

## SEPARATE OPINION OF JUDGE SCHWEBEL

I have voted in favour of the Judgment of the Court because I am in essential, though not entire, agreement with its two principal holdings.

I believe that the Court has jurisdiction in this case accorded by Article XXXI of the Pact of Bogotá, a jurisdiction which is not qualified by the conditions found in Article XXXII. Such doubt as I have on this question is reflected in the analysis which Judge Oda's opinion in this case sets forth, particularly his quotations of the authoritative conclusions of the former Secretary-General of the Organization of American States and the former Director of the Legal Department of the OAS, Dr. F. V. García-Amador, who do appear to condition jurisdiction under Article XXXI of the Pact upon fulfilment of the prerequisites prescribed by Article XXXII. It is clear that those prerequisites — notably, conciliation — have not been fulfilled in this case. Nevertheless, I do not find in the abbreviated analyses of these authorities reasons which lead me to conclude that the Court's construction of Article XXXI as independent of Article XXXII is unfounded. These two Articles, on their face, each appear to accord the Court an independent jurisdictional title. It may of course be asked why a single treaty should provide two independent routes to the Court's compulsory jurisdiction. Perhaps the answer to that question is that Article XXXII may have been intended to embrace disputes not of a juridical nature as well as "disputes of a juridical nature".

The admissibility of Nicaragua's Application raises more substantial doubts, by reason of the operation of Articles II and IV of the Pact of Bogotá. Believing as I do that jurisdiction in this case can only be founded on the Pact of Bogotá, and that accordingly Nicaragua's Application must be considered subject to the provisions of that Pact, those Articles initially appear to render Nicaragua's Application inadmissible because the substance of that Application is clearly comprehended by the Contadora process. That process, not being a pacific procedure established by the Pact, surely is a "special procedure", agreed upon by Nicaragua and Honduras as well as other States, which, if successfully concluded, would permit them to arrive at a solution of Nicaragua's essential causes of action. Moreover, the Contadora process in any event is a "pacific procedure" (it can hardly be a warlike procedure), from which it follows that, according to Article IV of the Pact, being a pacific procedure which "has been initiated . . . by agreement between the parties" before the bringing of Nicaragua's Application, "no other procedure may be commenced until that procedure is concluded". The Court avoids confronting more than one

## OPINION INDIVIDUELLE DE M. SCHWEBEL

[Traduction]

J'ai voté en faveur de l'arrêt de la Cour parce que je souscris, pour l'essentiel sinon entièrement, à ses deux conclusions principales.

J'estime que la Cour est compétente en l'espèce en vertu de l'article XXXI du pacte de Bogotá et que cette compétence n'est pas restreinte par les conditions qui figurent à l'article XXXII. Mes éventuels doutes à ce sujet trouvent leur expression dans l'opinion individuelle détaillée que M. Oda a jointe à l'arrêt, en particulier dans les passages où il cite les conclusions de personnes aussi autorisées que l'ancien secrétaire général de l'Organisation des Etats américains et l'ancien directeur du département juridique de cette dernière, M. F. V. García-Amador, lesquels semblent bien subordonner la compétence fondée sur l'article XXXI du pacte à la réalisation préalable des conditions requises par l'article XXXII. Il est évident que ces conditions, et surtout celle qui concerne la conciliation, ne sont pas remplies en l'espèce. A la lecture des analyses sommaires de ces personnes, je ne vois cependant pas de raison de conclure que la Cour n'est pas fondée à considérer que l'article XXXI est indépendant de l'article XXXII. Ces deux articles, à première vue, paraissent chacun conférer à la Cour un titre de compétence indépendant. Certes, on peut se demander pourquoi un traité unique prévoirait deux voies indépendantes vers la juridiction obligatoire de la Cour. Peut-être est-ce parce que l'article XXXII était destiné à s'appliquer aux différends qui ne sont pas d'ordre juridique aussi bien qu'aux « différends d'ordre juridique ».

