

SEPARATE OPINION OF JUDGE SIR ROBERT JENNINGS

Whilst agreeing with the Court's decision that it has jurisdiction under the 1956 Treaty of Friendship, Commerce and Navigation, in respect of any breaches of the provisions of that Treaty, and that such claims are also admissible, I regret that I am unable to concur with the Court's decision that it has jurisdiction under Article 36, paragraph 2, of the Court's Statute. I shall explain my reasons, as briefly as may be.

First I shall consider whether the Nicaraguan Declaration of 24 September 1929 is, by operation of Article 36, paragraph 5, of the Statute of this Court, to be deemed to be an acceptance of the compulsory jurisdiction of this Court; second, I shall consider the effect of the United States letter to the Court (the "Shultz letter" of 6 April 1984); third, the effect of the United States multilateral treaty reservation; and lastly, the position under the Friendship, Commerce and Navigation Treaty.

* *

I. THE NICARAGUAN DECLARATION OF 24 SEPTEMBER 1929

The question here is whether the Nicaraguan Declaration of 24 September 1929, accepting "unconditionally" the compulsory jurisdiction of the Permanent Court of International Justice is to be counted as one coming within Article 36, paragraph 5, of the present Court's Statute.

In order to be a party to the Statute of the Permanent Court of International Justice it was necessary both to sign and to ratify the Protocol of Signature of the Statute (see *P.C.I.J., Series D, No. 6*, p. 19). Nicaragua has formally admitted in its Memorial (para. 47) that, although it was a signatory of the Protocol, it "never completed ratification of the old Protocol of Signature . . .". The finding of the Court in its Judgment is to the same effect. So Nicaragua, it must be assumed, was never a party to the Statute of the Permanent Court.

To appreciate the full significance of this failure to ratify the Protocol of Signature of the Statute of the Permanent Court of International Justice, it is necessary to examine the form and content of the instrument by which that Court was established (the most convenient reference for consulting the essential portions of them is probably *P.C.I.J., Series D, No. 5*, pp. 58-62).

OPINION INDIVIDUELLE DE SIR ROBERT JENNINGS

[Traduction]

Si je m'associe à la décision de la Cour en ce qu'elle affirme sa compétence sur la base du traité d'amitié, de commerce et de navigation de 1956, relativement à toute violation des dispositions dudit traité, et en ce qu'elle déclare recevables les demandes présentées à ce titre, je regrette par contre d'être en désaccord avec elle en ce qu'elle affirme sa compétence sur la base de l'article 36, paragraphe 2, du Statut. Je m'expliquerai aussi brièvement que possible.

Je m'attacherai tout d'abord à la question de savoir si la déclaration nicaraguayenne du 24 septembre 1929 doit être considérée comme une acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour actuelle en vertu de l'article 36, paragraphe 5, du Statut. J'examinerai ensuite l'effet de la lettre des Etats-Unis du 6 avril 1984 (la « lettre Shultz ») ; puis l'effet de la réserve des Etats-Unis relative aux traités multilatéraux ; et enfin, l'état de la question pour ce qui est du traité d'amitié, de commerce et de navigation.

* *

I. LA DÉCLARATION DU NICARAGUA DU 24 SEPTEMBRE 1929

La question est ici de savoir si la déclaration du 24 septembre 1929 par laquelle le Nicaragua a accepté « sans condition » la juridiction obligatoire de la Cour permanente de Justice internationale doit être considérée comme entrant dans le champ de l'article 36, paragraphe 5, du Statut de la Cour actuelle.

Pour être parties au Statut de la Cour permanente les Etats devaient signer et ratifier le protocole de signature du Statut (voir *C.P.J.I. série D n° 6*, p. 19). Or le Nicaragua a expressément admis dans son mémoire (par. 47) que, bien qu'il eût signé le protocole, il « n'a jamais parachevé la ratification de l'ancien protocole de signature... » La conclusion de la Cour dans son arrêt va dans le même sens. On doit donc présumer que le Nicaragua n'a jamais été partie au Statut de la Cour permanente.

Il importe cependant, pour apprécier toute la portée de cette non-ratification du protocole de signature du Statut de la Cour permanente, d'analyser la forme et la teneur de l'instrument qui avait institué cette Cour (l'ouvrage le plus commode pour se reporter aux textes essentiels est probablement le recueil *C.P.J.I. série D n° 5*, p. 58-62).

A resolution, of 13 December 1920, of the First Assembly of the League of Nations, approved the Statute of the Court, prepared by the Council in accordance with Article 14 of the League of Nations Covenant, and recorded that the Statute would be submitted to Members of the League "for adoption in the form of a Protocol duly ratified and declaring their recognition of this Statute". The Statute would enter into force as soon as it had been ratified by a majority of the Members of the League. The Statute of the Court was thus integral with the Protocol, the purpose of which was precisely to be the vehicle of adoption of the Statute by Members of the League. The Protocol of Signature is dated 16 December 1920. By it, the signatories recognized the Statute of the Court. The Protocol refers to the resolution of 13 December, and provides :

"The present Protocol, which has been drawn up in accordance with the decision taken by the Assembly of the League of Nations on the 13 December, 1920, is subject to ratification. Each Power shall send its ratification to the Secretary-General of the League of Nations ; the latter shall take the necessary steps to notify such ratification to the other signatory Powers. The ratification shall be deposited in the archives of the Secretariat of the League of Nations."

Next it is important to realize that Article 36 of the Statute, which then as now was the jurisdictional article, contained, beginning with its second (but then unnumbered) paragraph the following clause concerning "Optional Clause" jurisdiction, which is obviously the progenitor of the present Article 36, but also somewhat differently worded, not least in its reference to joinder to the Protocol.

"The Members of the League of Nations and the States mentioned in the Annex to the Covenant may, either when signing or ratifying the Protocol to which the present Statute is adjoined, or at a later moment, declare that they recognize as compulsory *ipso facto* and without special agreement, in relation to any other Member or State accepting the same obligation, the jurisdiction of the Court in all or any of the classes of legal disputes concerning :

- (a) The interpretation of the treaty.
- (b) Any question of international law.
- (c) The existence of any fact which, if established, would constitute a breach of an international obligation.
- (d) The nature or extent of the reparation to be made for the breach of an international obligation.

The declaration referred to above may be made unconditionally or on condition of reciprocity on the part of several or certain Members or States, or for a certain time.

In the event of a dispute as to whether the Court has jurisdiction,

La première Assemblée de la Société des Nations, par une résolution du 13 décembre 1920, approuva le Statut de la Cour qu'avait établi le Conseil aux termes de l'article 14 du pacte de la Société des Nations, en précisant que ledit Statut serait soumis aux Membres de la Société des Nations « pour adoption sous forme de protocole dûment ratifié constatant qu'ils reconnaissent ce Statut ». Il était prévu que le Statut entrerait en vigueur dès qu'il aurait été ratifié par la majorité des Membres de la Société. Le Statut de la Cour formait donc un tout avec le protocole, dont l'objet était précisément de servir d'instrument pour l'adoption du Statut par les Membres de la Société des Nations. Le protocole de signature porte la date du 16 décembre 1920, et les Etats, en le signant, reconnaissent le Statut de la Cour. Le protocole citait la résolution du 13 décembre, et spécifiait que :

« Le présent protocole, dressé conformément à la décision de l'Assemblée de la Société des Nations du 13 décembre 1920, sera ratifié. Chaque Puissance adressera sa ratification au Secrétariat général de la Société des Nations, par les soins duquel il en sera donné avis à toutes les autres Puissances signataires. Les ratifications resteront déposées dans les archives du Secrétariat de la Société des Nations. »

Il faut bien voir ensuite que l'article 36 du Statut, qui était déjà le texte définissant les bases de compétence de la Cour, comportait au deuxième paragraphe – alors non numéroté – la clause suivante, relative à la juridiction sur la base de la « disposition facultative » qui, si elle a de toute évidence inspiré l'actuel article 36, était toutefois rédigée de façon assez différente, notamment pour ce qui concerne la jonction au protocole :

« Les Membres de la Société et Etats mentionnés à l'annexe au Pacte pourront, soit lors de la signature ou de la ratification du protocole, auquel le présent Acte est joint, soit ultérieurement, déclarer reconnaître dès à présent comme obligatoire, de plein droit et sans convention spéciale, vis-à-vis de tout autre Membre ou Etat acceptant la même obligation, la juridiction de la Cour sur toutes ou quelques-unes des catégories de différends d'ordre juridique ayant pour objet :

- a) l'interprétation d'un traité ;
- b) tout point de droit international ;
- c) la réalité de tout fait qui, s'il était établi, constituerait la violation d'un engagement international ;
- d) la nature ou l'étendue de la réparation due pour la rupture d'un engagement international.

La déclaration ci-dessus visée pourra être faite purement et simplement ou sous condition de réciprocité de la part de plusieurs ou de certains Membres ou Etats, ou pour un délai déterminé.

En cas de contestation sur le point de savoir si la Cour est com-

the matter shall be settled by the decision of the Court.” (*Collection of Texts Governing the Jurisdiction of the Court, P.C.I.J., Series D, No. 5, p. 61.*)

But in addition to the second paragraph of Article 36 there was, as part of this same instrument containing the Protocol and the Statute, and set out as a separate item, a “disposition facultative”. In other words, there was an *actual* “Optional Clause”, which parties could sign if they so desired. This of course is why one still speaks of the “Optional Clause” as a loose way of referring to jurisdiction under the present Article 36, paragraph 2, even though the actual Optional Clause is now in the past.

The *disposition facultative*, or Optional Clause, provided :

“The undersigned, being duly authorized thereto, further declare, on behalf of their Government, that, from this date, they accept as compulsory *ipso facto* and without special convention, the jurisdiction of the Court in conformity with Article 36, paragraph 2, of the Statute of the Court, under the following conditions : [*Here follow the declarations made by the signatories.*”

There were thus two things normally done by a State subscribing to compulsory jurisdiction : the signing of the declaration set out in standard form in the Optional Clause, and the adding of any needed declaration saying whether the undertaking was unconditional or subject to stated reservations. In a few cases the signing of the Optional Clause itself was made by the State concerned, subject to a ratification. But this was not required ¹. It sufficed to sign the Clause and of course to ratify signature of the Protocol, to which both Statute and Optional Clause were joined to form the one instrument. But a State which signed and ratified the Protocol, though it became thus a party to the Statute, did not subject itself to compulsory jurisdiction unless at some time it signed the Optional Clause. Nicaragua signed the Protocol on 14 September 1929 (together with the Revision Protocol), and the signing of the Optional Clause was of course 24 September. She never, however, ratified the Protocol.

