguments développés dans l'arrêt à propos de l'article XXI. Quand elle examine si « les exceptions de l'article XXI, paragraphe 1 c) et d) ... [peuvent] être invoquées, pour justifier les actes incriminés », la Cour mentionne, entre autres actes, « les attaques directes contre les ports, les installations pétrolières, etc. ; le minage des ports du Nicaragua ; et l'embargo général sur le commerce imposé le 1^{er} mai 1985 » (par. 280). Les « attaques directes contre les ports, les installations pétrolières, etc. », qui nulle part auparavant dans l'arrêt n'ont été mentionnées comme constituant des violations des termes du traité de 1956, sont subitement citées dans ce passage.

87. La Cour, ayant conclu que le « minage » et l'« embargo général sur le commerce » constituent des violations de l'article XIX, s'attache à déterminer si ces actes étaient justifiés ou non par l'article XXI. La Cour estime que :

« le minage de ports nicaraguayens ... [et d'autres actes] ne sauraient en aucun cas être justifiés par la nécessité de protéger les intérêts vitaux de sécurité des Etats-Unis » (par. 282).

Quant à l'embargo commercial, la Cour « n'est pas en mesure de conclure que l'embargo était « nécessaire » à la protection de ces intérêts » (par. 282). Et la Cour de conclure que « les Etats-Unis ne peuvent invoquer l'article XXI comme moyen de défense au sujet de l'un quelconque des actes considérés ici » (*ibid.*). La Cour déclare aussi :

« Faute du moindre élément d'information indiquant comment les politiques suivies par le Nicaragua seraient devenues en fait une menace pour les « intérêts vitaux » de sécurité en mai 1985, alors qu'elles étaient constantes et constamment critiquées par les Etats-Unis depuis quatre ans, la Cour n'est pas en mesure de conclure que l'embargo était « nécessaire » à la protection de ces intérêts. » (Par. 282.)

88. Quelle que puisse être la situation en ce qui concerne le minage (voir ci-après le paragraphe 89), je ne réussis absolument pas à comprendre l'argumentation que la Cour a tenté de développer à propos de l'embargo sur le commerce proclamé le 1^{er} mai 1985. A mon avis, la décision des

Etats-Unis d'imposer un embargo sur le commerce peut se justifier par l'article XXI, contrairement à leur décision de poser des mines. Le commerce n'est pas une obligation qui incombe à un Etat en vertu du droit international général : il ne peut être qu'une obligation imposée par un traité auquel cet Etat est partie, et il peut être suspendu dans certaines conditions prévues expressément dans ce traité. Quand ils ont décrété un embargo commercial le 1^{er} mai 1985, les Etats-Unis n'ont pas invoqué cet article du traité mais ils ont annoncé ce jour-là qu'ils dénonçaient le traité. Je n'en suis pas moins enclin à penser qu'en principe les échanges commerciaux garantis par l'article XIX, paragraphe 3, du traité auraient pu tout aussi bien être suspendus sur la base d'une autre disposition, l'article XXI du traité.

89. La question du minage est totalement différente. Le minage est illécite à défaut de justification admise en droit international et l'article XXI du traité, simple disposition d'un accord commercial, ne saurait être interprété comme autorisant un Etat partie à déroger à ce principe du droit international général. Il faut ajouter que cet acte ne répondait pas aux conditions de nécessité et de proportionnalité – conditions qui doivent au moins être remplies pour que puisse être invoquée la thèse de la légitime défense fondée sur le droit général et coutumier. J'en conclus que, compte tenu de la compétence que l'article XXIV du traité de 1956 confère à la Cour, celle-ci aurait dû dire que les Etats-Unis n'étaient responsables que de la violation de l'article XIX pour avoir posé des mines dans les eaux nicaraguayennes. C'est l'unique raison pour laquelle j'ai voté pour le sous-paragraphe 14 du dispositif.

IV. OBSERVATIONS COMPLÉMENTAIRES

90. Etant d'avis que la Cour aurait dû rejeter la requête du Nicaragua dans la mesure où celle-ci se fonde sur l'article 36, paragraphe 2, du Statut, je me suis abstenu de formuler des observations sur les principes du non-emploi de la force, de la non-intervention, etc., que la Cour a développés. Je voudrais cependant faire part d'une de mes préoccupations seulement : la Cour s'est montrée bien prompte à exposer son point de vue sur la légitime défense collective en tant que justification d'un emploi de la force qui serait sinon illicite.