La recevabilité de la requête du Nicaragua suscite des doutes plus sérieux du fait de l'application des articles II et IV du pacte de Bogotá. Si l'on estime, comme moi, que la compétence en l'espèce ne peut se fonder que sur le pacte de Bogotá et que la requête du Nicaragua doit par conséquent être considérée au regard des dispositions du pacte, ces articles semblent de prime abord rendre la requête irrecevable puisque son objet entre manifestement dans le cadre du processus de Contadora. Ce processus, qui n'est pas une procédure pacifique établie par le pacte, est assurément une « procédure spéciale » sur laquelle le Nicaragua et le Honduras, ainsi que d'autres Etats, se sont mis d'accord et qui, menée à bien, leur permettrait d'arriver à une solution des problèmes sur lesquels repose l'action intentée par le Nicaragua. Par ailleurs, le processus de Contadora est de toute manière une « procédure pacifique » (ce ne saurait être une procédure belliqueuse), si bien qu'en vertu de l'article IV du pacte, puisqu'il s'agit d'une procédure pacifique qui a « été entamée ... en vertu d'un accord entre les parties » avant le dépôt de la requête du Nicaragua, « il ne [pouvait] être recouru à aucune autre avant l'épuisement de celle

knotty problem of the interpretation of Articles II and IV by its holding that the Contadora process was “concluded” at the time when Nicaragua filed its Application. It so holds despite the common view of the Parties that that process “has not been abandoned or suspended at any moment”. The Court maintains that it appreciates the importance of this concordance of views between the Parties; nevertheless, it decides that the Contadora process, at any rate in the phase directed towards resolution of the substance of the issues before it, had concluded by 28 July 1986. This is, for the reasons set out by the Court, one plausible interpretation of the facts; one might also arrive at another plausible interpretation as the Parties appear to do; but I do not think that the Court’s interpretation is untenable.

My most substantial reservations about the Court’s Judgment turn upon its holdings of paragraph 54, which are in answer to the objections by Honduras to what has been termed the “serial” nature of the Applications which have been brought by Nicaragua in three inter-related cases against the United States of America in 1984 and against Costa Rica and Honduras in 1986 (see Lori Fisler Damrosch, “Multilateral Disputes”, in Damrosch, ed., *The International Court of Justice at a Crossroads*, 1987, pp. 376, 379).

In its Memorial Honduras recalls that, by its Application of 9 April 1984 against the United States, Nicaragua submitted to the Court a set of facts forming part of the general conflict existing in Central America, and that, one month after the Judgment of the Court in that case, Nicaragua submitted to the Court, by its Applications against Costa Rica and Honduras, a second and a third set of facts pertaining to the same conflict. Honduras maintains that the

“overall result of this behaviour on the part of Nicaragua constitutes . . . an artificial and arbitrary dividing up of the general conflict existing in Central America. Moreover, this result may have negative consequences for Honduras as a Defendant State before the Court, since it affects the guarantee of a sound administration of justice and undermines the principle laid down in Article 59 of the Statute of the Court.

2.07. In fact, the successive Applications lodged by Nicaragua have presented to the Court, for Nicaragua’s convenience, some facts forming part of the general conflict in Central America. But it is obvious that some other facts, while appertaining to the same general conflict, are inevitably absent from the proceedings before the Court.

The power granted to the Parties under Article 80 of the Rules of Court [to make counter-claims] does not totally remove this negative consequence; for it is possible for the State against which the claim is brought not to appear before the Court, as occurred in the case concerning *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*

déjà entamée». La Cour évite d'aborder plus d'un problème épineux d'interprétation des articles II et IV en déclarant que le processus de Contadora était «épuisé» au moment où le Nicaragua a déposé sa requête : elle l'affirme bien que les Parties estiment toutes deux que ce processus « n'a été ni abandonné ni suspendu à aucun moment ». La Cour dit qu'elle apprécie l'importance de cette concordance de vues entre les Parties ; elle conclut néanmoins que le processus de Contadora était épuisé le 28 juillet 1986, du moins pour ce qui est de la phase de ce processus qui tendait à résoudre les questions de fond examinées dans son cadre. C'est là, pour les motifs indiqués par la Cour, une interprétation plausible des faits ; on pourrait aussi arriver à une autre interprétation plausible, comme les Parties semblent le faire ; mais je ne pense pas que l'interprétation de la Cour soit indéfendable.