The signing of the “Optional Clause” of the Protocol and Statute of the Permanent Court was something rather different, as has been seen, from the making of a declaration under Article 36 of the Statute of the International Court of Justice. The latter declaration is a quite separate instrument which is to be deposited with the Secretary-General of the United

¹ See Table on page 55 of the *P.C.I.J., Series D, No. 6* : note 2 to the column for ratification of a declaration, states, “La ratification n’est en effet pas exigée par le texte de la Disposition facultative”.

pétente, la Cour décide. » (*Collection des textes gouvernant la compétence de la Cour, C.P.J.I. série D n° 5, p. 61.*)

Mais, outre ce deuxième paragraphe de l'article 36, il existait, en tant que partie intégrante de l'instrument composé du protocole et du Statut, quoique sous la forme d'un acte distinct, une « Disposition facultative ». En d'autres termes, il existait une véritable clause facultative, que les parties pouvaient signer si elles le souhaitaient. C'est évidemment la raison pour laquelle on continue à parler couramment de « clause facultative » lorsqu'on pense à la compétence fondée sur l'actuel article 36, paragraphe 2, bien que la véritable clause facultative appartienne désormais au passé.

Cette « Disposition facultative » était ainsi conçue :

« Les soussignés, dûment autorisés, déclarent en outre, au nom de leur gouvernement, reconnaître dès à présent, comme obligatoire, de plein droit et sans convention spéciale, la juridiction de la Cour conformément à l'article 36, paragraphe 2, du Statut de la Cour, et dans les termes suivants » (*suivent les déclarations faites par les signataires*).

L'adhésion d'un Etat à la juridiction obligatoire supposait donc normalement l'accomplissement de deux formalités : la signature de la déclaration type figurant dans la disposition facultative, et l'addition, éventuellement, d'une déclaration précisant si cet engagement de l'Etat devait s'entendre sans condition ou sous certaines réserves expresses. Parfois, la signature de la « Disposition facultative » elle-même était faite par l'Etat intéressé sous réserve de ratification. Mais ce n'était pas là une obligation¹ : il suffisait de signer la disposition et, bien sûr, de ratifier la signature du protocole, qui, avec le Statut et la « Disposition facultative », constituait un seul instrument. Mais un Etat qui signait et ratifiait le protocole, s'il devenait par là même partie au Statut, ne se soumettait à la juridiction obligatoire que s'il signait à un moment quelconque la disposition facultative. Le Nicaragua, pour sa part, a signé le protocole le 14 septembre 1929 (en même temps que le protocole de révision) et, comme on le sait, il a signé la « Disposition facultative » le 24 septembre. Par contre, il n'a jamais ratifié le protocole.

La signature de la « Disposition facultative », du protocole et du Statut de la Cour permanente était, on vient de le voir, une opération sensiblement différente de la signature des déclarations faites sur la base de l'article 36 du Statut de la Cour actuelle. Actuellement, la déclaration est un instrument totalement distinct, déposé auprès du Secrétaire général des

¹ Voir *C.P.J.I. série D n° 6*, tableau p. 55 : la note 2 afférente à la colonne relative à la ratification des déclarations était ainsi rédigée : « La ratification n'est en effet pas exigée par le texte de la Disposition facultative. »

Nations, "who shall transmit copies thereof to the parties to the Statute and to the Registrar of the Court".

* *

The question, therefore, is whether Article 36, paragraph 5, of the present Court's Statute had the effect of transferring to the new Court, Nicaragua's subscription to the Optional Clause of the Protocol of Signature and the Statute of the Permanent Court, which entire instrument required ratification ; but which was never ratified, with the admitted consequence that Nicaragua never became obligated by the compulsory jurisdiction of the Permanent Court ?

The answer would seem to be placed beyond doubt according to the English text of Article 36, paragraph 5, which is :

"Declarations made under Article 36 of the Statute of the Permanent Court of International Justice and which are still in force shall be deemed, as between the parties to the present Statute, to be acceptances of the compulsory jurisdiction of the International Court of Justice for the period which they still have to run and in accordance with their terms."

Thus the declarations which are by that provision to be deemed to be acceptances of the compulsory jurisdiction of the new Court are those "which are still in force". And since the Nicaraguan Declaration was never "in force" in respect of the old Court, it would seem to follow that it cannot be held to be "still in force" for the purposes of Article 36, paragraph 5.

Furthermore, this result is in conformity with what the preparatory work shows to have been the purpose and intention of the provision. The provision, as is well known, was the result of a British proposal made in, and accepted by, a subcommittee of the Committee of Jurists which met in Washington in 1945. The very expert subcommittee (Fahy, Fitzmaurice, Krylov, Novikov, Spiropoulos) reported as follows :

"The subcommittee calls attention to the fact that many nations have heretofore accepted compulsory jurisdiction under the 'Optional Clause'. The subcommittee believes that provision should be made at the San Francisco Conference for a special agreement for continuing these acceptances in force for the purpose of this Statute." (*UNCIO*, Vol. XIV, p. 289.)

The proposal, therefore, was to achieve the transfer, that is to say the continuity, of already existing obligations. It could hardly be expected to have been otherwise ; certainly not to create a new obligation where none existed before.

This purpose was faithfully pursued at San Francisco, where the present text of Article 36, paragraph 5, reproduced above, eventually emerged as a part of the Statute of the Court.

Nations Unies, « qui en transmettra copie aux parties au présent Statut ainsi qu'au Greffier de la Cour ».

* *

La question est donc de savoir si l'article 36, paragraphe 5, du Statut de la Cour actuelle a pu avoir pour effet de transférer à la nouvelle Cour l'adhésion du Nicaragua à la disposition facultative du protocole de signature et du Statut de la Cour permanente, instrument unique requérant ratification, mais n'ayant cependant jamais été ratifié, d'où la conséquence incontestée que le Nicaragua n'a jamais été lié par la juridiction obligatoire de la Cour permanente.

La réponse semble ne faire aucun doute si l'on se reporte à la version anglaise de l'article 36, paragraphe 5, du présent Statut :

« Declarations made under Article 36 of the Statute of the Permanent Court of International Justice and which are still in force shall be deemed, as between the parties to the present Statute, to be acceptances of the compulsory jurisdiction of the International Court of Justice for the period which they still have to run and in accordance with their terms. »

Il ressort en effet de ce texte que les déclarations qui doivent être considérées comme comportant acceptation de la juridiction obligatoire de la nouvelle Cour sont celles « which are still in force ». Et, vu que la déclaration du Nicaragua n'a jamais été « in force » pour ce qui est de l'ancienne Cour, elle ne peut être considérée comme « still in force » aux fins de l'article 36, paragraphe 5.

Ce résultat s'accorde de surcroît avec l'esprit et le but de cette disposition, tels qu'ils ressortent des travaux préparatoires. Ce texte, comme chacun le sait, est en effet issu d'une proposition britannique qui fut faite au sein d'un sous-comité du comité de juristes réuni à Washington en 1945, et qui fut acceptée par ledit sous-comité. Or le compte rendu du sous-comité, composé de spécialistes particulièrement éminents (Fahy, Fitzmaurice, Krylov, Novikov et Spiropoulos) relate :

« Le sous-comité attire l'attention sur le fait que plusieurs nations ont jusqu'ici accepté la clause de « compétence obligatoire ». Le sous-comité estime que la conférence de San Francisco devrait prévoir un accord spécial pour maintenir ces acceptations en vigueur, aux fins du présent Statut. » (*Conférence des Nations Unies sur l'organisation internationale*, vol. XIV, p. 290.)

L'objet de la proposition était donc de réaliser le transfert, c'est-à-dire la continuité d'obligations déjà existantes. On ne pouvait guère s'attendre à autre chose, et certainement pas à la création d'obligations nouvelles là où il n'en existait pas.

Ce but fut scrupuleusement poursuivi à San Francisco, où le texte actuel de l'article 36, paragraphe 5, ci-dessus reproduit, fut finalement inséré dans le Statut de la Cour.

The Language Question

Article 36, paragraph 5, necessarily appears in the five equally authentic languages of the United Nations Charter, Chinese, English, French, Russian and Spanish (Art. 111). The Chinese, Russian and Spanish versions apparently translate the English formulation of the criterion of transfer, viz. "and which are still in force . . .". The French text was, of course, drafted alongside the English text at San Francisco. Nevertheless, the final version of Article 36, paragraph 5, both French and English, was proposed by the French delegation at the 19th meeting of the committee on 7 June, when the committee adopted what are now the French and English texts of the Article (*UNCIO*, Vol. XIII, pp. 485 and 486). In this final French proposal, the English "which are still in force" remained, but there was an alteration of the French version of that phrase. Since the Court's Judgment apparently finds this change in the language of the French version, significant, it is necessary briefly to examine this final variation of the French text. The change proposed by the French delegation, to the French text, was this: where the original French text used the phrase "encore en vigueur" to correspond to the English "still in force", the proposal was to substitute "pour une durée qui n'est pas encore expirée" for "encore en vigueur". According to the official report of the meeting:

"The French Representative stated that the changes suggested by him in paragraph 4 [as Art. 36, par. 5, then was] were not substantive ones, but were intended to improve the phraseology." (*Ibid.*, p. 284.)

The text, both in English and French, of Article 36, paragraph 5, was then unanimously adopted.

The statement of the French representative that the change was concerned with phraseology and was not substantive must of course be accepted. Moreover, the French proposal was introduced by the French delegation coupled with and alongside the English version using "still in force". If it were possible that the two texts were capable of different meanings, the rule in Article 33, paragraph 4, of the Vienna Convention on the Law of Treaties requires that: "the meaning which best reconciles the texts, having regard to the object and purpose of the treaty, shall be adopted". It is not possible to reconcile this requirement with any solution which seeks to give a special meaning to the French text, which meaning cannot be collected from the Chinese, the English, the Russian and the Spanish.

