

SEPARATE OPINION OF JUDGE KOOIJMANS

Judgment bears testimony to inherent weakness of optional clause system — Reservations to declarations of acceptance of compulsory jurisdiction under Article 36, paragraph 2, of the Statute — Making of such reservations never been controversial if not inconsistent with the Statute itself — Court's finding that Canada's reservation is valid correct interpretation of the law — Canada's reservation made to prevent the Court from scrutinizing the legality of an action it intended to undertake — Consistency of such policy with expressed preference for judicial settlement — Free choice of means and acceptance of compulsory jurisdiction — Optional Clause system an integral and essential part of the Statute. Role of the Court in this respect — Compulsory jurisdiction not just another method of settling legal disputes.

1. I have voted in favour of the Court's finding that it has no jurisdiction to adjudicate upon the dispute submitted by Spain since this dispute comes within the terms of the reservation contained in paragraph 2 (*d*) of the Canadian declaration of acceptance of the Court's compulsory jurisdiction of 10 May 1994. I have done so, however, with a heavy heart, since I am fully aware that this Judgment — although undoubtedly in conformity with international law as it presently stands — bears testimony to the inherent weakness of the system of compulsory jurisdiction under Article 36, paragraph 2, of the Statute, also called the optional clause system, as it has developed in the course of time.

2. Although this system was established in 1920 and reconfirmed in 1945 as an expression of the idea that the settlement of international legal disputes by adjudication is desirable and should be sought if other methods of dispute-settlement have failed or are unable to proffer a solution, it hardly has come near to that ideal in actual practice.

3. It is ironical indeed that the League of Nations, in its efforts to encourage acceptance of the Court's jurisdiction, endorsed the making of reservations to such acceptance (although Article 36, paragraph 3, of the Statute does not formally authorize a declarant State to make such reservations), but by so doing weakened the system it tried to strengthen.

The use of reservations became so widespread and so varied that Professor Humphrey Waldock in 1955 warned that:

“the attitude of States towards the optional clause may degenerate

OPINION INDIVIDUELLE DE M. KOOIJMANS

[Traduction]

L'arrêt témoigne de la faiblesse intrinsèque du système de la clause facultative — Réserves aux déclarations d'acceptation de la juridiction obligatoire formulées en vertu du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut — La formulation de telles réserves n'a jamais été contestée à condition de ne pas être incompatible avec le Statut lui-même — En concluant que la réserve canadienne est valide, la Cour a interprété correctement le droit — Le Canada a formulé sa réserve dans le but d'empêcher la Cour d'examiner la licéité d'actes qu'il s'apprêtait à accomplir — Cohérence de cette démarche avec sa préférence déclarée pour un règlement judiciaire — Le libre choix des moyens et l'acceptation de la juridiction obligatoire — Le système de la clause facultative fait partie intégrante du Statut et en est un élément essentiel. Rôle de la Cour à cet égard — La juridiction obligatoire n'est pas simplement un moyen parmi d'autres de régler des différends juridiques.

1. J'ai voté en faveur de la décision de la Cour selon laquelle elle n'a pas compétence pour se prononcer sur le différend qui lui a été soumis par l'Espagne, ce litige étant couvert par la réserve formulée à l'alinéa *d*) du paragraphe 2 de la déclaration d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour formulée par le Canada le 10 mai 1994. Mais c'est le cœur lourd que j'ai émis ce vote, car j'ai vivement conscience que cet arrêt — s'il est sans nul doute conforme au droit international en son état actuel — témoigne de la faiblesse intrinsèque du système de la juridiction obligatoire, dit aussi système de la clause facultative, mis en place en vertu du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut, tel qu'il a pris forme au fil du temps.

2. Quoique ce système ait été institué en 1920 puis confirmé en 1945 en tant qu'expression du principe selon lequel le règlement judiciaire des différends juridiques internationaux est souhaitable et doit être recherché si d'autres modes de règlement ont échoué ou n'ont pu permettre de trouver une solution, on est loin d'approcher de cet idéal dans la pratique.