Les principales réserves que j'ai à formuler au sujet de l'arrêt de la Cour ont trait à ce qu'elle dit au paragraphe 54 en réponse aux exceptions soulevées par le Honduras contre ce qui a été appelé les requêtes « en série » déposées par le Nicaragua pour introduire trois instances connexes, contre les Etats-Unis d'Amérique en 1984 et contre le Costa Rica et le Honduras en 1986 (voir Lori Fisler Damrosch, « Multilateral Disputes », dans Damrosch, dir. publ., *The International Court of Justice at a Crossroads*, 1987, p. 376, 379).

Dans son mémoire le Honduras rappelle que, par sa requête du 9 avril 1984 contre les Etats-Unis, le Nicaragua a soumis à la Cour un ensemble de faits qui s'inscrivent dans le cadre du conflit général existant en Amérique centrale et que, un mois après que l'arrêt eut été rendu dans cette affaire, le Nicaragua a saisi la Cour, par ses requêtes contre le Costa Rica et contre le Honduras, d'un deuxième et d'un troisième ensemble de faits relatifs au même conflit. Le Honduras affirme ceci :

« D'une façon générale, ce comportement du Nicaragua aboutit ... à diviser artificiellement et arbitrairement le conflit général qui se déroule en Amérique centrale, ce qui peut aussi avoir des conséquences fâcheuses pour le Honduras en tant qu'Etat défendeur devant la Cour, car il porte atteinte aux garanties d'une bonne administration de la justice et sape le principe énoncé à l'article 59 du Statut de la Cour.

2.07. En réalité, dans les requêtes successives qu'il a introduites devant la Cour, le Nicaragua a présenté, pour étayer son argumentation, certains faits qui font partie du conflit général en Amérique centrale. Mais il est évident que certains autres faits, tout en ayant trait à ce même conflit général, sont inévitablement passés sous silence dans la procédure devant la Cour.

Le pouvoir [de présenter des demandes reconventionnelles] que l'article 80 du Règlement de la Cour confère aux Parties ne supprime pas complètement cet inconvénient ; car l'Etat contre lequel l'instance est intentée a la possibilité de ne pas comparaître devant la Cour, comme cela a été le cas dans l'affaire des *Activités militaires et*

after the Judgment of 26 November 1984. In this situation, the Court faces a great difficulty in the determination of the facts, as was acknowledged in the Judgment of 27 June 1986. But as regards subsequent disputes before the Court forming part of the same general conflict in the Region, if the facts in the previous case affect other States, the Defendant States in later proceedings will find themselves obliged to fill in previous gaps or to put other interpretations on the same facts, none of which would appear to be in conformity with the requirements of a sound administration of justice.

On the other hand, the successive Applications lodged by Nicaragua from 1984 onwards have another prejudicial effect for the Defendant States in later proceedings, as is the case of the Republic of Honduras. This negative consequence arises from the assessment of facts in previous proceedings, those facts forming part of the same general conflict existing in Central America; and it may gravely undermine the principle of relativity of international adjudications laid down in Article 59 of the Statute of the Court.” (Memorial of Honduras, paras. 2.06-2.07.)

The answers which paragraph 54 of the Court’s Judgment gives to these contentions of Honduras in my view are not fully adequate, in the light of the following considerations.

In the proceedings before the Court in the case concerning *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, Nicaragua levelled grave accusations against not only the United States, but against Honduras and Costa Rica. It claimed that those two States — most particularly Honduras — were acting in concert with the United States to support its use of military force against Nicaragua and its intervention in Nicaragua’s internal affairs, especially by permitting “mercenaries” to operate from their territories against Nicaragua. Despite these accusations, Nicaragua did not in 1984 bring suit against either Honduras or Costa Rica, even though both of those countries at that time adhered to the Court’s compulsory jurisdiction under the Optional Clause in the most unrestricted terms. Rather, Nicaragua maintained that its Application made “no claim of illegal conduct by any State other than the United States”, and that it sought “no relief . . . from any other State”.

