

OPINION INDIVIDUELLE DE M. SHAHABUDEEN

[Traduction]

La Cour s'est divisée sur le point essentiel de savoir si l'Australie peut être assignée en l'absence de la Nouvelle-Zélande et du Royaume-Uni. Je me propose de donner les raisons pour lesquelles j'approuve la décision de la Cour sur ce point. Mais il faut d'abord que j'évoque une question liminaire. Cette question concerne le principe de l'égalité des Etats devant la Cour. Elle se pose de la manière suivante.

Nauru est l'un des plus petits Etats du monde; l'Australie est l'un des plus grands. Dans ses remarques liminaires, le *Solicitor-General* du Commonwealth a dit :

« Il n'y a pas lieu de faire intervenir là les sentiments. Ce n'est pas David contre Goliath, ni une petite île contre une grande puissance métropolitaine... Devant la Cour, bien entendu, l'égalité des Parties sera préservée. Qu'elles soient riches ou pauvres, grandes ou petites, la Cour veillera à ce que leurs droits juridiques soient également protégés. » (CR 91/15, p. 42, le *Solicitor-General* Gavan Griffith, Q.C.)

De son côté, le conseil de Nauru, ayant relevé le contraste entre l'importance des Parties, a déclaré :

« Etant un petit Etat démocratique, Nauru a une foi profonde dans le règne du droit dans les affaires des nations, elle a une foi profonde en la Cour en tant que dispensatrice de la justice internationale. » (CR 91/18, p. 31, M. Mani.)

Quels que soient les débats concernant sa teneur précise à d'autres égards, il me semble que la notion d'égalité des Etats a toujours été appliquée comme un principe fondamental à la situation des Etats en tant que parties dans une affaire soumise à la Cour (*Compatibilité de certains décrets-lois dantzikois avec la constitution de la Ville libre*, C.P.J.I. série A/B n° 65, p. 66, M. Anzilotti). Pour reprendre les termes du Président Basdevant : « Devant la Cour, il n'y a ni grands ni petits Etats... » (*C.I.J. Annuaire 1950-1951*, p. 11.) Les Etats de toutes espèces et de toutes tailles peuvent saisir la Cour de leurs affaires sur une base de parfaite égalité. Les grands Etats sont en droit d'apprécier cette possibilité tout autant que les petits. Dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis*, la Grèce a intenté devant la Cour permanente de Justice internationale une action contre le Royaume-Uni. Lors d'un débat animé, le conseil du Royaume-Uni en est venu à déclarer que « même les grandes puissances ont droit à la justice devant ce tribunal » (*C.P.J.I. série C n° 5-I*, p. 64). Tel est effectivement leur droit; tel est le droit de tous les Etats. Il n'y a jamais eu de doute à ce sujet.

Pour revenir à la question à l'examen, celle de savoir si l'Australie peut être assignée seule, j'estime qu'il y a lieu de répondre affirmativement et cela pour trois raisons. Premièrement, les obligations des trois gouvernements en vertu de l'accord de tutelle étaient solidaires. Deuxièmement, à supposer que les obligations aient été conjointes, cela n'empêchait pas en soi d'engager des poursuites contre l'Australie seule. Troisièmement, un arrêt éventuellement rendu contre l'Australie n'équivaudra pas à une détermination judiciaire de la responsabilité de la Nouvelle-Zélande et du Royaume-Uni. Ces propositions seront développées plus loin. Je commence toutefois par la question initiale, controversée elle aussi entre les Parties, qui est celle de savoir si l'exception doit être déclarée ne pas posséder de caractère exclusivement préliminaire. Des questions similaires se sont posées en liaison avec d'autres exceptions de l'Australie, mais je n'ai pas l'intention d'en traiter. J'ajouterai, à titre de mise en garde de caractère général, que toute mention, dans cette opinion, de l'obligation, ou de l'engagement, ou de la responsabilité de l'Australie doit être comprise comme fondée sur une hypothèse présentée pour les besoins de la discussion. La question de savoir si l'Australie a ou non une obligation, ou un engagement, ou une responsabilité, est une question de fond.

PREMIÈRE PARTIE. LA QUESTION DE SAVOIR SI L'EXCEPTION NE POSSÈDE PAS UN CARACTÈRE EXCLUSIVEMENT PRÉLIMINAIRE

Comme le montre l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, le fait que la Cour déclare qu'une exception ne possède pas, dans les circonstances de l'espèce, un caractère exclusivement préliminaire n'écarte pas définitivement cette exception; au stade du fond, la Cour reviendra à la question et la règlera (voir *C.I.J. Recueil 1984*, p. 425-426, et *C.I.J. Recueil 1986*, p. 29-31). Dans ces conditions, il semble qu'il y ait lieu de se demander dans quelle mesure le paragraphe 7 de l'article 79 du Règlement actuel de la Cour diffère, dans son application pratique, des dispositions antérieures du paragraphe 5 de l'article 62 du Règlement de la Cour de 1946, qui a trait à la possibilité de joindre l'exception au fond (voir S. Rosenne, *Procedure in the International Court, A Commentary on the 1978 Rules of the International Court of Justice*, 1983, p. 164-166, et Georg Schwarzenberger, *International Law as Applied by International Courts and Tribunals*, 1986, vol. IV, p. 617). En raison des modifications apportées au texte du Règlement en 1972, la Cour ne peut plus dire expressément qu'elle joint au fond une question préliminaire; toutefois, l'exercice des fonctions de la Cour ne résultant pas de l'utilisation de formules, le fait qu'elle ne s'exprime plus dans ces termes n'a pas par lui-même pour effet de modifier substantiellement ce qu'elle fait.

Il ne serait pas juste non plus de supposer qu'avant 1972 la Cour estimait qu'elle disposait d'un pouvoir discrétionnaire et illimité pour ordonner de joindre au fond une exception préliminaire. L'emploi de la particule disjonctive «ou» dans la première phrase du paragraphe 5 de

l'article 62 du Règlement de la Cour de 1946 ne va pas dans ce sens. En 1964, la Cour, à propos de son pouvoir d'ordonner de joindre l'exception au fond, a expressément indiqué qu'elle

« ne le fera que *pour des motifs sérieux*, considérant que l'objet d'une exception préliminaire est d'éviter non seulement une décision mais aussi toute discussion du fond » (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, exceptions préliminaires, C.I.J. Recueil 1964*, p. 44; les italiques sont de moi).

Ce point de vue n'était pas nouveau (*Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis, C.P.J.I. série A/B n° 76*, p. 24, MM. De Visscher et Rostworowski). Les résultats effectifs peuvent avoir été discutables dans certains cas, mais j'hésite à croire que la Cour n'ait pas reconnu qu'en principe, chaque fois que cela est raisonnablement possible, une exception préliminaire doit être tranchée au stade préliminaire. Dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, après avoir passé en revue la jurisprudence en la matière, la Cour a indiqué les circonstances dans lesquelles elle ordonnerait la jonction. Elle a déclaré qu'elle le ferait là où

« l'exception est tellement liée au fond ou à des points de fait ou de droit touchant au fond qu'on ne saurait l'examiner séparément sans aborder le fond, ce que la Cour ne saurait faire tant que la procédure sur le fond est suspendue aux termes de l'article 62, ou sans préjuger le fond avant que celui-ci ait fait l'objet d'une discussion exhaustive » (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, exceptions préliminaires, C.I.J. Recueil 1964*, p. 43).

Ce qui n'est guère discutable toutefois, c'est que le nouveau Règlement devait souligner la nécessité de régler une exception préliminaire au stade préliminaire chaque fois que cela était raisonnablement possible, le but bien connu étant d'éviter que se répètent le type de situation qui s'est présenté à la fin dans l'affaire de la *Barcelona Traction* et les critiques qui en résultent (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, deuxième phase, C.I.J. Recueil 1970*, p. 3). Une urgence nouvelle a été conférée à l'application des critères anciens, notamment en ce qui concerne la conception antérieure de la Cour selon laquelle la jonction ne devait pas être ordonnée, sauf « pour des motifs sérieux » (« except for good cause »). Le fond peut être examiné, dans la mesure limitée où cela est nécessaire pour permettre à la Cour de se prononcer sur l'exception, à condition, toujours, que le problème soulevé ne soit pas lié au fond de manière si inextricable qu'il soit impossible de se prononcer sans statuer sur le fond ou une partie du fond ou d'en préjuger.

Ces considérations expliquent sans doute la prudence dont la Cour a fait preuve en déclarant qu'une exception n'était pas exclusivement préliminaire par nature. Depuis l'introduction des nouvelles dispositions en 1972, la Cour n'a fait cette déclaration que dans une seule affaire, à savoir celle des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*. Dans cette affaire, certaines exceptions, bien que le défendeur ne les ait

pas présentées comme des exceptions préliminaires, ont été examinées à la lumière des règles de procédure relatives aux exceptions préliminaires (*C.I.J. Recueil 1984*, p. 425, par. 76). La Cour a déclaré que l'une des exceptions n'était pas de caractère exclusivement préliminaire (*ibid.*). Au stade du fond, cette exception, qui avait trait à la compétence, a été retenue (*C.I.J. Recueil 1986*, p. 38, par. 56). N'était le fait qu'il existait d'autres motifs de compétence, il en serait résulté une répétition de la situation dans l'affaire de la *Barcelona Traction*. Dans les circonstances de l'espèce, on aurait peut-être pu répondre aux critiques. Dans l'affaire qui nous occupe, je ne suis pas certain qu'il en serait ainsi dans le cas où l'exception particulière en question aurait été déclarée de nature non exclusivement préliminaire, mais serait finalement retenue au stade du fond. Dans ce cas (au contraire de la situation dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*), la cause de Nauru serait immédiatement réduite à néant. A moins que l'on ne puisse montrer de façon convaincante que la question ne pouvait pas avoir été réglée au stade préliminaire, il sera difficile d'éviter les critiques au sujet du gaspillage de temps, de dépenses et d'efforts, pour ne rien dire du manquement aux responsabilités incombant à la Cour.

Selon le point de vue de Nauru, l'exception avancée par l'Australie n'a pas de caractère exclusivement préliminaire et ne peut être prise en compte maintenant et si elle avait ce caractère, elle devrait être rejetée. L'Australie réplique que l'exception possède un caractère exclusivement préliminaire et doit être retenue. La Cour a implicitement admis la validité de l'affirmation de l'Australie selon laquelle l'exception a un caractère exclusivement préliminaire. A mon avis, la Cour avait raison.

Quels sont les arguments de Nauru? Ils ont été énoncés de diverses manières, mais reviennent à ceci : Nauru déclare que l'Australie administrait Nauru conformément à l'accord de tutelle, que cet accord (interprété à la lumière de la Charte et du droit international général) impose à l'Australie l'obligation de faire usage des pouvoirs d'administration exercés par elle en vertu de l'accord pour assurer la remise en état des terres à phosphates épuisées, mais que l'Australie a failli à cette obligation dans l'administration du Territoire.

L'exception avancée par l'Australie est la suivante : l'obligation d'assurer la remise en état (si elle existait) était, en vertu des termes de l'accord de tutelle, une obligation conjointe de l'Australie, de la Nouvelle-Zélande et du Royaume-Uni, avec ce résultat que l'Australie ne pouvait pas être assignée seule parce que :

- i) une partie à une obligation conjointe ne peut être assignée seule ;
- ii) un arrêt prononcé contre l'Australie au sujet de l'obligation conjointe équivaldrait à une détermination inadmissible de la responsabilité de la Nouvelle-Zélande et du Royaume-Uni (qui ne sont parties ni l'une ni l'autre) en liaison avec la même obligation (voir arrêt, par. 48).

Il sera soutenu plus loin que l'existence de l'obligation particulière d'assurer la remise en état doit être admise à ce stade. Il est clair aussi

qu'aucune question ne se pose à ce stade sur le point de savoir s'il y avait effectivement manquement à l'obligation. Les questions restantes sont des questions de droit auxquelles il peut être répondu maintenant.