3. Il est vraiment paradoxal que la Société des Nations, alors même qu'elle s'efforçait d'amener les Etats à accepter la juridiction de la Cour, ait donné son aval à la formulation de réserves à cette acceptation (quoique le paragraphe 3 de l'article 36 du Statut n'autorise pas expressément un Etat déclarant à formuler de telles réserves): ce faisant, elle a affaibli le système qu'elle essayait de renforcer.

Le recours aux réserves était devenu si courant et servait des objectifs si divers qu'en 1955, M. Humphrey Waldock fit cette mise en garde:

«l'attitude des Etats à l'égard de la clause facultative risque de dégé-

into one of pure opportunism, declarations being made, cancelled and varied as the immediate interests of States may dictate”¹.

4. The right of a State to make reservations to its declaration of acceptance has long been recognized; in point of fact it never has been even controversial. This is confirmed by the fact that it was not even considered necessary to incorporate it explicitly in the Statute when in 1945 the present Court was established. The San Francisco Conference Subcommittee D to Committee IV/1 stated in its Report of 31 May 1945:

“As is well known, the article (Article 36 of the Statute) has consistently been interpreted in the past as allowing states accepting the jurisdiction of the Court to subject their declarations to reservations. The Subcommittee has considered such interpretation as being henceforth established. It has therefore been considered unnecessary to modify paragraph 3 in order to make express reference to the right of the states to make such reservations.”²

5. Since that time controversy only has arisen with regard to the question whether reservations inconsistent with the Statute itself are admissible. Although the Court itself never took position with regard to that question, both in the *Norwegian Loans* case and the *Interhandel* case the so-called “automatic reservation” and its validity under the Statute was a matter for lively debate. According to Judge Lauterpacht and some of his colleagues, Article 36, paragraph 6, of the Statute explicitly authorized the Court and not the declarant State to decide whether in the event of a dispute the Court has jurisdiction. A reservation in which the declarant State reserves for itself the right to determine whether a dispute is essentially within its national jurisdiction is “contrary to an express provision” of the Statute and therefore must be deemed invalid.

6. In his famous separate opinion in the *Norwegian Loans* case Judge Lauterpacht did not doubt, however, for one moment the right of a State to make reservations which cannot be deemed to be contrary to the Statute. He explicitly stated:

“In accepting the jurisdiction of the Court Governments are free to limit its jurisdiction in a drastic manner. As a result there may be little left in the Acceptance which is subject to the jurisdiction of the Court. This the Governments, as trustees of the interests entrusted to them, are fully entitled to do.”³

¹ C. H. M. Waldock, “Decline of the Optional Clause”, *British Year Book of International Law*, Vol. 32, 1955-1956, p. 283.

² *UNCIO*, XIII, p. 559, doc. 702.

³ *Certain Norwegian Loans, Judgment, I.C.J. Reports 1957*, p. 46.

nérer pour devenir simplement de l'opportunisme, si ceux-ci forment, annulent et modifient leurs déclarations au gré de leurs intérêts immédiats»¹ [traduction du Greffe].

4. Le droit des Etats d'assortir de réserves leur déclaration d'acceptation est reconnu depuis longtemps; bien plus, il n'a jamais été contesté, comme en témoigne le fait que l'on n'a même pas jugé nécessaire de l'incorporer expressément au Statut lorsque la présente Cour a été instituée, en 1945. A la conférence de San Francisco, le sous-comité D du comité IV/1 a déclaré, dans son rapport en date du 31 mai 1945:

«On sait que l'article 36 (du Statut) a constamment été interprété dans le passé comme permettant aux Etats acceptant la compétence de la Cour d'accompagner cette déclaration de réserves. Le sous-comité a considéré cette interprétation comme désormais fixée. Il a, en conséquence, jugé superflu de modifier le paragraphe 3 de l'article 36 en y mentionnant expressément la faculté pour les Etats de formuler des réserves.»²