It is interesting nevertheless to speculate on the question why the French delegation at San Francisco, in seeking the French equivalent of "still in force", eventually preferred "pour une durée qui n'est pas encore expirée" to the simple "en vigueur" which is used in the immediately following Article 37 of the Statute as equivalent to the English "in force" (in this case

La question linguistique

L'article 36, paragraphe 5, existe nécessairement dans les cinq langues de la Charte des Nations Unies qui font également foi : chinois, anglais, français, russe et espagnol (art. 111). Les textes chinois, russe et espagnol semblent traduire littéralement la formule utilisée en anglais pour définir le critère du transfert : « and which are still in force ... » Quant au texte français, comme on le sait, il a été rédigé parallèlement au texte anglais à San Francisco. Il n'en reste pas moins que la version définitive de l'article 36, paragraphe 5, tant en français qu'en anglais, est issue d'une proposition de la délégation française faite à la dix-neuvième séance du comité, le 7 juin, date à laquelle le comité adopta ce qui constitue aujourd'hui le texte français et le texte anglais de l'article (*CNUOI*, vol. XIII, p. 485 et 486). Or, dans cette ultime proposition française, si l'expression anglaise « which are still in force » ne changeait pas, le texte français correspondant était modifié. Et puisque la Cour, dans son arrêt, juge apparemment importante cette modification du texte français, il convient de s'attarder un instant sur ce dernier avatar dudit texte. La délégation française proposait d'apporter au texte français la modification suivante : substituer à la formule « encore en vigueur » du texte initial, correspondant à l'anglais « still in force », l'expression « pour une durée qui n'est pas encore expirée ». Je cite le compte rendu officiel de la séance :

« Le représentant de la France déclare que les changements dont il a proposé l'introduction au paragraphe 4 [devenu l'article 36, paragraphe 5] ne visaient pas le fond mais tendaient à améliorer la rédaction. » (*Ibid.*, p. 290.)

Après quoi les deux textes, anglais et français, de l'article 36, paragraphe 5, furent adoptés à l'unanimité.

Il va de soi que l'affirmation du représentant de la France, disant que cette modification était de forme et non de fond, doit être acceptée. En outre, la proposition française avait été présentée par la délégation de la France comme faisant pendant à la version anglaise où figure l'expression « still in force ». A supposer donc que le sens des deux textes diffère, la règle posée à l'article 33, paragraphe 4, de la convention de Vienne sur le droit des traités est formelle : « on adoptera le sens qui, compte tenu de l'objet et du but du traité, concilie le mieux ces textes » – règle à laquelle ne saurait correspondre une solution tendant à donner au texte français un sens particulier, différent de celui qui se dégage des textes anglais, chinois, espagnol et russe.

Il est néanmoins intéressant de s'interroger sur les raisons pour lesquelles la délégation française à San Francisco, recherchant l'équivalent français de « still in force », a finalement préféré « pour une durée qui n'est pas encore expirée » aux simples termes « en vigueur », qui sont employés pour traduire « in force » immédiatement après, à l'article 37 du Statut

of course referring not to declarations but to treaties) ; and, indeed, is also used in the first paragraph of Article 36.

The comparison of Article 36, paragraph 5, with Article 36, paragraph 1, and with Article 37, suggests a possible answer to the question. In Article 36, paragraph 1, which deals with treaties or conventions conferring jurisdiction on the International Court of Justice ; and in Article 37, concerning treaties and conventions providing for reference to any tribunal to have been instituted by the League of Nations, or to the Permanent Court of International Justice, the only requirement of the treaty or convention is that it shall be "in force", "en vigueur", at the moment the question of jurisdiction arises. But Article 36, paragraph 5, is different. Whereas the key phrase of Article 36, paragraph 1, and Article 37, is "in force", the key phrase in Article 36, paragraph 5 (in the English version), is "still in force". To have used the phrase "still in force" in either Article 36, paragraph 1, or Article 37 would have been otiose. In Article 36, paragraph 5, on the other hand, the word "still" conveys, to my mind, the idea of something which *was* in force for the old Court, and is therefore to be *deemed* "still in force" for the new Court. There is thus an important difference between "in force" and "still in force".

The French delegation at San Francisco must have had some good reason for introducing their change to the French text. That reason, considering that they said the change was one of phraseology only, and considering that they proposed no change to the English text, could only have been that they considered the new French version to convey, more clearly than the original French text did, the meaning and purpose of the English "still in force". The new French version, therefore, seizes upon the notion of continuity as the essential criterion. What matters is not only that a declaration *is* "in force" in its terms, but that it *has been* in force for the old Court and was expressed for a period that continues and is still not expired. For the French version retains that important qualifying word, "encore".

One can do no more than speculate on the purpose of the change in the French text, for the records are sparse. So one is left with the rule that if there be, which I doubt, material difference between the meaning of the texts, the one which best reconciles the different language versions, all five of them that is to say, is to be preferred. For the present case at least there is no great difficulty in doing that. A declaration of acceptance of compulsory jurisdiction, which declaration never came into operation under the old Statute, certainly cannot be said, under the new Statute, to be "still in force", which is the language used in four of the versions of the Statute ; and is the meaning consonant with what was said to be the purpose of the provision, namely the carry over to the new Court of obligations created in respect of the old Court.

There is no difficulty in collecting the same meaning in the French formula : *pour une durée qui n'est pas encore expirée*. What is referred to by that formula is surely a declaration by which the compulsory jurisdiction of the Permanent Court was actually established. A declaration to which,

(dans le cas des traités, il est vrai, et non des déclarations), ainsi d'ailleurs qu'à l'article 36, paragraphe 1.

La comparaison de l'article 36, paragraphe 5, avec l'article 36, paragraphe 1, et avec l'article 37, indique une réponse possible à la question. A l'article 36, paragraphe 1, relatif aux traités ou conventions conférant compétence à la Cour internationale de Justice, et à l'article 37, concernant les traités et conventions prévoyant le renvoi aux juridictions que devait instituer la Société des Nations ou à la Cour permanente de Justice internationale, la seule condition est en effet que l'instrument considéré soit « in force », « en vigueur », au moment où se pose le problème de compétence. Mais l'article 36, paragraphe 5, est différent. Alors que le pivot de l'article 36, paragraphe 1, et de l'article 37 est l'expression « in force », celui de l'article 36, paragraphe 5 (dans le texte anglais), est « still in force ». L'emploi des mots « still in force » dans l'article 36, paragraphe 5, et dans l'article 37 eût été superflu. A l'article 36, paragraphe 5, en revanche, le terme « still » évoque à mon sens l'idée de quelque chose qui *était* en vigueur au temps de l'ancienne Cour et qui, pour cette raison, doit être *considéré* comme encore en vigueur à l'égard de la nouvelle Cour. Il y a donc une différence importante entre « in force » et « still in force ».

La délégation française à San Francisco avait sans doute de bonnes raisons de proposer la modification du texte français. Cette raison, eu égard à son affirmation selon laquelle le changement était de pure forme et à l'absence de proposition de sa part tendant à modifier le texte anglais, était probablement le sentiment que la nouvelle version française reflétait plus nettement que le texte initial le sens et l'objet de l'anglais « still in force ». La nouvelle version française insistait donc sur le critère essentiel de la continuité. Ce qui importe n'est plus seulement le fait qu'une déclaration *est* en vigueur d'après ses termes, mais qu'elle *était* en vigueur au regard de l'ancienne Cour et qu'elle a été faite pour une période qui court encore et n'est pas encore expirée. D'où l'emploi de cet adverbe important – « encore » – dans le texte français.

On en est réduit aux conjectures sur l'objet du changement apporté au texte français, car les documents sont rares. Reste donc la règle qui veut que, s'il y a – ce dont je doute – une différence réelle de sens entre les textes, on adopte celui qui concilie le mieux les textes dans les différentes langues, c'est-à-dire les cinq versions. Dans le cas présent, tout au moins, cette opération ne présente pas de grandes difficultés. Une déclaration d'acceptation de la juridiction obligatoire qui n'est jamais entrée en vigueur sous le régime de l'ancien Statut ne peut certainement pas être considérée, sous le nouveau Statut, comme « still in force », selon la formule utilisée dans quatre des versions du Statut, et selon le sens compatible avec le propos déclaré de cette disposition, qui était de transférer à la nouvelle Cour les obligations créées à l'égard de sa devancière.

Il n'est pas difficile de tirer le même sens de la formule française « pour une durée qui n'est pas encore expirée ». Ce que vise cette formule est certainement une déclaration ayant effectivement institué la juridiction obligatoire de la Cour permanente. Une déclaration à propos de laquelle,

owing to failure to ratify the Protocol, no date of commencement of the obligation in respect of the Permanent Court could be assigned, cannot be said to be *pour une durée qui n'est pas encore expirée*. That which never began cannot be said to have had a duration at all.

* *

The Aerial Incident Case

The meaning of Article 36, paragraph 5, is clarified by the Judgment of this Court in the *Aerial Incident* case (*I.C.J. Reports 1959*, p. 127). In that case Israel, the Applicant State, relied upon the alleged operation of Article 36, paragraph 5, in respect of Bulgaria's Declaration of 29 July 1921, which has been made unconditionally, and which had certainly come into effect in respect of the Permanent Court of International Justice because Bulgaria had indeed ratified the Protocol of Signature of the Statute of that Court. The International Court of Justice found, nevertheless, that it did not have compulsory jurisdiction under Article 36, paragraph 5, of its Statute because, by the time Bulgaria, which was not present at San Francisco, had become a member of the United Nations in 1955, the Permanent Court of International Justice had ceased to exist. Accordingly, Bulgaria's Declaration, even though stated in its terms to be unconditional and therefore without a time-limit, had, it was held, lapsed with the demise of the Court. Thus, the question asked by the Court was whether the declaration could properly be said to be "still in force" in respect to the old Court at the time when Bulgaria became subject to the Statute of the new Court, and in particular to Article 36, paragraph 5? Any notion that, for the effect of Article 36, paragraph 5, one was entitled to look merely to the terms of the declaration itself, abstracted from its status with respect to the Permanent Court, was rejected. If a declaration which had come into effect for the Permanent Court, and in its own terms was still running, was not caught by Article 36, paragraph 5, because the obligation to the old Court must have ceased when the Court itself ceased to exist, then one would suppose that, *a fortiori*, a declaration which never at any time actually created an obligation in respect of the old Court, cannot be carried over to the new Court by Article 36, paragraph 5.

There is one passage of the Judgment that is most apposite to the present case. The Court is considering the case of those States, like Bulgaria, which did not become parties to the Charter and to the Statute of the new Court, until after the dissolution of the Permanent Court.