En ce qui concerne la question de savoir si l'obligation particulière aux termes de l'accord de tutelle était conjointe, il me semble qu'il est loisible à la Cour d'estimer, comme je pense qu'elle l'a fait, que rien n'empêche Nauru d'engager des poursuites contre la seule Australie, quelle que soit la base juridique précise des obligations des trois Etats aux termes de l'accord de tutelle. Avec cette approche, la Cour n'est pas tenue de dire, et elle n'a pas dit, si l'obligation particulière est conjointe, comme l'affirme l'Australie, ou ne l'est pas (voir arrêt, par. 48).

Toutefois, si la Cour avait à se prononcer sur le point de savoir si l'obligation était conjointe, elle pourrait le faire en prenant en considération les termes de l'accord de tutelle et eux seuls. Des faits antérieurs ou ultérieurs ne peuvent conférer de caractère conjoint à l'obligation si elle n'est pas conjointe aux termes de l'accord de tutelle. D'une manière correspondante, si l'obligation était conjointe aux termes de l'accord de tutelle, des faits antérieurs ou postérieurs ne pouvaient modifier son caractère d'obligation conjointe.

Il n'est pas dans mes intentions de soutenir qu'aucun des faits ne peut être pris en considération. Les faits sont utiles, mais leur utilité réside dans l'aide qu'ils apportent à la compréhension de la manière dont l'accord de tutelle en est venu à être interprété comme il l'a été et de la manière dont il s'appliquait dans la pratique. A cet égard, quantité de faits ont été présentés par les deux Parties, et je reviendrai sur certains d'entre eux. Mais les faits ne constituent pas par eux-mêmes le fondement des questions de droit au sujet desquelles une décision doit intervenir maintenant. La situation est essentiellement différente de celle dans laquelle la question de savoir si une instance introduite contre un Etat est recevable en l'absence d'autres Etats peut dépendre directement de faits qui ne peuvent être examinés et déterminés qu'à propos du fond (voir écritures et plaidoiries, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, compétence et recevabilité*, mémoire du Nicaragua, p. 141, section « C »; CR 84/19, p. 47, M. J. N. Moore; et L. F. Damrosch, « Multilateral Disputes », dans L. F. Damrosch (dir. publ.), *The International Court of Justice at a Crossroads*, 1987, p. 391-393).

Je dois expliquer maintenant pourquoi j'estime qu'à ce stade il y a lieu d'admettre que l'Australie avait l'obligation d'assurer la remise en état en vertu de l'accord de tutelle, ce que soutient Nauru. La raison en est que la question de savoir si l'obligation existait relève du fond et, s'agissant ici d'une procédure préliminaire, il y a lieu d'admettre les éléments du fond (voir *Nottebohm, C.I.J. Recueil 1955*, p. 34, opinion dissidente de M. Read); il ne peut en être décidé maintenant.

Dans certains systèmes nationaux, un large éventail de questions de droit touchant au fond peut donner lieu à discussion avant les audiences habituelles consacrées au fond, à condition que la Cour soit saisie de tous les éléments pertinents. Le critère décisif est que la question (que par

commodité on peut désigner comme exception préliminaire quant au fond) doit, si une décision est prise dans un sens donné, avoir un effet décisif sur le litige ou, à tout le moins, sur une question importante dans l'affaire¹. Le but est évidemment de faire des économies de temps, d'efforts et de frais. Il y a eu discussion (mais pas dans la présente affaire) sur le point de savoir si la présentation à la Cour d'exceptions préliminaires quant au fond est justifiée². Je noterai toutefois, tout en réservant mon opinion sur ce point, que la jurisprudence de la Cour (y compris les paragraphes 36, 38, 56 et 68 de l'arrêt de ce jour) s'appuie sur une distinction établie de longue date entre les exceptions préliminaires et le fond, encore qu'on puisse se demander si cette distinction a été appliquée avec justesse dans certains cas.

Qu'est-ce alors que le fond? Pour reprendre les termes employés par M. Read:

«le fond d'un différend comprend les points de fait et de droit qui donnent lieu à une cause d'action et qu'un Etat demandeur doit établir pour avoir droit à la réparation demandée» (*Anglo-Iranian Oil Co., exception préliminaire, C.I.J. Recueil 1952*, p. 148, opinion dissidente).

Pour établir le bien-fondé de son argumentation quant au fond, Nauru doit prouver, entre autres, d'abord que l'Australie était tenue, aux termes de l'accord de tutelle, d'assurer la remise en état et, en second lieu, que l'Australie avait violé cette obligation. Soutenir que l'Australie n'avait pas cette obligation fondamentale concernerait donc le fond et n'aurait pas de caractère préliminaire. Cela toucherait le fond de l'affaire puisque cela équivaldrait à dire qu'il n'existait pas d'obligation en droit international à laquelle l'Australie aurait pu manquer à l'égard de Nauru (voir le raisonnement général dans *Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie, C.P.J.I. série A/B n° 77*, p. 82-83; *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, exceptions préliminaires, C.I.J. Recueil 1964*, p. 44-46, et opinion dissidente de M. Morelli, p. 110-112; *ibid.*, deuxième phase, *C.I.J. Recueil 1970*, p. 226 et suiv., opinion individuelle de M. Morelli; et *Sud-Ouest africain, deuxième phase, C.I.J. Recueil 1966*, p. 19, par. 7). Un

¹ Voir, en ce qui concerne le droit anglais, *The Supreme Court Practice, 1979*, vol. 1, Londres, 1978, p. 282-284, ordonnance 18/11/1-4. Voir aussi *Cameroun septentrional, C.I.J. Recueil 1963*, opinion individuelle de sir Gerald Fitzmaurice, p. 106-107; *Essais nucléaires (Australie c. France), mesures conservatoires, C.I.J. Recueil 1973*, opinion dissidente de M. Gros, p. 121; et *Essais nucléaires (Australie c. France), C.I.J. Recueil 1974*, opinion individuelle de M. Gros, p. 292.

² Voir, pour les aspects généraux du problème, M. Morelli, dans *Rivista di diritto internazionale*, vol. 47, 1964, p. 3; vol. 54, 1971, p. 5; vol. 58, 1975, p. 5 et 747; Giuseppe Sperduti, *ibid.*, vol. 53, 1970, p. 461; vol. 57, 1974, p. 649; vol. 58, 1975, p. 657; Roberto Ago, *Comunicazioni e studi*, vol. 14, 1975, p. 11, note 22; et Ugo Villani, *Italian Yearbook of International Law*, 1975, vol. I, p. 207; et J. Rosenne, *op. cit.*, p. 160, sur le point de savoir si l'article 79 du nouveau Règlement « implique une nouvelle définition du terme *préliminaire* ».

tel argument concernerait non pas la question de savoir si l'Australie pouvait être assignée seule, mais celle de savoir si l'Australie pouvait être déclarée responsable, même si elle pouvait être assignée seule.

En conséquence, on ne peut dire, à cette phase de l'instance, si l'Australie était tenue d'assurer la remise en état; ce n'est qu'à la phase du fond qu'il est possible de se prononcer à ce sujet. Dans la phase actuelle, il faut simplement admettre l'existence de l'obligation. Cela étant, les seules questions à traiter maintenant sont les questions de droit mentionnées plus haut, c'est-à-dire savoir si l'obligation (en admettant qu'elle ait existé) était conjointe, et, dans l'affirmative, si ce qui est énoncé plus haut, sous i) et ii), est bien fondé. Il est possible de se prononcer maintenant sur ces questions, dont le renvoi à la phase du fond ne se justifierait pas. Rien de ce qui a trait à l'établissement, dans la phase du fond, de l'existence d'une obligation d'assurer la remise en état ne peut fournir de raison de ne pas traiter ces questions maintenant.

A mon avis, la Cour a agi correctement en s'abstenant de déclarer que l'exception au sujet de l'absence de la Nouvelle-Zélande et du Royaume-Uni ne possédait pas de caractère exclusivement préliminaire. Je passe donc à l'exception elle-même, en commençant par un rappel de la position de l'Australie dans le cadre de l'accord de tutelle.

DEUXIÈME PARTIE. LA SITUATION DE L'AUSTRALIE PAR RAPPORT À L'ACCORD DE TUTELLE

Pour évaluer la situation de l'Australie par rapport à l'accord de tutelle, il faut tenir compte de deux facteurs, dont le premier est l'évolution de la personnalité internationale de l'Australie durant l'exercice du mandat et le second le caractère juridique d'un accord de tutelle.

Le premier facteur a trait aux aspects extérieurs de l'évolution constitutionnelle des relations entre les composantes de l'Empire britannique (voir pour l'ensemble de la question, sir Ivor Jennings, *Constitutional Laws of the Commonwealth*, vol. 1, *The Monarchies*, 1957, p. 18 et suiv.). Il est probable que la doctrine sous-jacente de l'unité de la Couronne britannique, courante à l'époque, explique le fait que, dans la pratique, bien que Nauru ait été administrée par l'Australie en vertu du mandat de 1920, celui-ci ait été conféré simplement à «Sa Majesté britannique». Des traces de cette doctrine sont peut-être discernables même dans le cas du mandat pour la Nouvelle-Guinée, où le mandataire était défini comme étant «Sa Majesté britannique, agissant pour le Gouvernement du Commonwealth de l'Australie (ci-après dénommé le mandataire) et en son nom» (article 1 du mandat, 17 décembre 1920, procès-verbal de la onzième session du Conseil de la Société des Nations, tenue à Genève, p. 102; voir aussi les deuxième et troisième paragraphes du préambule; et A. C. Castles, «International Law and Australia's Overseas Territories», dans *International Law in Australia*, publié sous la direction de D. P. O'Connell, 1965, p. 294-295).

Au contraire, l'article 2 de l'accord de tutelle de 1947 pour le territoire

de Nauru mentionne séparément chacun des trois gouvernements en parlant des « Gouvernements de l'Australie, de la Nouvelle-Zélande et du Royaume-Uni » comme étant « conjointement désignés ... comme l'autorité qui exercera l'administration du territoire ». En outre, comme nous le montrerons plus loin, l'accord lui-même confère à l'Australie le rôle dirigeant. Les documents dont est saisie la Cour montrent clairement que durant la période du mandat l'Australie a évolué de façon à s'assurer un contrôle pratique progressivement croissant sur l'administration de Nauru, aspiration qui s'était manifestée antérieurement par l'expression du désir de l'Australie d'annexer l'île, avant que le mandat ne lui soit confié. D'où vient qu'en 1947 ce que sir Garfield Barwick appelait élégamment « le progrès imperceptible et, en termes relatifs, sans histoire de l'Australie, partie d'un certain nombre de colonies distinctes pour aboutir à une nation unique, indépendante et internationalement importante », avait achevé son cours¹.

En ce qui concerne le deuxième facteur, les accords de tutelle présentent des particularités qui ont laissé une certaine place aux conjectures quant au caractère juridique précis de tels accords, comme le montrent d'intéressantes études consacrées à la question. Le professeur Clive Parry formule la conclusion suivante :

« Tels qu'ils sont réalisés sous la forme de traités entre l'Organisation des Nations Unies et les diverses autorités administrantes, les accords de tutelle sont des actes juridiques distincts de la Charte. Toutefois, ils possèdent en même temps le caractère de traités de disposition et celui de contrats. Sous leur aspect de traités de disposition, ils ne sont pas indépendants de la Charte. Ils constituent, avec les dispositions pertinentes de la Charte, une base quasi légale pour le système de tutelle tel qu'il est appliqué en fait à des territoires déterminés. Ils ont, comme le régime qui les instaure et les gouverne, un caractère objectif. C'est là peut-être leur aspect le plus important. » (Clive Parry, « The Legal Nature of the Trusteeship Agreements », *British Year Book of International Law*, vol. 27, 1950, p. 185.)