91. L'expression « légitime défense collective », inconnue avant 1945, ne figurait pas dans les propositions de Dumbarton Oaks qui avaient été préparées par les quatre grandes puissances après la seconde guerre mondiale pour servir de base à la création d'une organisation internationale à vocation générale. L'examen du chapitre VIII, section C, des propositions de Dumbarton Oaks touchant les accords régionaux a été confié, à la conférence de San Francisco de 1945, au comité 4 (arrangements régionaux) de la commission III (Conseil de sécurité). Le 17 mai 1945, le représentant des Etats-Unis à ce comité a annoncé que sa délégation se trouvait « maintenant en mesure de présenter une formule concernant les

relations entre les organismes régionaux et l'Organisation mondiale » (*Conférence des Nations Unies sur l'organisation internationale*, vol. 12, p. 676). La formule des Etats-Unis avait déjà été rendue publique par Stettinius, le secrétaire d'Etat, le 15 mai 1945, dans ces termes :

« Suite à des entretiens avec un certain nombre de délégations intéressées, des propositions seront formulées, qui préciseront dans la Charte les relations entre les organismes régionaux et les arrangements collectifs d'une part et l'Organisation mondiale de l'autre.
Ces propositions :

2. Reconnaitront que rien ne s'oppose au *droit naturel de légitime défense individuelle ou collective* dans le cas où le Conseil de sécurité ne maintient pas la paix et la sécurité internationales et où un Etat membre est l'objet d'une agression armée...

Ce dernier point fera l'objet d'une nouvelle section qui sera ajoutée au chapitre VIII et dont le contenu sera en substance le suivant :

Rien dans la Charte ne s'oppose au *droit naturel de légitime défense individuelle ou collective* dans le cas où le Conseil de sécurité ne maintient pas la paix et la sécurité internationales et où un Etat membre est l'objet d'une agression armée... » (*Documents on American Foreign Relations*, vol. VII, 1944-1945, p. 434.) (Les italiques sont de moi.)

92. Le 23 mai 1945, un sous-comité chargé de la fusion des amendements a recommandé à l'unanimité au comité 4 :

« 2. Qu'un nouveau paragraphe soit inséré dans le texte de Dumbarton Oaks, selon une suggestion faite dans la proposition des Etats-Unis pour la fusion des amendements au chapitre VIII, section C, dont le texte se lit comme suit :

« Rien dans la Charte ne s'oppose au *droit naturel de légitime défense individuelle ou collective* si une agression armée est commise contre un Etat membre, jusqu'à ce que le Conseil de sécurité ait pris les mesures nécessaires au maintien de la paix et de la sécurité internationales... »

(*Conférence des Nations Unies sur l'organisation internationale*, vol. 12, p. 852-853.) (Les italiques sont de moi.)

93. A sa quatrième séance, le 25 mai 1945, le comité 4 a adopté à l'unanimité la décision ci-après :

« Qu'un nouveau paragraphe rédigé comme suit devrait être inséré dans le texte des propositions de Dumbarton Oaks :

« *Aucune disposition de la présente Charte ne peut porter atteinte au droit naturel de tout Etat membre de se défendre, par une action*

individuelle ou collective, contre une agression armée, jusqu'au moment où le Conseil de sécurité aura pris les mesures nécessaires au maintien de la paix et de la sécurité internationales... » (Conférence des Nations Unies sur l'organisation internationale, vol. 12, p. 691.) (Les italiques sont de moi.)

Dans la version anglaise, le membre de phrase souligné se lit comme suit :

« Nothing in this Charter impairs the inherent right of individual or collective self-defense if an armed attack occurs against a member state. » (*Ibid.*, p. 680.)

Parlant en sa qualité de délégué de la Colombie, le président a fait la déclaration ci-après à propos de cette décision :

« Pour les pays de l'Amérique latine, comme l'a dit le sénateur Vandenberg [le représentant des Etats-Unis], l'origine du terme « défense collective » n'est autre que la nécessité de maintenir les systèmes régionaux tels que [le système interaméricain]. La Charte, d'un point de vue général, est une constitution, et elle rend légitime le droit de défense collective exercé conformément aux pactes régionaux, du moment que ceux-ci ne s'opposent pas aux buts et principes de l'Organisation exprimés dans la Charte. Si un groupe de pays liés entre eux par un accord régional se déclarent solidaires pour leur défense mutuelle comme dans le cas des Etats américains, ils déclencheront cette défense en commun au moment où l'un d'eux sera attaqué. Et le droit de défense n'appartient pas seulement au pays directement victime de l'agression ; il s'étend aux pays qui, par des accords régionaux, se sont rendus solidaires du pays directement attaqué. » (*Ibid.*, p. 691.)

A l'issue d'un échange de vues, en particulier entre les représentants des pays d'Amérique latine, « le président [a] rend[u] hommage ici à la valeur des travaux du sénateur Vandenberg [des Etats-Unis] pour la rédaction du nouveau texte » (*ibid.*, p. 693). Le sénateur Vandenberg a répondu que, « à son avis, l'unanimité exprimée par les remarques et le vote relatifs à cette question constitue une preuve certaine de l'acheminement vers un monde pacifique où la justice régnerait sur une humanité libre » (*ibid.*). C'est ainsi que les notions de légitime défense individuelle et collective ont été incorporées dans la Charte des Nations Unies à l'initiative des Etats-Unis, sans longues discussions. Dans sa version anglaise l'article 51 de la Charte est rédigé comme suit :

« Nothing in the present Charter shall impair *the inherent right of individual or collective self-defence* if an armed attack occurs against a Member of the United Nations, until the Security Council has taken necessary measures to maintain international peace and security... » (Les italiques sont de moi.)