"Accordingly, the question of the transformation of an existing obligation could no longer arise so far as they were concerned : all that could be envisaged in their case was the creation of a new obligation

faute de ratification du protocole, aucune date ne peut être assignée au début de l'obligation relativement à la Cour permanente ne peut être considérée comme faite « pour une durée qui n'est pas encore expirée ». Ce qui n'a jamais commencé ne peut avoir de durée.

* *

L'affaire de l'Incident aérien

Le sens de l'article 36, paragraphe 5, est précisé par l'arrêt de la Cour dans l'affaire de l'*Incident aérien* (C.I.J. Recueil 1959, p. 127). Dans cette affaire, le demandeur, l'Etat d'Israël, prétendait en cette occasion faire jouer l'article 36, paragraphe 5, à l'égard de la déclaration de la Bulgarie du 29 juillet 1921, déclaration qui avait été faite sans condition et qui était incontestablement entrée en vigueur à l'égard de la Cour permanente, puisque la Bulgarie avait ratifié le protocole de signature du Statut. Or la Cour a conclu qu'elle n'avait pas juridiction obligatoire en vertu de l'article 36, paragraphe 5, au motif qu'à l'époque où la Bulgarie, qui n'était pas présente à la conférence de San Francisco, était devenue Membre de l'Organisation des Nations Unies, en 1955, la Cour permanente avait cessé d'exister. La déclaration de la Bulgarie, bien qu'elle eût, d'après ses propres termes, été faite sans condition et, partant, sans limite de durée, était donc devenue caduque avec la disparition de la Cour permanente. La question posée par la Cour était ainsi de savoir si la déclaration pouvait être considérée comme « still in force » à l'égard de l'ancienne Cour au moment où la Bulgarie avait été admise au bénéfice du Statut de la nouvelle Cour, et notamment de l'article 36, paragraphe 5. La Cour a catégoriquement rejeté l'idée qu'aux fins de l'article 36, paragraphe 5, on pût se borner à tenir compte des termes de la déclaration, en faisant abstraction de la validité de cette dernière par rapport à la Cour permanente. Si donc une déclaration, entrée en vigueur à l'égard de la Cour permanente et qui, d'après ses propres termes, n'était pas périmée, n'entre pas dans le champ d'application de l'article 36, paragraphe 5, pour la raison que l'obligation qu'elle avait fait naître à l'égard de l'ancienne Cour a nécessairement pris fin en même temps que ladite Cour, on est fondé à supposer, à fortiori, qu'une déclaration qui n'a jamais créé d'obligation à l'égard de l'ancienne Cour ne peut être reportée sur la nouvelle Cour par le jeu de l'article 36, paragraphe 5.

L'arrêt précité contient un passage qui s'applique parfaitement à la présente affaire. Considérant le cas des Etats, telle la Bulgarie, qui ne sont devenus parties à la Charte et au Statut de la nouvelle Cour qu'après la dissolution de la Cour permanente, la Cour affirmait :

« Dès lors, la question d'une transformation d'une obligation existante ne pouvait plus se poser pour eux : seule pouvait être envisagée la création d'une obligation nouvelle à leur charge. Etendre à ces Etats

binding upon them. To extend Article 36, paragraph 5, to those States would be to allow that provision to do in their case something quite different from what it did in the case of signatory States.” (*I.C.J. Reports 1959*, p. 138.)

In this passage the Court denied that there could be any possibility of Article 36, paragraph 5, creating a *new* obligation, not existing under the old Court – which is precisely what the present Judgment does in respect of Nicaragua.

For all these reasons it seems to me that to say that the effect of Article 36, paragraph 5, was to create for Nicaragua an obligation in respect of the new Court, which never in fact existed in respect of the Permanent Court, is straining the language of that Article beyond what it can bear.

* * *

The Yearbooks of the Court

Considerable weight has been attached by Nicaragua to the fact that in all the *Yearbooks* of the present Court it has been listed among the States bound by Optional-Clause jurisdiction. The Judgment of the Court also regards the *Yearbooks* and other publications as a factor confirming its interpretation of the effect of Article 36, paragraph 5 ; if not an independent source of jurisdiction for the Court. In my view, thus to allow considerable, and even decisive, effect, to statements in the Court’s *Yearbook* is mistaken in general principle ; and is in any event not sufficiently supported by the facts in the present case.

It is to my mind wrong in principle because the Court should always distinguish between its administrative functions – including the compilation of the *Yearbook* by the Registrar on the Court’s instructions – and its judicial functions. When there is a dispute between States as to the Court’s jurisdiction, that dispute may be, as in the present case, submitted to the Court for determination in its judicial capacity. To hold, after the exchange of voluminous written pleadings and after two rounds of oral proceedings, that the matter was, before all this, virtually settled as a result of the action of the Registrar acting on behalf of the Court in its administrative capacity, and without benefit of judicial argument and procedure, is not free from an element of absurdity. For the Court’s administrative organization to make some necessary assessment of a legal question for purposes of an annually published reference book ; and for the full Court in its judicial capacity, after its full judicial procedure, including hearing arguments of both parties, to make a decision on the same matter ; are two entirely different things which should never be confused.

It is of course to prevent any such confusion that every *Yearbook* is

l'article 36, paragraphe 5, serait admettre que celui-ci a fait pour eux tout autre chose que ce qu'il a fait pour les Etats signataires. » (*C.I.J. Recueil 1959*, p. 138.)

Par ces mots, la Cour déniait à l'article 36, paragraphe 5, le pouvoir de créer une obligation *nouvelle*, n'existant pas sous le régime de l'ancienne Cour, c'est-à-dire précisément ce que fait le présent arrêt à propos du Nicaragua.

Pour toutes les raisons que je viens d'énoncer, dire que l'article 36, paragraphe 5, a eu pour effet de créer pour le Nicaragua, à l'égard de la Cour actuelle, une obligation qui en fait n'a jamais existé à l'égard de la Cour permanente, équivaut, me semble-t-il, à forcer de manière abusive le texte de l'article au-delà de ce qui est permis.

* * *

Les Annuaire de la Cour

Le Nicaragua attache une importance considérable au fait que tous les *Annuaire* de la Cour actuelle l'ont inclu parmi les Etats liés par la clause facultative. Et la Cour, dans son arrêt, voit elle aussi dans les *Annuaire* et certaines autres publications un élément confirmant son interprétation de l'article 36, paragraphe 5, sinon une source autonome de compétence. Selon moi, c'est une erreur de principe que d'accorder un poids important, voire décisif, aux mentions figurant dans les *Annuaire* de la Cour ; de plus, cette démarche n'est pas suffisamment étayée par les faits de l'espèce.

C'est une erreur de principe, parce que la Cour devrait toujours distinguer entre ses fonctions administratives — y compris la rédaction de l'*Annuaire* par le Greffier, agissant sur instructions de la Cour — et ses fonctions judiciaires. Lorsqu'il y a désaccord entre deux Etats sur la compétence de la Cour, ce désaccord peut, comme dans le cas présent, être soumis à la Cour pour qu'elle statue dans le cadre de ses fonctions judiciaires. Mais il y a quelque chose d'absurde à conclure, après l'échange de volumineuses pièces écrites et deux tours de procédure orale, que la question était pratiquement réglée avant tout cela par l'action menée par le Greffier pour le compte de la Cour, dans l'exercice des fonctions administratives de celle-ci, et sans échange d'arguments ni procédure judiciaire. La nécessaire évaluation par les services administratifs de la Cour de l'état d'une question juridique, en vue de la publication d'un ouvrage annuel de référence, et la décision prise sur cette même question par la Cour elle-même, dans le cadre de ses fonctions judiciaires et à l'issue d'une procédure judiciaire complète, avec audition des deux parties, sont choses entièrement différentes, et à ne jamais confondre.

C'est d'ailleurs pour prévenir toute confusion sur ce point que la « pré-

prefaced by the following warning and disclaimer in the general "Preface" to the volume. In the first *Yearbook* (1946-1947) it read :

"It is to be understood that the *Yearbook* of the International Court of Justice is prepared and published by the Registrar and in no way involves the responsibility of the Court."

Later *Yearbooks* somewhat expanded the disclaimer typically as follows :

"The *Yearbook* is prepared by the Registry and in no way involves the responsibility of the Court ; in particular, the summaries of judgments, advisory opinions and orders contained in Chapter VI cannot be quoted against the actual texts of those judgments, advisory opinions and orders and do not constitute an interpretation of them."

For the Court, nevertheless, to attach important legal consequences to entries in the *Yearbook* is to destroy the clear effect of the disclaimer ; as well as, in my view, being wrong in principle.

* *

But even apart from the objections of principle, the *Yearbooks* do not at all yield any certain message on the status of the Nicaraguan declaration ; on the contrary they consistently – each one of them – alert the attentive reader to the existence of doubts.

The first *Yearbook* is that for 1946-1947. There are two entries concerning Nicaragua. First, there is a part giving the actual text of "communications and declarations of States which are still bound by their adherence to the Optional Clause of the Statute of the Permanent Court of International Justice" (p. 207) ¹. In this section, on page 210 (p. 206 of the French edition) the actual text of the Nicaraguan Declaration of 24 September 1929 is set out verbatim, and with a reference to a footnote which reads :

"According to a telegram dated November 29th, 1939, addressed to the League of Nations, Nicaragua had ratified the Protocol of Signature of the Statute of the Permanent Court of International Justice (December 16th, 1920), and the instrument of ratification was to follow. Notification concerning the deposit of the said instrument has not, however, been received by the Registry."

This then was the *Yearbook* in which the actual text of the Nicaraguan

¹ The use in this heading of the phrase "still bound" ("encore liés" in the French version), far from lending support to Nicaragua's reliance on the *Yearbooks*, shows why successive Registrars had doubts whether Nicaragua should have been listed or not.

face » générale de tous les *Annuaire*s comprend une mise en garde dégageant la responsabilité de la Cour, qui, dans le premier *Annuaire* (1946-1947), était rédigée comme suit :

« L'*Annuaire* de la Cour internationale de Justice est élaboré et publié sous la direction du Greffier. Son contenu n'engage en aucune manière la Cour. »

Cet avertissement a, de manière significative, été précisé comme suit dans les *Annuaire*s ultérieurs :

« L'*Annuaire*, rédigé par le Greffe, n'engage en aucune façon la Cour. En particulier les résumés d'arrêts, avis consultatifs et ordonnances figurant au chapitre VI ne sauraient être cités à l'encontre du texte même des arrêts, avis consultatifs et ordonnances, dont ils ne constituent pas une interprétation. »

En attribuant malgré cela des conséquences juridiques de poids aux mentions de l'*Annuaire*, la Cour détruit l'effet explicite de l'avertissement, et, de plus, commet ce qui, à mon avis, est une erreur de principe.