Il y a lieu de garder présentes à l'esprit ces remarques, en même temps que l'évolution de la personnalité internationale de l'Australie, en examinant l'article 4 de l'accord de tutelle pour Nauru, qui dispose :

« L'autorité chargée de l'administration répondra de la paix, de l'ordre, de la bonne administration et de la défense du territoire. A

¹ On trouvera des considérations générales sur ce problème dans D. P. O'Connell, « The Evolution of Australia's International Personality », dans *International Law in Australia*, publié sous la direction de D. P. O'Connell, 1965, chap. I, et la préface de sir Garfield Barwick; D. P. O'Connell et James Crawford, « The Evolution of Australia's International Personality », dans *International Law in Australia*, 2^e éd. par K. W. Ryan, 1984, p. 21; et W. A. Wynes, *Legislative, Executive and Judicial Powers in Australia*, 5^e éd., p. 56.

cette fin, en vertu d'un accord conclu entre les Gouvernements de l'Australie, de la Nouvelle-Zélande et du Royaume-Uni, le Gouvernement de l'Australie continuera à exercer dans ledit territoire pleins pouvoirs législatifs, administratifs et judiciaires, au nom de l'autorité chargée de l'administration — à moins que les trois gouvernements susmentionnés en décident autrement et jusqu'au moment où une décision dans ce sens interviendrait.»

En raison de la nature double, à la fois contractuelle et « quasi légale », que revêt un accord de tutelle, et quelle qu'ait pu être au début la portée du premier facteur mentionné ci-dessus, on peut interpréter cette disposition, qui est entrée en vigueur en 1947, comme prévoyant (avec l'approbation de l'Assemblée générale), premièrement, pleins pouvoirs d'administration à confier aux trois gouvernements en tant qu'ils constituent l'autorité administrante et, deuxièmement, la délégation par eux de ces pouvoirs à l'Australie. D'autres éléments de l'accord de tutelle viennent à l'appui de cette interprétation. C'est pourquoi il est difficile de résister à l'argument de l'Australie selon lequel son autorité administrative sur Nauru, si grande qu'elle ait été, en est venue à être considérée en droit comme ayant été exercée par elle au nom des trois gouvernements.

Mais si les formes ne sont pas dénuées d'importance, le droit international fait porter l'accent sur la substance plutôt que sur les formes (*Concessions Mavrommatis en Palestine, C.P.J.I. série A n° 2*, p. 34; *Interhandel, C.I.J. Recueil 1959*, p. 60, M. Spender; *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, exceptions préliminaires, C.I.J. Recueil 1964*, p. 62-63, M. Koo; et *ibid., deuxième phase, C.I.J. Recueil 1970*, p. 127, M. Tanaka). On peut donc prendre en compte, dans une certaine mesure, la portée et le caractère exclusif des pouvoirs dont disposait l'Australie et, en particulier, certaines différences entre sa situation et celle de la Nouvelle-Zélande et du Royaume-Uni, qui peuvent avoir des incidences sur quelques-unes des questions à examiner.

Les dispositions de l'accord de tutelle ne donnent pas d'idée précise de la structure réelle du pouvoir qu'elles ont établi. La première partie de l'article 4 de l'accord avait pour effet de conférer pleins pouvoirs d'administration aux trois gouvernements en tant qu'ils constituaient l'autorité administrante; mais la deuxième partie de la disposition précisait qu'à toutes fins pratiques ces pouvoirs ne pouvaient être exercés que par l'Australie, à laquelle était conféré le droit de continuer « à exercer dans ledit territoire pleins pouvoirs législatifs, administratifs et judiciaires ». L'autorité ainsi conférée à l'Australie pouvait être révoquée par un accord ultérieur des trois gouvernements, mais il était clair que cette révocation ne pouvait intervenir sans le consentement de l'Australie. En fait, il n'y pas eu révocation: l'accord conclu par les trois gouvernements en 1965, s'il prévoyait que les Nauruans exerceraient une certaine autorité administrative, de caractère subordonné, a eu pour effet de réduire encore le rôle de la Nouvelle-Zélande et du Royaume-Uni par rapport à celui de l'Australie. Ainsi, l'Australie avait pratiquement l'autorité exclusive pour l'admi-

nistration de Nauru, de même que le pouvoir, plus important encore, d'empêcher toute réduction ou tout retrait de cette autorité. La position dominante de l'Australie a duré sans entrave jusqu'à l'indépendance.

Les incidences à faire entrer en ligne de compte pour évaluer la structure réelle du pouvoir établi par l'accord de tutelle sont importantes. Prenons par exemple le paragraphe 1 de l'article 5 de l'accord de tutelle. Le texte établit que l'« autorité chargée de l'administration » s'engage :

« A coopérer avec le Conseil de tutelle dans l'exercice de toutes les fonctions de ce conseil prévues aux articles 87 et 88 de la Charte. »

Ou encore, considérons le paragraphe 2 *b*) de l'article 5 de l'accord de tutelle, par lequel l'« autorité chargée de l'administration » s'engage :

« A favoriser, d'une manière appropriée aux conditions particulières du Territoire, le progrès économique et social de ses habitants... »

Je ne vois pas comment l'autorité administrante pouvait faire l'une quelconque de ces choses sans que l'Australie exerce de manière appropriée « dans ledit territoire pleins pouvoirs législatifs, administratifs et judiciaires ». Toutefois, l'accord de tutelle ne conférait pas à l'autorité administrante les moyens d'orienter ou de contrôler la manière dont l'Australie exerçait ses « pleins pouvoirs », et les indications disponibles ne portent pas à croire que l'Australie reconnaissait à l'autorité administrante la possession de plein droit de ces moyens. Dans la mesure où l'accord de tutelle conférait à l'autorité administrante des fonctions dont il était possible de s'acquitter sans que l'Australie exerce « dans ledit territoire pleins pouvoirs législatifs, administratifs et judiciaires » (ce qui paraît douteux), ces fonctions étaient sans rapport avec le fond des griefs formulés par Nauru, et cela indépendamment du fait que d'abord l'autorité administrante ne pouvait agir sans le consentement de l'Australie. Les Parties étaient convenues de ce que l'autorité administrante n'était ni un sujet distinct de droit international, ni une entité juridique distincte des trois gouvernements qui en étaient membres. Ceux-ci ne pouvaient agir que par accord et il ne pouvait y avoir accord s'il y avait objection de la part de l'Australie.

L'Australie a soutenu qu'elle agissait avec l'accord de la Nouvelle-Zélande et du Royaume-Uni en nommant les administrateurs du territoire sous tutelle (exceptions préliminaires de l'Australie, vol. 1, par. 36, 45, 334 et suiv. et 341). Toutefois, aucun des documents pertinents ne porte à croire que la Nouvelle-Zélande et le Royaume-Uni pouvaient s'appuyer sur une base juridique quelconque pour exiger d'être consultés de plein droit, et encore moins pour exiger que leur accord soit obtenu. La Nouvelle-Zélande et le Royaume-Uni ont participé aux négociations et à l'accord qui en est résulté pour le transfert sous administration nauruane de l'entreprise d'exploitation de phosphates; mais la base réelle sur laquelle ils agissaient était la base commerciale qui était la leur en tant que propriétaires partiels de l'entreprise et futurs acheteurs de phosphates

nauruans. Dans la mesure où les négociations s'étendaient à la question de la remise en état, il n'en ressortait pas que la Nouvelle-Zélande et le Royaume-Uni détenaient un pouvoir quelconque sur l'administration effective du territoire sous tutelle: en vertu de l'accord de tutelle, leur responsabilité pour la non-remise en état pouvait exister sans ce pouvoir. Les situations où une partie peut devenir contractuellement responsable des actes commis par une autre sans avoir le pouvoir de les diriger ou de les contrôler sont bien connues en droit. L'accord de la Nouvelle-Zélande et du Royaume-Uni pouvait être juridiquement requis s'agissant d'une proposition comme celle concernant la réinstallation, qui supposait une modification de la base fondamentale des arrangements conclus à l'origine ou celle concernant l'indépendance, qui supposait la fin de l'accord de tutelle lui-même; mais je ne vois pas qu'il y ait eu, en droit, une exigence de ce genre, s'agissant de l'administration normale du Territoire.

Le premier préambule de l'accord de tutelle rappelait que, sous le mandat, le Territoire de Nauru avait «été administré ... par le Gouvernement de l'Australie, au nom des Gouvernements de l'Australie, de la Nouvelle-Zélande et du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord». Ainsi donc, l'accord de tutelle lui-même reconnaissait le fait que, pratiquement, l'administration de l'île avait été entre les mains de l'Australie durant l'exercice du mandat. Cela s'est évidemment poursuivi sous le régime de tutelle (arrêt, par. 43). Je crois que la situation a été correctement résumée par le conseil de Nauru, comme suit:

« Nauru a été administré comme une partie intégrante du territoire australien. Son administration n'était liée au territoire d'aucun autre Etat. Pour autant qu'on puisse le savoir, aucun représentant du Gouvernement de la Nouvelle-Zélande ou du Royaume-Uni n'a vécu à Nauru pendant la période qui s'est écoulée entre 1920 et le début de 1968 ou n'y a accompli des actes de gouvernement. Pendant toute la durée de cette période, les agents gouvernementaux à Nauru, c'est-à-dire l'administrateur et les personnes relevant de lui, étaient des fonctionnaires australiens qui relevaient d'autres fonctionnaires australiens à Canberra et qui n'étaient aucunement soumis à la direction ou au contrôle d'un autre gouvernement. L'article 22 du Pacte mentionnait que l'administration devait être conduite «sous les lois du mandataire» et, en fait, ces lois étaient des lois australiennes. Aucune loi britannique ou néo-zélandaise n'a jamais été appliquée à Nauru. » (CR 91/20, p. 75-76, M. Crawford.)

Les accords internationaux qui s'appliquaient à Nauru se trouvaient parmi les accords internationaux auxquels l'Australie était partie (*ibid.*, p. 78). Les trois gouvernements ont approuvé l'indépendance, mais le *Nauru Independence Act* de 1967 était une loi australienne; ni la Nouvelle-Zélande ni le Royaume-Uni n'ont promulgué de législations correspondantes. Jusqu'à l'indépendance, le drapeau — le seul — qui flottait à Nauru était le drapeau australien.

Je ne suis pas convaincu par l'argument avancé par l'Australie selon

lequel son autorité de gouvernement était exclue du domaine de l'industrie des phosphates en raison de l'article 13 de l'accord de 1919 relatif à l'île de Nauru, ainsi conçu :

« Les trois gouvernements s'engagent à ne pas intervenir dans la direction, la gestion ou le contrôle des opérations d'exploitation, d'expédition ou de vente des phosphates; chacun des trois gouvernements s'engage à n'accomplir et à ne permettre d'accomplir aucun acte ou aucune chose contraire aux dispositions et fins du présent accord ou incompatible avec celles-ci. »

Se référant à cette disposition dans l'affaire *Tito v. Waddell, Megarry, V.-C.*, a fait observer — à juste titre, si je puis dire —, que :

« Cet article établissait l'indépendance des British Phosphate Commissioners à l'égard de l'un ou de deux quelconques des trois gouvernements, mais non pas, bien entendu, à l'égard de tous les trois agissant de concert. » ([1977] 3 *All ER* 129, p. 166.)

L'article 13 de l'accord relatif à Nauru ne pouvait s'appliquer à l'Australie en tant qu'administrateur pour la raison que, du fait de l'administration de Nauru sous l'autorité déléguée par les trois gouvernements, les actes de l'Australie auraient, en substance, été les actes des trois gouvernements « agissant de concert », et non pas les actes de la seule Australie.

