

## OPINION INDIVIDUELLE DE M. SHAHABUDDEN

[Traduction]

Outre son intérêt général, la présente affaire est d'importance dans une branche jusqu'ici inexplorée de la structure institutionnelle d'une grande région. Je souscris à l'arrêt de la Cour mais tiens à exposer mon point de vue sur certains problèmes de méthode, d'analyse et de raisonnement. Les problèmes en cause se prêteraient aussi, selon moi, à une analyse plus détaillée faisant une plus large place aux publications régionales citées par les deux Parties; ils ont trait aux questions suivantes: i) l'article XXXI du pacte de Bogotá constitue-t-il un engagement de déposer des déclarations en vertu de la clause facultative? ii) les réserves dont le Honduras a assorti la déclaration qu'il a faite en 1986 en vertu de la clause facultative s'appliquent-elles aux obligations imposées par l'article XXXI? iii) la conciliation est-elle une condition préalable au droit de saisir la Cour en application de l'article XXXI? iv) la condition préalable des négociations prévue par l'article II a-t-elle été remplie? et v) le processus de Contadora constitue-t-il un obstacle à la présente instance en vertu de l'article IV? L'arrêt de la Cour pourrait peut-être être conforté sur chacun de ces cinq points.

### I. L'ARTICLE XXXI DU PACTE DE BOGOTÁ CONSTITUE-T-IL UN ENGAGEMENT DE DÉPOSER DES DÉCLARATIONS EN VERTU DE LA CLAUSE FACULTATIVE?

Je commencerai par exposer mon avis sur deux aspects de l'arrêt de la Cour concernant la question importante de la compétence. Ces deux aspects sont examinés au paragraphe 29 de l'arrêt, où la Cour note que:

«Le Honduras attire en premier lieu l'attention sur le fait que l'article XXXI commence par les mots «Conformément au paragraphe 2 de l'article 36 du Statut de la Cour internationale de Justice» et sur la quasi-identité des termes utilisés dans la suite de l'article et dans le paragraphe 2 de l'article 36.»

Sur cette base le Honduras soutient que l'article XXXI «obligeait les parties à accepter la juridiction obligatoire de la Cour «conformément au paragraphe 2 de l'article 36 du Statut» et qu'il serait «conforme» à cette disposition qu'une partie au pacte fasse de temps à autre une déclaration et la modifie ou y mette fin par une déclaration ultérieure.

Mais les mots «Conformément au paragraphe 2 de l'article 36 du Statut», par lesquels commence l'article XXXI et qui sont suivis juste

après par l'expression « les Hautes Parties contractantes ... déclarent ... », se rapportent manifestement à une déclaration qui était par là même effectivement faite, pouvant être assimilée à une déclaration du type de celle prévue par le paragraphe 2 de l'article 36, et non à des déclarations ultérieures. D'où l'observation de M. García-Amador (citée plus en détail ci-après) selon laquelle « le pacte lui-même constitue une déclaration sans condition du type de celle prévue à » l'article 36, paragraphe 2, du Statut de la Cour. En conséquence, l'effet des premiers mots de l'article XXXI, sur lesquels s'est appuyé le Honduras, a été épuisé au début du pacte. Si ces mots étaient censés viser une compétence révocable de faire des déclarations ultérieures, il y aurait eu des manières plus simples et moins subtiles d'exprimer une telle idée.

En ce qui concerne l'argument selon lequel, outre les premiers mots cités plus haut, il y a une quasi-identité des termes utilisés dans la suite de l'article et dans le paragraphe 2 de l'article 36, la thèse du Honduras est que l'article XXXI est une disposition qui « ne fait que reproduire les termes du paragraphe 2 de l'article 36 ». Cette opinion peut trouver un appui dans des observations qui figurent parfois dans des ouvrages publiés sur cette question, mais pour les raisons que j'ai déjà indiquées il me semble que l'article XXXI avait pour objet de permettre d'exercer une faculté créée par le paragraphe 2 de l'article 36 et n'avait pas été conçu comme une simple reproduction de ce dernier. Car, si le paragraphe 2 de l'article 36 prévoit que les parties au Statut « pourront ... déclarer... », à l'article XXXI, comme je l'ai déjà noté, les parties au pacte affirment que « conformément » au paragraphe 2 de l'article 36 elles « déclarent... » L'idée (évoquée, par exemple, par Roberto Córdova dans « El Tratado Americano de Soluciones Pacíficas — Pacto de Bogotá », *Anuario Jurídico Interamericano*, 1948, p. 11-12) selon laquelle l'article XXXI n'est qu'une simple reproduction du paragraphe 2 de l'article 36 semble trouver son origine dans une observation faite par M. Belaúnde, délégué du Pérou, durant les premières phases des débats consacrés à cette question à la commission III de la neuvième conférence internationale des Etats américains, tenue à Bogotá en 1948, lorsqu'il a déclaré « que l'article XVII [XXXI] ne fait que transcrire l'article 36 du Statut de la Cour internationale de Justice » (*traduction du Greffe*). [« [E] Artículo XVII [XXXI] no hace otra cosa que transcribir el Artículo 36 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia » (*Novena Conferencia Internacional Americana, Actas y Documentos*, vol. IV, Bogotá, 1953, p. 161).] Mais, de surcroît, dans les débats qui ont suivi il a été reconnu, comme M. Belaúnde lui-même l'a fait et comme la Cour semble l'avoir fait au paragraphe 32 de son arrêt, que l'article était en fait censé être une déclaration générale immédiate d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour et, même, une déclaration générale qui, en ce qui concerne les parties au pacte, ne devait être assortie d'aucune réserve qui serait jointe à toute déclaration distincte faite par les parties ou qu'elles feraient en vertu du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut. De fait, il n'est pas exact de dire que l'article XXXI « obligeait les parties à accepter la juridiction

de la Cour « conformément au paragraphe 2 de l'article 36 du Statut » : cet article était censé être en soi une acceptation de cette juridiction. Dans ces conditions, la prudence s'impose lorsqu'on prend au pied de la lettre l'observation initiale de M. Belaúnde selon laquelle l'article XXXI du pacte n'était qu'une simple reproduction du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut.

A propos du projet d'article XXXI, M. Soto del Corral, délégué de la Colombie, a déclaré à la conférence de 1948 : « Cet article du projet développe le principe énoncé au paragraphe 1 de l'article 36 du Statut de la Cour » (*traduction du Greffe*). [« Este artículo del proyecto desarrolla el principio contenido en el ordinal 1 del Artículo 36 del Estatuto de la Corte. » (*Actas y Documentos*, vol. IV, p. 157.)] Je pense que le Nicaragua a entendu accorder une certaine importance à cette déclaration pour être en mesure de soutenir que l'article XXXI est lié au paragraphe 1 de l'article 36. A mon avis, toutefois, si on lit l'ensemble de cette intervention, M. Soto del Corral était loin de vouloir modifier la conclusion que j'ai moi-même tirée de sa principale déclaration antérieure (*ibid.*, p. 156-157), à savoir que l'article XXXI était censé constituer une déclaration d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour faite par chaque Etat en vertu du paragraphe 2 de l'article 36 de son Statut — et c'était M. Soto del Corral lui-même qui était principalement chargé de faire rapport sur le projet concernant cette disposition. J'interprète l'extrait précité de sa déclaration comme signifiant que, en servant cet objectif collectif, l'effet de l'article XXXI serait de développer ou d'étendre l'idée conventionnelle énoncée au paragraphe 1 de l'article 36 selon laquelle un traité servirait de mécanisme pour effectuer une déclaration collective en vertu du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut et non de conférer en fait une compétence conventionnelle en vertu du paragraphe 1 de l'article 36, ou que ce dernier serait appliqué en l'état. Comme on le sait, le paragraphe 2 de l'article 36 représente une formule de compromis résultant d'une initiative du Brésil prise lors de la rédaction du Statut de la Cour permanente. Les juristes latino-américains connaissaient très bien cette situation et la distinction entre cette disposition et le paragraphe 1 de l'article 36 — distinction clairement observée dans le libellé divergent des articles XXXI et XXXII. Ils voulaient sans doute exprimer ce qu'ils semblent avoir dit à l'article XXXI.

Toutefois, que leur intention fût ou non de conférer une compétence en vertu du paragraphe 1 ou du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut de la Cour, l'idée dans l'un et l'autre cas était de conférer une compétence effective de manière uniforme. Dans les deux cas, étant donné les différences juridictionnelles qu'il peut manifestement susciter *ratione temporis*, *ratione personae* et *ratione materiae*, l'argument du Honduras ne concorde pas avec l'intention réelle des parties au pacte de Bogotá.