* *

Mais indépendamment même de ces objections de principe, les *Annuaire*s ne permettent aucunement d'établir avec certitude la validité de la déclaration nicaraguayenne : bien au contraire, ils éveillent tous, l'un après l'autre, l'attention du lecteur vigilant et l'amènent à détecter l'existence de certains doutes.

Le premier *Annuaire* est celui de 1946-1947. Le Nicaragua y apparaît sous deux rubriques. La première se trouve dans la partie consacrée au texte des « communications et déclarations des Etats qui sont encore liés par leur adhésion à la Disposition facultative du Statut de la Cour permanente de Justice internationale » (p. 203)¹. Le texte de la déclaration nicaraguayenne du 24 septembre 1929 y figure *in extenso*, à la page 206 (page 210 de l'édition anglaise), accompagné d'un renvoi à une note de bas de page rédigée comme suit :

« Suivant un télégramme du 29 novembre 1939, adressé à la Société des Nations, le Nicaragua avait ratifié le Protocole de signature du Statut de la Cour permanente de Justice internationale (16 décembre 1920), l'instrument de ratification devant suivre. Cependant, le dépôt de cet instrument n'a pas été notifié au Greffe. »

Voilà donc pour l'*Annuaire* dans lequel on pouvait trouver le texte même

¹ La présence dans ce titre des mots « encore liés » (« still bound »), loin d'étayer l'argument que le Nicaragua veut tirer des mentions des *Annuaire*s, montre pourquoi les Greffiers successifs doutaient si le Nicaragua devait ou non figurer sur cette liste.

Declaration was to be found, the practice of the following *Yearbooks* being to give a reference back for those who wished to consult the text.

The second entry for Nicaragua in this same *Yearbook 1946-1947* is in the complete list (which also features in subsequent *Yearbooks*), of Optional-Clause States. In this list the date and conditions of the State's acceptance are set out, but not the actual text of the communication. In the *Yearbook 1946-1947* list, Nicaragua appears, in its alphabetical order, on page 226, as having made an "unconditional" declaration on "24 IX 29". There is, however, a footnote giving a reference back to page 210 for the actual text of the declaration. The whole of this list appears under the bold-letter heading :

"List of States which have recognized the compulsory jurisdiction of the International Court of Justice or which are still bound by the acceptance of the Optional Clause of the Statute of the Permanent Court of International Justice (Article 36 of the Statute of the International Court of Justice)."

Thus, one certain message that can be collected from these *Yearbooks* (for the same heading continues through several subsequent volumes) is that the Registrars at least understood the "still in force" of Article 36, paragraph 5, as being equivalent to "still bound".

The *Yearbooks* from 1947-1948 to 1954-1955, in accord with the normal *Yearbook* practice, simply reproduced this Nicaraguan entry in the list in exactly the same form as in the *Yearbook 1946-1947*. Nicaragua seemed to attach some importance to the absence in these subsequent volumes of the footnote about the non-receipt in Geneva of any Nicaraguan instrument of ratification of the Protocol of Signature of the Statute of the Permanent Court of International Justice. But as mentioned above that note did not appear either, in the *Yearbook 1946-1947* in its list and summary of declarations ; it appeared where the actual text of the Nicaraguan declaration was reproduced. Furthermore there is also in all these *Yearbooks* between 1947-1948 and 1954-1955, at the beginning of the "instruments" section, a list of States having made declarations. Nicaragua is included in that list, always with a reference back to page 210 (p. 206 of the French version) of the *Yearbook 1946-1947* for the text of the declaration where of course the warning footnote is to be found. So it is not the position that in this series of seven *Yearbooks* there is nothing to suggest any doubt about the Nicaraguan declaration : on the contrary, the careful reader is always guided back to the text of the declaration in the *Yearbook 1947-1948*, and there he finds the cautionary footnote.

From the *Yearbook* of 1955-1956 onwards there is a change. There is again the same list of States which refers the reader back to page 210 of the

de la déclaration nicaraguayenne, la pratique étant, dans les *Annuaire*s suivants, de renvoyer à ce premier *Annuaire* les lecteurs désireux de consulter ce texte.

La deuxième rubrique faisant mention du Nicaragua dans ce même *Annuaire* pour 1946-1947 est la liste complète (que l'on retrouve dans les *Annuaire*s ultérieurs) des États ayant adhéré à la clause facultative. Cette liste comporte, pour chaque État, la date de l'acceptation et les conditions qui s'y attachent, mais non le texte de la communication. Le Nicaragua apparaît sur la liste de l'*Annuaire* pour 1946-1947, page 222, à la place qui lui revient dans l'ordre alphabétique, comme ayant fait une déclaration « sans condition » le « 24 IX 29 ». Une note en bas de page renvoie toutefois à la page 206 pour le texte de la déclaration. Et la liste elle-même est coiffée par le titre suivant, en caractères gras :

« Liste des États qui ont reconnu comme obligatoire la juridiction de la Cour internationale de Justice ou qui sont encore liés (*still bound*) par leur adhésion à la Disposition facultative du Statut de la Cour permanente de Justice internationale (article 36 du Statut de la Cour internationale de Justice). »

Il y a donc une conclusion sûre que l'on peut tirer de ces *Annuaire*s (car le même titre revient dans plusieurs des volumes suivants) : c'est que les Greffiers, à tout le moins, considéraient l'expression « still in force » de l'article 36, paragraphe 5, comme l'équivalent de « still bound » (encore liés).

Conformément à la pratique usuelle en la matière, la mention relative au Nicaragua portée sur la liste figurant dans les *Annuaire*s 1947-1948 à 1954-1955 est tout simplement la reproduction exacte de celle qui figurait dans l'*Annuaire* 1946-1947. Le Nicaragua a paru attacher quelque importance à l'absence, dans ces volumes ultérieurs, de la note indiquant qu'aucun instrument nicaraguayen de ratification du protocole de signature du Statut de la Cour permanente de Justice internationale n'avait été reçu à Genève. Mais, comme je l'ai signalé plus haut, cette note ne figurait pas davantage dans la liste, assortie d'un résumé des déclarations, de l'*Annuaire* 1946-1947 : elle apparaissait dans la section où était reproduit le texte même de la déclaration nicaraguayenne. De plus, on trouve dans tous les *Annuaire*s allant de 1947-1948 à 1954-1955, au début de la section consacrée aux « instruments », une liste des États ayant fait des déclarations. Or le Nicaragua y figure, mais toujours avec un renvoi priant le lecteur de se reporter à la page 206 (page 210 de la version anglaise) de l'*Annuaire* 1946-1947 pour ce qui est du texte de la déclaration, où figurait évidemment la note de bas de page. Il n'est donc pas exact de dire que cette série de sept *Annuaire*s ne comportait aucun élément de nature à susciter des doutes au sujet de la déclaration nicaraguayenne : au contraire, le lecteur attentif était toujours ramené au texte de la déclaration figurant dans l'*Annuaire* 1947-1948, où se trouvait la note de bas de page qui devait l'inciter à la prudence.

A partir de l'*Annuaire* 1955-1956, il se produit un changement. On retrouve la même liste d'États renvoyant le lecteur à la page 206 de

Yearbook 1946-1947 and its footnote. The change is in the summary list of States "which are still bound by their declarations accepting the compulsory jurisdiction of the Permanent Court of International Justice". There Nicaragua now appears with a new footnote, which however reproduces the 1946-1947 footnote with a change in the second sentence making it rather stronger. The whole note reads :

"According to a telegram dated November 29th, 1939, addressed to the League of Nations, Nicaragua had ratified the Protocol of Signature of the Statute of the Permanent Court of International Justice (December 16th, 1920), and the instrument of ratification was to follow. It does not appear, however, that the instrument of ratification was ever received by the League of Nations."

Thus from 1955-1956 onwards, the reader was warned in two places about the doubts : first by the usual reference back, in the introductory list of Optional-Clause States, to the text of the declaration in the 1946-1947 volume, with its cautionary footnote, and second by a new note for the Nicaraguan entry in the summary of declarations of States "which are still bound by their declarations accepting the compulsory jurisdiction of the Permanent Court of International Justice", which note reinforces the original note.

There is also another caution to the careful reader. Thus, for example, on page 207 of *Yearbook 1956-1957* we find the following very important note :

"The texts of declarations set out in this Chapter are reproduced for convenience of reference only. The inclusion of a declaration made by any State should not be regarded as an indication of the view entertained by the Registry or, *a fortiori*, by the Court, regarding the nature, scope or validity of the instrument in question."

This twofold reference to cautionary notes could have been prompted by the Registrar, as we know from the Pleadings of the Parties, having had letters of inquiry from Professor Manley Hudson, who was then advising Honduras about the issue which later came before this Court in the *Arbitral Award Made by the King of Spain* case (*I.C.J. Reports 1960*, p. 192 ; Professor Hudson, who died in 1960, did not survive to take part as counsel in the case, however). But the new note might also have been in anticipation of the new format of the *Yearbook* entries from 1956-1957 onwards, by which there were no longer two lists of these States, one for Article 36, paragraph 2, declarations and one for Article 36, paragraph 5 ; but only one general section in which the texts of the instruments are reproduced. There is thus, after 1956-1957 up to and including the latest *Yearbook*, no need for a list referring back to the *Yearbook* in which the text of a declaration is reproduced, because in the new format the text is to be found

l'Annuaire 1946-1947 et à la note en bas de page, mais avec un remaniement de la liste analytique des Etats « qui sont encore liés par leur acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour permanente de Justice internationale » : la mention relative au Nicaragua est maintenant complétée par une nouvelle note de bas de page, qui reprend le texte de celle de 1946-1947, avec toutefois, dans la deuxième phrase, une modification qui en renforce le sens. La note se lit désormais comme suit :

« Par télégramme daté du 29 novembre 1939, adressé à la Société des Nations, le Nicaragua avait ratifié le protocole de signature du Statut de la Cour permanente de Justice internationale (16 décembre 1920), et l'instrument de ratification devait suivre. Cependant, il semble que ledit instrument de ratification ne soit jamais arrivé à la Société des Nations. »

Ainsi donc, depuis 1955-1956, le lecteur est averti à deux reprises qu'il y a doute : d'abord, par le renvoi habituel, dans la liste introductive des Etats ayant adhéré à la clause facultative, au texte de la déclaration figurant dans *l'Annuaire 1946-1947*, c'est-à-dire au texte assorti en note d'un avertissement ; et ensuite, par la nouvelle note dont s'accompagne la mention réservée au Nicaragua dans la liste analytique des déclarations des Etats « qui sont encore liés par leur acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour permanente de Justice internationale », note qui renforce le sens de la note originale.

