

SEPARATE OPINION OF JUDGE MOSLER

As is shown by my vote, I share the opinion of the Court that it has jurisdiction to entertain the dispute and that the Application of Nicaragua is admissible. Nevertheless, to my regret, I cannot agree with paragraph 1 (*a*) of the operative part of the Judgment, in which the Court assumes jurisdiction on the basis of Article 36, paragraphs 2 and 5, of the Statute. In my view the Court possesses jurisdiction solely on the basis of the 1956 Treaty of Friendship, Commerce and Navigation between the Parties, but not on the basis of currently effective and mutually corresponding submissions of the Parties under the compulsory jurisdiction of the Court by virtue of the Optional Clause. However, on the assumption adopted by the majority that the Court has general jurisdiction on the basis of the Optional Clause, I support most of the consequential conclusions made by it, but I have to disagree with part of the reasoning, either because I have another view of the matter or because I think that the far-reaching consequences of the Court's conclusions should be more explicitly explained. The points in question are the effect of the notification of 6 April 1984 of the United States (the "Shultz letter"), and the multilateral treaty reservation in its Declaration of Acceptance of the compulsory jurisdiction of the Court (proviso (*c*)) (see Part II, below). I feel obliged to make the following remarks, taking into account the importance of the issues involved, which relate to fundamental questions of the jurisdictional system established by the Statute. I shall however avoid going into detail.

I

1. The Court concludes that the Nicaraguan Declaration of 24 September 1929, accepting unconditionally the compulsory jurisdiction of the Permanent Court of International Justice, is a currently valid instrument because Article 36, paragraph 5, of the present Statute transferred the Declaration to the International Court of Justice (see, *inter alia*, Judgment, para. 109). Until the entry into force of the Statute (as an integral part of the United Nations Charter) the Declaration, with regard to Nicaragua, was, according to the Judgment, undoubtedly valid from the moment of its deposit, but had not become binding (para. 25). Nicaragua, as a Member of the League of Nations, had been entitled to sign and ratify the 1920 Protocol of Signature of the Statute of the Permanent Court of International Justice and, on this basis, make a declaration under the Optional Clause, as provided for by Article 36, paragraph 2, of this Statute. Signa-

OPINION INDIVIDUELLE DE M. MOSLER

[Traduction]

Ainsi que mon vote en témoigne, je partage l'opinion de la Cour selon laquelle elle a compétence pour connaître du différend et la requête du Nicaragua est recevable. Je regrette néanmoins de ne pouvoir souscrire au paragraphe 1, alinéa *a*), du dispositif de l'arrêt, dans lequel la Cour fonde sa compétence sur l'article 36, paragraphes 2 et 5, du Statut. A mon avis la Cour n'a compétence que sur la base du traité d'amitié, de commerce et de navigation de 1956 entre les Parties et non en vertu d'acceptations concordantes et réciproques de la juridiction obligatoire en vigueur entre elles sur la base de la clause facultative. La majorité étant cependant partie de l'idée que la compétence de la Cour se fonde d'une manière générale sur la clause facultative, je me rallie à la plupart des conclusions qui en découlent, sans en accepter en totalité les motifs, soit que j'aie d'autres vues sur la question, soit que les conséquences à long terme des conclusions de la Cour n'aient pas été, d'après moi, suffisamment explicitées. Les points sur lesquels je suis en désaccord concernent l'effet de la notification faite par les États-Unis le 6 avril 1984 (la « lettre Shultz ») et la réserve relative aux traités multilatéraux qui figure dans leur déclaration d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour (clause conditionnelle *c*)) (voir la deuxième partie ci-après). Je me sens tenu de faire les remarques qui suivent en raison de l'importance des questions en jeu, qui touchent à des points fondamentaux du régime juridictionnel créé par le Statut. J'éviterai toutefois d'entrer dans trop de détails.

I

1. La Cour conclut que la déclaration nicaraguayenne du 24 septembre 1929 acceptant sans condition la juridiction obligatoire de la Cour permanente de Justice internationale est un instrument valide, parce que l'article 36, paragraphe 5, du présent Statut en aurait opéré le transfert à la Cour internationale de Justice (voir notamment le paragraphe 109 de l'arrêt). Jusqu'à l'entrée en vigueur du Statut, qui fait partie intégrante de la Charte des Nations Unies, la déclaration était, selon l'arrêt, indubitablement valide à l'égard du Nicaragua depuis son dépôt, mais elle n'avait pas acquis force obligatoire (par. 25). Le Nicaragua, en sa qualité de membre de la Société des Nations, était habilité à signer et à ratifier le protocole de signature de 1920 de la Cour permanente de Justice internationale et, à ce titre, à faire une déclaration en vertu de la disposition facultative, conformément à l'article 36, paragraphe 2, du Statut. Les signatures du protocole

tures of the Protocol were subject to ratification ; declarations were not. While, according to the logical order, declarations followed ratifications of the Protocol on which they depended, Nicaragua in fact made its Declaration first. Constitutional procedures in Nicaragua to ratify the Protocol took place in 1934-1935, but the instrument of ratification, although announced by the telegram of 29 November 1939 to the Secretary-General of the League of Nations, was never received in Geneva (paras. 15-16). These facts are uncontested, but the legal construction given to them in the Judgment is, in my view, unclear, and susceptible of inducing errors. The Declaration of 1929 was a legal instrument, the effect of which depended on a condition precedent, namely the deposit of the instrument of ratification of the Protocol of 1920. So long as this act had not been performed the Declaration remained without legal effect. To qualify it as certainly valid, but not binding, seems to me a misconstruction of a legal act which was subject to a suspensive condition. Moreover, the use of this terminology may indicate that the "certainly valid" declaration has an intrinsic validity which has only to be completed by ratification in order to become binding. A potentially effective act however only acquires its validity if and when the condition is met. If the interpretation given in the Judgment is correct, the Declaration of Nicaragua would not have been wholly inoperative in 1945 – as in fact it was – but would have been a valid act which might be taken into account when the new Statute had to solve the problem of transferring old declarations to the new Court. The construction and the terminology regarding the Declaration of 1929 thus prepare the way for an interpretation of Article 36, paragraph 5, which I am unable to accept.