Il serait utile de faire quelques comparaisons. Les documents de la *Novena Conferencia Internacional Americana* (*op. cit.*, p. 6 et suiv.), contiennent le « Proyecto de Sistema Interamericano de Paz » de 1947. L'ar-

ticle XVIII, qui envisage la saisine de la Cour internationale de Justice, prévoit que des déclarations distinctes doivent être faites en vertu du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut de la Cour (voir aussi le paragraphe 25 du rapport sur le projet, *Novena Conferencia Internacional Americana, Actas y Documentos*, vol. IV, p. 21). L'article XVIII, qui fait allusion à l'article XVII concernant l'arbitrage, contient le passage suivant :

« Nonobstant les dispositions de l'article précédent, les parties peuvent, d'un commun accord, soumettre leurs différends à la Cour internationale de Justice, à condition qu'elles aient auparavant accepté la juridiction obligatoire de la Cour en vertu de l'article 36 de son Statut... » (*Traduction du Greffe.*) [« No obstante lo establecido en el artículo anterior, se reconoce a las partes, si se pusieren de acuerdo en ello, la facultad de someter sus controversias a la Corte Internacional de Justicia, cuando hubieren aceptado con anterioridad la jurisdicción obligatoria de la misma, en los términos del Artículo 36 de su Estatuto... » (*Ibid.*, p. 9.)]

Les différences entre ces dispositions et l'article XXXI du pacte sont frappantes à cet égard.

Durant les débats de 1985 du comité juridique interaméricain qui a examiné certaines questions soulevées par le pacte, l'éminent délégué du Venezuela, M. Luis Herrera Marcano, manifestant une compréhension claire de la situation existante, a proposé de modifier comme suit l'article XXXI du pacte :

« En ratifiant le présent traité ou à tout moment ultérieur, chaque Etat pourra déclarer qu'il reconnaît, sur la base de la réciprocité pour ce qui est de tout autre Etat américain, etc. »

L'amendement proposé n'a pas été adopté (voir l'avis du comité — OEA/Ser.G, CP/doc. 1603/85, 3 septembre 1985, p. 14 et suiv. — annexe 23 au contre-mémoire du Nicaragua). Le fait que cet amendement a été proposé et n'a pas été accepté indique toutefois qu'il était généralement admis que la disposition existante ne dépendait pas du dépôt de déclarations distinctes.

Il existe certains éléments, s'ils sont vraiment nécessaires, montrant que la communauté internationale admet la distinction essentielle en droit entre le fait de reconnaître et de s'engager à reconnaître la juridiction obligatoire de la Cour en vertu de la clause facultative. Ainsi, l'article 3 du protocole pour le règlement pacifique des différends internationaux adopté par l'Assemblée générale de la Société des Nations le 2 octobre 1924 contient le passage suivant :

« Les Etats signataires s'engagent à reconnaître comme obligatoire de plein droit et sans convention spéciale la juridiction de la Cour permanente de Justice internationale dans les cas visés au paragraphe 2 de l'article 36 du Statut de la Cour... »

De même, l'article V du traité d'amitié et de relations générales entre l'Italie et les Philippines du 9 juillet 1947 est ainsi libellé :

« les Parties contractantes s'engagent à reconnaître comme obligatoire, de plein droit et sans convention spéciale, la juridiction de la Cour internationale de Justice conformément au paragraphe 2 de l'article 36 du Statut de la Cour ».

L'article XXXI du pacte de Bogotá n'utilise pas des termes selon lesquels les Etats signataires « s'engagent à reconnaître... » Si ce libellé avait été retenu, l'argument du Honduras aurait pu avoir un certain fondement.

Les considérations qui précèdent sont conformes à la pratique observée par les parties au pacte au sujet du rapport entre l'article XXXI du pacte et le paragraphe 2 de l'article 36 du Statut. Outre les questions mentionnées dans la première partie du paragraphe 40 de l'arrêt de la Cour, on peut observer que, mis à part El Salvador, qui l'a dénoncé par la suite, le pacte a été ratifié par treize Etats. Cinq d'entre eux, le Costa Rica, le Brésil, le Pérou, le Paraguay et le Chili l'ont fait respectivement le 6 mai 1949, le 16 novembre 1965, le 26 mai 1967, le 27 juillet 1967 et le 15 avril 1974. Le Costa Rica n'a déposé une déclaration en vertu du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut que le 20 février 1973. Le Paraguay a considéré qu'aucune déclaration faite par lui n'était en vigueur après sa dénonciation en 1938 de la déclaration qu'il avait faite en 1933 à l'égard de la Cour permanente. La dernière déclaration du Brésil, qui a été faite le 12 février 1948, est venue à expiration cinq années plus tard. Le Pérou et le Chili n'ont jamais eu de déclaration en vigueur depuis qu'ils ont ratifié le pacte. Les documents soumis à la Cour ne permettent pas de penser que l'un quelconque de ces cinq Etats a jamais été critiqué par un autre Etat ou un commentateur qualifié pour avoir violé un engagement qu'il aurait pris en vertu de l'article XXXI du pacte de faire une telle déclaration. Si, comme cela semble probable, aucune critique de ce genre n'a jamais été émise — et la question générale de savoir si un Etat a jamais été ainsi critiqué concernait les deux parties — la valeur de tout argument selon lequel l'article XXXI du pacte a été interprété par les parties comme constituant un tel engagement en serait diminuée.

Comme il est indiqué au paragraphe 30 de l'arrêt, tout en considérant que l'article XXXI du pacte était censé conférer une juridiction obligatoire en vertu de la clause facultative, le Honduras a soutenu que cet article donne à une partie le choix entre trois possibilités d'action pour donner suite à cette intention. Je ne peux voir dans cet article aucun terme qui laisse aux parties le choix du mode d'application. Le Honduras n'a présenté aucun élément à l'appui de cet argument et n'a pas réussi à le concilier avec le texte de l'article XXXI du pacte, avec l'intention qui existait réellement à Bogotá ou avec l'évolution de l'intérêt manifesté par l'Amérique latine pour la question du règlement judiciaire obligatoire. En outre, cet argument ne concorde pas, à mon avis, avec les comparaisons faites et les considérations exposées ci-dessus.

## II. APPLICABILITÉ DES RÉSERVES DU HONDURAS DE 1986 À L'ARTICLE XXXI DU PACTE DE BOGOTÁ

Un problème se pose au sujet de la question, qui n'a pas été résolue, de savoir quel est le caractère précis de la juridiction conférée par l'article XXXI du pacte de Bogotá. Comme la Cour l'a fait remarquer au paragraphe 45 de son arrêt, dans le cas de l'article XXXII du pacte, la juridiction ainsi conférée y est décrite comme « obligatoire » bien qu'elle soit liée au paragraphe 1 de l'article 36 du Statut de la Cour. L'idée n'a pas été émise que l'article XXXII du pacte confère une juridiction obligatoire sur la base du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut, pas plus que dans le cas des traités qui (sans doute pour des raisons de commodité de rédaction) se réfèrent effectivement au paragraphe 2 de l'article 36 du Statut ou utilisent des éléments de sa terminologie, mais sans être censés constituer des déclarations faites en application de cet instrument. (Voir, par exemple, l'article 1 de la convention entre le Danemark et la Finlande pour le règlement pacifique des différends de 1926; l'article III du traité entre le Brésil et le Venezuela pour le règlement pacifique des différends de 1940; l'article 8 du traité de Bruxelles de 1948; l'article 17 de l'acte général révisé pour le règlement pacifique des différends internationaux adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies le 28 avril 1949; les articles 1, 2 et 3 de la convention de règlement judiciaire entre la Grèce et la Suède de 1956 et l'article 1 de la convention européenne pour le règlement pacifique des différends de 1957.) De fait, les traités de ce genre peuvent conférer une sorte de juridiction obligatoire tout en continuant de relever des dispositions du paragraphe 1 de l'article 36 du Statut de la Cour. Cela s'explique par le fait que, si une référence à « la juridiction obligatoire » de la Cour est généralement interprétée comme une référence à sa juridiction en application du paragraphe 2 de l'article 36 de son Statut, le système des déclarations prévu par cette disposition n'est pas le seul du genre qui puisse conférer une juridiction obligatoire à la Cour. Le système conventionnel du paragraphe 1 de l'article 36 du Statut peut également être utilisé pour conférer à la Cour une juridiction obligatoire qui peut être invoquée unilatéralement par toute partie à la convention. Les auteurs faisant autorité en la matière, qu'il n'y a pas lieu de citer ici, démontrent qu'en réalité la juridiction obligatoire de la Cour repose en grande partie sur cette base.