Il n'est pas concevable que l'industrie principale d'un territoire (indépendamment de la question de la propriété) échappe entièrement aux pouvoirs législatifs, exécutifs et judiciaires du territoire, quels que soient ceux auxquels ils sont dévolus. En conséquence, soutenir que les pouvoirs de gouvernement de l'administrateur nommé par l'Australie ne s'étendaient pas à l'industrie des phosphates et que celle-ci relevait exclusivement de la compétence des trois gouvernements agissant par l'intermédiaire des British Phosphate Commissioners (BPC), c'est soutenir en fait que les pouvoirs d'administration concernant toutes les questions relatives à cette industrie pouvaient être exercés par les trois gouvernements agissant par l'intermédiaire des BPC. Et cela équivaut à dire qu'il y avait deux administrations à Nauru, à savoir, une administration économique relevant des trois gouvernements agissant par l'intermédiaire des BPC et ayant la responsabilité exclusive de l'industrie principale du Territoire, et une autre administration, relevant de l'Australie et ayant la responsabilité des autres questions. Je ne peux interpréter l'accord de tutelle comme signifiant que le régime qu'il a introduit à Nauru en 1947 comprenait deux gouvernements de cette espèce. Il me paraît incontestable que l'ensemble des pouvoirs de gouvernement doivent découler de l'accord de tutelle (au sujet du mandat, voir *Statut international du Sud-Ouest africain, C.I.J. Recueil 1950*, p. 133). Les BPC (dont les activités auraient aussi bien pu être exercées par une société commerciale ordinaire, ce qui d'ailleurs avait été le cas antérieurement) ne prétendaient pas exercer des pouvoirs de gouvernement dans le cadre de l'accord de tutelle : ils n'avaient tout simplement pas ce pouvoir en vertu de l'accord. D'autre part, ainsi qu'il

ressort des preuves d'ordre législatif et autres, l'Australie ne considérait pas son administrateur comme totalement privé de compétence en ce qui concerne l'industrie. L'accord de tutelle a été conclu sur la base de l'exercice, par l'Australie seule, de toutes les fonctions de gouvernement à Nauru, bien que celles-ci eussent, formellement, été confiées aux trois gouvernements. On ne peut absolument pas soutenir que l'exercice, « dans ledit territoire [des] pleins pouvoirs législatifs, administratifs et judiciaires » qui avait été conféré à l'Australie par l'accord de tutelle n'était pas suffisamment « plein » pour s'étendre à la quasi-totalité de l'économie du Territoire.

Une partie du problème réside dans la juste appréciation de la cause de Nauru. On pourrait avoir l'impression que les griefs de Nauru concernent directement la part de l'Australie dans les activités commerciales de l'industrie des phosphates. Cette impression ne serait pas juste. Certes, la cause de Nauru contient de nombreux éléments, mais son essence — son bien-fondé étant une question qui relève du fond — est que l'Australie, si elle possédait aux termes de l'accord de tutelle « dans ledit territoire pleins pouvoirs législatifs, administratifs et judiciaires », n'a pas exercé ces vastes pouvoirs de gouvernement pour réglementer l'industrie des phosphates de manière à sauvegarder les intérêts du peuple de Nauru (CR 91/20, p. 83, et CR 91/22, p. 45, M. Crawford). Nauru déclare qu'en particulier l'on a omis d'adopter les mesures réglementaires nécessaires pour assurer la remise en état des terres épuisées, non pas dans le cas de l'exploitation minière d'un pays quelconque, mais dans le cas de l'exploitation minière à ciel ouvert à grande échelle sur la superficie minuscule de ce territoire sous tutelle particulier. La conséquence, selon Nauru, c'est que le Territoire devenait, ou était en danger de devenir, incapable de servir de foyer national du peuple nauruan, ce qui est contraire aux objectifs fondamentaux de l'accord de tutelle et de la Charte des Nations Unies. A cet égard, la question, telle que je la conçois, n'est pas simplement de savoir si la remise en état était exigée par les normes en matière d'environnement applicables à l'époque; la question est de savoir si la remise en état était exigée aux termes d'une obligation implicite incombant à l'Australie en vertu de l'accord de tutelle de ne pas permettre la destruction du petit foyer national du peuple nauruan, ni d'une partie substantielle de ce foyer, par un processus industriel non réglementé allant si loin qu'il avait abouti, à un moment donné, à la formulation et à l'examen de propositions sérieuses de réinstallation du peuple nauruan hors de Nauru. Je pense que c'est cela qui constitue la thèse de Nauru.

Rien ne fonde à soutenir que la Nouvelle-Zélande et le Royaume-Uni avaient, en droit, la capacité d'exiger de l'Australie qu'elle utilise les pouvoirs de gouvernement, qu'elle seule pouvait exercer, aux fins d'assurer légalement la remise en état. Indubitablement, la Nouvelle-Zélande et le Royaume-Uni, ayant accepté que l'Australie agisse en leur nom, avec la possibilité qu'ils puissent en conséquence être tenus de ses actes, avaient intérêt à veiller à ce qu'elle s'acquitte de manière satisfaisante de ses responsabilités d'autorité administrante. Mais « ce n'est pas parce qu'un

intérêt existe que cet intérêt a un caractère spécifiquement juridique» (*Sud-Ouest africain, deuxième phase, C.I.J. Recueil 1966*, p. 34, par. 50). Un intérêt n'est pas toujours un droit (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, deuxième phase, C.I.J. Recueil 1970*, p. 36, 38, et M. Morelli, p. 235-237) : en l'occurrence, étant donné les termes de l'article 4 de l'accord de tutelle, la Nouvelle-Zélande et le Royaume-Uni n'avaient pas de capacité, en droit, d'exercer un contrôle sur la conduite, par l'Australie, de l'administration de l'île. On peut présumer qu'ils avaient une certaine influence; mais, comme le fait observer M. Jenks, même lorsque l'influence est considérable, «l'influence est moins que le pouvoir» (C. W. Jenks, *The World Beyond the Charter*, 1969, p. 99).

M. Hudson a autrefois énoncé l'avertissement qu'«une conception juridique ne doit pas être tendue jusqu'au point de menacer rupture» (*Phares en Crète et à Samos, C.P.J.I. série A/B n° 71*, p. 127). Dans le cadre de cette affaire, il a eu l'occasion d'ajouter que «l'on ne saurait laisser obscurcir les réalités de [la] situation [en Crète] par l'ombre d'une souveraineté dépourvue de substance». Aucun problème de souveraineté ne se pose ici; néanmoins, on peut garder présentes à l'esprit ces remarques en considérant les réalités de la situation à Nauru. En droit, l'Australie agissait au nom des trois gouvernements; et l'Australie a raison de dire que cette circonstance était constamment reflétée dans les positions prises par l'Organisation des Nations Unies et par Nauru. Mais il serait erroné de supposer que la Nouvelle-Zélande et le Royaume-Uni administraient aussi Nauru au sens où elles auraient effectivement eu leur mot à dire dans son administration; ils ne l'avaient pas.

TROISIÈME PARTIE. LES OBLIGATIONS DES TROIS GOUVERNEMENTS
SONT SOLIDAIRES, CE QUI A POUR CONSÉQUENCE
QUE L'AUSTRALIE PEUT ÊTRE ASSIGNÉE SEULE

J'en viens maintenant à la question de savoir si les obligations des trois gouvernements étaient conjointes, comme le soutient l'Australie, ou si elles étaient solidaires, comme le soutient Nauru.

Je crois comprendre que le conseil de l'Australie admet que la jurisprudence internationale ne vient pas à l'appui du point de vue australien, selon lequel les obligations des trois gouvernements étaient conjointes, même s'il estime qu'il ne vient pas non plus à l'appui du point de vue de Nauru, selon lequel les obligations étaient solidaires (CR 91/21, p. 63-64, M. Pellet, disant que «le match est nul»).

En ce qui concerne les travaux de la Commission du droit international, dont la Cour a été saisie par les deux Parties, le conseil de l'Australie a déclaré :

«la Commission du droit international n'a jamais expressément pris position sur le problème à l'examen tout en se montrant fort réticente ... vis-à-vis de l'idée même de solidarité» (*ibid.*, p. 65, M. Pellet).

Mais réticence n'est pas résistance. Les Parties ont débattu du sens précis du paragraphe 2 du commentaire de l'article 27 du projet d'articles de la Commission sur la responsabilité des Etats, de 1978. La partie pertinente de ce paragraphe est ainsi conçue :

« Une conclusion similaire s'impose dans les cas d'attribution parallèle d'un comportement unique à plusieurs Etats. C'est ce qui arrive lorsque le comportement en question a été adopté par un organe commun d'une pluralité d'Etats. D'après les principes qui inspirent les articles du chapitre II du projet, le comportement de l'organe commun ne peut en effet qu'être considéré comme un fait de chacun des Etats dont il est l'organe commun. Si ce comportement n'est pas conforme à une obligation internationale, il se trouvera alors que deux ou plusieurs Etats auront commis parallèlement des faits internationalement illicites distincts, encore qu'identiques. Mais il va de soi que la perpétration parallèle par deux ou plusieurs Etats d'infractions identiques est tout à fait autre chose que la participation par l'un de ces Etats à un fait internationalement illicite commis par l'autre Etat. » (*Annuaire de la Commission du droit international*, 1978, vol. II, deuxième partie, p. 112.)

Il n'est pas nécessaire de s'étendre sur les aspects généraux de la question délicate, soigneusement examinée par la Commission, qui est de savoir quand un Etat doit être considéré comme participant au fait internationalement illicite d'un autre Etat. Il suffit de noter que, de l'avis de la Commission, lorsque des Etats agissent par l'intermédiaire d'un organe commun, chaque Etat est séparément responsable du fait illicite de l'organe commun. Il me semble que ce point de vue va dans le même sens que l'affirmation de Nauru selon laquelle, dans cette affaire, chacun des trois Etats est solidairement responsable de la manière dont Nauru a été administrée en leur nom par l'Australie, que l'Australie puisse ou non être considérée, strictement parlant, comme un organe commun.

Les décisions judiciaires sont rares. Toutefois, parlant de la possibilité qu'a eue un Etat non partie de contribuer aux dommages causés dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, M. Azevedo a eu l'occasion de dire :

« La victime conserve la faculté de présenter la demande contre un seul des responsables, *in solidum*, d'après un choix qui est toujours laissé à sa discrétion, dans le domaine purement économique, tandis qu'un magistrat criminel ne doit pas, en principe, se prononcer sur la responsabilité d'un complice ou d'un mandant, sans établir en même temps l'imputabilité par rapport à l'auteur principal ou à l'exécutant matériel de l'infraction. »¹ (*C.I.J. Recueil 1949*, p. 92.)

Sur les faits, l'affaire du *Détroit de Corfou* permet de faire un certain

¹ En ce qui concerne ce dernier point, voir toutefois, en droit anglais, *Archbold, Pleading, Evidence and Practice in Criminal Cases*, 40^e éd., p. 1898, par. 4136; *Halsbury's Laws of England*, 4^e éd., vol. 11 (1), p. 49-50, par. 50; et *R v. Howe* [1987] 1 *All ER* 771 HL.

nombre de distinctions. Il convient toutefois de faire observer que, selon la conception de M. Azevedo en matière de droit commun, le droit d'intenter une action « contre un seul des responsables *in solidum* » est ouvert à la partie lésée « d'après un choix qui est *toujours* laissé à [la] discrétion [de la victime] dans le domaine purement économique... » (les italiques sont de moi). Ce mode d'approche semble compatible avec le point de vue selon lequel Nauru a effectivement le droit d'assigner l'Australie seule.

S'il faut examiner les analogies tirées du droit interne, le domaine le plus approprié se trouve dans les grands principes du droit des *trusts* en droit anglais et des institutions apparentées d'autres systèmes. Certes, une tutelle de l'Organisation des Nations Unies ne doit pas être confondue avec un *trust* au sens d'un système déterminé de droit interne; mais, utilisés avec discernement, les principes applicables à celui-ci ne sont pas dépourvus de valeur pour aider à élucider la nature de celle-là. Comme l'a déclaré M. McNair à propos des mandats, « c'est principalement des principes du « trust » que l'on peut s'aider, en ce qui est de l'aspect de droit privé » (*Statut international du Sud-Ouest africain, C.I.J. Recueil 1950*, p. 151; voir aussi *ibid.*, p. 148, 149, 152; et l'affaire de la *Namibie, C.I.J. Recueil 1971*, p. 214, M. de Castro). Or, la règle applicable dans le droit anglais des *trusts* a été énoncée de la manière suivante :

« Quand plusieurs *trustees* sont impliqués dans la violation d'un *trust*, il n'existe pas de responsabilité principale de ce chef dans leurs relations mutuelles : ils sont tous solidairement responsables envers quiconque est fondé à intenter une action pour ladite violation. » (*Halsbury's Laws of England*, 4^e éd., vol. 48, p. 522, par. 939; voir aussi *ibid.*, p. 539, par. 971, et *ibid.*, vol. 35, par. 68.)