For its part, in view of these accusations against Honduras and Costa Rica — and Nicaragua’s further claim that El Salvador’s armed forces were acting in the service of the United States — and in view of its own contention that its actions against Nicaragua were measures taken in collective self-defence of Nicaragua’s neighbours, particularly El Salvador, against armed attack by Nicaragua, the United States maintained that the Court could not adjudicate Nicaragua’s allegations against the United

*paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* après l'arrêt rendu par la Cour le 26 novembre 1984. Dans une telle situation, la Cour se heurte à de grandes difficultés pour établir les faits, comme elle l'a reconnu dans son arrêt du 27 juin 1986. Mais en ce qui concerne les différends portés devant la Cour après cette affaire et qui font partie du même conflit général existant dans la région, si les faits de la précédente espèce affectent d'autres Etats, les Etats défendeurs dans des instances ultérieures seront obligés de combler les lacunes antérieures ou de présenter d'autres interprétations concernant les mêmes faits, ce qui ne semble nullement conforme aux exigences d'une bonne administration de la justice.

Par ailleurs, les requêtes successives déposées par le Nicaragua à partir de 1984 présentent un autre inconvénient pour les Etats défendeurs dans de nouvelles instances, comme c'est le cas pour la République du Honduras. Cet inconvénient tient à l'appréciation des faits dans l'instance introduite contre les Etats-Unis, car ces faits s'inscrivent dans le cadre du même conflit général en Amérique centrale et le principe de la relativité des décisions judiciaires internationales énoncé à l'article 59 du Statut de la Cour risque d'être ainsi gravement compromis. » (Mémoire du Honduras, par. 2.06-2.07.)

Les réponses que la Cour donne à cette argumentation du Honduras au paragraphe 54 de l'arrêt ne me paraissent pas tout à fait adéquates compte tenu des considérations qui suivent.

Devant la Cour, en l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, le Nicaragua a formulé de graves accusations non seulement contre les Etats-Unis, mais aussi contre le Honduras et le Costa Rica. Il a soutenu que ces deux Etats, et tout particulièrement le Honduras, agissant de concert avec les Etats-Unis appuyaient l'emploi que ceux-ci faisaient de la force militaire contre le Nicaragua et leur intervention dans les affaires intérieures de cet Etat; le Honduras et le Costa Rica permettaient en particulier à des « mercenaires » de mener des opérations contre le Nicaragua à partir de leur territoire. Malgré ces accusations, le Nicaragua n'a introduit d'instance ni contre le Honduras ni contre le Costa Rica en 1984, bien que ces deux pays eussent alors adhéré sans aucune restriction à la juridiction obligatoire de la Cour en application de la clause facultative. Le Nicaragua a même maintenu que sa requête « n'allégu[ait] le comportement illégal d'aucun autre Etat que les Etats-Unis » et qu'il ne demandait « réparation d'aucun autre Etat ».

Pour leur part, les Etats-Unis se sont fondés tant sur ces accusations portées contre le Honduras et le Costa Rica — et sur le fait que le Nicaragua avait aussi prétendu que les forces armées d'El Salvador s'étaient mises activement au service des Etats-Unis — que sur leur propre alléga-tion selon laquelle leurs activités contre le Nicaragua constituaient des mesures de légitime défense collective des voisins du Nicaragua, en particulier El Salvador, contre une agression armée lancée par le Nicaragua; ils

States without also passing upon the lawfulness of the actions of Honduras, Costa Rica and El Salvador. These three States, the United States consequently contended, were indispensable parties and, in their absence, the Court should not proceed to render judgment on the merits.