2. Article 36, paragraph 5 (the text of which is reproduced in para. 14 of the Judgment), effected, in the interpretation of the Judgment, the transfer of the declaration to the present Court. The consent thereto had been given by Nicaragua

“which, having been represented at the San Francisco Conference, signed and ratified the Charter and thereby accepted the Statute in which Article 36, paragraph 5, appears”.

The effect attributed to paragraph 5 is open to doubt. The conduct of Nicaragua, in so far as it plays a role in this connection, will be taken up later (para. 3, below).

The Statute of the International Court of Justice seeks to guarantee, as far as possible, continuity between the Permanent Court and the International Court of Justice, thus avoiding undesirable consequences resulting from a legal discontinuity between the old and the new Court. In particular, paragraph 5 was inserted in Article 36 in order to transfer the acceptances of the compulsory jurisdiction of the Permanent Court, according to their terms, to the jurisdiction of the International Court of Justice.

According to the Judgment, paragraph 5 refers not only to declarations

étaient sujettes à ratification ; les déclarations ne l'étaient pas. Alors que les déclarations viennent logiquement après les ratifications du protocole auxquelles elles se rapportent, le Nicaragua a d'abord fait une déclaration. Le processus constitutionnel de ratification du protocole par le Nicaragua est intervenu en 1934-1935, mais l'instrument de ratification, bien qu'annoncé par le télégramme du 29 novembre 1939 au Secrétaire général de la Société des Nations, n'a jamais été reçu à Genève (par. 15 et 16). Ces faits sont incontestés, mais la signification juridique que leur prête l'arrêt est, à mon avis, ambiguë et de nature à induire en erreur. La déclaration de 1929 était un instrument juridique soumis à une certaine condition préalable : le dépôt de l'instrument de ratification du protocole de 1920. Tant que cette action n'était pas accomplie, la déclaration demeurait sans effet juridique. La qualification d'acte certainement valide mais dénué de force obligatoire me semble être une interprétation erronée d'un acte juridique sous condition suspensive. Ces termes donnent de surcroît à penser que la déclaration « certainement valide » possédait une validité inhérente qu'il suffisait de parfaire par une ratification pour que sa force obligatoire soit établie. Un acte doté d'un effet potentiel n'acquiert toutefois de validité que lorsque la condition imposée est remplie — et pour autant qu'elle le soit. Si l'interprétation donnée par l'arrêt est juste, la déclaration du Nicaragua n'aurait pas été totalement inopérante en 1945 — alors qu'elle l'était — mais elle eût constitué un acte valide dont il aurait pu être tenu compte lorsque s'est posé, dans le cadre du nouveau Statut, le problème du transfert des anciennes déclarations à la nouvelle Cour. La signification attachée à la déclaration de 1929 et les formules employées à son propos ouvrent ainsi la voie à une interprétation de l'article 36, paragraphe 5, à laquelle je ne puis me ranger.

2. L'article 36, paragraphe 5 (dont le texte est reproduit au paragraphe 14 de l'arrêt), a réalisé, d'après l'interprétation qui en est donnée dans l'arrêt, le transfert de la déclaration à la présente Cour. Le Nicaragua aurait par ailleurs consenti à ce transfert lorsque,

« étant représenté à la conférence de San Francisco, il a signé et ratifié la Charte, acceptant par là même le Statut et son article 36, paragraphe 5 ».

L'effet attribué au paragraphe 5 est discutable. La conduite du Nicaragua, pour autant qu'elle joue un rôle en la matière, sera examinée plus loin (par. 3).

Le Statut de la Cour internationale de Justice visait à maintenir dans toute la mesure du possible la continuité entre la Cour permanente et la Cour internationale de Justice, de manière à éviter les conséquences fâcheuses d'une rupture juridique entre les deux institutions. En particulier le paragraphe 5 a été incorporé à l'article 36 pour transférer, en respectant les termes, les acceptations de la juridiction obligatoire de la Cour permanente à la juridiction de la Cour internationale de Justice.

D'après l'arrêt, le paragraphe 5 ne vise pas seulement les déclarations

operative at the time of the entry into force of the Statute for the declarant State, but also to a declaration still valid though not binding (para. 37). It finds support for this interpretation in the French version, which attributes the transferring effect to the declarations “faites en application de l’article 36 du Statut de la Cour permanente de Justice internationale pour une durée qui n’est pas encore expirée”. The English text, which refers to “Declarations made under Article 36 of the Statute of the Permanent Court of International Justice and which are still in force”, cannot, according to the Judgment, be reconciled with the French text by accepting the proposition that both versions refer to binding declarations (para. 30). The preference given to the French version has been justified by recourse to the preparatory work of the Statute. It is true that the French delegation at San Francisco succeeded in replacing the original term “encore en vigueur”, which corresponded to the English words “still in force”, with the present French text. For two reasons I am not able to share the conclusion of the Judgment in disregarding the English text in favour of the French text interpreted in the light of the preparatory work : first, according to general principles of interpretation, as codified in the Vienna Convention on the Law of Treaties (Arts. 31 to 33), a text authenticated in several languages is equally authoritative in each language. Only if the texts cannot be reconciled are supplementary means of interpretation, such as recourse to the preparatory work, permitted. I do not see any difficulty in finding the same meaning in both texts : a declaration which has been made for a duration which has not yet expired (French text) must have been in force (English text). The Judgment is certainly right in saying that to interpret the French wording as referring also to declarations not effective in respect of the Permanent Court, but made for a period which would not yet have expired if the declaration had been effective, would contradict the English text. Apart from this reason, which seems to me in itself sufficient, I have been unable to find conclusive evidence in the preparatory work that the change from the original French text to the final version was made in order to include declarations not in force. On the contrary, the French delegation declared explicitly that no change of substance was intended (*UNCIO* doc., Vol. XIII, pp. 282-284). There could be several reasons which motivated the French delegation to ask for the change in the text without affecting the English wording. I refrain from speculating as to which possibility may be the right one. I find no indication that the meaning attributed by the Judgment to the French text was also intended by the French delegation.

My conclusion is therefore that the text of paragraph 5, without leaving the meaning ambiguous or obscure (see Art. 32 of the Vienna Convention), related to declarations being effective, according to their terms, at the critical date. Consequently, the Nicaraguan Declaration of 1929 was not affected by paragraph 5.