Cela étant, je ne suis pas surpris qu'à propos de Nauru on ait exprimé l'avis « que les trois pays sont solidairement responsables de l'administration du Territoire en droit international » (A. C. Castles, « International Law and Australia's Overseas Territories », dans *International Law in Australia*, publié sous la direction de D. P. O'Connell, 1965, p. 332). J'estime que cette manière de voir les choses est préférable à celle qui consiste à dire que la responsabilité était uniquement conjointe.

Cette conclusion, à savoir que l'obligation de veiller à la remise en état (si elle existait) était solidaire, prive de toute portée l'allégation de l'Australie selon laquelle l'instance ne peut être intentée contre l'un des trois Etats seulement. Elle devrait aussi ôter tout fondement à l'allégation australienne d'après laquelle toute décision prononcée contre l'Australie équivaudra à une décision contre la Nouvelle-Zélande et le Royaume-Uni. Mais l'Australie n'est pas de cet avis; selon elle, même si l'obligation était solidaire, prononcer une décision contre elle équivaudrait à statuer sur la responsabilité de la Nouvelle-Zélande et du Royaume-Uni. La question des effets qu'une éventuelle décision défavorable à l'Australie produirait à l'égard de la Nouvelle-Zélande et du Royaume-Uni n'est pas ici à l'examen; on l'étudiera dans la cinquième partie. Cependant, pour

anticiper la conclusion à laquelle on aboutit dans cette partie, même si l'obligation était conjointe, rendre un arrêt contre l'Australie n'équivaudra pas à statuer sur la responsabilité de la Nouvelle-Zélande et du Royaume-Uni. Cette conclusion, si elle est exacte, s'applique à plus forte raison au cas où l'obligation serait solidaire.

QUATRIÈME PARTIE. MÊME SI LES OBLIGATIONS DES TROIS GOUVERNEMENTS
ÉTAIENT CONJOINTES, CELA, PRIS EN SOI, N'EMPÊCHAIT PAS D'ASSIGNER
L'AUSTRALIE SEULE

Si l'on suppose que je me trompe dans ce qui précède, cela ne change rien au résultat, me semble-t-il, même au cas où les obligations qui incombaient aux trois gouvernements en vertu de l'accord de tutelle auraient été conjointes. Comme l'arrêt de la Cour le reconnaît, me semble-t-il, aux paragraphes 48 et 49, il est possible de considérer que l'argumentation de l'Australie pose deux questions : premièrement celle de savoir si le fait qu'une obligation soit conjointe signifie, en soi, qu'une action ne peut être intentée contre l'un des coobligés seul ; et deuxièmement, celle de savoir si prononcer une décision contre l'un des coobligés équivaut à statuer sur la responsabilité des autres, ce qui entraîne la violation de la base consensuelle de la compétence de la Cour. La deuxième question est examinée dans la cinquième partie ; la première est étudiée ci-dessous.

A propos de la question dont il s'agit, je suis d'accord avec l'Australie pour admettre « qu'il y a en réalité dans cette affaire deux questions séparées et distinctes », à savoir : « l'Australie peut-elle être assignée seule ? Dans l'affirmative, peut-elle être poursuivie pour la totalité du préjudice ? » (Exceptions préliminaires de l'Australie, vol. 1, p. 131, par. 320.) Toutefois, me semble-t-il, si l'on répond à la première question en disant que l'Australie peut être assignée seule, la deuxième question, relative à l'ampleur du préjudice pour lequel elle peut être assignée, concerne le fond. En admettant que les deux questions soient « séparées et distinctes », dès lors qu'on accepte la possibilité d'assigner l'Australie seule, je ne vois pas comment la question de l'ampleur précise du préjudice dont elle est responsable peut revêtir la forme d'une exception d'irrecevabilité opposée dans une instance par ailleurs dûment introduite contre elle. Je pense que cette façon de voir s'accorde avec la position prise par la Cour au paragraphe 48 de l'arrêt. J'examinerai donc surtout la première de ces deux questions, celle de savoir si l'Australie peut être assignée seule pour une obligation conjointe.

J'évite de citer et de discuter des textes déterminés, mais je ne puis dire que j'ai l'impression que les précieux travaux de la Commission du droit international, que les Parties ont présentés à la Cour, portaient sur la question de pur principe de savoir si une partie à un acte accompli à quelque niveau d'association avec une autre partie peut être assignée seule. Dans la mesure où les travaux de la Commission traitent d'actes de cette nature, ils semblent porter sur le point de savoir si, dans une instance introduite contre une telle partie, la demande peut être formée pour la totalité du

préjudice causé ou seulement pour une part proportionnée au degré de participation de la partie dont il s'agit, dans l'exercice de son pouvoir souverain individuel, à l'acte qui a causé ledit préjudice. Si l'on entend, par obligation conjointe, une obligation qui ne peut exister, en droit, que vis-à-vis de tous les coobligés, envisagés comme un groupe, sans incomber à aucun d'eux à titre individuel, il pourrait y avoir là une raison de dire que l'action ne saurait être intentée contre aucun d'eux séparément. De ce point de vue, les exposés de l'Australie se prêtent à différentes interprétations (CR 91/20, p. 63, M. Crawford, et exceptions préliminaires de l'Australie, vol. 1, p. 3, par. 2, avant-dernière phrase, et p. 131, par. 321). Je ne crois pourtant pas que l'Australie soutienne qu'elle n'était pas elle-même tenue des obligations issues de l'accord de tutelle; si elle le soutenait, elle soulèverait, pour des raisons indiquées dans la première partie ci-dessus, une question de fond, puisqu'en fait elle dirait que l'obligation en droit international qui, selon Nauru, aurait été violée par elle, n'existait tout simplement pas. La tendance générale des auteurs, dans la doctrine telle que je la comprends, ne va pas plus loin à ce propos.

Les deux Parties, tout en reconnaissant dûment la nécessité d'user de prudence quand on transpose dans la communauté internationale des concepts juridiques provenant de sociétés nationales, ont versé aux débats des données de droit interne et se sont efforcées de s'en servir pour justifier leurs allégations respectives. Je ne connais pas bien les systèmes juridiques autres que les systèmes anglo-saxons, mais, sous réserve du même besoin de prudence, sur lequel j'insiste, j'examinerai brièvement la situation en droit anglais, telle que je la comprends.

Dans le cas d'un délit civil imputable à plusieurs personnes, en droit anglais, le demandeur peut toujours assigner l'un quelconque des auteurs du délit, ou tous, car, comme on l'a dit il y a plus de deux cents ans, « un *tort* [délict civil] est par nature l'acte séparé de chaque individu » (*Egger v. Viscount Chelmsford* [1964] 3 *All ER* 412 CA; et *Clerk and Lindsell on Torts*, 16^e éd., p. 179, par. 2.53). Cette règle s'applique aussi aux délits civils commis par des associés (*Halsbury's Laws of England*, 4^e éd., vol. 35, par. 67). Le problème véritable était autre; il consistait en ceci que « le jugement obtenu contre l'un des coauteurs d'un délit rendait irrecevable toute nouvelle action intentée contre les autres, même si le jugement n'avait pas été exécuté » (*Clerk and Lindsell on Torts*, 16^e éd., p. 180, par. 2.54). Cette irrecevabilité fut abrogée par l'article 6 du *Law Reform (Married Women and Tortfeasors) Act* de 1935 (remplacé par le *Civil Liability (Contribution) Act* de 1978), en vertu duquel le jugement prononcé contre l'un des coauteurs d'un délit ne fait pas obstacle à une action contre les autres, sous réserve de considérations de cumul et de frais. Toutefois, à l'évidence, même avant l'adoption de la loi de 1935, rien en principe n'empêchait le demandeur d'assigner un seul des coauteurs d'un délit.

Dans le cas de contractants conjoints, la situation, du point de vue de la procédure, fut définie comme suit en 1967 :

« A première vue un défendeur a le droit d'appeler en garantie un

contractant conjoint à titre de codéfendeur et, s'il ne résulte de circonstances spéciales [qu'une] ordonnance [prononçant le sursis à statuer jusqu'à la jonction de l'appel en garantie] ne doit pas être prononcée, il est conforme à la pratique habituelle d'en prononcer une; ... Si toutefois l'existence d'une bonne raison en sens contraire est établie, par exemple que la nouvelle partie n'est pas dans le ressort (*Wilson v. Balcarres, etc., Co.* [1893] 1 QB 422), ou que tout a été fait en vain pour lui notifier l'assignation, alors il peut être décidé de laisser l'instance se poursuivre sans jonction (*Robinson v. Geisel* [1894] 2 QB 685, CA.)» (*The Supreme Court Practice 1967*, vol. 1, p. 154, ordonnance 15/4/10. Voir aussi *Chitty on Contracts*, 26^e éd., vol. 1, p. 807-808, par. 1303, et G. H. Treitel, *The Law of Contract*, 6^e éd., p. 444.)

La règle connexe de *common law* était: «l'instance introduite contre un contractant conjoint servait à faire obstacle à toute autre procédure engagée contre un autre contractant conjoint» (*Chitty on Contracts*, 26^e éd., vol. 1, p. 807, par. 1303). Plus tard cette règle fut abrogée par l'article 3 du *Civil Liability (Contribution) Act* de 1978, aux termes duquel un demandeur peut assigner un des contractants conjoints sans préjudice de son droit d'assigner les autres par la suite (*ibid.*, p. 809, par. 1306, et *The Supreme Court Practice*, 1991, vol. 1, Londres, 1990, p. 185, ordonnance 15/4/10).

Nauru soutient de façon convaincante que

«la Cour n'a pas compétence, dans la présente instance, pour interpréter les dispositions des déclarations faites en vertu de la clause facultative du Royaume-Uni et de la Nouvelle-Zélande qu'ils pourraient invoquer s'ils étaient parties à une instance introduite par Nauru» (CR 91/20, p. 90, M. Crawford);

et la situation instaurée en vertu des deux déclarations n'est pas également claire dans les deux cas. Cependant, si la Cour ne peut d'aucune manière formuler sa propre interprétation, elle n'en a pas moins la faculté de constater que c'est l'Australie, l'auteur de l'exception préliminaire, qui affirme elle-même que la Cour ne serait pas compétente aux termes de ces déclarations pour se déclarer compétente vis-à-vis de la Nouvelle-Zélande et du Royaume-Uni si Nauru les assignait (CR 91/17, p. 20, 21, 26, 46, 48, M. Pellet; et exceptions préliminaires de l'Australie, vol. I, p. 138, par. 346). Selon moi la possibilité, sur laquelle insiste l'Australie elle-même, qu'il n'y ait pas de compétence à l'égard de la Nouvelle-Zélande et du Royaume-Uni, représente à peu de chose près l'exception prévue en droit anglais (même avant 1978), qui autorisait à introduire une instance contre des contractants conjoints si, pour des raisons touchant la compétence ou la notification de l'assignation, il n'était pas possible de mettre en cause les autres dans la même instance. Cette éventualité sert aussi à attirer l'attention sur ce qu'a déclaré la Cour en 1984, à savoir qu'en l'absence de tout système d'intervention obligatoire et sauf au cas où s'applique le principe de l'*Or monétaire* (on examinera cet aspect de la

question dans la partie suivante), « la Cour doit avoir la faculté, et elle a en fait l'obligation, de se prononcer aussi complètement que possible dans les circonstances de chaque espèce » (*Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne c. Malte), requête à fin d'intervention, C.I.J. Recueil 1984*, p. 25, par. 40).