Le lecteur attentif ne peut manquer de relever une autre mise en garde. Aux pages 205-206 de *l'Annuaire 1956-1957* on trouve deux phrases très importantes, ainsi rédigées :

« Les textes des déclarations énoncées dans ce chapitre sont reproduits uniquement pour la commodité du lecteur. L'inclusion de la déclaration émanant d'un Etat quelconque ne saurait être considérée comme l'indication des vues du Greffe ni, a fortiori, de celles de la Cour, sur la nature, la portée ou la validité de l'instrument en question. »

Il se peut que cette double référence ait eu pour origine les demandes de renseignements qui, comme la procédure écrite l'a montré, ont été adressées au Greffier par Manley Hudson, conseiller du Honduras dans le litige que la Cour fut ultérieurement appelée à trancher sous le nom d'affaire de la *Sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne le 23 décembre 1906 (C.I.J. Recueil 1960, p. 192 ; Hudson mourut toutefois l'année de l'arrêt sans avoir pu prendre part à la procédure en qualité de conseil)*. Mais le but de la nouvelle note était peut-être aussi de préparer la nouvelle présentation de *l'Annuaire 1956-1957*, année à partir de laquelle on ne trouve plus deux listes d'Etats, se rapportant l'une aux déclarations faites au titre de l'article 36, paragraphe 2, et l'autre à l'article 36, paragraphe 5, mais une section générale unique, reproduisant les textes des instruments. C'est dire qu'il n'y avait pas lieu, à partir de 1956-1957 et jusqu'au dernier *Annuaire* compris, de publier de liste renvoyant à *l'Annuaire* dans lequel était

set out *each* year in this section ; it was, therefore, essential that the note warning of the doubts about the status of Nicaragua's declaration should appear against its entry in this, now, single list ; as, indeed, it invariably does.

The point needs to be made with emphasis that the successive Registrars who compiled the *Yearbook*, which as the Preface says in every *Yearbook*, "in no way involves the responsibility of the Court"¹, acted in the only correct way in simply stating the facts and making no attempt to purport to decide Nicaragua's status one way or the other ; this would have been for the Registrar to act *ultra vires*. Thus in every *Yearbook* the more than casual reader is led to the fact that a Nicaraguan ratification of the Protocol of Signature of the Statute of the Permanent Court appeared not to have been received at the League of Nations. The Registrar could not have done more or less without exceeding his authority. He had simply to inform the reader that there was indeed a Nicaraguan declaration of acceptance of compulsory jurisdiction and to add notice of the fact that the necessary ratification of the Protocol had not been received. The disclaimer note cited above warns that the *Yearbook* entry is not to be regarded as involving even the Registrar's own views. For the Court now to give such weight to these entries is indeed startling. It is contrary to principle. It is at odds with the notices of disclaimer in each *Yearbook*, usually in more than one place. It is in any event not supported by any more than a superficial reading of the *Yearbook* entries.

* *

Other publications, mainly governmental collections of treaties, were mentioned by Nicaragua ; but these almost certainly use the *Yearbook* as their source and usually say so. The ancillary notion that the Court is in some way bound by the inclusion of Nicaragua in the list of States accepting compulsory jurisdiction in the Court's *Annual Reports* to the General Assembly, can be dealt with shortly. It is an astonishing proposition that the result of a full adjudication of a difficult legal question, can be in some way foreclosed by a list in routine reports made by the Court in its administrative capacity. The purpose of that part of the *Reports* is to give the General Assembly a more or less accurate idea of the state of the Optional-Clause jurisdiction from time to time ; it is certainly not to prejudice, much less to decide, a dispute between Nicaragua and the

¹ These introductory remarks signed personally by the Registrar ceased to have the heading "Preface" with the 1961-1962 volume. They are always, however, printed on a separate page immediately following the title-page.

reproduit le texte des déclarations, puisque, dans l'*Annuaire*, nouvelle présentation, ce texte figure *chaque* année dans la section considérée ; il était, en revanche, indispensable que la note faisant état des doutes sur la validité de la déclaration nicaraguayenne apparût en regard de la rubrique consacrée au Nicaragua dans cette liste désormais unique – ce qui, maintenant, est invariablement le cas.

Il convient de souligner que les Greffiers successifs qui ont établi l'*Annuaire* – lequel, pour reprendre les termes de la préface insérée dans chacun d'entre eux, « n'engage en aucune façon la Cour »¹ – se sont comportés de la seule façon qui fût correcte, en se bornant à donner les faits, sans vouloir trancher de la position du Nicaragua dans un sens ou un autre ; en procédant autrement, ils auraient excédé leurs attributions. De cette façon, le lecteur un tant soit peu averti est amené à noter, dans chacun des *Annuaire*s, que la Société des Nations ne semble pas avoir reçu de ratification nicaraguayenne du protocole de signature du Statut de la Cour permanente. Les Greffiers ne pouvaient faire ni moins ni plus sans outrepasser leurs pouvoirs. Leur rôle se bornait à informer le lecteur qu'il existait bien une déclaration nicaraguayenne d'acceptation de la juridiction obligatoire, en ajoutant que la nécessaire ratification du protocole n'avait pas été reçue. La mise en garde citée plus haut avertit le lecteur que les mentions figurant dans l'*Annuaire* ne doivent pas être considérées comme l'expression de vues particulières, fût-ce celles du Greffier. Il est donc plus que surprenant de voir la Cour attacher maintenant un tel poids à ces mentions. Cela va à l'encontre des principes admis. Cela contredit les avertissements insérés dans chaque *Annuaire*, généralement en plus d'un endroit. Enfin cela n'est pas confirmé par une lecture un peu attentive des *Annuaire*s.

* *

Le Nicaragua a fait état d'autres publications, dont la plupart sont des recueils de traités publiés par divers pays qui presque certainement prennent l'*Annuaire* comme source et, en général, le disent expressément. Quant à l'idée avancée à titre subsidiaire que la Cour serait en quelque façon liée par la mention du Nicaragua dans la liste des Etats acceptant la juridiction obligatoire qui figure dans les *Rapports* annuels de la Cour à l'Assemblée générale, je ne m'y attarderai pas. L'hypothèse qu'une liste figurant dans les rapports de pure routine faits par la Cour dans l'exercice de ses fonctions administratives puisse en quelque sorte préjuger les conclusions auxquelles elle pourrait parvenir, au terme d'une procédure judiciaire, sur une difficile question juridique, ne laisse pas d'être surprenante. L'objet de cette section des *Rapports* de la Cour à l'Assemblée générale est

¹ Ces observations liminaires signées personnellement par le Greffier ont cessé d'apparaître sous le titre « Préface » à compter de l'*Annuaire* pour 1961-1962. Elles ont continué toutefois à figurer sur une page distincte suivant immédiatement la page de titre.

United States. The whole list is in two short paragraphs, pointing out that a number of States have made reservations, but with no indication which, or the nature of any reservations. For those who wish to know more, it gives a reference to the *Yearbook*. Nobody should be able to fall into the error of supposing the list definitive. Nobody concerned with the law involved in the present case would regard it as other than difficult ; it would be extraordinary to allow its decision to be prejudiced by a side-wind from a routine, administrative report.

* * *

II. THE LETTER OF 6 APRIL 1984 FROM SECRETARY OF STATE SHULTZ

Since in my opinion Article 36, paragraph 5, of the Court's Statute is not applicable to Nicaragua's 1929 Declaration, and since, accordingly, Nicaragua does not in my view have standing to prosecute this case before the Court without the special agreement of the United States, there is strictly no need to consider any of the other matters in contention between the Parties. As, however, the Court has decided that it has jurisdiction under Article 36, paragraph 2, it may be convenient briefly to indicate my own view upon the effect of the Shultz letter, as well as of the effect of the United States multilateral treaties reservation. The text of the letter of 6 April 1984 from Secretary of State Shultz is as follows :

"I have the honor on behalf of the Government of the United States of America to refer to the Declaration of my Government of August 26, 1946, concerning the acceptance by the United States of America of the compulsory jurisdiction of the International Court of Justice, and to state that the aforesaid declaration shall not apply to disputes with any Central American state or arising out of or related to events in Central America, any of which disputes shall be settled in such manner as the parties to them may agree.

Notwithstanding the terms of the aforesaid declaration, this proviso shall take effect immediately and shall remain in force for two years, so as to foster the continuing regional dispute settlement process which seeks a negotiated solution to the interrelated political, economic and security problems of Central America."

This raises many questions, but perhaps the most important one — certainly from the point of view of the general law governing Optional-

de donner à celle-ci une idée plus ou moins exacte de la position concernant la clause facultative ; il n'est certainement pas de préjuger, et moins encore de trancher, l'issue d'un différend entre le Nicaragua et les Etats-Unis. La liste se compose d'ailleurs de deux courts paragraphes signalant que certains Etats ont émis des réserves, sans indiquer quels sont ces Etats, ni quelle est la nature de leurs réserves. Elle renvoie ceux qui voudraient en savoir plus à l'*Annuaire*. Nul ne peut commettre l'erreur de croire que cette liste épuise le sujet. Quant à la présente affaire, tous ceux qui s'intéressent aux questions de droit qu'elle met en jeu conviendront de sa difficulté ; et il serait singulier que la Cour, pour la trancher, se laisse détourner de sa course par un banal rapport administratif.