3. The Court has also found

“that the constant acquiescence of Nicaragua in affirmations, to be

ayant effet lors de l'entrée en vigueur du Statut à l'égard de l'Etat déclarant, mais aussi les déclarations encore valides, bien que n'ayant pas force obligatoire (par. 37). Cette interprétation serait justifiée par la version française du paragraphe qui traite comme transférables les déclarations « faites en application de l'article 36 du Statut de la Cour permanente de Justice internationale pour une durée qui n'est pas encore expirée ». Le texte anglais, qui vise les *Declarations made under Article 36 of the Statute of the Permanent Court of International Justice and which are still in force*, ne peut, selon l'arrêt, être concilié avec le texte français en partant de la considération que les deux versions se réfèreraient à des déclarations obligatoires (*binding*) (par. 30). Pour justifier sa préférence pour le texte français la Cour se reporte aux travaux préparatoires du Statut. Il est vrai que la délégation française à San Francisco est parvenue à substituer aux mots « encore en vigueur », qui correspondaient à l'anglais « still in force », le texte français actuel. J'ai cependant deux raisons de me dissocier de la conclusion de l'arrêt écartant le texte anglais en faveur de la version française, interprétée à la lumière des travaux préparatoires : tout d'abord, en vertu des principes généraux d'interprétation, tels que codifiés dans la convention de Vienne sur le droit des traités (art. 31-33), le texte authentifié en plusieurs langues fait foi dans chacune de ces langues. Il ne peut être fait appel à des moyens complémentaires d'interprétation, tels que les travaux préparatoires, que si les textes ne peuvent être conciliés. Je n'éprouve aucune difficulté à trouver le même sens aux deux textes : une déclaration qui a été faite pour une durée qui n'est pas encore expirée (texte français) doit avoir été en vigueur (texte anglais). L'arrêt a certainement raison de dire qu'interpréter le texte français comme visant aussi les déclarations qui n'étaient pas en vigueur à l'égard de la Cour permanente, mais dont la durée, si elles avaient été valides, n'était pas encore expirée, serait contredire le texte anglais. A cette raison, qui me paraît se suffire à elle-même, s'ajoute le fait que je n'ai rien pu trouver dans les travaux préparatoires qui établisse, de façon concluante, que la modification apportée au texte français initial visait à inclure les déclarations qui n'étaient pas en vigueur. Au contraire, la délégation française a déclaré expressément que son amendement ne touchait pas au fond (*CNUOI*, vol. XIII, p. 290). Divers motifs ont pu amener la délégation française à préconiser une modification qui laisse intacte la version anglaise, et je préfère m'abstenir de toute conjecture à cet égard. Reste que rien selon moi n'indique que le sens que l'arrêt attribue au texte français soit celui que la délégation française avait entendu lui donner.

Ma conclusion est donc que le texte du paragraphe 5, sans « laisser le sens ambigu ou obscur » (voir l'article 32 de la convention de Vienne), visait les déclarations qui étaient en vigueur, conformément à leurs stipulations, à la date critique. Le paragraphe 5 était donc sans effet sur la déclaration nicaraguayenne de 1929.

3. La Cour a aussi conclu que

« l'acquiescement constant du Nicaragua aux affirmations, faites

found in United Nations and other publications, of its position as bound by the Optional Clause constitutes valid manifestation of its intent to recognize the compulsory jurisdiction of the Court" (para. 109).

This statement, in the Court's reasoning, supports a finding of jurisdiction under Article 36, paragraph 2, of the Statute independently of the interpretation and effect of paragraph 5 of that Article (para. 42). I do not exclude the view *a priori* that an unequivocal conduct of Nicaragua in respect of its unconditional adherence to the compulsory jurisdiction and the general impression existing among States that this was the status of Nicaragua with respect to this jurisdiction, may constitute sufficient reasons for the Court to apply Nicaragua's submission in the terms of the 1929 Declaration in the present proceedings. The legal reason for this view may be the clear and undoubted appearance of a valid submission which has been maintained over many years. The legal concept justifying such a consideration would be analogous to that of acquisitive prescription, a general principle of law within the meaning of Article 38, paragraph 1 (c), of the Statute, by which lapse of time may remedy deficiencies of formal legal acts. If one follows this theory the facts and the conduct must be absolutely unequivocal and must not leave room for any doubt.

I cannot conclude that the constant acquiescence of Nicaragua in affirmations of its position as bound by the Optional Clause, and the inclusion of Nicaragua in the listing of declarations under Article 36, paragraph 2, in the Court's *Yearbooks*, and in United Nations publications as well as national official publications, which were often and over a long period accompanied by a qualifying caveat, sufficiently show that the requirements just mentioned are fulfilled. Nicaragua which, as the Judgment rightly notes, was aware of the deficiency and could easily have clarified the situation, failed to do so. It cannot take advantage of uncertainties which it knowingly left unchallenged. On the other hand, Nicaragua allowed a situation to subsist which could be interpreted as its adherence to the Optional Clause in the terms of the 1929 Declaration.

The case concerning the *Arbitral Award Made by the King of Spain* is part of this ambiguous conduct. In its application, Honduras founded the jurisdiction of the Court not only on the *Compromis* with Nicaragua reached under the auspices of the Organization of American States on 21 July 1957, but also on the submission of Nicaragua to the Permanent Court's compulsory jurisdiction on 24 September 1929 (*I.C.J. Pleadings, Arbitral Award Made by the King of Spain on 23 December 1906*, Vol. I, p. 8). Nicaragua, for its part, wanted to limit the dispute with Honduras to the definition given in the said *Compromis* and its accompanying documents.

dans les publications des Nations Unies, parmi d'autres, suivant lesquelles il était lié par la clause facultative, constitue une manifestation appropriée de son intention de reconnaître la juridiction obligatoire de la Cour » (arrêt, par. 109).