Toutefois, comme il est indiqué ci-après, il est historiquement attesté que des aspirations existaient dans la région tendant à attribuer à la Cour une véritable juridiction obligatoire. Bien que restant en deçà de ce but, le paragraphe 2 de l'article 36, en tant que solution de compromis, a traditionnellement été associé à celui-ci. Cela explique peut-être pourquoi, à la différence des instruments du genre de ceux mentionnés ci-dessus, et tranchant avec les clauses compromissaires des traités qui ont jusqu'ici retenu l'attention de la Cour, l'article XXXI du pacte a été formulé en des termes qui, comme on l'a vu et comme le reconnaît la Cour au paragraphe 32 de l'arrêt, semblent indiquer que les parties faisaient en réalité par cela même

une déclaration conformément au paragraphe 2 de l'article 36 du Statut de la Cour. Il est possible (bien que des arguments en sens contraire soient aussi concevables) d'envisager des raisons pour lesquelles l'intention des parties ne pouvait prendre effet dans le cadre du paragraphe 2 de l'article 36 — en particulier, les conditions prescrites en matière de dépôt et de notification pourraient soulever des difficultés. Dans ce cas, on pourrait envisager des raisons pour qu'il soit interprété en droit comme conférant une juridiction conventionnelle en vertu du paragraphe 1 de l'article 36.

Le problème qui se pose est que la Cour a conclu qu'elle était compétente conformément à l'article XXXI du pacte mais sans spécifier si cette compétence peut être exercée en vertu du paragraphe 1 ou du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut. Si l'on avait tranché le point de savoir lequel de ces deux chefs de compétence était applicable, la question de l'effet éventuel des réserves du Honduras de 1986 (à supposer qu'elles soient par ailleurs valables) aurait pu être traitée exclusivement en fonction du chef retenu. Mon intention n'est pas de dire comment la Cour aurait pu trancher ce point. Toutefois, comme il n'a pas été tranché, la question de l'effet éventuel des réserves du Honduras concernant ses obligations en vertu de l'article XXXI a dû être traitée par la Cour en fonction des deux chefs de compétence possibles en admettant que l'article XXXI confère une compétence au titre de l'un ou de l'autre d'entre eux. Et je souscris à la conclusion à laquelle est parvenue la Cour. Mais je considère aussi que cet aspect de l'arrêt se prête à un développement.

La situation découlant du paragraphe 1 de l'article 36 du Statut est assez facile à régler. La conception du Nicaragua selon laquelle l'article XXXI du pacte confère une compétence conventionnelle à la Cour en vertu de cette disposition étairait, si elle est fondée, cette autre thèse de ce pays que la compétence ainsi conférée ne saurait être affectée par aucune réserve jointe à une déclaration quelconque que ferait le Honduras conformément au paragraphe 2 de l'article 36 du Statut (voir les affaires des *Essais nucléaires (C.I.J. Recueil 1974)*, examinées dans Eduardo Jiménez de Aréchaga, « International Law in the Past Third of a Century », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, t. 159 (1978-I), p. 155). Etant donné que la compétence serait conférée par traité, le droit conventionnel *stricto sensu* s'appliquerait pour interdire que soit faite une réserve quelconque sauf au moment de la signature ou de la ratification du pacte ou au moment de l'adhésion à celui-ci.

La situation est moins simple si l'article XXXI du pacte doit être traité comme étant une déclaration faite collectivement en vertu du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut. Sur la question de savoir si les réserves faites par le Honduras en 1986 pouvaient limiter ses obligations au titre de l'article XXXI, le conseil du Nicaragua a en effet soutenu que

« pour faire admettre le bien-fondé de son opinion sur cette question le Honduras doit démontrer que l'article XXXI est essentiellement

identique à une déclaration faite en vertu de la clause facultative. Ce n'est qu'alors et seulement alors que la réserve du 6 juin 1986 à sa déclaration en vertu de la clause facultative limiterait également les obligations que lui impose l'article XXXI. »

Je ne crois pas que la situation soit aussi claire que cela. La tentative faite par le Nicaragua de rattacher l'article XXXI du pacte au paragraphe 1 de l'article 36 du Statut n'est pas, selon moi, le seul moyen d'exclure la possibilité d'une telle réserve audit article du pacte. A mon avis (qui, je pense, est en accord avec les termes du paragraphe 33 de l'arrêt de la Cour), l'article XXXI pourrait également être à l'abri d'une telle réserve même s'il doit être traité comme étant une déclaration faite collectivement en vertu du paragraphe 2 de l'article 36. La question est assez difficile mais pourrait, selon moi, être abordée de la manière suivante.

C'est un fait que, historiquement, les auteurs du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut de la Cour l'ont rédigé en n'ayant à l'esprit que les déclarations unilatérales. Quant à savoir si cela suffit pour freiner à jamais une évolution tendant à permettre aux Etats de faire ensemble ce qu'ils peuvent faire individuellement, c'est là une question que, pour ma part, je n'aborderai pas. Il suffit aux fins de notre propos d'observer que, si, effectivement, comme il faut l'admettre dans cet aspect de l'affaire, l'article XXXI du pacte constitue bien une déclaration collective valable au titre de la clause facultative (possibilité que la Cour n'a jusqu'à présent pas eu à examiner), ce serait là un phénomène essentiellement nouveau en matière de droit. La manière conséquente dont la Cour et sa devancière ont affirmé la notion d'unilatéralité dans le cas des déclarations individuelles ne justifierait pas en soi que l'on examine toutes les répercussions de ladite notion sur un tel phénomène. Car, si le paragraphe 2 de l'article 36 du Statut de la Cour autorise qu'une déclaration collective soit faite par le moyen d'un traité, il semblerait en découler que cette disposition permet également l'application du droit conventionnel à la question de savoir s'il peut être mis fin ou apporté une modification à la juridiction conférée par une telle déclaration. En l'absence d'une réserve appropriée à cet effet jointe au traité lui-même au moment de la signature, de la ratification ou de l'adhésion, il semblerait qu'il faille donner une réponse négative à cette question. Dès lors, les obligations du Honduras en vertu de l'article XXXI du pacte ne pouvaient prendre fin ou être modifiées par les réserves dont il a assorti la déclaration qu'il a faite en 1986 au titre de la clause facultative.

Mais quelle serait la situation si, bien que faite collectivement dans un traité, une déclaration était considérée comme gardant un caractère unilatéral indestructible en ce qui concerne chacune des parties? A mon avis, cela ne devrait pas changer grand-chose. Outre qu'il définit les relations entre les parties, le traité serait à interpréter comme exposant pour chaque partie la nature et les conditions de la déclaration ainsi faite par elle, et l'intention avec laquelle elle l'a faite. Lorsqu'il y a pour un Etat plus d'une déclaration en vigueur au titre du paragraphe 2 de l'article 36 du

Statut (possibilité que je crois acceptée par les deux Parties), la validité de l'une n'est pas automatiquement affectée par des modifications apportées à l'autre. Cela tient à la « règle du droit international selon laquelle un Etat ne peut se dégager unilatéralement d'engagements internationaux que conformément aux termes de ces derniers » (H. W. Briggs, « Reservations to the Acceptance of Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, t. 93 (1958-I), p. 278), ou, comme cela a été formulé de manière plus précise, à la règle selon laquelle « la dénonciation d'une déclaration d'acceptation n'est admissible que dans les limites fixées par la déclaration elle-même » (J. H. W. Verzijl, « The System of the Optional Clause », *International Relations*, vol. 1, n° 12, octobre 1959, p. 607). D'autre part, bien qu'une déclaration au titre de la clause facultative soit à certains égards différente des déclarations unilatérales du genre de celle qui a été examinée dans l'affaire des *Essais nucléaires (Australie c. France)* (C.I.J. *Recueil* 1974), l'observation que la Cour a formulée à cette occasion (p. 267, par. 43), et qu'elle a jugé bon de reprendre dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, compétence et recevabilité* (C.I.J. *Recueil* 1984, p. 418, par. 59), mérite d'être citée :

« Quand l'Etat auteur de la déclaration entend être lié conformément à ses termes, cette intention confère à sa prise de position le caractère d'un engagement juridique, l'Etat intéressé étant désormais tenu en droit de suivre une ligne de conduite conforme à sa déclaration. »

Il est vrai que dans cette dernière affaire, parlant de la déclaration des Etats-Unis de 1946, la Cour a conclu que le droit de changer la teneur d'une déclaration ou d'y mettre fin est « inhérent à tout acte unilatéral d'un Etat » (*ibid.*, p. 419, par. 61; voir aussi l'opinion de M. Mosler, p. 466-467, et celle de sir Robert Jennings, p. 552). Cette conclusion, pourrait-on penser, s'appliquerait à l'article XXXI du pacte si, malgré son caractère collectif, celui-ci est considéré comme constituant essentiellement, de la part de chaque partie au pacte, une déclaration unilatérale d'acceptation de la juridiction obligatoire en vertu de la clause facultative. Mais chaque cas est à interpréter selon les circonstances qui l'entourent en fait et en droit. Ladite conclusion, dont la portée doit être limitée par l'observation citée plus haut, empruntée à l'affaire des *Essais nucléaires (Australie c. France)*, ne concernait pas des conditions et circonstances telles que celles qui régissent l'article XXXI en tant qu'engagement visant à créer un régime régional durable de règlement judiciaire obligatoire. Même si on le considère comme pris unilatéralement, cet engagement, renforcé par la bonne foi, excluait clairement le droit de dénonciation ou de modification aussi longtemps que l'Etat en question demeurait partie au pacte.