Ce texte est pratiquement identique à celui qu'avait adopté le comité 4, ce qui n'est pas le cas du texte français :

« Aucune disposition de la présente Charte ne porte atteinte au droit naturel de légitime défense, individuelle ou collective, dans le cas où un Membre des Nations Unies est l'objet d'une agression armée... »

Il est à noter que le verbe pronominal « se défendre » (correspondant à l'expression « self-defence » en anglais) ne figure plus dans la version française, si bien que plus rien n'indique que l'Etat directement victime de l'agression est seul à pouvoir invoquer la légitime défense individuelle ou collective.

94. En tout cas, la question de savoir si le droit de légitime défense *collective* était *naturel* ou non n'a sans doute pas été débattue. Pour trouver une déclaration sur le caractère naturel du droit de légitime défense, il faut remonter à 1928 ; à cette époque, lors des travaux préparatoires sur le traité général de renonciation à la guerre, le Gouvernement des Etats-Unis a adressé aux gouvernements intéressés une note en date du 23 juin 1928 libellée comme suit :

« Rien dans le projet américain contre la guerre ne restreint ni n'entrave en quoi que ce soit le droit de légitime défense. Ce droit est *naturel* à la souveraineté de tous les Etats et il est contenu implicitement dans tous les traités. Chaque nation est libre en tout temps et indépendamment des dispositions conventionnelles de défendre son territoire contre une attaque ou une invasion, et elle seule a qualité pour décider si les circonstances exigent le recours à la guerre au titre de la légitime défense. » (*American Journal of International Law, Supplement*, vol. 22, p. 109.) (Les italiques sont de moi.)

A fortiori, l'idée que le droit de légitime défense *collective* est *naturel* ne remonte assurément pas à 1928 ; à en juger par les actes de la conférence de San Francisco, il n'y a guère eu de débat à ce sujet en 1945.

95. Après avoir rappelé que : « La Charte [des Nations Unies] elle-même atteste l'existence du droit de légitime défense collective en droit international coutumier » (par. 193), et que la résolution de l'Assemblée générale où figure la déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats conformément à la Charte des Nations Unies

« démontre que les Etats représentés à l'Assemblée générale considèrent l'exception à l'interdiction de la force que constitue le droit de légitime défense individuelle ou collective comme déjà établie par le droit international coutumier » (*ibid.*),

la Cour, dans le présent arrêt, déclare que :

« L'existence du droit de légitime défense collective étant établie en droit international coutumier, la Cour doit définir les conditions particulières auxquelles sa mise en œuvre peut avoir à répondre en sus des conditions de nécessité et de proportionnalité rappelées par les Parties. » (Par. 194.)

Faisant allusion à une condition préalable et nécessaire de l'exercice de la légitime défense collective, la Cour fait observer ce qui suit :

« En cas d'invocation de la légitime défense collective, il faut s'attendre à ce que l'Etat au profit duquel ce droit va jouer se déclare victime d'une agression armée » (par. 195),

puis elle énonce une deuxième condition :

« La Cour conclut que l'exigence d'une demande de l'Etat victime de l'agression alléguée s'ajoute à celle d'une déclaration par laquelle cet Etat se proclame agressé. » (Par. 199.)

La Cour tire aussi certaines conséquences d'une autre condition, à laquelle l'article 51 de la Charte des Nations Unies soumet l'exercice du droit de légitime défense ; elle souligne que « l'article 51 de la Charte des Nations Unies prescrit aux Etats prenant des mesures dans l'exercice de ce droit de légitime défense de les « porter immédiatement » à la connaissance du Conseil de sécurité » (par. 200).

96. La notion de légitime défense *collective* fait depuis des décennies l'objet d'une grande controverse entre spécialistes du droit international. Comme on le sait, Kelsen a déclaré, à propos du droit « naturel » de légitime défense :

« Le législateur a exprimé là une vue de l'esprit qui n'a pas d'importance en droit. La suppression de l'adjectif « naturel » ne changerait rien aux effets de l'article 51. » (*The Law of the United Nations*, 1950, p. 791.)

Julius Stone a émis l'avis suivant :

« En réservant comme il le fait un droit préexistant de « légitime défense collective », l'article 51 soulève des problèmes à ce point insolubles qu'il peut paraître préférable de considérer que l'adjectif « naturel » est superflu et que l'article 51 confère en soi les libertés qui y sont énoncées. » (*Legal Controls of International Conflict*, 1954, p. 245.)

Je ne veux pas dire que ces avis reflètent nécessairement l'opinion dominante. Il reste que la Cour aurait dû avoir à l'esprit tous ces avis pour ou contre le droit naturel de légitime défense *collective*. Elle aurait dû aussi

observer les différences de sens entre les versions anglaise et française de l'article 51 de la Charte des Nations Unies.

97. En résumé, à supposer qu'il fallait que la Cour examine la notion de légitime défense collective – mais j'estime qu'il ne le fallait pas – elle aurait dû l'analyser davantage dans ce premier arrêt où elle abordait la question.

(Signé) Shigeru ODA.