* * *

II. LA LETTRE DU 6 AVRIL 1984 DE M. SHULTZ, SECRÉTAIRE D'ÉTAT

Etant donné qu'à mon avis l'article 36, paragraphe 5, du Statut de la Cour n'est pas applicable à la déclaration du Nicaragua de 1929 et qu'en conséquence le Nicaragua n'a pas qualité pour introduire cette instance devant la Cour sans l'accord formel des Etats-Unis, il n'est pas à strictement parler nécessaire de considérer les autres points de désaccord entre les Parties. Cependant, comme la Cour a décidé qu'elle a compétence en vertu de l'article 36, paragraphe 2, de son Statut, peut-être convient-il que j'indique brièvement ma position quant à l'effet de la lettre de M. Shultz et de la réserve des Etats-Unis relative aux traités multilatéraux. Le texte de la lettre en date du 6 avril 1984 de M. Shultz, secrétaire d'Etat, est le suivant :

« Au nom du Gouvernement des Etats-Unis d'Amérique, et me référant à la déclaration que mon gouvernement a faite le 26 août 1946 au sujet de l'acceptation par les Etats-Unis d'Amérique de la juridiction obligatoire de la Cour internationale de Justice, j'ai l'honneur de faire savoir que ladite déclaration ne sera pas applicable aux différends avec l'un quelconque des Etats de l'Amérique centrale ou découlant d'événements en Amérique centrale ou s'y rapportant, tous différends qui seront réglés de la manière dont les parties pourront convenir.

Nonobstant les termes de la déclaration susmentionnée, la présente notification prendra effet immédiatement et restera en vigueur pendant deux ans, de manière à encourager le processus continu de règlement des différends régionaux qui vise à une solution négociée des problèmes interdépendants d'ordre politique, économique et de sécurité qui se posent en Amérique centrale. »

Cette lettre soulève de nombreuses questions, mais la plus importante — en tout cas au point de vue du droit général qui régit les acceptations de la

Clause acceptances — is the effect in law of the manifest contradiction between the 1946 United States Declaration of acceptance of compulsory jurisdiction for “five years and thereafter subject to six months’ notice”, and the Shultz letter, which is expressed to take effect immediately and to remain in force for two years, notwithstanding the terms of the 1946 Declaration.

Before attempting to answer this question, it may be useful to make two preliminary observations. First, the discussion in the oral proceedings of whether or not the legal position of declarations under the Optional Clause is, or is not, governed by the law of treaties, I found not entirely helpful and in any event inconclusive. The fact of the matter must surely be that the Optional-Clause régime is *sui generis*. Doubtless some parts of the law of treaties may be applied by useful analogy ; but so may the law governing unilateral declarations ; and so, most certainly, may the law deriving from the practice of States in respect of such declarations.

The second preliminary observation is that I do not think one need spend much time on the somewhat theoretical question whether the Shultz letter amounts to a modification or a substitution of the 1946 Declaration. The major problems of principle would apply to either. (See also *Right of Passage over Indian Territory, Preliminary Objections, I.C.J. Reports 1957*, pp. 143-144.) It looks on the face of it like a modification since the original declaration is untouched for most States and disputes and there seems to be neither reason nor profit in attempting to go behind the United States own assertion that it was not intended as a withdrawal, but as a temporary modification or partial suspension.

Coming now to the question of the contradiction between the terms *ratione temporis* of the 1946 Declaration, and the terms of the Shultz letter, it is of course established law — the so-called rule in the *Nottebohm* case (*I.C.J. Reports 1953*, p. 123) — that the critical moment for the determination whether or not there is jurisdiction in respect of a particular case, is the moment when the Court becomes seised of that case, which is the moment of seisin. In consequence of this rule it is not possible in law for a government effectively to change its declaration, after seisin, in any way that might purport to deprive the Court of jurisdiction. Thus, in the *Right of Passage over Indian Territory* case (*I.C.J. Reports 1957*, p. 142) the Court said :

“It is a rule of law generally accepted, as well as one acted upon in the past by the Court, that, once the Court has been validly seised of a dispute, unilateral action by the respondent State in terminating its Declaration, in whole or in part, cannot divest the Court of jurisdiction.”

But the problem in the present case is quite different : it is whether a

clause facultative — est sans doute l'effet que peut avoir en droit la contradiction manifeste entre la déclaration par laquelle les Etats-Unis ont accepté en 1946 la juridiction obligatoire « pour une durée de cinq ans [étant entendu qu'elle restera] en vigueur de plein droit », sauf préavis de six mois, et la lettre de M. Shultz qui, est-il précisé, doit prendre effet immédiatement et rester en vigueur pendant deux ans, nonobstant les termes de la déclaration de 1946.

Avant toutefois d'essayer de répondre à cette question, peut-être est-il bon de faire deux observations liminaires. Tout d'abord, je n'ai pas trouvé très utiles les débats de la procédure orale sur la question de savoir si la valeur juridique des déclarations faites au titre de la clause facultative relève ou non du droit des traités ; et ces débats, en tout cas, ne m'ont pas paru concluants. En réalité, sans doute le régime de la clause facultative est-il un régime *sui generis*. On peut certes appliquer par analogie certains éléments du droit des traités ; mais on peut appliquer tout aussi bien certains éléments du droit qui régit les déclarations unilatérales, et, mieux encore, du droit découlant de la pratique des Etats en la matière.

Ma seconde observation est que je ne crois pas nécessaire d'examiner longuement la question, assez théorique, de savoir si la lettre de M. Shultz a pour objet de modifier ou de remplacer la déclaration de 1946. Dans l'un et l'autre cas, les mêmes grands problèmes de principe se poseraient (voir aussi l'affaire du *Droit de passage sur territoire indien, exceptions préliminaires*, C.I.J. Recueil 1957, p. 143-144). A première vue, il semble qu'il s'agisse d'une modification, puisque la déclaration originale subsiste inchangée pour ce qui est de la plupart des Etats et des différends, et il ne paraît ni raisonnable ni utile de chercher plus loin que l'affirmation des Etats-Unis d'après laquelle cette lettre n'a pas pour but de dénoncer leur déclaration, mais seulement de la modifier temporairement ou de la suspendre partiellement.

Pour en venir à la question de la contradiction entre les termes *ratione temporis* de la déclaration de 1946 et les termes de la lettre de M. Shultz, il est évidemment établi en droit — c'est la règle dite de l'affaire *Nottebohm* (C.I.J. Recueil 1953, p. 123) — que le moment critique à considérer pour déterminer si la Cour a ou non compétence pour une espèce particulière est le moment où la Cour est saisie de l'affaire, c'est-à-dire la date de la saisine ; le corollaire de cette règle étant qu'il n'est pas possible en droit à un gouvernement de modifier valablement sa déclaration après la saisine pour exclure la compétence de la Cour. C'est ainsi que, dans l'affaire du *Droit de passage sur territoire indien* (C.I.J. Recueil 1957, p. 142), la Cour a affirmé :

« C'est une règle de droit généralement acceptée et appliquée dans le passé par la Cour qu'une fois la Cour valablement saisie d'un différend, l'action unilatérale de l'Etat défendeur, dénonçant tout ou partie de sa déclaration, ne peut retirer compétence à la Cour. »

Mais le problème en l'espèce est tout à fait différent : il s'agit de savoir si un

government can lawfully and effectively change the terms of its declaration before seisin ; in the present case, indeed, only hours before seisin and in direct contemplation of the particular case of which the Court is seised. This question seems to be, for the Court, a matter *prima impressionis* ; though it is naturally one that has attracted the attention of commentators.

Obviously, the making of a declaration under the Optional Clause establishes some sort of relationship with other States that have made declarations ; although it is not easy to say what kind of legal relationship it is. It is a relationship created by a great variety of unilateral declarations, all having, however, the common element of being made within the framework of Article 36, paragraph 2, of the Court's Statute. The declarations are statements of intention ; and statements of intention made in a quite formal way. Obviously, however, they do not amount to treaties or contracts ; or, at least, if one says they are treaties, or contracts, one immediately has to go on to say they are a special kind of treaty, or contract, partaking only of some of the rules normally applicable to such matters. Thus, however one starts, one ends by treating them as more or less *sui generis*. In short, it seems to me that, interesting as it might be to speculate about the juridical taxonomy of Optional-Clause declarations, it is better to begin the inquiry not from a label but from the actual practice and expectation of States today.

Law develops by precedent, and it is that which gives it consistency and predictability. But legal precedents like any other must be seen in the light of history and of changing times. In the period of the Permanent Court and even in 1946 when the United States Declaration was made, an important proportion of States had subscribed to the Optional-Clause system. Today that is no longer the case. The Optional-Clause States are distinctly in the minority and very many of the most important and powerful States have not accepted compulsory jurisdiction and show little indication of any ambition to do so. Any assessment of the position in contemporary practice must take into account the position of this majority of States which do not subscribe to the Optional-Clause system. It is well described by Waldock in his well-known article :

“A State which is a party to the Statute of the Court but does not make a declaration under the Optional Clause is in a highly favoured position. Acceptance of the Statute by itself carries no liability to appear in front of the Court in a contentious case at the suit of another State. Before it can come under any liability to appear as defendant in a case, a State must specifically have accepted the Court's contentious jurisdiction either by treaty or by unilateral declaration under the Optional Clause. On the other hand, the mere fact that a State is a party to the Statute gives it the power, under the Optional Clause, at any moment to put itself into the position of being able instantly to

gouvernement peut légitimement et valablement modifier les termes de sa déclaration avant la saisine ; et même quelques heures seulement avant la saisine, et en prévision de l'affaire particulière dont la Cour va être saisie. Apparemment, c'est la première fois que la Cour a à s'occuper d'un tel problème, qui cependant n'a évidemment pas manqué d'attirer l'attention des commentateurs.

Manifestement, une déclaration faite au titre de la clause facultative établit une certaine relation avec les autres Etats déclarants, encore qu'il ne soit pas facile de préciser le genre de relation juridique dont il s'agit. C'est en tout cas une relation résultant d'une grande variété de déclarations unilatérales, mais ayant toutes la qualité commune d'avoir été faites en application de l'article 36, paragraphe 2, du Statut de la Cour. Ces déclarations sont des déclarations d'intention ; et, même, des déclarations d'intention faites d'une façon très formelle. Mais il est évident qu'elles ne constituent ni des traités ni des contrats ; ou du moins, si on les qualifie de traités ou de contrats, il faut immédiatement ajouter qu'il s'agit de traités ou de contrats d'un genre particulier, qui ne font jouer qu'une partie des règles normalement applicables. Ainsi, d'où qu'on parte, il faut bien finir par admettre que les déclarations sont d'un caractère *sui generis*. Bref, pour intéressant qu'il puisse être de spéculer sur la nature juridique exacte des déclarations d'acceptation de la clause facultative, il me semble qu'il y a intérêt à fonder l'analyse, non pas sur une définition abstraite, mais sur la pratique réelle et sur ce qu'attendent aujourd'hui les Etats.