Le Honduras s'est fondé sur l'affaire de la *Sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne le 23 décembre 1906* (C.I.J. *Recueil* 1960, p. 192), ainsi que sur la réserve au pacte formulée par le Nicaragua et sur le compromis de 1957, pour soutenir que les procédures qui y sont employées témoignent

d'une certaine unité de base juridictionnelle entre l'article XXXI du pacte et le paragraphe 2 de l'article 36 du Statut, de telle sorte que les réserves faites valablement par un Etat à l'égard du premier s'appliquaient automatiquement à une déclaration faite par lui en vertu du second et vice versa. Les pièces dont est saisie la Cour n'indiquaient pas clairement la raison pour laquelle le Nicaragua avait formulé sa réserve, dont la partie pertinente se lit comme suit :

« La délégation du Nicaragua, tout en donnant son approbation au traité américain de règlement pacifique (pacte de Bogotá), désire déclarer dans l'acte qu'aucune des dispositions contenues dans ledit traité ne peut détourner le Gouvernement du Nicaragua de la position qu'il a toujours prise en ce qui concerne les décisions arbitrales dont la validité a été contestée en se basant sur les principes du droit international, lequel permet clairement de contester des décisions arbitrales jugées nulles ou viciées. En conséquence, la délégation du Nicaragua, en donnant sa signature au traité, formule une réserve au sujet de l'acceptation des décisions arbitrales que le Nicaragua a contestées et dont la validité n'a pas été établie... »

A en juger par cette réserve, il semble que le Nicaragua estimait qu'il possédait déjà le droit de contester la validité de la sentence, mais appréhendait qu'une disposition du pacte puisse être interprétée comme impliquant de sa part une acceptation de cette sentence. La réserve visait donc à sauvegarder le droit du Nicaragua de contester la sentence absolument, ce qui n'est pas la même chose que de limiter ou prescrire les instances devant lesquelles cette contestation peut se faire. En particulier, la réserve ne semblait pas viser le point de savoir si une telle contestation pouvait se faire en vertu de l'article XXXI du pacte. En réalité, comme il entendait contester la décision, il n'est pas facile de comprendre pourquoi le Nicaragua aurait dû vouloir soustraire l'affaire à la juridiction conférée à la Cour en vertu de l'article XXXI du pacte si elle avait relevé par ailleurs de sa compétence sur cette base. A ce propos, on pourrait, semble-t-il, toutefois soutenir que, le Nicaragua ayant contesté la sentence depuis 1912, la question de la validité de la sentence constituait un différend préexistant qui en tout état de cause ne relèverait pas des dispositions de l'article XXXI du pacte en raison des termes tant de cet article que de l'article II. (Comparer avec l'article XXXVIII. Voir Galo Leoro F., « La Reforma del Tratado Americano de Soluciones Pacíficas o Pacto de Bogotá », *Anuario Jurídico Americano*, 1981, p. 48 et suiv.; *Avis du comité juridique interaméricain sur le traité américain de règlement pacifique (pacte de Bogotá)*, OEA/Ser.G, CP/doc. 1603/85, 3 septembre 1985, p. 8 et suiv., et « Examen du traité américain de règlement pacifique... », rédigé par le rapporteur du comité, contenu dans ce document, p. 49 et suiv. — annexe 23 au contre-mémoire du Nicaragua; et l'affaire de la *Sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne le 23 décembre 1906 (C.I.J. Recueil 1960, p. 203)*.) Il s'ensuit que si la réserve du Nicaragua ne devait pas avoir et n'avait effectivement pas en soi un effet d'exclusion en ce qui concerne

l'article XXXI, il ne pourrait être question que la réserve ait pour effet d'exclure automatiquement l'affaire de la déclaration que le Nicaragua a faite en vertu du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut de la Cour, en admettant même la justesse de la thèse du Honduras concernant une base juridictionnelle commune.

Un argument en faveur d'une interprétation différente de l'objet de la réserve peut être avancé sur la base de la clause 6 du compromis de 1957, où il était dit (dans le texte anglais):

«[in] accepting . . . the pertinent application of the Pact of Bogotá to the case here considered, the High Contracting Party<sup>1</sup> that made a reservation to the aforesaid international agreement declares that the aforesaid reservation shall not take effect».

On pourrait répondre à un tel argument que la première partie de la clause (qui ne mentionnait pas la réserve) était censée traduire une extension contractuelle du pacte entre les deux parties à une affaire qui, considérée comme concernant un différend préexistant, aurait été par ailleurs exclue par le pacte lui-même de tout règlement judiciaire sur la base de cet instrument, alors que la deuxième partie (qui mentionnait la réserve et devrait donc être interprétée en fonction de celle-ci) aurait eu pour effet de permettre au Honduras de soutenir, s'il le souhaitait et pensait pouvoir le faire, que le pacte constituait bien une acceptation de la sentence par le Nicaragua. Sur la base de cette interprétation, le compromis n'impliquait pas nécessairement que la réserve était censée exclure l'affaire des dispositions de l'article XXXI du pacte. Il y a lieu toutefois de reconnaître que l'interprétation du compromis sur ce point soulève quelques difficultés.

Toutefois, même si l'interprétation exposée ci-dessus de la réserve est erronée, ce qui impliquerait que la réserve devrait être considérée comme destinée à soustraire l'affaire à l'application des dispositions de l'article XXXI du pacte, les éléments fournis ne permettent pas d'établir de manière satisfaisante qu'une réserve faite par un Etat à l'égard de l'article XXXI du pacte était considérée comme s'appliquant automatiquement à une déclaration faite par cet Etat en vertu du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut ou que l'objet du compromis était d'écarter cet effet automatique de la réserve du Nicaragua de la déclaration qu'il a faite en application du paragraphe 2 de l'article 36. Se fondant sur des éléments susceptibles d'étayer la thèse qu'il a présentée dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, compétence et recevabilité* (C.I.J. Recueil 1984), le conseil du Nicaragua a affirmé que le compromis était dû à ce que le Honduras pensait

« que s'il déposait une requête fondée sur les déclarations en vertu de

<sup>1</sup> Le texte espagnol parlait de même de « la Alta Parte Contractante », mais la traduction française dans les mémoires publiés se lit « les Hautes Parties contractantes déclarent que toute réserve qu'elles auraient faite audit pacte ne produira aucun effet » (voir et comparer l'affaire de la *Sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne le 23 décembre 1906, C.I.J. Mémoires*, vol. I, p. 32, 207, 209 et annexe 1 au contre-mémoire original du Nicaragua dans cette affaire, p. 14).

la clause facultative, il mettrait en cause la validité de la sentence arbitrale, ce qu'il ne voulait pas parce qu'il considérait la sentence comme incontestablement valable»,

affirmation à laquelle le Honduras ne semble pas avoir répliqué, du moins sur le fond. Compte tenu de tout cela, même si la réserve du Nicaragua visait à exclure la juridiction au titre de l'article XXXI du pacte, je ne peux tirer du compromis de 1957 aucune conclusion solide du genre de celle que propose le Honduras.

Comme on l'a noté ci-dessus et comme l'a relevé la Cour aux paragraphes 37 et 38 de son arrêt, il est clair que la conférence de 1948 a abouti à la conclusion que l'article XXXI imposait, entre les membres du pacte, une obligation qui, en l'absence d'une réserve appropriée faite au pacte lui-même, ne serait sujette à aucune réserve jointe à une quelconque déclaration individuelle faite ou à faire au titre du paragraphe 2 de l'article 36 (voir les interventions de MM. Soto del Corral, Enriquez et Belaúnde dans *Novena Conferencia Internacional Americana*, vol. IV, p. 161-167, 171 et 172). C'est heurter la logique, forcer la crédulité et aller à l'encontre des travaux préparatoires de la conférence de 1948 (utilisés avec la prudence voulue) que de supposer que les réserves jointes à l'une des déclarations distinctes faites ultérieurement par le Honduras au titre du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut puissent affecter les obligations que ce pays a assumées en vertu de l'article XXXI du pacte.

### III. APPLICABILITÉ DE LA CONCILIATION À L'ARTICLE XXXI DU PACTE DE BOGOTÁ

Je souscris à l'opinion de la Cour que la conciliation n'est pas une condition préalable au droit d'ester en justice conformément à l'article XXXI du pacte. Je partage en particulier l'avis que chacun des articles XXXI et XXXII considéré de manière autonome donne compétence à la Cour pour connaître des différends. Je souhaite, néanmoins, expliquer ma manière de voir sur trois aspects. Le premier concerne la relation de fond entre les deux articles, le deuxième la relation entre les textes des deux articles et le troisième les vues des publicistes au sujet de ces relations.