L'un des ouvrages cités par l'Australie et sur lequel elle se fonde dans son examen des systèmes de droit interne était celui de Glanville Williams, *Joint Obligations*, Londres, 1949 (exceptions préliminaires de l'Australie, vol. I, p. 128, par. 309). Le passage auquel elle renvoyait figurait au paragraphe 2 de la page 35. Deux pages plus haut, à propos des promesses conjointes, cet éminent auteur exprime l'avis que « Bowen L. J. a clairement énoncé la règle » quand il a dit :

« Dans les cas de contrats créant des obligations conjointes et des dettes conjointes, par opposition aux cas de contrats créant des obligations solidaires et des dettes solidaires, l'action n'a qu'une seule cause. La partie lésée peut assigner tous les contractants conjoints, ou elle peut en assigner un seul, sous réserve, dans cette hypothèse du droit du défendeur unique, d'invoquer la réduction de responsabilité; mais, dans le cas d'une dette conjointe, que l'instance soit introduite contre un seul débiteur ou contre tous, elle l'est pour une seule et même cause — l'action n'a qu'une seule cause. Bien que les avantages et inconvénients de cette règle aient pu être débattus à des époques reculées, elle fait maintenant partie du droit de ce pays. » (Glanville Williams, *op. cit.*, p. 33-34, citant *Re Hodgson, Beckett v. Ramsdale*, (1885) 31 Ch. D. 177, p. 188, CA; les italiques sont de moi.)

Sous réserve du droit de plaider la réduction de responsabilité, Glanville Williams ne semblait pas estimer que le fait qu'une obligation contractuelle soit conjointe ait en principe pour effet d'empêcher le demandeur d'assigner un seul des contractants conjoints.

Il ne me semble pas que le recours au droit interne, dans la mesure où j'ai pu l'étudier, fournisse des analogies satisfaisantes à l'appui de l'existence que l'on veut prêter à une règle de droit international excluant la présente action au motif que l'obligation était conjointe. Tout bien considéré, l'orientation générale des indications données par les Parties sur les systèmes juridiques autres que les systèmes anglo-saxons ne s'écarte pas, me semble-t-il, de cette conclusion (voir aussi les sources citées dans le mémoire des Etats-Unis d'Amérique du 2 décembre 1958 dans *C.I.J. Mémoires, Incident aérien du 27 juillet 1955*, p. 229 et suiv.).

Comme on l'a souvent fait observer, surestimer la pertinence des analogies tirées du droit privé revient à ne pas tenir compte de différences importantes entre le cadre juridique des sociétés nationales et celui de la communauté internationale, ni de différences entre ce que sont d'une part le fondement de la compétence de la Cour et ses pouvoirs, d'autre part l'équivalent quand il s'agit des tribunaux internes; il ne faudrait évidemment pas faire des emprunts « en bloc » (*Statut international du Sud-Ouest*

africain, C.I.J. Recueil 1950, p. 148, M. McNair). De surcroît, rien dans ces différences n'oblige à méconnaître de façon mécanique la situation en droit interne; parler d'une obligation conjointe, c'est nécessairement parler d'un concept de droit interne. Le caractère obligatoire ou involontaire de la compétence des tribunaux internes, joint aux possibilités d'exécution forcée pour faire payer les coobligés, ne me semble pas expliquer entièrement qu'en droit interne une instance puisse être dûment introduite contre un seul coobligé pour une obligation conjointe. S'il s'avère impossible, pour une raison quelconque, de s'assurer une contribution des coobligés ou de leur en faire imposer le paiement, cela n'exempte pas de sa responsabilité envers le créancier un coobligé accessible. Le créancier n'est pas fondé à se faire payer le montant total successivement par chacun des coobligés; mais il a le droit de se faire payer le montant total en assignant l'un quelconque d'entre eux ou en les assignant tous. Peut-être pourrait-on se demander, en droit international, si un seul coobligé peut être assigné en paiement de la somme totale; mais je ne vois pas quelle incidence cela aurait en principe sur la possibilité de l'attirer dans une instance séparée.

De plus, toute question relative à l'existence d'un droit de contribution constituerait un différend distinct entre coobligés, qui devrait être réglé séparément par tout moyen de règlement pacifique approprié. Comme on l'a indiqué plus haut, le règlement par voie judiciaire internationale diffère sensiblement du règlement par voie judiciaire interne; bien qu'il soit en un sens réel l'ultime mode de règlement pacifique des différends internationaux, il ne bénéficie pas de la primauté juridictionnelle qui appartient au règlement judiciaire interne parmi d'autres procédés. Le fait qu'une partie cherchant à obtenir une contribution puisse n'avoir pas la faculté de saisir la Cour n'est pas décisif (cf. *J. H. Rayner Ltd. v. Department of Trade* [1990] 2 AC 418 HL, p. 480, lettre F). Il y a d'autres moyens de se prévaloir du droit d'obtenir une contribution. Une telle manière de voir ne me paraît pas, en principe, très différente de celle qu'a adoptée le conseil de l'Australie quand il a soutenu, si je l'ai bien compris, qu'une décision de la Cour faisant droit à l'exception préliminaire que l'Australie fonde sur l'absence de la Nouvelle-Zélande et du Royaume-Uni aurait pour effet d'empêcher Nauru d'obtenir aucun prononcé judiciaire au fond, mais ne priverait pas Nauru de la faculté de faire valoir sa réclamation par d'autres procédés (CR 91/21, p. 68). Dans le domaine international, un droit peut exister même en l'absence d'une voie juridique par laquelle on puisse le faire valoir (Eugène Borel, « Les voies de recours contre les sentences arbitrales », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, t. 52 (1935-II), p. 39-40). Ainsi, le droit de contribution ne dépend pas nécessairement de l'existence d'une méthode judiciaire pour assurer l'exécution de la contribution.

En recherchant si la règle de droit invoquée par l'Australie existe, je crois souhaitable de ne pas perdre de vue le texte suivant de Charles De Visscher:

« La tentation du formalisme, le penchant à la généralisation par concepts abstraits et à une systématisation prématurée représentent l'un des plus sérieux dangers auxquels reste exposée la doctrine du droit international. Elle n'y échappe que par un constant retour au respect des faits, par une exacte observation des conditions concrètes et très particulières qui, dans le milieu international, contribuent à la formation et déterminent les incidences de la règle de droit. Assurément, celle-ci n'atteint-elle jamais la réalité sociale dans toute sa plénitude et sa complexité. A le vouloir tenter, le droit s'exposerait à compromettre ses fins propres comme à dépasser ses possibilités. Si l'abstraction conduite à l'extrême verse dans l'irréalité, l'individualisation poussée à l'excès mène à la destruction de la règle. C'est surtout à la justice internationale qu'il appartient de maintenir un juste rapport entre les données sociales et les normes destinées à les régir. » (Charles De Visscher, *Théories et réalités en droit international public*, 2^e éd., 1955, p. 176.)

Ce langage pourrait peut-être apporter du réconfort aux deux points de vues opposés sur la question de savoir s'il y a une règle de droit qui empêche d'assigner seulement un auteur lorsqu'il y a plusieurs auteurs ayant des obligations conjointes. Les effets d'une décision affirmant l'existence d'une telle règle ne peuvent être compris et appréciés que par rapport à des cas concrets illustrant sa mise en œuvre.

En l'espèce, l'Australie (qui a comparu devant la Cour) admet qu'elle a « procédé à l'administration effective du Territoire de Nauru » (exceptions préliminaires de l'Australie, vol. I, p. 136, par. 339); son argument consiste à dire qu'elle l'a fait en son nom propre, au nom de la Nouvelle-Zélande et au nom du Royaume-Uni, en ce sens que tous pris ensemble constituaient l'autorité administrante. Je ne crois pas qu'elle soutienne qu'il ne puisse y avoir en droit aucun fondement possible pour la déclarer individuellement tenue des obligations issues de l'accord de tutelle; elle soutient qu'il ne peut être statué sur la question de savoir si elle a enfreint les obligations ainsi assumées que dans une instance introduite contre elle-même, la Nouvelle-Zélande et le Royaume-Uni. Voici donc l'essentiel de l'affaire: Nauru ne propose pas un artifice de forme pour rendre l'Australie responsable d'un acte que celle-ci n'a pas accompli elle-même, ou de la violation d'une obligation dont elle ne pouvait d'aucune manière être tenue en droit; l'Australie propose plutôt une formule pour empêcher la Cour de statuer sur le point de savoir si les actes mêmes de l'Australie constituaient la violation de ses obligations de tutelle, au motif qu'elle partageait les mêmes obligations avec deux autres Etats au nom desquels elle agissait, mais qui ne sont pas parties à l'instance.

Dans ces conditions, me semble-t-il, juger qu'il existe, comme l'affirme l'Australie, une règle ayant pour effet de rendre la présente instance irrecevable en l'absence de la Nouvelle-Zélande et du Royaume-Uni au motif qu'il s'agissait d'une obligation conjointe équivaldrait à adopter un niveau de formalisme et d'abstraction incompatible avec le « juste rapport

entre les données sociales et les normes destinées à les régir» — rapport qu'il appartient en particulier à la justice internationale de maintenir, comme nous le dit M. De Visscher.

CINQUIÈME PARTIE. UNE DÉCISION PRONONCÉE CONTRE L'AUSTRALIE
N'ÉQUIVAUDRA PAS À STATUER SUR LA RESPONSABILITÉ
DE LA NOUVELLE-ZÉLANDE ET DU ROYAUME-UNI

J'en viens enfin à l'argument de l'Australie selon lequel prononcer une décision contre elle équivaldra à statuer sur la responsabilité de la Nouvelle-Zélande et du Royaume-Uni, d'où il résulte que l'action intentée par Nauru l'est en réalité contre les trois gouvernements, alors que deux sont absents et n'ont pas accepté la compétence de la Cour en l'espèce.

L'Australie a souligné que l'argument ne consistait pas à faire de la Nouvelle-Zélande et du Royaume-Uni des «parties indispensables». Il existe en effet, dans une affaire portée devant la Cour, deux éléments qui invitent à user de prudence en adoptant une règle des «parties indispensables». Ces éléments, d'ailleurs connexes, sont premièrement que la compétence de la Cour est consensuelle et, deuxièmement, que la Cour n'a pas le pouvoir d'ordonner la participation de tierces parties à la même instance. Dans certaines circonstances, il se peut que la Cour soit incompétente pour connaître d'une affaire en l'absence d'une tierce partie ou qu'il soit inapproprié qu'elle le fasse: cela ressort de l'affaire de l'*Or monétaire pris à Rome en 1943* (C.I.J. Recueil 1954, p. 32). Toutefois, comme le montrait cette affaire et comme l'avaient fait ressortir les affaires ultérieures qui l'ont interprétée, la Cour ne refuse d'exercer sa compétence que dans l'hypothèse où les intérêts d'ordre juridique d'un Etat qui n'est pas partie à l'instance «seraient non seulement touchés par une décision, mais constitueraient l'objet même de ladite décision» (*ibid.*). Tel était alors le cas, comme l'indique le passage suivant de l'arrêt:

«La première demande énoncée dans la requête gravite autour d'une réclamation de l'Italie contre l'Albanie, réclamation d'indemnité pour dommage prétendu. L'Italie estime avoir contre l'Albanie droit à réparation d'un délit international que, selon l'Italie, l'Albanie aurait commis envers elle. En conséquence, pour déterminer si l'Italie a titre à recevoir l'or, il est nécessaire de déterminer si l'Albanie a commis un délit international contre l'Italie et si elle est tenue à réparation envers elle; puis, dans ce cas, de déterminer aussi le montant de l'indemnité. Pour trancher ces questions, il est nécessaire de déterminer si la loi albanaise du 13 janvier 1945 était contraire au droit international. A la solution de ces questions, lesquelles concernent le caractère licite ou illicite de certains actes de l'Albanie vis-à-vis de l'Italie, deux Etats seulement, l'Italie et l'Albanie, sont directement intéressés.» (*Ibid.*)

Ainsi, dans cette affaire, il était demandé à la Cour de décider si les actes de l'Albanie, qui n'était pas partie, avaient engagé sa responsabilité internationale envers l'Italie, le demandeur, et en ce cas, s'il fallait, par voie de conséquence, considérer qu'un certain or monétaire appartenant à l'Albanie était dû à l'Italie à titre de réparation. Sans régler ces questions entre l'Italie et l'Albanie, la Cour ne pouvait se prononcer sur les points litigieux présentés dans la requête entre les parties à l'instance: les demandes formulées par l'Italie contre les parties à l'instance dépendaient de l'issue d'une demande qu'elle formulait contre l'Albanie dans sa requête contre ces parties. En cette affaire il n'était pas demandé à la Cour de rendre une décision statuant entre les parties à l'instance en se fondant sur des motifs susceptibles d'être étendus à un Etat qui n'y était pas partie; la décision aurait statué directement sur la responsabilité de l'Etat qui n'était pas partie et entraîné des effets concrets de caractère dispositif en droit quant à la propriété reconnue de l'or. Un tribunal (y compris la Cour) peut dans certaines circonstances prononcer une décision contre une partie absente; mais aucun tribunal, pas même un tribunal de l'ordre interne qui n'exerce pas sa compétence sur une base consensuelle, ne peut statuer contre une personne qui n'était pas, d'une manière ou d'une autre, partie à l'instance, ou à la phase pertinente de celle-ci aboutissant à une décision, et avait donc le droit d'être entendue. Agir de la sorte irait à l'encontre d'un principe cardinal de l'organisation judiciaire, qui interdit aux tribunaux de prononcer une décision contre quiconque n'est pas partie et d'enfreindre ainsi la règle *audi alteram partem*. La Cour aurait manifestement fait un affront à ce principe de comportement judiciaire, dont l'application générale vaut pour tous les tribunaux, si elle avait statué sur la responsabilité de l'Albanie. De plus, l'exigence du consentement à la compétence, qui vaut en particulier pour cette Cour, aurait été déniée elle aussi.