Not only did the Court reject this contention but, shortly before, when El Salvador, in a declaration of intervention which strongly supported United States claims that it was under armed attack by Nicaragua and acting in collective self-defence with the United States, sought to exercise its "right to intervene in the proceedings" — the quotation is from the terms of Article 63 of the Statute — the Court denied its intervention. Its terse Order, which is virtually devoid of reasoning, held that the declaration of intervention was "inadmissible inasmuch as it relates to the current phase of the proceedings" — i.e., jurisdiction and admissibility; a ground which has no basis in the terms or purpose of Article 63. As has been widely recognized, that denial consequently is difficult to reconcile with the Statute and, since El Salvador was not accorded a hearing, more difficult still to reconcile with the explicit provision of Article 84 of the Rules of Court that, where there is objection to the admissibility of a declaration of intervention, "the Court shall hear the State seeking to intervene and the parties before deciding". The shutting out of El Salvador's participation not only affected the subsequent content and course of the proceedings. It appears also to have affected the subsequent decision of the United States to withdraw from the proceedings, in view of the fact that one of the two principal grounds of withdrawal cited by the United States on 18 January 1985 was the Court's summary rejection of El Salvador's application "without giving reasons and without even granting El Salvador a hearing, in violation of El Salvador's right and in disregard of the Court's own rules".

While the Court in rejecting El Salvador's intervention at the stage of jurisdiction and admissibility implied that it was open to intervention by El Salvador at the stage of the merits, and elsewhere indicated that Honduras and Costa Rica as well as El Salvador had statutory possibilities of intervention open to them, it is obvious that its treatment of El Salvador could hardly have operated to encourage such interventions. Nor, for their part, did El Salvador, Honduras or Costa Rica in any event manifest any inclination to have their actions, some of which were the objects of Nicaraguan accusation, subjected to the Court's judgment, even if, in fact, the Judgment on the merits ultimately rendered by the Court on 27 June 1986 inevitably — by the nature of Nicaragua's Application and accusations and the defence of the United States — did pass upon those actions, factually and legally.

Promptly after the rendering of the Court's Judgment of 27 June 1986 against the United States, Nicaragua discovered after all (contrary to what it had pleaded in its case against the United States) that it did have legal

ont alors soutenu que la Cour ne pouvait statuer sur les allégations dirigées contre eux par le Nicaragua sans statuer aussi sur la licéité des actes du Honduras, du Costa Rica et d'El Salvador. Ces trois Etats, ont-ils fait valoir en conséquence, étaient des parties indispensables et, en leur absence, la Cour ne devait pas prononcer d'arrêt sur le fond.

Non seulement la Cour a rejeté ce moyen, mais, peu auparavant, quand El Salvador a tenté d'exercer son « droit d'intervenir au procès » — selon les termes de l'article 63 du Statut — en déposant une déclaration d'intervention dans laquelle il appuyait énergiquement les allégations des Etats-Unis suivant lesquelles il subissait une agression armée du Nicaragua et agissait au titre de la légitime défense collective avec les Etats-Unis, la Cour a rejeté cette déclaration d'intervention. Dans une ordonnance laconique et pratiquement dépourvue d'argumentation, elle a décidé que la déclaration d'intervention était « irrecevable en ce qu'elle se rapporte à la phase en cours de l'instance » — celle de la compétence et de la recevabilité; ce motif n'a de fondement ni dans les termes ni dans l'objet de l'article 63. Ce rejet s'accorde mal, comme il est largement admis, avec le Statut et, puisque El Salvador n'a pu se faire entendre, se concilie plus mal encore avec la disposition expresse de l'article 84 du Règlement de la Cour, aux termes duquel, s'il est fait objection à la recevabilité d'une déclaration d'intervention, « la Cour entend, avant de statuer, l'Etat désireux d'intervenir ainsi que les parties ». Le fait d'avoir exclu la participation d'El Salvador n'a pas seulement influé par la suite sur la teneur et le déroulement de l'instance. Il semble avoir aussi influé sur la décision prise plus tard par les Etats-Unis de se retirer de l'instance; en effet, l'une des deux raisons principales de ce retrait indiquées par les Etats-Unis le 18 janvier 1985 était le rejet sommaire de la déclaration d'intervention d'El Salvador auquel la Cour avait procédé « sans donner de raisons et sans même entendre El Salvador, en violation du droit d'El Salvador et au mépris des propres règles de la Cour ».