Sur le premier aspect, au paragraphe 47 de son arrêt, la Cour a déclaré «peu importe l'interprétation à donner ... à l'article XXXII ... en ce qui concerne la nature et l'objet des différends relevant de ce texte». Il me semble toutefois que si une position plus souple est adoptée, il sera possible de procéder à de nouvelles analyses allant dans le sens de la décision de la Cour.

Le comité juridique interaméricain, qui a établi le projet de 1947, était conscient du débat que suscitait alors la question de la justiciabilité des différends et il avait dit dans son rapport :

«Le comité se rend compte qu'un certain nombre d'auteurs éminents considèrent qu'aucune distinction ne peut être faite entre les

différents d'ordre juridique et ceux qui ne le sont pas. Toutefois, il n'a pas jugé nécessaire de prendre position à cet égard, car le traité prévoit l'arbitrage pour tous les différends.» (*Traduction du Greffe.*) [« El Comité se da cuenta de la existencia de una respetable corriente doctrinaria, en el sentido de que no puede distinguirse entre las controversias de carácter jurídico y las que no lo son. Pero no se ha considerado necesario tomar partido a este respecto, ya que el proyecto contempla el arbitraje para todas las controversias.» (*Novena Conferencia Internacional Americana, Actas y Documentos*, vol. IV, p. 21, par. 28.)]

En plus de l'explication donnée par le comité, les dispositions de son projet concernant le règlement judiciaire, outre leur absence de caractère obligatoire, ne soulevaient pas de problèmes de classement des différends en plusieurs catégories, classement qui s'est révélé rapidement nécessaire en raison du libellé divergent des articles XXXI et XXXII du pacte de 1948. A propos de l'article XXXII, M. Eduardo Jiménez de Aréchaga a déclaré dans « Tentativas de Reforma del Pacto de Bogotá » (*Anuario Jurídico Interamericano*, 1986, p. 5-6) que les différends purement politiques n'étaient pas justiciables, mais il semblait toutefois accepter que « cette disposition donne la possibilité de soumettre à la Cour des questions qui sont purement politiques, au sujet desquelles une partie prétend avoir un intérêt mais non un droit » (*traduction du Greffe*) [« se procure, mediante este precepto, someter a la Corte cuestiones puramente políticas en que una parte alegue un interés y no un derecho »]. D'autres publicistes soutiennent cette dernière opinion car ils estiment qu'elle correspond à l'intention réelle des rédacteurs du pacte. Cela serait aussi, semble-t-il, conforme au fait que l'article XXXII complète les procédures de conciliation prévues aux articles XV à XXX qui s'étendent à tous les différends. Cette opinion sur la portée réellement envisagée de l'article XXXII peut aider à évaluer la relation entre cet article et l'article XXXI, qui est expressément limité aux différends d'ordre juridique.

Toutefois, même s'il n'est pas nécessaire de déterminer si l'article XXXII était censé s'étendre aux différends non juridiques, on pourrait sensiblement faciliter l'analyse en étudiant la question de savoir si les différends d'ordre juridique sont visés par cet article. Et il me semble qu'ils le sont.

La position définie au paragraphe 52 de l'arrêt, ainsi que je la comprends, est que la Cour s'occupe seulement d'affaires portant sur un « différend ... juridique, ... c'est-à-dire ... susceptible d'être résolu par application des principes et des règles de droit international ». Cela semble concorder avec des opinions récemment exprimées telles que celles d'Eduardo Jiménez de Aréchaga (*loc. cit.*, p. 6); Galo Leoro F., « La Reforma del Tratado Americano de Soluciones Pacíficas o Pacto de Bogotá » (*loc. cit.*, p. 58-59); sir Robert Jennings, « International Force and the International Court of Justice » (dans Antonio Cassese, dir. pub., *The Current Legal Regulation of the Use of Force*, 1986, p. 326-327); et Her-

mann Mosler, « Political and Justiciable Legal Disputes: Revival of an Old Controversy? » (dans Bin Cheng et E. D. Brown, dir. pub., *Contemporary Problems of International Law: Essays in Honour of Georg Schwarzenberger on his Eightieth Birthday*, 1986, p. 224). (Voir André Beirlaen, « La distinction entre les différends juridiques et les différends politiques dans la pratique des organisations internationales », *Revue belge de droit international*, vol. XI, 1975-I, p. 405 et suiv.) Si on associe à la position ainsi exprimée par la Cour la difficulté d'imaginer un différend d'ordre juridique qui ne fasse pas partie des catégories relevant de la clause facultative adoptées à l'article XXXI (voir S. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court of Justice*, 1965, vol. 1, p. 376), on ne voit guère quelle serait l'utilité de l'article XXXII vis-à-vis de la Cour s'il ne s'étend pas effectivement aux différends d'ordre juridique énumérés à l'article XXXI. Quel qu'aurait pu être tout autre objectif visé par les auteurs de l'article XXXII, les commentateurs semblent nettement enclins à penser qu'il s'applique bien à de tels différends.

Ainsi donc, si l'article XXXII s'étend bien aux différends d'ordre juridique, alors, à moins que l'objet de l'article XXXI n'ait été de donner le droit d'engager une action en justice sans avoir à se conformer aux conditions préalables prescrites par le premier de ces articles, il est difficile de voir à quoi sert l'article XXXI, puisque l'article XXXII engloberait tous les différends pour lesquels le respect de ces mêmes conditions préalables est exigé. Outre qu'elle serait contraire aux principes de prudence en matière d'interprétation des traités en présence d'une interprétation qui pourrait conduire à une redondance (voir Charles Rousseau, *Droit international public*, 1970, t. 1, p. 271-272), une conséquence aussi vaine serait surprenante compte tenu de l'objet général et du but du pacte, qui, comme il est indiqué au paragraphe 46 de l'arrêt de la Cour, visait à renforcer l'engagement régional en matière de règlement judiciaire obligatoire des différends interaméricains. Il est vrai que la rédaction de l'article XXXI et la décision le concernant semblent avoir eu lieu sur place à Bogotá; mais, envisagé dans une perspective à plus long terme, cet article semble être le produit naturel d'une gestation plus longue. Aux termes du traité général d'arbitrage interaméricain de 1929, les Etats participants s'engageaient à accepter l'arbitrage obligatoire des différends relatifs aux quatre catégories de questions spécifiées au deuxième paragraphe de l'article 36 du Statut de la Cour permanente (correspondant au paragraphe 2 de l'article 36 du Statut de la présente Cour). Par la suite, un véritable régime de règlement judiciaire obligatoire, longtemps recherché par certains Etats américains, n'a pu trouver place dans la structure de la présente Cour lorsque celle-ci a été créée en 1946, pas plus qu'elle ne l'avait pu lors de la création antérieure de la Cour permanente. Après la déception de ces espérances de caractère plus général, on aurait pu penser qu'une tentative serait faite tôt ou tard de prévoir sous une forme ou une autre le règlement judiciaire obligatoire des différends entre Etats d'Amérique latine (voir J. M. Yepes, « La Conférence panaméricaine de Bogotá et le droit international américain », *Revue générale de droit international public*,

1949, vol. 53, p. 65). Pour les raisons mentionnées plus haut, c'est donc cela que ces Etats ont fait, encore que de manière abrupte et inopinée, dans l'article XXXI du pacte, sous la forme d'une déclaration collective d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour conformément au paragraphe 2 de l'article 36 du Statut de la Cour. En l'absence d'un libellé stipulant clairement le contraire, il serait malvenu d'interpréter l'article XXXI comme étant un engagement en matière de règlement judiciaire obligatoire qui serait tellement en deçà de ce qu'indique l'évolution des aspirations régionales à ce sujet qu'il serait pratiquement illusoire, voire régressif, comparé aux obligations déjà normalement assumées par nombre d'Etats américains en vertu de la clause facultative.

En ce qui concerne le deuxième aspect, il n'y a pas de relation textuelle ou logique entre les articles XXXI et XXXII. L'article III prévoit la liberté de choix du mode de règlement, mais, par ce qui semble être une exception partielle à ce principe général, les articles XXXII à XXXV prescrivent certaines étapes successives lorsque la conciliation (qui peut s'appliquer à n'importe quel différend) a été tentée et a échoué. Ces étapes ultérieures comprennent l'arbitrage volontaire ou, lorsque l'accord n'a pu se faire sur l'arbitrage, le règlement par la Cour à l'initiative de l'une des parties (chacune d'elles pouvant intenter une action), et, finalement, si la Cour se déclare incompétente (sauf dans certains cas) le recours obligatoire des parties à l'arbitrage. En ce sens, la conciliation est la clef de ce que l'on a appelé le « mécanisme automatique » du pacte (voir William Sanders, « The Organization of American States, A Summary of the Conclusions of the Ninth International Conference of American States », *International Conciliation*, 1948, p. 404; et Raúl Luis Cardón, *La Solución Pacífica de Controversias Internacionales en el Sistema Americano*, Buenos Aires, 1954, p. 75).