Le critère à appliquer pour décider si la Cour ne peut dûment agir consiste donc à déterminer, non pas simplement s'il aurait été plus commode de statuer sur un point du litige alors que tous les Etats dont un intérêt d'ordre juridique était en cause auraient comparu, mais si, vu les circonstances de l'affaire, l'absence de l'Etat en question est de nature à empêcher la Cour de trancher par une décision judiciaire les problèmes posés, même compte tenu des dispositions protectrices de l'article 59 du Statut.

Le passage reproduit ci-dessus de l'arrêt dans l'affaire de l'*Or monétaire* a été cité par le conseil du Nicaragua dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires* (CR 84/14, p. 26, M. Reichler). Celui-ci l'a cité afin de s'opposer à un argument du conseil des Etats-Unis selon lequel non seulement toute décision prononcée à l'encontre des Etats-Unis statuerait inévitablement sur les responsabilités de certains Etats qui n'étaient pas parties, mais qu'elle aurait une incidence concrète sur ces Etats. De tels effets seraient concrets, soutenait-on, en ce sens que, si la Cour devait interdire aux Etats-Unis, comme le demandait le Nicaragua, de coopérer avec ces Etats sur le plan militaire, cela empêcherait ces derniers, par

voie de conséquence, de recevoir aucune assistance militaire licite des Etats-Unis et porterait donc atteinte à leur droit de légitime défense (CR 84/19, p. 42 et suiv., M. J. N. Moore; voir aussi CR 84/10, p. 76-77, M. McGovern, et le contre-mémoire présenté par les Etats-Unis d'Amérique, quatrième partie, chap. I). L'argument n'a pas été accueilli par la Cour (*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, C.I.J. Recueil 1984, p. 184-186, 429-431). Pourtant, il semblerait que cet argument aurait été plus solide que l'affirmation de l'Australie en l'espèce : à la différence de la position adoptée par les Etats-Unis, l'Australie n'a pas pu soutenir qu'une décision prononcée contre elle aurait pour effet concret de priver la Nouvelle-Zélande et le Royaume-Uni de la possibilité d'exercer un droit qui peut leur être reconnu par le droit international. Il est utile de relever que la question, telle que la Cour l'a comprise, ne consistait pas à savoir si le Nicaragua pouvait, dans un sens absolu, présenter une réclamation contre un autre Etat (comme il est concevable que Nauru pouvait le faire contre la Nouvelle-Zélande et le Royaume-Uni), mais si une telle réclamation avait été présentée dans l'instance introduite devant la Cour. A cet égard, la Cour a rappelé que le Nicaragua

« souligne que, dans la présente espèce, le Nicaragua exerce une action contre les seuls Etats-Unis, et non contre tel ou tel Etat absent, si bien qu'il n'est pas demandé à la Cour d'exercer sa juridiction à l'égard d'un tel Etat » (C.I.J. Recueil 1984, p. 430, par. 86; les italiques sont de moi).

La conclusion retenue dans l'affaire de l'*Or monétaire* a-t-elle été renversée quand la Cour a pris position sur la requête à fin d'intervention de l'Italie dans l'affaire du *Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte)*? En rejetant la requête, la Cour a déclaré :

« L'arrêt futur ne sera pas seulement limité dans ses effets par l'article 59 du Statut; il sera exprimé sans préjudice des droits et titres d'Etats tiers. » (C.I.J. Recueil 1984, p. 26-27, par. 43.)

Bien que, à proprement parler, la deuxième partie de ce passage semble superflue, l'essentiel de la déclaration s'accordait avec la jurisprudence établie de la Cour. Pourtant, en statuant sur le fond, la Cour a déclaré :

« La présente décision doit, comme on l'a ainsi laissé prévoir [en 1984], être d'une portée géographique limitée de manière à ne pas affecter les prétentions de l'Italie; autrement dit, elle ne doit porter que sur la zone où, selon les indications qu'elle a données à la Cour, l'Italie n'émet pas de prétentions sur le plateau continental. » (C.I.J. Recueil 1985, p. 26, par. 21.)

On peut donc soutenir que la position ainsi adoptée par la Cour allait au-delà de sa position de 1984 et que celle-ci ne l'avait pas préfigurée : la Cour

désormais ne déclarait pas simplement que sa décision n'affecterait pas en droit les intérêts de l'Italie, mais s'abstenait en fait de statuer entre les parties à l'instance sur des zones où l'Italie pourrait émettre des prétentions. Une question assez difficile me semble avoir été soulevée par l'argument selon lequel, si les prétentions de l'Italie avaient revêtu une ampleur suffisante, cela aurait bien pu empêcher totalement la Cour, selon le point de vue adopté par elle en fin de compte, de statuer entre les parties à l'instance (*C.I.J. Recueil 1985*, p. 28, par. 23). La déclaration en question de la Cour dans son arrêt de 1985 s'explique peut-être par certaines « particularités » dont elle fait mention (*ibid.*). Ou alors il faut l'expliquer par les termes mêmes du compromis, d'après lesquels la décision de la Cour devait être exprimée :

« en termes absolus, en ce sens qu'elle permettra de délimiter les zones de plateau qui « relèvent » des Parties, par opposition à celles sur lesquelles l'une des Parties a fait valoir un meilleur titre que l'autre, mais qui pourraient néanmoins « relever » en définitive d'un Etat tiers si la Cour avait compétence pour vérifier le titre de celui... » (*ibid.*, p. 25, par. 21).

En réalité, le compromis lui-même demandait à la Cour de s'abstenir de statuer sur des zones où l'Italie pourrait émettre des prétentions et qui risquaient donc de ne pas « relever » en « termes absolus » des parties à l'affaire. A mon avis, cet arrêt n'a rien changé au principe général défini dans l'affaire de l'*Or monétaire*.

Ce principe a été appliqué dans l'affaire du *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime* (*C.I.J. Recueil 1990*, p. 92). En l'occurrence, le raisonnement de la Chambre, surtout sur les questions d'opposabilité, figure dans le passage de sa décision reproduit dans l'opinion dissidente de M. Schwebel en l'espèce. La décision a été discutée minutieusement de part et d'autre. Après avoir examiné les vues exprimées, il me semble qu'il y a quelque chose à retenir dans la proposition selon laquelle, par hypothèse, un condominium des trois Etats (cause plaidée par El Salvador), ou une « communauté d'intérêts » entre eux (cause plaidée par le Honduras) ne pourrait prendre effet en droit dans les seules relations de deux d'entre eux. On peut soutenir que juger que les droits de deux Etats sont régis par un condominium ou par une « communauté d'intérêts » de trois équivaut à décider, sur la base de l'interdépendance nécessaire, que les droits du troisième Etat sont aussi régis de la même manière. On voit mal comment une déclaration confirmant l'existence de l'un ou l'autre des deux régimes évoqués pourrait s'appliquer dans les rapports entre deux des trois Etats si l'on n'admet pas qu'elle produit le même effet en droit vis-à-vis du troisième. Au contraire, en l'espèce, toute décision prononcée à l'encontre de l'Australie peut produire son plein effet dans les rapports entre les deux Etats parties à l'instance sans qu'il soit nécessaire qu'elle ait des effets juridiques à l'égard des deux Etats absents. Le raisonnement suivi par la Chambre, quand elle a jugé qu'elle n'était pas empêchée de connaître de l'affaire portée devant elle alors que le Nicaragua n'avait pas comparu

comme partie, s'applique à plus forte raison pour justifier la décision de connaître de la présente instance en l'absence de la Nouvelle-Zélande et du Royaume-Uni. Je vois mal comment on pourrait concilier la décision prononcée dans cette affaire avec une conclusion différente en l'espèce.

L'Australie admet qu'à la différence de la situation dans l'affaire de l'*Or monétaire*, la Cour en l'espèce n'a pas besoin, à titre de condition préalable, de décider que la responsabilité de la Nouvelle-Zélande et du Royaume-Uni est engagée pour décider que l'Australie est responsable. L'Australie estime cependant que toute décision prononcée à son encontre ne pourra manquer d'impliquer des décisions simultanées contre la Nouvelle-Zélande et le Royaume-Uni; selon elle, un tel résultat serait lui aussi interdit par les motifs de l'arrêt dans l'affaire de l'*Or monétaire*, dans la mesure où ceux-ci retiennent comme justification que la Cour est incompétente pour statuer sur la responsabilité d'un Etat sans son consentement. Je reconnais que si la Cour statue en fait sur la responsabilité d'un Etat qui n'est pas partie, une telle décision ne saurait soulever moins d'objections à cause du stade particulier de la procédure judiciaire auquel elle intervient. Toutefois, cela ne serait vrai que s'il s'agissait d'une décision judiciaire prétendant produire des effets juridiques à l'égard de la partie absente, comme cela avait été envisagé dans l'affaire de l'*Or monétaire*, et non pas simplement d'une implication au sens d'un élargissement des effets du raisonnement de la Cour. Si l'on aborde la question du point de vue de la simultanéité des déterminations, c'est une implication de ce genre qui semble devoir en résulter et non un prononcé judiciaire. La jurisprudence de la Cour établit que de telles implications ne font pas obstacle à l'exercice de la compétence.

Selon mon interprétation de l'affaire de l'*Or monétaire*, le critère n'est pas seulement celui de l'identité d'objet, mais aussi celui de savoir si, par rapport à un même objet, la détermination judiciaire de la Cour porte sur la responsabilité d'un Etat qui n'est pas partie. Si on laisse de côté la question de l'identité d'objet, une décision dans la présente affaire constituerait-elle une détermination judiciaire de la responsabilité de la Nouvelle-Zélande et du Royaume-Uni? Ou, sans constituer une telle détermination dans les formes, cela équivaudrait-il à une telle détermination au sens véritable auquel il fut demandé à la Cour de statuer sur la responsabilité de l'Albanie?