Si la Cour, en rejetant la déclaration d'intervention d'El Salvador au stade de la compétence et de la recevabilité, a donné à entendre qu'elle réservait l'éventualité d'une intervention d'El Salvador lors de la procédure sur le fond et si elle a indiqué ailleurs que le Honduras et le Costa Rica, ainsi qu'El Salvador, avaient des possibilités d'intervention en vertu du Statut, il est évident que le traitement réservé à El Salvador ne pouvait guère encourager de telles interventions. Du reste, pour leur part, El Salvador, le Honduras et le Costa Rica n'ont jamais manifesté aucun désir de voir leurs actes, dont certains faisaient l'objet d'accusations de la part du Nicaragua, soumis à la décision de la Cour, quand bien même la Cour, dans l'arrêt sur le fond qu'elle a finalement rendu le 27 juin 1986, a statué sur ces actes en fait et en droit, ce qui était inévitable en raison de la nature de la requête et des accusations du Nicaragua ainsi que des moyens de défense opposés par les Etats-Unis.

A peine la Cour avait-elle rendu son arrêt du 27 juin 1986 contre les Etats-Unis que le Nicaragua s'aperçut qu'après tout (contrairement à ce qu'il avait plaidé dans l'affaire qui l'opposait aux Etats-Unis) il avait, sur

claims against Honduras and Costa Rica and filed its Applications of 28 July 1986 against both States. Should the instant case reach the phase of the merits, it is to be expected that Nicaragua will invoke, as it has already invoked, against Honduras the findings of fact and conclusions of law reached by the Court in the *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* case not only against the United States but, at least inferentially, against Honduras, even though Honduras was not a party to that case. As noted, it was Nicaragua's choice not to initiate suit against Honduras in 1984, despite its accusations against Honduras and Honduras's unreserved adherence to the Optional Clause which then was in force.

Nicaragua has rather preferred to pursue serial actions, however prejudicial they may be to what Honduras describes as the sound administration of justice. That such an action may indeed be prejudicial is not open to doubt. If the Court's Judgment of 27 June 1986, which rejects on factual and legal grounds the defence of the United States that it acted against Nicaragua in collective self-defence of El Salvador, Honduras and Costa Rica, were to be applied to the instant case, Honduras could be deprived of a principal defence to Nicaragua's claims even before pleadings on the merits of the case are exchanged.

When the Court denied the requests of Malta and Italy to intervene in other cases under Article 62 of the Statute — where it “shall be for the Court to decide” on intervention — the Court nevertheless gave assurances to Malta and Italy that when it came to adjudicate the merits it would ensure that their interests would not be prejudiced by their absence. It gave effect to those assurances. When El Salvador sought to intervene in the *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* case under Article 63 of the Statute — that is, to exercise its statutory “right to intervene in the proceedings” — the Court summarily denied the request, gave El Salvador no such assurances, and rendered a judgment which, on any view, must be profoundly prejudicial to the interests of El Salvador as it presented them to the Court in its denied declaration of intervention.

Now, in the instant case, when Honduras complains with apparent justification of the position in which it finds itself as a result not only of Nicaragua's litigating tactics but the Court's acceptance of them, what does the Court offer in response?

A very mixed response. On the one hand, the Court concludes that it cannot uphold the contention of Honduras that the procedural situation created by Nicaragua's splitting up of the overall conflict into separate disputes is contrary to the requirements of good faith and the

le plan juridique, des griefs à formuler contre le Honduras et le Costa Rica; il déposa alors ses requêtes du 28 juillet 1986 contre ces deux Etats. Si la présente affaire atteint la phase sur le fond, il faut s'attendre à ce que le Nicaragua invoque, comme il l'a déjà fait, contre le Honduras, les constatations de fait et les conclusions de droit formulées par la Cour en l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* non seulement à l'encontre des Etats-Unis, mais aussi, indirectement à tout le moins, à l'encontre du Honduras, bien que cet Etat n'ait pas été partie à l'affaire. Comme il a été indiqué, le Nicaragua a délibérément décidé de ne pas introduire d'instance contre le Honduras en 1984 malgré ses accusations contre le Honduras et l'adhésion sans réserve de cet Etat à la clause facultative, qui était alors en vigueur.