C'est dans ce cadre que l'on peut rechercher une explication à l'hiatus qui semble exister entre les articles XXXI et XXXII du fait que le premier est silencieux sur la question de la conciliation, alors que les dispositions du deuxième, qui viennent ensuite, commencent de manière quelque peu décousue par les mots : « Lorsque la procédure de conciliation établie précédemment, conformément à ce traité ou par la volonté des parties, n'aboutit pas à une solution... » Ces mots renvoient ainsi aux articles XV à XXX, qui traitent de la conciliation, et non à l'article XXXI, qui n'en parle pas. Le lien établi par ce membre de phrase semble simplement continuer la lecture de ces dispositions antérieures, et aucun renvoi à l'article XXXI n'a de rapport avec l'exposé ainsi poursuivi. S'il en résulte qu'une partie n'a le droit de saisir la Cour en vertu de l'article XXXII que si une tentative de conciliation a échoué et que les parties n'aient pu convenir d'une procédure arbitrale, ce que vise cet article n'est pas de faire de ces étapes des conditions préalables au droit d'intenter une action en justice, mais plutôt de conférer ledit droit lorsque ces étapes auront été passées. L'article XXXI n'a aucune place dans cette succession de dispositions qui forment un tout. Et il ne peut en avoir ; car une fois qu'il est accepté que l'objet de l'article XXXII n'était pas de prescrire une procé-

de dure pour l'exercice d'une compétence mais plutôt de conférer une compétence lorsque certaines procédures prescrites par ailleurs ont été effectivement suivies, il devient impossible d'admettre le bien-fondé de la thèse du Honduras selon laquelle l'article XXXII était censé prescrire une procédure pour l'exercice de la compétence conférée par l'article XXXI.

On relèvera que les juristes latino-américains ont déjà une certaine expérience de la conciliation envisagée dans ses rapports avec d'autres formes de règlement. L'article I du traité général d'arbitrage interaméricain de 1929 prévoit que la conciliation est une première condition préalable facultative et non obligatoire de l'arbitrage des différends d'ordre juridique qui correspondent aux catégories prévues par la clause facultative. Au contraire, l'article 3 du traité entre le Brésil et le Venezuela pour le règlement pacifique des différends de 1940 prévoit expressément que la conciliation est une condition préalable au règlement de différends de cette nature par la Cour internationale de Justice. Compte tenu de ces précédents, on aurait pu s'attendre à un libellé plus clair si l'intention des rédacteurs du pacte de Bogotá avait été de prescrire la conciliation comme condition préalable à l'exercice du droit de saisir la Cour en vertu de l'article XXXI.

Les commentateurs sont divisés sur le troisième aspect de la question. Comme ils ont été associés au système dès ses premières années, il serait bon d'accorder de l'importance aux opinions de MM. Alberto Lleras Camargo et F. V. García-Amador. Le premier, bien qu'ayant traité assez sommairement ce point particulier, a estimé que la conciliation était une condition préalable à la saisine de la Cour en vertu des articles XXXI et XXXII du pacte (voir Alberto Lleras, « Rapport sur la IX<sup>e</sup> conférence internationale américaine », *Annales de l'Organisation des Etats américains*, 1949, vol. 1, n<sup>o</sup> 1, p. 50-51). Les deux Parties ont reconnu que M. García-Amador avait souscrit à cette opinion, mais sa position ne semble pas tout à fait claire. Une contradiction semble apparaître entre les vues émises dans *The Inter-American System, Its Development and Strengthening* (Inter-American Institute of International Legal Studies, 1966, p. 78-79 — ouvrage dont il aurait supervisé la rédaction) et celles qu'il a exprimées à titre personnel à Heidelberg en 1972 (voir ce qu'il a dit dans son exposé intitulé « To which Extent and for which Subject-Matters is it Advisable to Create and Develop Special Judicial Bodies with a Jurisdiction Limited to Certain Regions and to Certain Subject-Matters? », publié dans l'ouvrage *Judicial Settlement of International Disputes*, Institut Max-Planck de droit public comparé et de droit international, 1974, p. 92). A propos de l'article XXXI du pacte, il est indiqué dans les deux ouvrages en question que « le pacte lui-même constitue une déclaration sans condition du type de celle prévue au » paragraphe 2 de l'article 36 du Statut de la Cour. L'ouvrage publié en 1966 contient ensuite le paragraphe suivant, sur lequel le Honduras a mis l'accent :

« Nonobstant ce qui précède, le caractère obligatoire du règlement judiciaire dépend, pour être précis, du fait que la procédure de conci-

liation établie dans le pacte ou par une décision des parties n'a pas abouti à une solution et, en outre, que lesdites parties n'ont pas convenu d'une procédure d'arbitrage. Ce n'est que dans ces conditions qu'une des parties peut exercer son droit de saisir la Cour et que l'autre est, en conséquence, soumise à sa juridiction (article XXXII).»

Le paragraphe correspondant de la déclaration de 1972 est rédigé dans les termes suivants, qui me semblent plus prudents :

«Toutefois, deux conditions doivent être remplies avant qu'une partie au différend n'ait le droit de saisir la Cour internationale de Justice dans les conditions prescrites à l'article 40 de son Statut et avant que la Cour ne soit compétente conformément au paragraphe 1 de l'article 36 dudit Statut, à savoir lorsque la procédure de conciliation établie antérieurement dans le pacte ou par accord entre les parties n'aboutit pas à une solution, et que lesdites parties n'ont pas convenu d'une procédure d'arbitrage.»

La structure interne de chacun des deux paragraphes et leur rapport avec l'observation commune qui précède concernant l'article XXXI du pacte paraissent quelque peu différentes. Le second paragraphe semble essentiellement ne porter que sur une procédure engagée (dans les conditions prescrites à l'article 40 du Statut) en vertu du paragraphe 1 de l'article 36 du Statut et donc vraisemblablement conformément à l'article XXXII du pacte. Il convient, bien entendu, de ne pas interpréter les passages en question comme s'il s'agissait des dispositions d'un texte de loi et ne pas accorder une importance excessive à de légères différences. Toutefois, à supposer que M. García-Amador ait participé à l'élaboration de la déclaration de 1966, il est possible, à mon avis, de discerner une certaine évolution dans ce domaine important de la part d'un esprit avisé.

Quelle que soit la position de M. García-Amador (et je reconnais qu'elle est sujette à discussion), l'opinion exprimée par M. Alberto Lleras semble être aussi soutenue par Charles G. Fenwick, *The Organization of American States, the Inter-American Regional System* (1963, p. 188), Hans van Mangoldt, «Arbitration and Conciliation» (dans *Judicial Settlement of International Disputes*, Institut Max-Planck de droit public comparé et de droit international, 1974, p. 466) et R. P. Anand, *International Courts and Contemporary Conflicts* (1974, p. 301). Mais cette façon de voir ne semble pas prévaloir sur ce qui est, à mon avis, le sens ordinaire et naturel du système du pacte qui doit être déterminé conformément au principe fondamental énoncé à l'article 31 de la convention de Vienne sur le droit des traités de 1969, ou sur les opinions d'autres commentateurs qui ne partagent pas cette conception.

Un des premiers à avoir exprimé cette opinion est le délégué suppléant des Etats-Unis à la conférence de Bogotá, M. William Sanders. De fait, le Honduras a mis en avant l'autorité de cet auteur pour étayer l'avis contraire qu'il a avancé. Le passage cité est le suivant :

« Les consultations entre les membres de l'Organisation n'auraient aucune place dans ce système car en théorie aucun différend ne pourrait échapper à un règlement, soit en raison de l'acceptation par les parties des résultats des bons offices, de la médiation, de l'enquête ou de la conciliation, ou à défaut d'une telle acceptation, par une décision obligatoire adoptée dans le cadre d'un règlement judiciaire ou arbitral de tous les différends, qu'ils soient d'ordre juridique ou non. » (Sanders, *loc. cit.*, p. 401.)