5. Depuis cette époque, le seul point qui a été controversé à cet égard est celui de savoir si des réserves incompatibles avec le Statut lui-même sont recevables. Quoique la Cour n'ait elle-même jamais pris position à ce sujet, la question des réserves dites «automatiques» et de leur validité au titre du Statut a fait l'objet de vifs débats à l'occasion de l'affaire relative à *Certains emprunts norvégiens* et de l'affaire de l'*Interhandel*. Selon M. Lauterpacht et plusieurs de ses collègues, le paragraphe 6 de l'article 36 du Statut autorise expressément la Cour et non l'Etat déclarant à décider si la Cour est compétente pour connaître d'un différend. Une réserve aux termes de laquelle l'Etat déclarant se réserve le droit de décider si un litige relève intrinsèquement de sa juridiction nationale est «contraire à une disposition expresse» du Statut et doit par conséquent être considérée comme non valide.

6. Dans l'opinion individuelle restée célèbre qu'il a rédigée à propos de l'affaire relative à *Certains emprunts norvégiens*, M. Lauterpacht n'a cependant à aucun moment mis en doute le droit des Etats de faire des réserves, pour autant que celles-ci ne puissent pas être considérées comme contraires au Statut. Il a explicitement déclaré:

«En acceptant la juridiction de la Cour, les gouvernements sont libres de la limiter de façon radicale. Il peut en résulter que le champ d'application de l'acceptation de la juridiction de la Cour soit réduit à peu de choses. Les gouvernements ont, en tant que dépositaires des intérêts qui leur sont confiés, pleinement le droit d'agir de cette manière.»³

¹ C. H. M. Waldock, «Decline of the Optional Clause», *British Year Book of International Law*, vol. 32, 1955-1956, p. 283.

² *UNCIO*, XIII, p. 564, doc. 702.

³ *Certains emprunts norvégiens, arrêt, C.I.J. Recueil 1957*, p. 46.

A similar viewpoint was taken by the Court in the case concerning *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)* when it stated:

“Declarations of acceptance of the compulsory jurisdiction of the Court are facultative, unilateral engagements, that States are absolutely free to make or not to make. In making the declaration a State is equally free either to do so unconditionally and without limit of time for its duration, or to qualify it with conditions or reservations.”⁴ (Quoted in paragraph 54 of the present Judgment.)

7. Nor have I found in doctrine a tendency to limit the legality — which is something entirely different from the desirability — of making reservations to declarations of acceptance (with the exception of reservations encroaching upon the Statute). I therefore cannot but share the view of the Court, expressed in paragraph 54 of the Judgment, that “[t]he fact that a State may lack confidence as to the compatibility of certain of its actions with international law does not operate as an exception to the principle of consent to the jurisdiction of the Court and the freedom to enter reservations”. The Court has to apply the law as it is and I have not found a scrap of evidence in State practice that contradicts the Court’s view.

8. Yet, I strongly feel that things should not be left at that. In the present case Canada has modified its declaration of acceptance and introduced a new reservation precisely to prevent the Court from scrutinizing the legality of an action it intended to undertake. In spite of the wide range of reservations made, it was only seldom that a State modified its declaration in anticipation of a certain dispute reaching the Court. Merrills⁵ mentions three examples: in 1954 Australia modified its declaration in view of a dispute with Japan over pearl fisheries, in 1955 the United Kingdom entered a reservation to prevent proceedings in respect of the Buraini arbitration and in 1970 Canada added a reservation regarding the enactment of the Arctic Waters Pollution Prevention Act. To this list of examples may now be added the 1994 Canadian reservation.

9. The doubt, or — as the Court puts it — the lack of confidence about the compatibility of intended action with international law which led to the making of a new reservation, was well expressed by the then Prime Minister of Canada in explanation of the reservation made with regard to the Arctic Waters Pollution Prevention Act. On 8 April 1970 he stated in the House of Commons:

⁴ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *Jurisdiction and Admissibility, Judgment*, I.C.J. Reports 1984, p. 418, para. 59.