Le Nicaragua a préféré engager des actions en série, quelque préjudiciables qu'elles puissent être à ce que le Honduras appelle la bonne administration de la justice. Il n'est pas douteux que de telles actions peuvent vraiment être préjudiciables. Si l'on devait appliquer en l'espèce l'arrêt rendu par la Cour le 27 juin 1986, qui rejette pour des motifs de fait et de droit le moyen de défense, invoqué par les Etats-Unis, suivant lequel ils agissaient contre le Nicaragua au titre de la légitime défense collective d'El Salvador, du Honduras et du Costa Rica, le Honduras pourrait se voir privé, dès avant l'échange des pièces de procédure sur le fond de l'affaire, d'un moyen de défense capital face aux griefs du Nicaragua.

Quand la Cour a rejeté les requêtes à fin d'intervention dans d'autres affaires, présentées par Malte et par l'Italie en vertu de l'article 62 du Statut — aux termes duquel, dans le cas d'une telle intervention, « la Cour décide » —, elle n'en a pas moins donné à Malte et à l'Italie l'assurance que, quand elle statuerait sur le fond, elle veillerait à ce que leur absence ne cause aucun préjudice à leurs intérêts. Elle s'est conformée à ces assurances. Quand El Salvador a tenté d'intervenir dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* en vertu de l'article 63 du Statut, c'est-à-dire d'exercer « le droit d'intervenir au procès » qu'il tient du Statut, la Cour a sommairement rejeté sa demande et elle n'a donné à El Salvador aucune assurance de ce genre; elle a rendu un arrêt qui, quoi qu'on en dise, ne peut manquer de porter une atteinte grave aux intérêts d'El Salvador tels qu'il les lui avait présentés dans la déclaration d'intervention rejetée.

Dans la présente affaire, quand le Honduras se plaint, à juste titre semble-t-il, de la situation dans laquelle il se trouve en raison non seulement de la tactique procédurale du Nicaragua mais aussi de l'acceptation de cette tactique par la Cour, quelle réponse celle-ci trouve-t-elle à donner?

Une réponse ambiguë. D'une part la Cour décide qu'elle ne peut retenir la thèse du Honduras selon laquelle la situation procédurale créée par le fractionnement, opéré par le Nicaragua, du différend global en une série de différends bilatéraux est contraire aux exigences de la bonne foi et du

proper functioning of international justice. On the other hand, the Court holds that:

“In any event, it is for the Parties to establish the facts in the present case taking account of the usual rules of evidence, without it being possible to rely on considerations of *res judicata* in another case not involving the same parties (see Article 59 of the Statute).” (Judgment, para. 54.)

It follows from this latter holding that if, at the stage of the merits, a Party to the instant case should endeavour to rely on the findings of fact of the Judgment of 27 June 1986 in *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, the Court will not accept such reliance but will require that Party to establish the facts in the present case taking account of the usual rules of evidence. Despite the fact that that Judgment passed upon causes of action which are found in the instant case, and despite the fact that Honduras is repeatedly specified both in the pleadings of the *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* case and in the Court's Judgment, considerations of *res judicata* cannot apply since that case was another case, to which the Parties were not the same as the Parties to this case.

This says no more than what the terms of Article 59 of the Statute require. Nevertheless, in the circumstances, it is important that the Court says it, and, if the instant case reaches the stage of the merits, it will be crucial for the Court to give full effect to Article 59. In the nature of the situation with which the Parties and the Court are confronted, that will not be simple. Can the Court, which, in its Judgment of 27 June 1986, not only acquitted Nicaragua of charges of acts of unlawful intervention in the affairs of its neighbours which were tantamount to armed attack, but also acquitted Nicaragua of certain acts of unlawful intervention altogether, consider, without regard to these holdings, the facts of the instant case as the evidence may show them to be? Can the Court, which in its Judgment of 27 June 1986 considered as established the fact that certain transborder military incursions into the territory of Honduras are imputable to the Government of Nicaragua, consider, without regard to that holding, the facts of the instant case as the evidence may show them to be?