Le Honduras a estimé que dans ce passage M. Sanders « indique, par comparaison avec » le projet de 1945, « le système qui a été finalement et définitivement adopté ». Toutefois, les dispositions concernant le règlement judiciaire du projet de 1947, auquel le passage se rapporte, n'avaient pas un caractère obligatoire et, plus particulièrement, ne correspondaient pas dans leurs caractéristiques essentielles aux articles XXXI et XXXII du pacte de 1948. En ce qui concerne ces articles, une lecture attentive de Sanders (p. 403-404), laisse entrevoir une position différente. Et cette position différente est, à mon avis, soutenue par d'autres auteurs, notamment Raúl Luis Cardón (*op. cit.*, p. 75-76); F. G. Fernández-Shaw, *La Organización de los Estados Americanos (OEA) — Una Nueva Visión de América* (Madrid, 1959, p. 369, 377-378); J. M. Ruda, « Relaciones de la OEA y la UN en cuanto al Mantenimiento de la Paz y la Seguridad Internacionales » (*Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1961, vol. 1, partie II, p. 47-48); J. J. Caicedo Castilla, *El Derecho Internacional en el Sistema Interamericano* (Madrid, 1970, p. 374, par. 417); Alberto Herrarte, « Solución Pacífica de las Controversias en el Sistema Interamericano » (dans *Sexto Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano*, juillet-août 1979, Washington, 1980, p. 220 et 225); Félix Lavina et Horacio Baldomir, *Instrumentos Jurídicos para el Mantenimiento de la Paz en América* (Montevideo, 1979, p. 29-30); Galo Leoro F., « La Reforma del Tratado » (*loc. cit.*, p. 46 et 53); *idem*, « El Proyecto de Reformas del Comité Jurídico Interamericano al Tratado Americano de Soluciones Pacíficas (Pacto de Bogotá) » (*Anuario Jurídico Interamericano*, 1986, p. 22); et, bien que sa lecture soulève quelques difficultés, P. J. I. M. de Waart, *The Element of Negotiation in the Pacific Settlement of Disputes between States* (La Haye, 1973, p. 95-96).

Sans vouloir passer en revue ces opinions ou soutenir qu'elles sont toutes également bien motivées ou claires sur ce point, j'ai l'impression que leur teneur générale concorde avec l'opinion adoptée par le comité juridique interaméricain sur le traité américain de règlement pacifique, qui, selon moi, a indiqué assez clairement à la page 7 de son avis de 1985 que le droit de saisir la Cour en vertu de l'article XXXI du pacte n'est pas soumis aux conditions prévues à l'article XXXII; et l'avis du rapporteur, M. Galo Leoro F., va dans le même sens (voir « Examen du traité américain de règlement pacifique... », *loc. cit.*, pp. 50, 58-59 et 63 — annexe 23 au contre-mémoire du Nicaragua). Je partage cette opinion.

#### IV. LES PARTIES ONT-ELLES PROCÉDÉ AUX NÉGOCIATIONS REQUISES PAR L'ARTICLE II DU PACTE DE BOGOTÁ ?

Je souscris à l'opinion exprimée aux paragraphes 75 et 92 de l'arrêt de la Cour, à savoir que, quand le Nicaragua a déposé sa requête, les Parties n'avaient pas entamé ni ne prévoyaient des négociations permettant au Honduras de croire de bonne foi que le différend qui l'opposait au Nicaragua pourrait être réglé par une telle voie. Cependant j'estime que l'on renforce ce point de vue en attribuant quelque importance au fait que le Honduras semble avoir effectivement refusé d'entamer des négociations bilatérales directes.

D'après les éléments de l'affaire, il est clair que le Nicaragua a vraiment cherché à mener des négociations bilatérales directes avec le Honduras, mais que ses efforts dans ce sens ont échoué parce que le Honduras a concrètement insisté sur une approche régionale du problème (comme cela ressort en particulier de la partie essentielle de la note du ministre hondurien des relations extérieures du 23 avril 1982 mentionnée au paragraphe 68 de l'arrêt). Lorsque des Etats négocient effectivement entre eux dans un cadre multilatéral (et ils ne peuvent le faire qu'avec le consentement de chaque partie), les négociations peuvent bien être considérées comme des négociations bilatérales directes même si elles ont lieu dans un cadre multilatéral. Mais aucun principe n'autorise une partie à prétendre qu'elle offre d'entamer des négociations bilatérales directes « suivant les voies diplomatiques ordinaires » lorsqu'elle insiste en réalité pour qu'un cadre multilatéral soit retenu comme seule base acceptable de négociation. Bien qu'une telle méthode soit admissible, des négociations bilatérales menées dans un cadre de ce genre ne peuvent guère constituer la norme de « négociations directes suivant les voies diplomatiques ordinaires ». Je n'admets donc pas, par exemple, que, lorsqu'une partie est soumise à une obligation d'entamer de telles négociations, elle ait la faculté unilatérale d'imposer un cadre multilatéral comme condition indispensable de l'exécution de cette obligation. Sur la base de cette approche, il me semble que dans les circonstances en question le Honduras a effectivement refusé d'entamer de telles négociations et ne pouvait donc considérer que le différend qui l'opposait au Nicaragua pourrait être réglé de cette manière.

Comme il ne pouvait invoquer de négociations antérieures au début du processus de Contadora, le Honduras a dû se fonder sur celles qui avaient lieu dans le cadre de Contadora en soutenant que ces négociations remplissaient à la fois la condition préalable de mener des négociations et constituaient une procédure spéciale adoptée parce que, de l'avis des Parties, le différend ne pouvait être résolu au moyen « de négociations directes suivant les voies diplomatiques ordinaires ». Compte tenu de l'ordre des procédures prescrites par l'article II du pacte dont il sera question ci-dessous, je ne trouve aucune réponse à l'observation du conseil du Nicaragua quand il a déclaré à propos du processus de Contadora dans ce contexte : « Il ne peut pas à la fois être et précéder ! »

J'ajouterai qu'une certaine contradiction interne dans la position adoptée par le Honduras exclut qu'il ait pu croire que le différend qui fait l'objet de la requête du Nicaragua pourrait être réglé au moyen de négociations. En vertu de l'article II du pacte, le consentement des deux parties est nécessaire à l'adoption d'une procédure comme procédure spéciale. Mais dans l'économie de cette disposition, la possibilité que les deux parties conviennent de qualifier une procédure de spéciale ne peut être envisagée que si a été satisfaite la condition que, de l'avis des parties, des négociations ne puissent conduire à un règlement. Puisque le Honduras affirme que les opinions concordantes des deux parties étaient nécessaires pour remplir cette condition, il ne pouvait, en vertu de sa propre argumentation, nier une telle concordance de vues au sujet de cette obligation tout en tenant à affirmer qu'une telle concordance existait à propos du processus de Contadora.

#### V. LE PROCESSUS DE CONTADORA FAIT-IL OBSTACLE À LA PRÉSENTE INSTANCE ?

A propos de cette partie de l'affaire, je voudrais, premièrement, indiquer ce qui peut être considéré comme une question préliminaire relative à l'article IV du pacte et, deuxièmement, envisager une autre manière d'aborder la décision adoptée.

En ce qui concerne le premier point, le Nicaragua a soutenu que l'objet du processus de Contadora n'englobait pas celui du litige porté devant la Cour. L'argument, s'il est valable, suffit à disposer de cet aspect de l'affaire en faveur du Nicaragua, même si, pour tout le reste, on retient une hypothèse favorable au Honduras, en admettant notamment que le processus de Contadora s'est poursuivi sans changement appréciable après le dépôt de la requête du Nicaragua. En effet, le principe défini à l'article IV présuppose naturellement que les deux procédures dont il s'agit se rapportent au même « différend ». Il s'agit même là d'une présupposition liminaire pour quiconque tente d'invoquer le principe<sup>1</sup>. Il n'est pas étonnant que le Honduras ait énergiquement combattu un tel argument, surtout en soutenant que le processus de Contadora et les décisions sollicitées en l'espèce tendaient, les unes et les autres, à atteindre le but commun de mettre fin aux activités transfrontalières alléguées par le Nicaragua. La question difficile en l'occurrence est de savoir si un résultat concret commun de ce genre répond assez à ce que me paraît demander le Nicaragua, qui demande surtout à la Cour de se prononcer avec toute l'autorité qui est la sienne sur le point de savoir si le Honduras a manqué à ses

<sup>1</sup> Dans son argumentation le Nicaragua parle du principe *una via electa* et Fernández-Shaw (*op. cit.*, p. 370) de l'*exceptio de litispendentia*. Pour la distinction voir Dan Ciobanu, « Litispendence between the International Court of Justice and the Political Organs of the United Nations », dans Leo Gross, dir. publ., *The Future of the International Court of Justice*, 1976, vol. 1, p. 209 et suiv.

obligations juridiques internationales envers lui et affirme que le processus de Contadora ne tend, d'aucune manière ni à aucun niveau, à obtenir quoi que ce soit qui corresponde à un tel prononcé : ledit processus, bien qu'il puisse empêcher des questions semblables de surgir à l'avenir, n'a pas été conçu pour décider de cette question déterminée.