⁵ J. G. Merrills, “The Optional Clause Today”, *British Year Book of International Law*, Vol. 50, 1979, p. 94.

La Cour a adopté un point de vue semblable dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)* lorsqu'elle a déclaré :

«Les déclarations d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour sont des engagements facultatifs, de caractère unilatéral, que les Etats ont toute liberté de souscrire ou de ne pas souscrire. L'Etat est libre en outre soit de faire une déclaration sans condition et sans limite de durée, soit de l'assortir de conditions ou de réserves.»⁴
(Cité au paragraphe 54 du présent arrêt.)

7. Je n'ai d'ailleurs observé, dans la doctrine, nulle tendance à limiter la licéité — notion qui n'a rien à voir avec celle d'opportunité — des réserves faites aux déclarations d'acceptation (à l'exception des réserves portant atteinte au Statut). Je ne peux donc que partager l'opinion de la Cour, exprimée au paragraphe 54 de l'arrêt, selon laquelle «[J]e fait qu'un Etat puisse éprouver des doutes quant à la compatibilité de certains de ses actes avec le droit international ne constitue pas une exception au principe du consentement à la juridiction de la Cour et à la liberté de formuler des réserves». La Cour est tenue d'appliquer le droit tel qu'il est et je n'ai trouvé nulle trace, dans la pratique des Etats, de quoi que ce soit qui contredise l'opinion de la Cour.

8. Pourtant, je suis convaincu que les choses ne doivent pas en rester là. Le Canada a, en l'espèce, modifié sa déclaration d'acceptation et introduit une nouvelle réserve dans le but précis d'empêcher la Cour d'examiner la licéité d'une action qu'il s'appropriait à entreprendre. L'éventail des réserves émises est vaste, mais il est rare qu'un Etat ait modifié une déclaration parce qu'il prévoyait qu'un certain différend allait être porté devant la Cour. Merrills⁵ en cite trois exemples : en 1954, l'Australie a modifié sa déclaration en prévision d'un litige avec le Japon à propos des pêches de perles ; en 1955, le Royaume-Uni a émis une réserve en vue de prévenir une procédure à propos de l'arbitrage Buraini ; enfin, en 1970, le Canada a émis une nouvelle réserve concernant la promulgation de la loi sur la prévention de la pollution des eaux de l'Arctique. La réserve faite par le Canada en 1994 peut désormais s'ajouter à cette liste.

9. L'incertitude ou — selon les termes utilisés par la Cour — les doutes éprouvés par un Etat quant à la compatibilité des actes qu'il projette avec le droit international, doutes qui l'ont amené à déposer une nouvelle réserve, ont fort bien été décrits par le premier ministre du Canada de l'époque alors qu'il exposait la raison d'être de la réserve émise à propos de la loi sur la prévention de la pollution des eaux de l'Arctique. Le 8 avril 1970, il déclarait à la Chambre des communes :

⁴ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 1984, p. 418, par. 59.

⁵ J. G. Merrills, «The Optional Clause Today», *British Year Book of International Law*, vol. 50, 1979, p. 94.

“Canada is not prepared however to engage in litigation with other states concerning vital issues where the law is either inadequate or non-existent and thus does not provide a firm basis for judicial decision. We have therefore submitted this new reservation . . . relating to those areas of the law of the sea which are undeveloped or inadequate.”⁶

A similar reasoning seems to lie at the basis of the Canadian 1994 reservation.

10. As is clear from this statement, a State taking unilateral action on a matter where international law apparently is in a state of flux is well aware of the probability that such actions may lead to disputes with other States. It may prefer to settle such disputes by other means than judicial settlement because it is convinced that such other means may lead to a resolution of the issue which in the end will be more satisfactory for all States concerned. Under present international law States are perfectly entitled to take such a position. In paragraph 56 of the Judgment the Court refers in this respect to the principle of the free choice of means contained in Article 33 of the Charter.