The importance of the Court giving the most rigorous effect in the current case to the import of Article 59 is, in my view, the greater for an extraordinary reason. To apply the findings of fact of the Court's Judgment of 27 June 1986 to the merits of the instant case would be the more prejudicial because certain of those findings — critical findings at that — do not in fact correspond to the facts. In Judge Oda's restrained phrase appraising the Court's finding of the facts in *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, it is “beyond any doubt that the picture

bon fonctionnement de la justice internationale. D'autre part la Cour déclare :

« En tout état de cause, il appartient aux Parties d'établir dans la présente affaire les faits compte tenu des règles habituelles de preuve sans que puisse être invoquée la chose jugée dans une autre affaire ne mettant pas en cause les mêmes parties (voir l'article 59 du Statut). » (Arrêt, par. 54.)

Il résulte de cette déclaration que si, au stade du fond, une Partie à la présente affaire cherche à se prévaloir des constatations de fait formulées dans l'arrêt rendu le 27 juin 1986 en l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, la Cour n'acceptera pas qu'elle s'en prévale mais exigera que cette Partie établisse dans la présente affaire les faits compte tenu des règles habituelles de preuve. Bien que dans l'arrêt précité la Cour se soit prononcée sur des griefs qui sont formulés dans la présente espèce et bien que le Honduras soit maintes fois mentionné tant dans les pièces de procédure écrite présentées en l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* que dans l'arrêt rendu par la Cour en cette affaire, la chose jugée ne peut être invoquée parce qu'il s'agissait d'une autre affaire et que les Parties à celle-ci n'étaient pas les mêmes que les Parties à la présente instance.

Ce n'est là que ce qui est posé à l'article 59 du Statut. Néanmoins, il importe en l'occurrence que la Cour le dise et, si la présente affaire atteint le stade du fond, il sera capital que la Cour donne plein effet à l'article 59. Etant donné la nature de la situation à laquelle les Parties et la Cour sont confrontées, ce ne sera pas chose facile. Dans son arrêt du 27 juin 1986, la Cour a non seulement acquitté le Nicaragua des accusations qui étaient portées contre lui pour être intervenu illicitement dans les affaires de ses voisins en commettant des actes équivalant à une agression armée, mais a aussi acquitté le Nicaragua de certains actes d'intervention illicite ; peut-elle dès lors, sans tenir compte de ces décisions, prendre en considération les faits de la présente espèce tels qu'ils peuvent apparaître au regard des preuves produites ? Dans son arrêt du 27 juin 1986, la Cour a tenu pour établi que certaines incursions militaires transfrontières à l'intérieur du territoire hondurien sont imputables au Gouvernement du Nicaragua ; peut-elle dès lors prendre en considération, sans tenir compte de cette décision, les faits de la présente espèce tels qu'ils peuvent apparaître au regard des preuves produites ?

Pour une raison particulière, il importe encore plus à mes yeux que la Cour donne effet le plus rigoureusement possible à l'article 59 en l'espèce. Il serait en effet d'autant plus préjudiciable d'appliquer au fond de la présente affaire les constatations de fait consignées dans l'arrêt de la Cour du 27 juin 1986 que certaines de ces constatations, décisives de surcroît, ne correspondent en réalité pas aux faits. Selon la formule modérée dont s'est servi M. Oda au sujet des constatations de fait de la Cour en l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* « il ... [est]

of the present dispute painted by the Court is far from the reality". And to apply certain of the Court's conclusions of law in that case to the merits of the instant case would be no less prejudicial, because certain of those conclusions were and are in error.

*(Signed)* Stephen M. SCHWEBEL.

---

tout à fait hors de doute que l'image que la Cour a donnée du présent différend est loin de la réalité ». Il ne serait pas moins préjudiciable d'appliquer au fond de la présente affaire certaines conclusions de droit auxquelles la Cour est parvenue dans cette autre affaire car certaines de ces conclusions étaient et demeurent erronées.

(Signé) Stephen M. SCHWEBEL.

---