Cette constatation, dans le raisonnement suivi par la Cour, tend à confirmer que la Cour a compétence en vertu de l'article 36, paragraphe 2, du Statut, indépendamment de l'interprétation et de l'effet du paragraphe 5 dudit article (arrêt, par. 42). Je n'exclus pas à priori qu'une conduite non équivoque de la part du Nicaragua, attestant son adhésion inconditionnelle à la juridiction obligatoire, et l'impression qui prévalait parmi les Etats que tel était bien le statut du Nicaragua au regard de cette juridiction, puissent constituer, aux yeux de la Cour, des motifs suffisants pour considérer l'acceptation par le Nicaragua de la juridiction de la Cour, telle qu'énoncée dans la déclaration de 1929, comme valable aux fins de la présente procédure. Juridiquement, cette opinion pourrait se fonder sur la persistance pendant de longues années de l'impression nette et incontestée qu'une acceptation valide existait. Elle trouverait, par analogie, une justification théorique dans la notion de prescription acquisitive, principe général de droit au sens de l'article 38, paragraphe 1 c), du Statut, en vertu duquel le temps remédie aux défauts dont peuvent être entachés des actes juridiques formels. Si l'on admet cette théorie, les faits et la conduite des parties doivent être sans ambiguïté et ne laisser place à aucun doute.

Il m'est impossible de conclure que l'acquiescement constant du Nicaragua aux affirmations selon lesquelles il était lié par la clause facultative et le fait que son nom est mentionné dans les listes des déclarations faites en vertu de l'article 36, paragraphe 2, que l'on trouve dans les *Annuaire*s de la Cour, dans les publications de l'Organisation des Nations Unies ainsi que dans des publications officielles de divers pays — avec, très souvent et pendant longtemps, une formule de mise en garde — suffisent à établir que les conditions que je viens de mentionner étaient remplies. Le Nicaragua qui, comme l'arrêt le relève à juste titre, était conscient d'une lacune et aurait pu aisément éclaircir la situation, s'est abstenu de le faire, et il ne saurait bénéficier d'incertitudes qu'en connaissance de cause il n'a rien fait pour dissiper. D'un autre côté, il a toléré le maintien d'une situation qui pouvait être interprétée comme une adhésion à la clause facultative conformément à sa déclaration de 1929.

L'affaire de la *Sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne le 23 décembre 1906* relève du même comportement ambigu. Dans sa requête, le Honduras avait fondé la compétence de la Cour, non seulement sur le compromis signé avec le Nicaragua le 21 juillet 1957 sous les auspices de l'Organisation des Etats américains, mais encore sur le fait que le Nicaragua s'était soumis à la juridiction obligatoire de la Cour permanente du 24 septembre 1929 (*C.I.J. Mémoires*, vol. I, p. 8). Pour sa part le Nicaragua entendait limiter son différend avec le Honduras à la définition qui en était donnée dans le compromis et les documents connexes. Il insistait pour que

It insisted on having the dispute decided only on this basis (see, e.g., the Nicaraguan Reply, *ibid.*, Vol. I, p. 754). Proceedings on the basis of acceptance of the Optional Clause would have given Honduras the opportunity to present a more extensive claim (including compensation for damages) than one seeking judgment solely on the basis of the *Compromis*. Understandable as this conduct may be from the point of view of Nicaragua, it certainly does not prove its acquiescence in the application of the 1929 Declaration. No other events occurred by which Nicaragua took position one way or the other.

It is nevertheless a fact that Nicaragua did run the risk during many years of being sued by another State on the basis of its submission. It may well be, as the Judgment rightly says, that on this hypothesis the Court would have held Nicaragua bound by the Declaration because it tolerated or maintained the appearance shown, with and without caveats, in official documents (which, in themselves, had no authoritative character). Whether the Court would have assumed jurisdiction in such a hypothetical case cannot be either affirmed or denied. Affirmation was however a possibility to be taken into account by Nicaragua.

This consideration is however not sufficient to conclude that an application by Nicaragua against another State can be entertained on the basis of the submission under the Optional Clause. Weighing this ambiguous conduct against the strict criterion of continuous unequivocal conduct in favour of the binding force of the declaration, the conclusion can only be that this basis alone is not sufficient to justify Nicaragua's reliance on the declaration.

II

Since the majority of the Court has voted in favour of assuming jurisdiction on the basis of the Declaration (para. 1 (a) of the operative part of the Judgment), the following remarks on some other points of the Judgment are made on this assumption.

1. I share the Court's opinion that the notification made by the Shultz letter of 6 April 1984 has no effect on the obligations of the United States created by its Declaration of 26 August 1946 under the Optional Clause (for the text of the letter see para. 13 of the Judgment). I agree also with the Judgment that the question whether this notification – which the United States calls a “proviso” to the Declaration of 1946 – constitutes only a modification or the termination of this Declaration, is not relevant for the decision of the present dispute. My observations concern the relation between the Nicaraguan Declaration (treated as being valid) and its United States counterpart of 1946.

When the system of the Optional Clause was adopted at San Francisco

le différend soit tranché sur cette seule base (voir par exemple la réplique du Nicaragua, *ibid.*, p. 754). Une action reposant sur l'acceptation de la clause facultative, mieux qu'une requête fondée sur le seul compromis, eût donné au Honduras l'occasion d'élargir sa demande (et notamment de prétendre à réparation). Pour compréhensible que soit cette conduite du point de vue du Nicaragua, elle ne prouve certes pas qu'il ait acquiescé à l'application de la déclaration de 1929. Il ne s'est pas produit d'autres événements à l'occasion desquels le Nicaragua aurait pris position dans un sens ou dans l'autre.

Il reste que le Nicaragua a couru pendant des années le risque d'être attiré par un autre Etat comme étant assujéti à la juridiction obligatoire de la Cour. Comme le dit à juste titre l'arrêt, il se peut fort bien que, dans cette hypothèse, la Cour aurait considéré le Nicaragua comme lié par la déclaration parce qu'il avait toléré ou laissé persister l'impression créée, avec ou sans mise en garde, par des documents officiels (qui, en eux-mêmes, ne faisaient pas autorité). On ne peut ni affirmer, ni nier, que la Cour se serait déclarée compétente dans ce cas hypothétique. Qu'elle le fasse était toutefois une possibilité dont le Nicaragua avait à tenir compte.