11. In the present case, however, Canada *had* made its choice and *had* made a commitment to a particular method of dispute settlement by accepting the compulsory jurisdiction of the Court. It is true that it had explicitly stipulated in its declaration of 1985 that it could at any time terminate its acceptance of the Court's jurisdiction or add to, amend or withdraw the reservations contained in its declaration and that was exactly what Canada did when it deposited its new declaration on 10 May 1994.

12. A State which is free to terminate its acceptance of the Court's compulsory jurisdiction at any time by the same token is legally free to limit the scope of that acceptance. The question which in my opinion must be put has, therefore, no legal purport but seems nevertheless legitimate. The question which presents itself in the present case (but not for the first time) is: how far can a State go in strengthening the system of compulsory jurisdiction by depositing a declaration of acceptance while at the same time making reservations which impair its effectiveness?

13. The optional clause system was set up as a compromise between those States that favoured a comprehensive system of compulsory judicial settlement and (a minority of) other States which felt that this was not (yet) desirable and therefore not achievable. A State which has accepted the compulsory jurisdiction by depositing a declaration of acceptance indicates thereby that it considers judicial settlement to be the most appropriate method of third party settlement for legal disputes if

⁶ Quoted in R. St. J. Macdonald, “The New Canadian Declaration of Acceptance of the Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice”, *Canadian Yearbook of International Law*, Vol. 8, 1970, p. 3.

« Mais le Canada n'est pas disposé à s'engager dans des actions en justice avec d'autres Etats sur des questions vitales lorsque le droit est insuffisant ou inexistant et n'offre donc pas de fondement solide pour une décision de justice. Nous avons donc présenté cette nouvelle réserve ... qui porte sur des aspects du droit de la mer qui sont peu développés ou inadéquats. »⁶

C'est un raisonnement analogue qui semble être à la base de la réserve de 1994.

10. Ainsi qu'il ressort clairement de la déclaration précitée, un Etat qui prend une initiative unilatérale dans un domaine où le droit international semble en pleine évolution a bien conscience que son action est probablement de nature à susciter des litiges avec d'autres Etats. Il peut préférer que ces différends soient réglés par d'autres moyens que la voie judiciaire parce qu'il estime que ces moyens permettront peut-être de trouver une solution qui sera en fin de compte plus satisfaisante pour tous les Etats intéressés. En l'état actuel du droit international, les Etats sont parfaitement fondés à agir ainsi. Au paragraphe 56 de son arrêt, la Cour se réfère à cet égard au principe du libre choix des moyens consacré par l'article 33 de la Charte.

11. Mais en l'espèce, le Canada *avait* effectivement fait un choix et *s'était* de fait engagé à recourir à un mode particulier de règlement des différends en acceptant la juridiction obligatoire de la Cour. Il est vrai qu'il avait expressément stipulé, dans sa déclaration de 1985, qu'il pouvait à tout moment abroger son acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour, ou compléter, modifier ou retirer les réserves formulées dans sa déclaration; c'est précisément ce qu'il a fait lorsqu'il a déposé sa nouvelle déclaration le 10 mai 1994.

12. Un Etat qui a la faculté d'abroger à tout moment son acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour est du même coup en droit de limiter l'étendue de cette acceptation. La question que l'on doit à mon avis soulever n'a donc aucune portée juridique mais paraît néanmoins légitime. Cette question, qui se pose en l'espèce (mais non pour la première fois), est la suivante: jusqu'à quel point un Etat peut-il renforcer le système de la juridiction obligatoire par le dépôt d'une déclaration d'acceptation tout en faisant des réserves qui en diminuent l'efficacité?