L'affaire des *Essais nucléaires (Australie c. France)* semble poser un problème au Nicaragua. Dans cette affaire, il a été jugé que, quand l'Australie demandait à la Cour de déclarer que « la poursuite des essais atmosphériques d'armes nucléaires [par la France] dans l'océan Pacifique Sud n'[était] pas compatible avec les règles applicables du droit international » (*C.I.J. Recueil 1974*, p. 260, par. 25), il ne s'agissait pas d'un chef de demande distinct, mais simplement de l'énoncé d'un motif à l'appui des autres demandes, de telle sorte que la déclaration demandée ne pouvait être accordée si la Cour ne pouvait plus accueillir ces autres demandes. Cependant, sans entamer un débat au sujet de cette intéressante décision, on pourrait se demander s'il n'y a pas une distinction à faire étant donné qu'une demande en réparation est formulée dans la présente affaire alors que dans l'autre affaire la Cour a jugé la situation différente ; que les violations alléguées peuvent se reproduire et qu'il est prétendu qu'elles continuent ; et que le Honduras n'a pris aucun engagement d'y mettre fin (voir les observations de sir Gerald Fitzmaurice dans l'affaire du *Cameroun septentrional (C.I.J. Recueil 1963*, p. 98, note 2), et celles de M. Morelli (*ibid.*, p. 141), qui se réfèrent à l'affaire du *Détroit de Corfou (C.I.J. Recueil 1949)*). Une telle distinction pourrait trouver un appui dans la doctrine citée et dans les observations formulées par les juges minoritaires dans leur opinion commune en l'affaire des *Essais nucléaires*, d'où il résulte que :

« dire et juger qu'un certain comportement d'un Etat est ou n'est pas compatible avec le droit international constitue un aspect essentiel du contentieux international et est au cœur même de la fonction judiciaire de la Cour » (*C.I.J. Recueil 1974*, p. 314).

Quelle qu'ait été la situation dans l'affaire des *Essais nucléaires*, il semble qu'on puisse considérer comme non résolues en l'espèce les questions suivantes : peut-on dire que « la demande [nicaraguayenne] de déclaration représente la conclusion essentielle » ou « la conclusion fondamentale », pour reprendre les termes appliqués à la demande australienne de déclaration par les juges minoritaires auteurs de l'opinion commune (*C.I.J. Recueil 1974*, p. 313 et 315 respectivement) ? Dans l'affirmative, la solution des problèmes que pose une telle déclaration ressortissait-elle au processus de Contadora ? Dans la négative, ce processus et la présente instance avaient-ils le même objet ? Dans son arrêt, la Cour n'a pas résolu ces questions en déclarant au paragraphe 93 : « la Cour n'a pas à déterminer ... si le processus de Contadora ... avait le même objet que celle [la procédure] dont la Cour a aujourd'hui à connaître ». Or, bien que la Cour ne se soit pas prononcée sur ce point, qui reste donc en suspens, son arrêt présume logiquement une réponse favorable au Honduras. On pouvait certes

partir d'une telle présomption pour régler le problème particulier sur lequel porte l'arrêt de la Cour, mais je ferai remarquer que cette présomption a une certaine portée juridique car elle a trait à une question préliminaire importante sur laquelle les Parties sont en profond désaccord.

En ce qui concerne le second point, je ferai observer que les Parties ont déclaré toutes deux (peu importe ce qui les a conduites à cette concordance de vues) que le processus de Contadora se poursuivait (c'est le cas en un sens) même après le dépôt de la requête du Nicaragua (voir le paragraphe 90 de l'arrêt de la Cour). Mais il est à signaler que, contrairement à la Cour (dont j'approuve la constatation sur ce point), aucune des Parties n'a reconnu l'existence d'une quelconque différence entre ce processus tel qu'il s'est déroulé avant ledit dépôt et tel qu'il s'est déroulé après. Or, selon moi, même si l'on pense qu'il convient de déférer à l'avis commun des Parties et même si (ce qui est loin d'être clair) l'objet du processus de Contadora englobait celui de la requête du Nicaragua, cela ne remet pas en cause le résultat atteint par la Cour.

En effet, même si de telles suppositions sont faites, la question demeure de savoir si, de par sa nature, le processus de Contadora est une procédure suffisante pour faire jouer l'interdiction posée à l'article IV de recourir simultanément à une autre procédure. Le Honduras a tenté de répondre à cette question par l'affirmative en soutenant que ce processus est une « procédure spéciale » au sens de l'article II. Or l'interdiction énoncée à l'article IV vise, dans la version anglaise de cette disposition, l'adoption de *any pacific procedure*. Comme cela ressort mieux de la version espagnole, à savoir des mots « uno de los procedimientos pacíficos » (auxquels correspondent les mots « um dos processos pacíficos » dans la version portugaise et les mots « l'une des procédures pacifiques » dans la version française), les mots « any pacific procedure » renvoient aux « procédures pacifiques [établies] dans le présent traité », qui figurent à l'article III. Ces derniers mots renvoient à leur tour aux « procédures établies dans ce traité », qui figurent à l'article II. Mais l'article II établit une distinction entre « les procédures établies dans ce traité » et « les procédures spéciales qui, à leur avis, leur permettront d'arriver à une solution », si bien que l'interdiction énoncée à l'article IV ne vise pas les « procédures spéciales » mais seulement les « procédures pacifiques » au sens de « procédures établies dans ce traité ». En conséquence, si le processus de Contadora est une procédure spéciale, comme le soutient le Honduras, il ne suffit pas pour faire jouer l'interdiction.

Il est tout aussi clair, à mon avis, que le processus de Contadora, bien qu'il appartienne à la catégorie des procédures pacifiques, n'est pas une « procédure pacifique » au sens de l'article IV. Ce processus semble être un amalgame protéiforme d'éléments de négociation, de bons offices, de médiation et peut-être de conciliation, l'importance relative de chaque élément variant d'une phase à l'autre. Bien que le pacte la mentionne, la négociation n'est pas une procédure qu'il établit. Il établit les autres, mais les modalités du recours à la médiation et à la conciliation — il n'y a pas de modalités particulières prévues pour les bons offices — n'ont pas été

observées et les parties n'avaient pas l'intention de les observer, ce qui invite à inférer que les procédures suivies n'étaient pas celles qu'établit le pacte. De plus, à la différence de ce qui peut arriver dans le cas d'une procédure spéciale, aucune procédure pacifique prévue par le pacte ne consiste en une combinaison de plusieurs autres, ni ne permet de les utiliser simultanément; le principe de l'article IV, sur lequel s'est appuyé le Honduras, s'y oppose lui-même. Le processus de Contadora est considéré généralement et à juste titre comme unique. Ni ce processus pris dans son ensemble, ni aucune des procédures qui en font partie, ne saurait être considéré comme répondant à la description d'une quelconque procédure pacifique établie par le pacte.

Les observations précédentes sont applicables à Esquipulas II, dans la mesure où l'on admet qu'il s'agit d'un développement du processus de Contadora. S'il s'agit d'un processus matériellement nouveau, il n'intéresse pas la question de la recevabilité car il a commencé après l'introduction de l'instance. Par ailleurs, il convient de mentionner une déclaration du ministre des relations extérieures du Honduras, parue dans *La Tribuna* du 3 juin 1988, dans laquelle il affirmait «l'incompatibilité entre la «procédure de Guatemala» et le recours judiciaire». Il poursuivait :

«Quand une décision aura été rendue sur la compétence de la Cour, le Honduras échappera à toute pression abusive de la part du Nicaragua. Il pourra continuer à contribuer à la normalisation en Amérique centrale en se conformant aux engagements pris de bonne foi dans la procédure spéciale d'Esquipulas II.»

En en déduisant que le Honduras ne se conformerait pas aux engagements qu'il avait pris dans la procédure spéciale d'Esquipulas II tant que l'affaire resterait pendante, l'agent du Nicaragua a conclu devant la Cour :

«de l'autre côté de l'Atlantique le Honduras dit à ses partenaires d'Amérique latine qu'il ne peut se conformer à Esquipulas à cause de la présente instance. D'autre part, de ce côté-ci de l'Atlantique et devant la Cour, le Honduras dit que la présente instance ne doit pas se poursuivre car il existe un autre processus en cours, plus approprié, ce qui empêche la Cour de poursuivre l'examen de l'affaire.»

Il semble qu'il n'y ait rien à redire à cette déclaration : le Honduras ne peut pas jouer sur les deux tableaux.

Le pacte a été relativement peu utilisé et la préférence a été donnée au fil des ans à d'autres procédures interaméricaines, ce qui peut expliquer qu'avant l'introduction de l'instance aucune des deux Parties, ni même aucune tierce partie intéressée, n'ait jamais présenté les négociations de Contadora comme une procédure dans le cadre du pacte. Certes, il n'était pas nécessaire, sur le plan juridique d'adopter expressément ce point de vue mais le silence n'en est pas moins significatif. Si une déclaration avait

été faite dans ce sens, peut-être El Salvador, qui participe au processus de Contadora mais n'est pas partie au pacte, aurait-il formulé des observations. Comme la Cour, j'estime que le processus de Contadora, malgré ses mérites, ne fait pas obstacle à la présente instance.

*(Signé)* Mohamed SHAHABUDEEN.

---