Cette considération ne permet pas de conclure cependant que la Cour peut accueillir une requête du Nicaragua contre un autre Etat au motif qu'il serait lié par la clause facultative. Si l'on apprécie cette conduite ambiguë selon le critère rigoureux d'un comportement persistant et sans équivoque qui témoignerait de la force obligatoire de la déclaration, la seule conclusion que l'on puisse formuler est qu'à elle seule cette conduite ne permet pas au Nicaragua d'invoquer la déclaration comme fondement de la compétence.

II

La majorité de la Cour s'étant toutefois prononcée pour la compétence sur la base de la déclaration (paragraphe 1, alinéa *a*), du dispositif de l'arrêt), les observations que je vais maintenant faire sur d'autres aspects de l'arrêt tiendront cette base pour acquise.

1. Je suis d'accord avec la Cour pour penser que la notification se concrétisant par la lettre de M. Shultz du 6 avril 1984 est sans effet sur les obligations qui résultent, pour les Etats-Unis, de la déclaration faite le 26 août 1946 en vertu de la clause facultative (pour le texte de la lettre voir le paragraphe 13 de l'arrêt). Je reconnais aussi que la question de savoir si cette notification – qualifiée par les Etats-Unis de « clause conditionnelle » (*provisio*) attachée à la déclaration de 1946 – constitue une simple modification ou une dénonciation de la déclaration n'est pas pertinente aux fins de la résolution du présent litige. Mes observations portent sur le lien entre la déclaration du Nicaragua (considérée comme valide) et son pendant, la déclaration américaine de 1946.

Lorsque le système de la clause facultative a été adopté à San Francisco,

as a substitute for general compulsory jurisdiction of the new Court – an ideal which was not attainable – member States of the United Nations which became, *ipso jure*, parties to the Statute, and other parties to the Statute, remained free not only to refrain from submitting to the jurisdiction at all, but also to qualify their declarations by time-limits and reservations concerning substantive matters. Time-limits could provide either fixed periods for validity, or periods of notice for notification of termination. Moreover, according to paragraph 2 of Article 36, a consensual link between the various declarations is created only between States which undertake the “same obligation”. The Nicaraguan Declaration of 1929 is unconditional with respect to substantive reservations and time-limits, whereas the United States Declaration of 1946 is qualified by three provisos containing substantive reservations, and may be terminated six months after a notification to this effect has been made.

There is general agreement that reservations relating to substantive restrictions limit the obligations of other States which have submitted to the compulsory jurisdiction without having made corresponding reservations. The consensual bond, which is the basis of the operation of the Optional Clause, comes into being at the time at which another State deposits its declaration. Although the reciprocal character of the substantive provision of declarations is not in doubt, there is, however, no such agreement regarding different time-limits in declarations which, from the point of view of their substance, are mutually applicable.

In my view, time-limits are taken into account as substantive reservations because the requirement of Article 36, paragraph 2, that the consensual bond exists only between States accepting the same obligation, must be applied to both types of qualifications which are permitted to be included in declarations. Reservations restrict the substantive extent of the obligation, time-limits put an end to the obligation, whether made with or without substantive limitations, in its entirety. It is difficult to see how the “same obligation” within the meaning of Article 36, paragraph 2, can continue to exist longer for one State than for its potential counterpart whose declaration is limited by a shorter notice period, or may be terminated by notification at any moment. This consideration is, of course, no longer relevant when an application has been filed before the defendant State has made use of the shorter delay to notify the termination of its declaration, which it is, in my view, entitled to make due to the fact that the time-limit of another State’s declaration is shorter. I am aware of the disadvantages flowing from the relative effect of declarations with regard to other States. But the difficulties are not much greater than the relativity generally admitted with respect to substantive reservations.

The relation between the Declarations of Nicaragua and the United States, of 1929 and 1946 respectively, is, in my view, the following : Nicaragua’s Declaration is unconditional, that is, not only without reservation but also without time-limit. To this declaration the general principle applies that all legally binding acts, whether made unilaterally, or within the framework of a contractual relationship, or in the complex system

aux lieu et place de l'idéal inaccessible de la juridiction obligatoire générale de la nouvelle Cour, les Etats Membres de l'Organisation des Nations Unies qui sont devenus, *ipso jure*, parties au Statut, et les autres parties à celui-ci, sont restés libres, non seulement de ne pas accepter la juridiction de la Cour mais aussi d'assortir leurs éventuelles déclarations d'acceptation de limites de temps et de réserves portant sur des points de fond. Les limites de temps avaient trait soit à une durée fixe de validité, soit au préavis à respecter en cas de dénonciation. De plus, et conformément à l'article 36, paragraphe 2, les déclarations ne créaient de liens consensuels qu'entre Etats « acceptant la même obligation ». La déclaration nicaraguayenne de 1929 ne stipule pas de condition de fond ou de durée, alors que la déclaration américaine de 1946 comporte trois réserves de fond et peut être dénoncée avec préavis de six mois.

Il est généralement admis que les réserves de fond ont pour effet de limiter les obligations des Etats qui se sont soumis à la juridiction obligatoire sans formuler de réserves correspondantes. Le lien consensuel sur lequel repose le régime de la clause facultative naît le jour même où un autre Etat dépose sa déclaration. Mais si la réciprocité des stipulations de fond des déclarations n'est pas mise en doute, il n'en est pas de même pour les différents délais prévus dans des déclarations qui sont réciproquement applicables pour ce qui est du fond.

A mon avis, il doit être tenu compte des délais au même titre que des réserves portant sur le fond parce que la prescription de l'article 36, paragraphe 2, selon laquelle il n'existe de lien consensuel qu'entre Etats acceptant la même obligation, doit s'appliquer aux deux types de conditions que peuvent comporter les déclarations. Les réserves limitent la portée de l'obligation quant au fond ; les limites de temps mettent fin à l'obligation dans sa totalité, qu'elle ait été accompagnée ou non de restrictions de fond. On voit mal comment la « même obligation », au sens de l'article 36, paragraphe 2, pourrait durer plus pour un Etat que pour son opposant éventuel dont la déclaration prévoirait un préavis plus court ou serait dénonçable en tout temps sur simple avis. Cette considération cesse bien entendu de jouer à partir du moment où une requête est déposée avant que l'Etat défendeur ne se soit prévalu, comme il peut le faire selon moi, du délai plus court stipulé dans la déclaration du demandeur pour dénoncer sa propre déclaration. Je n'ignore pas les inconvénients que présente cet effet relatif des déclarations à l'égard d'autres Etats, mais ces inconvénients ne sont pas sensiblement plus grands que ceux qui tiennent à la relativité généralement admise pour les réserves de fond.