13. Le système de la clause facultative a été institué afin de trouver un compromis entre les Etats qui étaient favorables à un système global de règlement judiciaire obligatoire et les autres Etats (une minorité) qui estimaient que ce n'était pas (encore) souhaitable et que par conséquent c'était irréalisable. Lorsqu'un Etat accepte la juridiction obligatoire en déposant une déclaration d'acceptation, il indique par là qu'il considère qu'un règlement judiciaire est le mode de règlement par une tierce partie

⁶ Cité dans R. St. J. Macdonald, « The New Canadian Declaration of Acceptance of the Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice », *Canadian Yearbook of International Law*, vol. 8, 1970, p. 3.

such disputes cannot be solved amicably. It may subject this acceptance to certain conditions and reservations thereby moving into the direction of those States which found a comprehensive system a bridge too far. By limiting the scope of the Court's jurisdiction in an excessive way, the credibility of the system itself is affected; as a result the declarant State's sincerity in supporting the idea of compulsory jurisdiction is implicitly attenuated as well.

14. In the past this attitude of certain States which limited the Court's jurisdiction in a drastic way has led to laments similar to that of Professor Waldock quoted earlier. A completely different but nevertheless comparable problem presents itself, however, when a State accepts the Court's jurisdiction in a rather generous way, but at a given moment by modifying its declaration deprives the Court of jurisdiction over an anticipated dispute. The confidence in the judicial system and the Court exemplified by the willingness to submit a wide range of conceivable but not imminent legal disputes to judicial settlement is to a certain extent neutralized by the exemption from the Court's jurisdiction of an anticipated and therefore probably imminent dispute.

15. The optional clause system is a fragile system. The high expectations of the founders of the Permanent Court of International Justice have not come true. The prospects of a comprehensive system of compulsory jurisdiction reached their peak in the 1930s but at present it may at best be called a beckoning ideal. Nevertheless, an increasing number of States are finding their way to the Court and also the number of States which have deposited a declaration of acceptance is slowly but steadily increasing. Under these circumstances it would in my opinion not have been beyond the Court's mandate to draw attention to the fragility of the system of compulsory jurisdiction which in the form of the optional clause system is an integral and essential part of the Statute and to the risks to which it is exposed. This all the more so since in its recent Judgment in the case concerning the *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1998*, the Court emphasized — be it on a strictly legal basis — the importance of that system.

16. It may be readily admitted that the system of compulsory adjudication is not the key to a peaceful and well-organized world which it was considered to be by many States in 1922 and 1945. Nevertheless its crucial role in a system of dispute settlement and in a world-order in general should by no means be underrated. In this respect it may be appropriate to recall what was said by Professor Bin Cheng during the Conference of the International Law Association held in Tokyo in 1964 in response to a colleague who had said that there are methods of settlement of international disputes which are probably just as good as international adjudication. Maybe Professor Cheng's statement may sound too categorical; it nevertheless contains elements which in my

le plus approprié pour les différends d'ordre juridique qui ne peuvent être réglés à l'amiable. Il peut assortir cette acceptation de certaines conditions et réserves, rejoignant ainsi les Etats qui estimaient qu'un système global était prématuré. En limitant la portée de la juridiction de la Cour de manière excessive, on porte atteinte à la crédibilité du système tout entier; la sincérité de l'Etat déclarant qui se dit favorable à la juridiction obligatoire s'en trouve elle aussi implicitement atténuée.

14. On a été amené dans le passé à déplorer, comme le faisait M. Waldock cité plus haut, cette attitude de certains Etats qui restreignent la compétence de la Cour de manière radicale. Or un problème d'un tout autre ordre mais cependant comparable se pose si un Etat accepte la juridiction de la Cour de manière assez généreuse, puis à un moment donné, la prive de toute compétence pour un litige dont il prévoit la survenue, en modifiant sa déclaration. La confiance témoignée par un Etat à l'égard du système judiciaire et de la Cour, attestée par le fait qu'il accepte de soumettre un large éventail de différends juridiques pouvant se produire mais non imminents à un règlement judiciaire, est dans une certaine mesure neutralisée par le fait qu'il soustrait à la juridiction de la Cour un différend dont il prévoit la survenue et donc probablement imminent.