Quand on se demande si un arrêt éventuellement défavorable à l'Australie reviendrait à une détermination de la responsabilité de la Nouvelle-Zélande et du Royaume-Uni, il est pertinent, et même nécessaire, de rechercher sur quels éléments juridiques pourrait se fonder un tel arrêt. L'instance devant la Cour est établie entre Nauru et l'Australie. Nauru demande à la Cour de dire que l'Australie a enfreint une certaine obligation dont elle serait tenue envers Nauru en droit international. L'obligation, à supposer qu'elle ait existé, incombait aussi à la Nouvelle-Zélande et au Royaume-Uni. Mais Nauru n'a pas besoin de tirer argument de ce fait et la Cour, tout en en prenant note, n'a pas besoin de fonder sur lui sa décision. Le fait que d'autres aient été tenus de la même obligation

n'empêche en rien que l'Australie en était également tenue. La Cour ne s'occupe que de l'obligation de l'Australie. Contrairement à la situation dans l'affaire de l'*Or monétaire*, la décision de la Cour dans le différend entre Nauru et l'Australie ne se fondera pas sur l'obligation de la Nouvelle-Zélande et du Royaume-Uni. De plus, même si l'obligation était conjointe, la décision de la Cour n'a pas besoin de se fonder sur ce fait : à cet égard, comme on l'a noté dans la première partie, dans l'arrêt de ce jour la Cour n'a pas jugé nécessaire de dire si l'obligation était ou non conjointe (voir paragraphe 48 de l'arrêt). Si cette obligation était conjointe, cela ne signifierait pas qu'elle incombait d'autant moins à l'Australie. Tout ce qui intéresse la Cour dans la présente instance, c'est de savoir si l'obligation, à supposer qu'elle ait existé, était une obligation incombant à l'Australie.

Les éléments juridiques d'un arrêt qui serait en faveur de Nauru n'auraient donc besoin de rien contenir qui oblige à l'interpréter en ce sens qu'il constituerait par lui-même ou par équivalent une décision judiciaire sur la responsabilité de la Nouvelle-Zélande et du Royaume-Uni. A se fonder sur l'argument que l'obligation était intrinsèquement et indissociablement conjointe on pourrait soutenir que la logique permet d'étendre à la Nouvelle-Zélande et au Royaume-Uni la conclusion tirée dans l'arrêt; mais il s'agirait alors d'étendre le raisonnement de la Cour à une affaire à laquelle son arrêt ne s'applique pas en soi et pour un motif sur lequel ne se fonde pas l'arrêt lui-même. Pour ce qui est de l'arrêt, il n'affectera pas, par lui-même, les droits de la Nouvelle-Zélande ou du Royaume-Uni au sens auquel une décision de justice produit ses effets, comme il serait advenu dans le cas de l'Albanie. La Nouvelle-Zélande et le Royaume-Uni ne seront privés d'aucun droit afférent à l'objet de l'affaire, ni d'aucun droit quel qu'il soit. Il est certain qu'aucun bien ou droit de propriété leur appartenant ne sera transféré, ni ne subira aucune autre atteinte en vertu d'une telle décision. On voit mal quelle protection supplémentaire sera nécessaire outre celle qu'assure l'article 59 du Statut de la Cour.

Dans toute instance introduite contre eux par Nauru, la Nouvelle-Zélande et le Royaume-Uni seront libres de dénier leur responsabilité en invoquant n'importe quel moyen, qu'il s'agisse ou non d'un moyen plaidé par l'Australie dans la présente instance; à cet égard, des différences ont été indiquées dans la deuxième partie ci-dessus entre ce qu'étaient, en vertu de l'accord de tutelle, d'une part la position de l'Australie, de l'autre celle de la Nouvelle-Zélande et du Royaume-Uni; et l'on ne peut partir a priori du principe que ces différences ne pourraient apparaître dans les moyens de défense invoqués aux fins d'une telle instance. Quelque marquée que puisse être la tendance de la Cour à suivre une éventuelle décision prononcée au profit de Nauru en l'espèce dans toute instance introduite par Nauru contre la Nouvelle-Zélande et le Royaume-Uni, on ne peut ériger cette tendance en une décision judiciaire de la Cour en l'espèce sur la responsabilité de ces deux Etats au sens auquel il lui fut demandé de statuer sur la responsabilité de l'Albanie dans l'affaire de l'*Or monétaire*. Si, comme je le pense, une décision en l'espèce ne cons-

titue pas en soi une détermination judiciaire de la responsabilité de la Nouvelle-Zélande et du Royaume-Uni, elle ne saurait revêtir au mieux qu'une valeur de précédent dans toute action relative à leur responsabilité; or, une telle valeur, quelle que soit l'importance qu'on est disposé à lui attribuer, exerce bien une influence, mais n'est pas déterminante. La faculté d'un tribunal de statuer différemment sur les mêmes questions dans des instances différemment constituées n'est pas un phénomène moins connu en droit que la propension générale des tribunaux à s'inspirer de ce qu'ils ont décidé dans des affaires semblables. Il serait encore moins justifié dans le contentieux international que dans le contentieux interne de s'appuyer sur la propension à s'inspirer des décisions antérieures pour exclure la faculté de statuer d'une autre manière dans une affaire ultérieure.

On a fait observer à juste titre « qu'au fur et à mesure que les relations entre les Etats deviennent plus complexes, il est de moins en moins probable qu'un différend, quel qu'il soit, présente un caractère strictement bilatéral » (L. F. Damrosch, « Multilateral Disputes », dans L. F. Damrosch (dir. publ.), *The International Court of Justice at a Crossroads*, 1987, p. 376). Dans un exposé écrit présenté pour le Nicaragua dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires*, le conseil avait déjà présenté de la manière suivante les incidences de cette observation :

« La règle établie dans l'*Or monétaire* est solidement fondée sur les réalités des relations internationales contemporaines. Il est rare en effet que les différends d'ordre juridique entre Etats soient purement bilatéraux. Comme dans le cas de la délimitation du plateau continental, le règlement des différends se répercute souvent de façon directe sur les intérêts juridiques d'autres Etats. Vouloir empêcher la Cour de statuer sans la présence de tous ces Etats, même quand les parties à la procédure ont pleinement accepté sa compétence, serait donc soumettre à une restriction grave et arbitraire sa faculté de s'acquitter de ses fonctions. » (*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, compétence et recevabilité, mémoire du Nicaragua, par. 248.)

Je suis d'accord avec l'Australie pour dire :

« les différends internationaux sont de plus en plus souvent multilatéraux, mais cela ne justifie pas que l'on ignore les principes fondamentaux du droit international que sont la souveraineté des Etats et la reconnaissance préalable de la compétence judiciaire » (exceptions préliminaires de l'Australie, vol. I, p. 144, par. 363),

mais je ne crois pas que ces principes risquent d'être enfreints en l'espèce. Que les incidences plus étendues d'un différend n'empêchent pas nécessairement de statuer sur un litige qui oppose certaines seulement des parties intéressées, la Cour permanente de Justice internationale semble l'avoir tacitement admis par anticipation dès 1932 (*Zones franches de la Haute-Savoie et du pays de Gex*, C.P.J.I série A/B n° 46, p. 136). Comme on

l'a fait observer plus haut, la Cour a reconnu qu'à moins d'en être empêchée par le principe de l'*Or monétaire*, elle doit essayer « de se prononcer aussi complètement que possible dans les circonstances de chaque espèce » (*Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte), requête à fin d'intervention, C.I.J. Recueil 1984*, p. 25, par. 40).

La jurisprudence de la Cour subit une révision continue; aucun arrêt, même des plus respectés, n'est à l'abri d'un examen et d'une réévaluation. Il ne semble pourtant pas que la Cour se soit aucunement écartée de la position qu'elle a prise quand elle a déclaré, en 1984, que « les circonstances de l'affaire de l'*Or monétaire* marquent vraisemblablement la limite du pouvoir de la Cour de refuser d'exercer sa juridiction » (*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), C.I.J. Recueil 1984*, p. 431, par. 88; les italiques sont de moi). Il se peut que cette limite ait été fixée de telle sorte qu'elle permette à la Cour de statuer alors qu'un tribunal interne s'abstiendrait de le faire en l'absence d'une mise en cause; mais, s'il en a été ainsi, la différence s'explique pour de bonnes raisons. Le danger que représente, pour l'autorité de la Cour, toute tendance à agir en abaissant beaucoup le seuil de sa compétence ne doit pas être écarté à la légère; mais je ne suis en proie à aucune crainte, compte tenu des circonstances de la présente affaire, si l'on peut admettre, comme je le pense, qu'elle rentre dans les limites admises par l'arrêt dans l'affaire de l'*Or monétaire*, et qu'elle ne fait donc pas intervenir l'exercice de la compétence à l'égard d'entités non parties.

La décision dans l'affaire de l'*Or monétaire* reposait en partie sur le fait que la règle énoncée à l'article 59 du Statut « suppose que la Cour est pour le moins en mesure de rendre une décision qui lie les parties » (*C.I.J. Recueil 1954*, p. 33). Pour les raisons déjà indiquées, la Cour dans cette affaire ne pouvait prononcer, sur la question riche en effets de la responsabilité internationale de l'Albanie, une décision qui soit « obligatoire pour aucun Etat, ni pour l'Etat tiers, ni pour aucune des parties qui sont devant elle » (*ibid.*). Une décision en l'espèce ne lierait évidemment ni la Nouvelle-Zélande, ni le Royaume-Uni; je ne vois pas pourquoi elle ne lierait pas l'Australie. L'Australie a comparu devant la Cour; même si la responsabilité alléguée était conjointe, cela ne signifie pas en soi que l'Australie ne saurait assumer sa part de responsabilité (si elle existe) pour aucune raison quelle qu'elle soit. C'est à la Cour qu'il appartient de décider si l'on est fondé à attribuer une part de responsabilité à l'Australie. Si la Cour dit qu'on est fondé à le faire, il est difficile de voir pourquoi sa décision ne serait pas obligatoire pour l'Australie.

Je devrais aussi dire quelque chose de l'allégation de l'Australie selon laquelle l'absence de la Nouvelle-Zélande et du Royaume-Uni dans l'instance prive la Cour de certains « éléments de fait déterminants » (exceptions préliminaires de l'Australie, vol. I, p. 140, par. 354). Quand l'Australie invoque l'affaire du *Statut de la Carélie orientale (C.P.J.I. série B n° 5*, p. 27), elle ne tient pas compte du fait que l'absence d'un Etat intéressé n'a pas nécessairement pour effet de priver la Cour d'éléments de preuve si elle peut se procurer ces éléments d'une autre manière (*Sahara occidental*,

C.I.J. Recueil 1975, p. 28-29). Il s'agissait ainsi dans cette dernière affaire d'un avis consultatif, mais cela ne change rien à la proposition générale. Une personne capable d'apporter des éléments de preuve pertinents peut être un témoin nécessaire, non une partie nécessaire¹. Dans les systèmes qui la prévoient, la mise en cause n'est pas justifiée à seule fin d'obtenir ou de faciliter la présentation d'éléments de preuve : les preuves doivent être fournies par les moyens normaux. Une allégation semblable à celle de l'Australie a été proposée dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, compétence et recevabilité*, mais sans succès (*C.I.J. Recueil 1984*, p. 430, par. 86; contre-mémoire des Etats-Unis, par. 443; et M. J. N. Moore, CR 84/19, p. 42, 47, 48, 51). De toute manière, les argumentations présentées ne me persuadent pas que l'Australie, qui a exercé en fait l'administration de Nauru à tous les moments qui comptent, ne soit pas ou ne puisse être en possession de tous les éléments de preuve pertinents.

CONCLUSION

Les arguments de l'Australie méritent d'être examinés et les avis peuvent différer quant à leur valeur. Pour les raisons indiquées, je ne suis pas en mesure de m'estimer persuadé. A mon avis, les obligations dont les trois gouvernements se trouvaient tenus en vertu de l'accord de tutelle étaient solidaires et l'Australie pouvait donc être assignée seule. Dans le cas contraire, si les obligations étaient conjointes, cela n'empêchait pas non plus Nauru d'assigner l'Australie seule. Je ne pense pas qu'un éventuel arrêt rendu contre l'Australie sera l'équivalent d'une décision sur les responsabilités de la Nouvelle-Zélande et du Royaume-Uni. Quand on pose la question de savoir si l'Australie était effectivement tenue de l'obligation internationale d'assurer la remise en état des terres à phosphates épuisées, si, dans l'affirmative, elle a enfreint cette obligation et, dans l'affirmative, quelle est l'étendue de sa responsabilité de ce chef, on pose trois questions différentes.

(Signé) Mohamed SHAHABUDEEN.

¹ *Amon v. Raphael Tuck and Sons, Ltd.* [1956] 1 All ER 2773, p. 286-287.