Le lien entre les déclarations du Nicaragua et des Etats-Unis, datées de 1929 et de 1946 respectivement, est, selon moi, le suivant : la déclaration du Nicaragua a été faite sans conditions, c'est-à-dire sans réserve et sans limite de durée. A cette déclaration s'applique le principe général en vertu duquel il peut être mis fin, sous certaines conditions, à tout acte juridiquement contraignant, qu'il ait été souscrit unilatéralement, à titre contractuel ou

which the Judgment describes as “*sui generis*”, can, under certain conditions, be terminated. Article 56 of the Vienna Convention is based on this principle. The question remains however on what conditions the right of termination may be exercised. It may be open to doubt whether the Nicaraguan Declaration can be terminated with legal effect immediately on notice, or only after a lapse of a certain time after such notice. Article 56 of the Vienna Convention refers to the “nature of the treaty”, or envisages a 12 months’ notice. Applying the same ideas by analogy to the “consensual bond” effected by declarations under the Optional Clause, the “nature” of the bond is characterized by the equal significance of the obligations. This results from Article 36, paragraph 2, without any special reservation being necessary as provided for in paragraph 3 of the same Article. The Court emphasized in the case of *Right of Passage over Indian Territory (Preliminary Objections)* (*I.C.J. Reports 1957*, p. 145), that the principle of reciprocity forms part of the system of the Optional Clause. It does not follow from the “nature” of an “unconditional” declaration that it may be terminated at any time and with immediate effect. Article 56 of the Vienna Convention shows – and here again an analogy is suggested – that the termination of an obligation must be governed by the principle of good faith. Withdrawal without any period of notice seems to me not to correspond with this principle if a declaration has been made explicitly unconditional.

The precise period of notice necessary or appropriate to terminate the Nicaraguan obligation need not be decided in the circumstances in which the Shultz letter was made. This letter, which disregarded the notification clause in the 1946 Declaration, was received by the United Nations Secretariat on Friday afternoon, 6 April 1984, whereas the Application of Nicaragua was filed with the Registry of the Court on the following Monday, 9 April 1984. The Court has not yet had the opportunity to judge a parallel case. It did however pronounce, in the *Right of Passage over Indian Territory* case, on the reverse situation. Portugal had made a declaration regarding the Optional Clause only a few days before it filed an application against India based on this declaration. The Court did not accept the Indian Preliminary Objection that the Portuguese declaration – made with a view to its own application – was inadmissible.

Though I admit that a certain analogy exists between the two situations, more convincing reasons speak, in my view, for a different interpretation. If Nicaragua, as I concluded above, could not terminate its obligation with immediate effect, then the corresponding obligation of the United States, disregarding entirely the six months’ notice period, or applying a period of a few days only, could also not be terminated. Admittedly, the interpretation of the requirements of good faith on either side cannot be determined in the abstract; it must be fixed *in concreto* according to the circumstances of the case. Whatever the period of notice may be to terminate the unconditional submission, it would not have been permissible

dans le cadre du système complexe que l'arrêt qualifie de *sui generis*. L'article 56 de la convention de Vienne repose sur ce principe. Reste à savoir dans quelles conditions le droit de dénonciation peut s'exercer. On est fondé à se demander si la déclaration nicaraguayenne peut être dénoncée avec effet immédiat sur simple notification ou seulement avec un certain préavis. L'article 56 de la convention de Vienne tient compte, à ce sujet, de la « nature du traité » ou envisage un préavis de douze mois. En appliquant, par analogie, le même principe au « lien consensuel » issu des déclarations faites en vertu de la clause facultative, on peut dire que ce qui caractérise la « nature » du lien, c'est l'égalité des obligations souscrites. Cela résulte de l'article 36, paragraphe 2, du Statut sans qu'il soit besoin d'insérer une réserve particulière en se fondant sur le paragraphe 3 du même article. La Cour a souligné dans l'affaire du *Droit de passage sur territoire indien (exceptions préliminaires, C.I.J. Recueil 1957, p. 145)* que le principe de réciprocité fait partie du système de la clause facultative. Il ne découle pas de la « nature » d'une déclaration faite « sans condition » qu'elle puisse être dénoncée à tout moment, avec effet immédiat. La rédaction de l'article 56 de la convention de Vienne montre – et je propose là encore de raisonner par analogie – que la dénonciation d'une obligation doit être conforme au principe de la bonne foi. Le retrait sans préavis ne me semble pas s'accorder avec ce principe, s'il est stipulé que la déclaration est sans condition.

La question du délai précis de préavis requis ou approprié pour la dénonciation de l'obligation du Nicaragua n'a pas à être tranchée, si l'on considère les circonstances dans lesquelles la lettre Shultz a été envoyée. Cette lettre, qui ne tenait aucun compte de la clause de préavis figurant dans la déclaration de 1946, a été reçue au Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies le vendredi 6 avril 1984 dans l'après-midi, et la requête du Nicaragua a été enregistrée au Greffe de la Cour le lundi suivant, 9 avril 1984. La Cour ne s'est jamais trouvée devant un cas analogue. Toutefois, dans l'affaire du *Droit de passage sur territoire indien*, elle a eu à se prononcer sur la situation inverse. Dans cette espèce le Portugal avait fait une déclaration relative à la clause facultative quelques jours seulement avant de déposer, contre l'Inde, une requête fondée sur cette déclaration. La Cour a rejeté l'exception préliminaire soulevée par l'Inde, suivant laquelle la déclaration portugaise, faite en prévision de sa requête, était irrecevable.