15. Le système de la clause facultative est fragile. Les grandes espérances des fondateurs de la Cour permanente de Justice internationale ne se sont pas concrétisées. L'espoir de voir s'instaurer un dispositif global de juridiction obligatoire a été au plus haut dans les années trente mais à présent, le mieux que l'on puisse dire est qu'il s'agit d'un idéal dont il faut tenter de se rapprocher. Il n'en reste pas moins que de plus en plus d'Etats se tournent vers la Cour, et que le nombre d'entre eux qui ont déposé une déclaration d'acceptation progresse lentement mais sûrement. Dans ces conditions, j'estime que la Cour n'aurait pas outrepassé son mandat en appelant l'attention sur la fragilité du dispositif de juridiction obligatoire qui, prenant la forme du système de la clause facultative, fait partie du Statut et en est un élément essentiel, et sur les dangers qui pèsent sur lui. J'en suis d'autant plus convaincu que dans l'arrêt qu'elle a rendu récemment dans l'affaire de la *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1998*, la Cour a mis en exergue — sur un plan certes strictement juridique — l'importance de ce système.

16. On conviendra d'emblée que le système de la juridiction obligatoire n'est pas, ainsi que le croyaient de nombreux Etats en 1922 et 1945, la clé d'un monde pacifique et bien organisé. Mais il ne faut en aucun cas sous-estimer le rôle crucial qu'il joue en tant que dispositif de règlement des différends et plus généralement en tant qu'élément de l'ordre mondial. A cet égard, il est peut-être bon de rappeler ce que déclara M. Bin Cheng lors de la conférence de l'association du droit international organisée à Tokyo en 1964, en réponse à un collègue qui avait fait valoir qu'il existait d'autres modes de règlement des différends internationaux qui étaient probablement tout aussi bons que les décisions des instances judiciaires internationales. La déclaration de M. Cheng peut paraître un peu

opinion consider full consideration, maybe today even more than was the case in 1964.

17. On that occasion Professor Cheng said:

“The acceptance of the compulsory jurisdiction of international tribunals is not only a question of procedure, but is also one of substance. It changes in fact the nature of the law which governs international relations. We may divide international law into . . . different grades. First of all there is international law on the auto-interpretation level. That is when States have not accepted the duty to go before an international tribunal. In such a situation when a dispute arises each party is entitled to maintain its own interpretation of the law.”

18. He went on to say:

“But when a State accepts in advance the duty to submit to international adjudication, it is no longer able to act in that way. It must always behave in such manner that, if brought before the court, its conduct stands at least a fair chance of being upheld. In other words, where a State accepts in advance the duty to go to the International Court or to go to arbitration, the international law that is applicable to it becomes different in nature. One may call this law justiciable or arbitrable law. It is very much superior in quality to the auto-interpretation type of international law.”

And Professor Cheng concluded:

“compulsory adjudication is not just another method of settling international disputes. It raises the international law applicable between the States concerned from the auto-interpretation to the justiciable grade”⁷.

19. This view seems to be shared by another learned author who drew attention to the fact that the

“prevalence of non-judicial settlement in the domestic legal system may result in part from the availability of judicial settlement; each party knows that the cost of its failure to settle may be the other party’s recourse to the courts, with all the uncertainty that entails . . . Indeed, the prospect of eventual judicial decision necessarily affects the way the parties think about the law; inevitably, they will bargain

⁷ International Law Association, *Report of the Fifty-First Conference*, Tokyo, 1964, pp. 43-44.

trop catégorique, mais elle comporte des éléments sur lesquels il convient à mon avis de bien réfléchir, et peut-être davantage aujourd'hui qu'en 1964.

17. Voici ce que M. Cheng déclarait à cette occasion :

«L'acceptation de la juridiction obligatoire des tribunaux internationaux n'est pas seulement une question de procédure, c'est aussi une question de fond. En réalité, elle modifie la nature du droit régissant les relations internationales. On peut considérer qu'il existe ... différents degrés du droit international. Tout d'abord, il y a un droit international qui s'applique par auto-interprétation, lorsque les Etats n'ont pas accepté l'obligation de s'en remettre à un tribunal international. En pareil cas, lorsqu'un litige se présente, chaque partie est en droit de défendre sa propre interprétation du droit.»