Bien que j'admette l'existence d'une certaine analogie entre les deux situations, il me semble que des raisons plus convaincantes imposent une interprétation différente. Si le Nicaragua, comme je l'ai conclu plus haut, n'avait pas la faculté de dénoncer son obligation avec effet immédiat, les Etats-Unis ne pouvaient pas davantage mettre fin à l'obligation correspondante, en négligeant totalement le préavis de six mois ou en le réduisant à quelques jours. Il est vrai que l'interprétation à donner à l'obligation réciproque d'agir de bonne foi n'est pas une question qu'on puisse trancher dans l'abstrait ; elle doit être envisagée concrètement en fonction des circonstances de chaque espèce. Quel que soit le préavis nécessaire pour

to cut it down to a minimum. Correspondingly, the six months' notice period in the United States Declaration could not be reduced to the few days before the filing of the Nicaraguan Application. The Shultz letter could therefore not have the effect which it was intended to produce.

2. The multilateral treaty reservation (proviso (c) of the United States Declaration of 1946) has been invoked by the United States as applicable in the present proceedings in so far as Nicaragua founds its claim on the alleged violation by the United States of four multilateral treaties, the Charter of the United Nations, the Charter of the Organization of American States, the Convention on the Rights and Duties of States and the Convention on the Rights and Duties of States in the Event of Civil Strife. According to the reservation, the submission of the United States to the compulsory jurisdiction of the Court shall not apply to "disputes arising under a multilateral treaty, unless . . . all parties to the treaty affected by the decision are also parties to the case before the Court". This restriction included in the Declaration of 1946 has been deplored as very far-reaching and unclear. It has been criticized because it seemed "only to have been inspired by vague fears and misconceptions as to the working of the Optional Clause in a case arising under a multilateral treaty" (H. Waldock, "The Decline of the Optional Clause", 32 *British Year Book of International Law*, 1955-1956, p. 275) and because "the language of the reservation betrays such confusion of thought that to this day no one is quite sure what it means" (H. W. Briggs, "Reservations to the Acceptance of Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice", 93 *Recueil des cours*, 1958-I, p. 307). The example of the United States has however been followed by some other States, whose reservations refer simply to "all parties", while the qualification in the United States reservation which refers to the States parties "affected by the decision" does not appear (see para. 72 of the Judgment). This expansion of the use of the clause indicates that it has an applicable meaning, and that it cannot be put aside either because of its consequences or of its lack of clarity which has given rise to much confusion.

Both Parties referred to the legislative history of the reservation in the United States Senate. It was inserted in the Declaration in order to take account of Mr. J. F. Dulles' concern that the United States might be exposed to disputes before the Court by States which were parties to the same dispute, but not parties to the litigation pending before the Court against the United States, because these States had not bound themselves by the Optional Clause. It may well be that misconceptions and misunderstandings which occurred in the debates of the United States Senate are responsible for the insertion of the reservation and its actual wording. The basis of the interpretation is however the text itself. If it has a meaning which can reasonably be applied in a concrete situation, the reservation has to be given its full effect. If not, the question arises as to whether its invalidity affects the entire declaration of acceptance. On this assumption the United States could not be sued by an application referring to its

mettre fin à une acceptation inconditionnelle, il serait inadmissible de la réduire à presque rien. De la même manière, le préavis de six mois stipulé dans la déclaration des Etats-Unis ne pouvait être ramené à quelques jours avant le dépôt de la requête nicaraguayenne. La lettre Shultz ne pouvait donc avoir l'effet qu'on a voulu lui attribuer.

2. Les Etats-Unis ont allégué que la réserve relative aux traités multilatéraux (clause *c*) de la déclaration des Etats-Unis de 1946) est applicable dans la présente instance dans la mesure où le Nicaragua fonde sa demande sur le fait que les Etats-Unis auraient violé quatre traités multilatéraux, la Charte des Nations Unies, la charte de l'Organisation des Etats américains, la convention concernant les droits et devoirs des Etats, et la convention concernant les droits et devoirs des Etats en cas de luttes civiles. Conformément à la réserve, l'acceptation par les Etats-Unis de la juridiction obligatoire de la Cour ne s'applique pas « aux différends résultant d'un traité multilatéral, à moins que ... toutes les parties au traité que la décision concerne soient également parties à l'affaire soumise à la Cour ». La restriction ainsi incluse dans la déclaration de 1946 a été déplorée en raison de sa vaste portée et de son ambiguïté. On l'a critiquée parce qu'elle semblait « inspirée par de vagues craintes et par une interprétation erronée du fonctionnement de la clause facultative en cas d'affaire découlant d'un traité multilatéral » (H. Waldock, « The Decline of the Optional Clause », 32 *British Year Book of International Law*, 1955-1956, p. 275) et parce que le libellé de la réserve dénote une telle confusion de pensée que nul, à ce jour, ne sait exactement ce qu'elle signifie (H. W. Briggs, « Reservations to the Acceptance of Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice », *Recueil des cours*, t. 93, 1958-I, p. 307). L'exemple des Etats-Unis a toutefois été suivi par quelques autres Etats, dont les réserves mentionnent simplement « toutes les parties » et non, comme celle des Etats-Unis, les Etats parties au traité « affected by the decision » (voir paragraphe 72 de l'arrêt). Cet élargissement de la clause indique qu'elle a un sens auquel il peut être donné effet et qu'on ne saurait l'écarter, que ce soit en raison de ses conséquences ou de la grande confusion produite par son obscurité.

Les deux Parties se sont référées aux travaux préparatoires concernant la réserve au Sénat des Etats-Unis. Le texte de la réserve a été inséré dans la déclaration pour répondre aux préoccupations de M. J. F. Dulles, qui craignait que les Etats-Unis ne fussent attirés devant la Cour, alors que des Etats parties au même différend ne seraient pas parties au procès contre les Etats-Unis, faute d'être liés par la clause facultative. Il se peut que les fausses conceptions et les malentendus qui se sont fait jour au cours des débats du Sénat aient été effectivement la cause de l'insertion de la réserve et de son libellé. L'interprétation doit toutefois reposer sur le texte lui-même. Si on lui trouve un sens qui puisse raisonnablement s'appliquer dans le concret, la réserve doit recevoir plein effet. Reste à savoir si, dans le cas contraire, sa nullité entraînerait celle de toute la déclaration. Dans cette dernière hypothèse, les Etats-Unis ne pourraient être cités devant la Cour en vertu d'une requête fondée sur leur acceptation de la clause facultative.

acceptance of the Optional Clause. The Court has never had the opportunity to decide whether a whole declaration under the Optional Clause may be invalid because an ineffective reservation had to be considered an essential part of it. If an affirmative conclusion were to be taken, its effect would be worse than to apply the reservation and to maintain the rest of the declaration. While this consideration, it is true, is not in itself an element of interpretation of reservations made in a declaration under the Optional Clause, it is nevertheless a point of view to be kept in mind when a reasonable construction of a reservation is made.

Of the two possibilities of interpreting the reservation in a wider sense, to include the treaties affected by the decision of the Court, or in a narrower sense which includes only the States affected by multilateral treaties relevant in a dispute before the Court, the United States prefers the latter meaning. Although it belongs to the competence of the Court to decide on the applicability of the reservation (Art. 36, para. 6, of the Statute) I agree with the Judgment when it follows this interpretation (para. 72). States which might be affected within the meaning of the reservation are thus the Central American neighbouring States of Nicaragua.

I equally share the view of the Judgment that the question as to whether States are "affected" within the meaning of the reservation cannot be answered in the present jurisdictional phase of the proceedings, but only in connection with the merits of the case. The objection based on the reservation does therefore "not possess, in the circumstances of the case, an exclusively preliminary character", a situation envisaged in Article 79, paragraph 7, of the Rules of Court. The Court has not yet had the opportunity to apply this provision, which belongs to the new provisions made by the partial revision of the Rules in 1972. The intention was to depart from the former practice in which the preliminary and the principal phase of the proceedings had not been properly distinguished and preliminary objections had been more often joined to the phase of the merits than was desirable in view of a sound economy of proceedings. There may, however, be cases in which, as in the present one, the decision on a substantive element in an objection against jurisdiction needs to be made before the Court can make a decision as to whether the objection is upheld. The consequence of this situation is that the answer to the whole question cannot be given in the proceedings on jurisdiction but must be postponed to the phase of the merits. If the answer to the question which has not an exclusively preliminary character is such that the element belonging to the merits exists in the actual case, the reservation must be given effect. In concrete terms, if the Court should find, in the merits phase, that other States are "affected", within the meaning of the reservation as interpreted by the Court, then in its decision the four multilateral treaties referred to in the Nicaraguan Application cannot be applied in the present dispute. On this hypothesis the Court remains competent to apply, with the exception of the four multilateral treaties, the other rules and principles mentioned in Article 38, paragraph 1, of the Statute. If it comes to the contrary conclusion, the four multilateral treaties can be taken into account.

La Cour n'a jamais eu l'occasion de déterminer si une déclaration faite en vertu de la clause facultative peut être nulle en totalité parce qu'une réserve inopérante en constituerait un élément essentiel. Une réponse affirmative à cette question aurait des conséquences plus graves que la décision d'appliquer la réserve et de maintenir le reste de la déclaration. Bien sûr cette considération n'est pas en elle-même un critère d'interprétation des réserves aux déclarations faites en vertu de la clause facultative, mais elle mérite d'être gardée présente à l'esprit lorsqu'on s'efforce d'interpréter raisonnablement une réserve particulière.

Entre les deux interprétations possibles de leur réserve : dans un sens large, de manière à englober les traités que viserait la décision de la Cour, ou dans un sens plus étroit, de manière à n'inclure que les Etats concernés par les traités multilatéraux pertinents dans un différend soumis à la Cour, les Etats-Unis préfèrent la seconde. Bien qu'il relève de la compétence de la Cour de décider si une réserve est applicable (article 36, paragraphe 6, du Statut), je fais mienne cette interprétation qui est celle adoptée dans l'arrêt (par. 72). Les Etats susceptibles d'être affectés, au sens de la réserve, sont de ce fait des Etats centraméricains voisins du Nicaragua.

Je partage également l'opinion, exprimée dans l'arrêt, que la question des Etats qui seraient « affectés » au sens de la réserve ne peut être résolue durant la présente phase juridictionnelle de la procédure, mais uniquement à l'occasion de l'examen au fond. L'exception tirée de la réserve n'a donc pas « dans les circonstances de l'espèce un caractère exclusivement préliminaire », situation que prévoit l'article 79, paragraphe 7, du Règlement de la Cour. La Cour n'a pas encore eu l'occasion d'appliquer ce texte qui fait partie des dispositions nouvelles résultant de la révision partielle du Règlement opérée en 1972. L'intention était de s'écarter de la pratique antérieure, dans laquelle on ne distinguait pas suffisamment entre la phase préliminaire et la phase principale de la procédure et où les exceptions préliminaires étaient plus souvent jointes au fond qu'il n'était souhaitable pour une bonne économie de la procédure. Il peut toutefois arriver, comme dans le cas présent, que la Cour ait à se prononcer sur une composante de fond de l'exception d'incompétence avant de pouvoir accepter ou rejeter l'exception. Ce genre de situation entraîne une incapacité de répondre à l'ensemble de la question au cours de la phase juridictionnelle et oblige à surseoir à la décision jusqu'à l'examen au fond. Si, en réponse à la question qui n'a pas un caractère exclusivement préliminaire, la Cour décide que l'affaire comporte effectivement un élément de fond, il doit être donné effet à la réserve. Concrètement, si la Cour jugeait, lors de la phase du fond, que d'autres Etats sont « affectés » au sens de la réserve telle qu'elle l'interprète, elle devrait décider que les quatre traités multilatéraux visés dans la requête nicaraguayenne ne peuvent recevoir application en la présente espèce. Dans cette hypothèse, elle garderait compétence pour appliquer, sinon les quatre traités multilatéraux, du moins les autres règles et principes visés à l'article 38, paragraphe 1, du Statut. Si elle optait pour la conclusion inverse, elle pourrait tenir compte des quatre traités multilatéraux.

To conclude this opinion, I repeat the statement made at the beginning that I dissent from the Court in so far as it founds its jurisdiction on Article 36, paragraphs 2 and 5, of the Statute.

(Signed) Hermann MOSLER.

Je répéterai pour conclure ce que j'ai dit au début de la présente opinion, à savoir que je ne peux suivre la Cour dans la mesure où elle fonde sa compétence sur l'article 36, paragraphes 2 et 5, du Statut.

(Signé) H. MOSLER.