18. Il ajoutait :

«Mais lorsqu'un Etat a accepté par avance l'obligation de s'en remettre aux décisions d'une instance judiciaire internationale, il ne peut plus agir ainsi. Il doit toujours se comporter de telle sorte que, s'il est appelé à comparaître devant ce tribunal, sa conduite ait au moins une chance raisonnable d'être considérée comme acceptable. En d'autres termes, lorsqu'un Etat accepte à l'avance de devoir en référer à la Cour internationale ou rechercher un règlement d'arbitrage, le droit international qui lui est applicable change de nature. On peut le qualifier de droit se prêtant à une décision judiciaire ou arbitrale, et il est d'un ordre infiniment supérieur au droit international de type auto-interprétatif.»

M. Cheng concluait :

«le règlement judiciaire obligatoire n'est pas simplement un moyen comme un autre de régler les différends internationaux. Il fait passer le droit applicable entre les Etats concernés du stade auto-interprétatif au stade supérieur, celui où un recours judiciaire est possible.»⁷

19. Ce point de vue semble être partagé par un autre éminent auteur qui a appelé l'attention sur le fait que :

«la fréquence des règlements non judiciaires dans le système juridique interne résulte peut-être en partie de l'existence de recours judiciaires ; chaque partie sait qu'en cas d'échec de la recherche d'une solution amiable, l'autre partie peut en référer aux tribunaux, avec toutes les incertitudes que cela comporte ... Bien plus, la perspective de devoir en venir en définitive à un règlement judiciaire influe néces-

⁷ International Law Association, *Report of the Fifty-First Conference*, Tokyo, 1964, p. 43-44.

and assess the value of various settlement proposals in terms of how they think a court will decide.”⁸

20. I certainly do not contend that what is contained in the above quotations is fully reflected in the optional clause system as it has developed until today. Nevertheless I strongly feel that the gist of that content, viz., that compulsory jurisdiction is more than just another method of settling legal disputes, should function as a point of reference for the Court’s evaluation of the optional clause system. Since the Court’s Judgment — inevitable as it is — does not bring us any nearer to the qualitative criteria referred to here, I have voted for the finding of the Court with dismay; I found it necessary to give expression to my disquiet which is in no way restricted to the present case.

(Signed) P. H. KOOIJMANS.

⁸ Richard Bilder, “International Dispute Settlement and the Role of International Adjudication”, in L. Fiesler Damrosch (ed.), *The International Court of Justice at a Crossroads*, 1987, pp. 159-160.

sairement sur la conception qu'ont du droit les parties; elles seront inévitablement amenées à négocier et à considérer les différentes propositions de règlement en tenant compte de la façon dont elles pensent qu'un tribunal tranchera.»⁸

20. Je n'irai certainement pas jusqu'à dire que le point de vue exposé dans ces citations trouve pleinement son illustration dans le système de la clause facultative tel qu'il s'est développé jusqu'à présent. Mais je suis absolument convaincu que la substance de ce qu'elles expriment — à savoir le fait que la juridiction obligatoire n'est pas simplement un moyen comme un autre de régler des différends juridiques — doit servir de référence à la Cour lorsqu'elle réfléchit au système de la clause facultative. Etant donné que l'arrêt de la Cour — aussi inéluctable soit-il — ne nous rapproche en rien des critères qualitatifs que je viens d'évoquer, c'est à regret que j'ai voté en faveur de cette décision de la Cour; j'ai jugé nécessaire de faire part de mes inquiétudes qui ne se limitent nullement à la présente affaire.

(Signé) P. H. KOUIJMANS.

⁸ Richard Bilder, «International Dispute Settlement and the Role of International Adjudication», dans L. Fiesler Damrosch, dir. publ., *The International Court of Justice at a Crossroads*, 1987, p. 159-160.