Le droit progresse par précédents, et c'est ce qui lui confère cohérence et prévisibilité. Mais, en droit comme ailleurs, les précédents doivent être considérés à la lumière de l'histoire et de l'évolution des mœurs. A l'époque de la Cour permanente, et même en 1946, date de la déclaration des Etats-Unis, nombreux étaient les Etats souscrivant au système de la clause facultative. Ce n'est plus le cas aujourd'hui : les Etats ayant accepté la clause facultative sont nettement en minorité, et, parmi les Etats les plus puissants et les plus importants, beaucoup n'ont pas accepté la juridiction obligatoire de la Cour et ne paraissent guère enclins à le faire. Il convient donc, pour porter un jugement sur la pratique contemporaine, de tenir compte de la position de cette majorité d'Etats qui n'ont pas adhéré au système de la clause facultative. Comme le disait fort bien sir Humphrey Waldoock dans une étude connue de tous :

« Un Etat qui est partie au Statut de la Cour, mais qui n'a pas fait de déclaration acceptant la clause facultative, se trouve dans une situation tout à fait privilégiée. En effet, l'adhésion au Statut n'entraîne en soi aucune obligation de comparaître devant la Cour dans une affaire contentieuse introduite par un autre Etat : pour encourir l'obligation de se présenter en qualité de défendeur dans une affaire donnée, un Etat doit avoir expressément accepté la juridiction contentieuse de la Cour, soit par un traité, soit par une déclaration unilatérale d'acceptation faite conformément à la clause facultative. Par contre, le simple fait d'être partie au Statut donne à l'Etat, en vertu de la clause

bring before the Court any States which have already subscribed to the Optional Clause in any case covered by the terms of their declarations. Being a party to the Statute, it has the right under the Optional Clause at any time and without reference to any other State to make a declaration recognizing the compulsory jurisdiction of the Court in relation to States which also subscribe to the Optional Clause . . .

There is, in consequence, a glaring inequality in the position of a State which does and a State which does not make a declaration under the Optional Clause. The former State, for practical purposes, is continuously liable to be brought before the Court compulsorily at the suit of the latter, whereas the latter is not liable to be brought before the Court at the suit of the former unless and until it chooses to initiate proceedings before the Court as plaintiff and makes a declaration under the Optional Clause *ad hoc* expressly for that purpose.” (*BYBIL*, 1955-1956, pp. 244 ff., at p. 280.)

It is, therefore, at least in part in the light of what Waldock goes on to call “this fundamental lack of reciprocity between the positions of States which do and States which do not make declarations”, that the answer to the question of the legal effect of declarations should be given. It is this position of inequality and lack of reciprocity that has inevitably produced reservations by which the declarant State can withdraw or alter a declaration with immediate effect. Even so there remains inequality with those States which have chosen not to make any declaration at all. In this climate it would in my view be as impracticable as it would be inequitable to hold that a State whose declaration, like that of the United States, is expressed as subject to six months’ notice, is bound by that statement of intention in respect of all comers, including those very many States which have declined to risk even a potential liability to jurisdiction ; though it is of course bound once an application has been made.

A solution which has the attraction of compromise is a novel application to relations even before seisin of the principle of reciprocity. This is the solution which was espoused by the United States in its argument before the Court. It has the merit of involving a principle – the idea of States “accepting the same obligation” – which is written into the express terms of Article 36, paragraph 2, itself, and which all previous practice and doctrine has regarded as the very basis and justification of the Optional-Clause system.

This reciprocity test applied before seisin would presumably mean that if one took, for example, the relationship of a State A with a declaration subject to 12 months’ notice of cesser, and a State B with a declaration subject to 6 months’ notice of cesser, State A would be entitled to give 6 months’ notice of cesser as against State B ; though it is not easy to imagine

facultative, la faculté de se mettre à tout moment en mesure de traduire immédiatement devant la Cour tout Etat ayant déjà accepté la clause facultative, dans toute affaire à laquelle s'appliquent les termes de sa déclaration. Etant partie au Statut, cet Etat a le droit, en vertu de la clause facultative, de faire à tout moment, et sans mentionner un Etat déterminé, une déclaration reconnaissant la juridiction obligatoire de la Cour à l'égard des Etats qui ont également souscrit à la clause facultative...

En conséquence, un Etat qui a fait une déclaration en vertu de la clause facultative et un Etat qui n'en a pas fait se trouvent dans une situation de flagrante inégalité. A toutes fins pratiques, le premier de ces Etats peut toujours être obligatoirement traduit devant la Cour dans une instance introduite par le second, alors que celui-ci ne peut pas être traduit devant la Cour à la demande du premier tant qu'il n'a pas choisi d'introduire lui-même une instance devant la Cour en qualité de demandeur et qu'il n'a pas fait, en vertu de la clause facultative, une déclaration d'acceptation à cette fin expresse. » (*British Year Book of International Law*, 1955-1956, p. 280.)

C'est donc, au moins en partie, en tenant compte de ce que Waldock qualifie ensuite d'« absence fondamentale de réciprocité entre les Etats qui ont fait une déclaration et ceux qui n'en ont pas fait » qu'il convient de répondre à la question de l'effet juridique des déclarations. C'est cette inégalité, ce manque de réciprocité, qui incite inévitablement les Etats déclarants à se réserver le droit de dénoncer ou de modifier leur déclaration avec effet immédiat ; encore subsiste-t-il une inégalité par rapport aux Etats qui ont choisi de ne pas faire de déclaration du tout. Dans ce contexte, il me paraît aussi difficile qu'inéquitable de vouloir qu'un Etat dont la déclaration, comme celle des Etats-Unis, envisage d'un préavis de six mois, soit lié par cette déclaration d'intention à l'égard de tout un chacun, et notamment à l'égard des très nombreux Etats qui se sont refusés à accepter toute obligation, même éventuelle, de se soumettre à la juridiction de la Cour — étant entendu évidemment que ledit Etat est ainsi lié dès qu'il y a eu dépôt de requête.

Il est une solution qui présente les attraits d'un compromis, et qui repose sur une application nouvelle du principe de réciprocité aux relations existant même avant la saisine : c'est celle qui a été préconisée devant la Cour par les Etats-Unis. Elle a l'avantage de faire jouer un principe — l'idée d'Etats « acceptant la même obligation » — qui est expressément inscrit dans les termes de l'article 36, paragraphe 2, et où la pratique et la doctrine dans leur ensemble voient le fondement même et la justification du système de la clause facultative.

Ce critère de réciprocité appliqué avant la saisine signifierait sans doute que, si l'on considère par exemple la relation entre un Etat A, ayant fait une déclaration stipulant un préavis de dénonciation de douze mois, et un Etat B, ayant fait une déclaration stipulant un préavis de dénonciation de six mois, l'Etat A aurait le droit de dénoncer sa déclaration avec préavis de six

circumstances in which State A would be much benefited by indulging this right. There would, however, be obvious practical benefits where State B has reserved the right to withdraw or alter at any time ; for then State A would be able to justify, in relation to State B, a withdrawal with immediate effect, presumably even when made in face of an anticipated application by State B. This is the way in which the United States thought it should be applied in the present case ; though their argument needs the further proposition that Nicaragua's "unconditional" declaration is one which could itself be withdrawn or altered at any time with immediate effect.

Leaving on one side for the moment whether or not it would in the present case have the particular result for which the United States contends, it may be accepted that some such application of a doctrine of pre-seisin reciprocity is a possible and practicable solution of the problem, that has considerable attraction.

The idea of applying reciprocity before seisin rather than after – or rather *at* seisin – is, however, not free from difficulty and would be something of an innovation. At seisin there are three factors, not two, which enter into the calculation whether or not the Court has jurisdiction ; there are the terms of the declarations of the two States concerned, but there is also the terms of the application in the case. It is the latter which makes practicable the search for a coincidence between the two declarations ; and makes it practicable because the necessary coincidence is limited to coincidence in respect of the subject-matter of the application. As the Court said in the *Right of Passage over Indian Territory* case :

“When a case is submitted to the Court, it is always possible to ascertain what are, at the moment, the reciprocal obligations of the Parties in accordance with their respective Declaration.” (*I.C.J. Reports 1957*, p. 143.)

It is almost an implication of this dictum that it is not possible to make that ascertainment other than at the moment when a case is submitted to the Court ; at any rate not in quite the same way. Moreover, in that case, the Court apparently saw no objection to the existence of a degree of uncertainty in the reciprocal rights and obligations before an application has been made (*ibid.*, p. 143).

Nevertheless, what is sought to be “ascertained” at seisin – namely jurisdiction in respect of the subject-matter of the application – is quite different from what is in issue here : namely whether, or to what extent, a State can withdraw or alter its declaration, contrary to the terms of the declaration, before seisin. The situation is materially different in respect of the very question at issue, for whereas after seisin even the most flexible declaration may not be altered in its impact on the case, there are, even on

mois à l'égard de l'Etat B, encore qu'il ne soit pas facile d'imaginer les circonstances où l'Etat A aurait grand avantage à user de ce droit. Il y aurait en revanche des avantages pratiques évidents dans le cas où l'Etat B se serait réservé le droit de dénoncer ou de modifier à tout moment sa déclaration ; car l'Etat A pourrait alors justifier à l'égard de l'Etat B un retrait avec effet immédiat, même, il faut le supposer, devant la probabilité de l'introduction d'une instance par l'Etat B. C'est ainsi que les Etats-Unis pensent que le principe de réciprocité devrait s'appliquer en l'espèce — encore que leur position doive être étayée par l'argument supplémentaire que la déclaration « sans condition » du Nicaragua peut être dénoncée ou modifiée à tout moment avec effet immédiat.

En laissant de côté pour le moment la question de savoir si, dans la présente espèce, le résultat serait effectivement celui que recherchent les Etats-Unis, il faut reconnaître qu'une telle application de la doctrine de la réciprocité avant la saisine est une solution possible et commode du problème, et qui n'est pas sans attraits.

L'idée d'appliquer la réciprocité avant la saisine et non pas après — ou plutôt, de l'appliquer avant la date de la saisine et non pas à cette date — n'est cependant pas exempte de difficulté, et serait jusqu'à un certain point une innovation. Au moment de la saisine, en effet, il y a trois facteurs, et non deux, qui entrent en ligne de compte pour déterminer si la Cour a compétence ou non : il y a les termes des déclarations des deux Etats intéressés, mais il y a aussi les termes de la requête introductive d'instance. Ce sont ceux-ci qui permettent de rechercher la coïncidence nécessaire entre les deux déclarations ; et ils le permettent parce que cette coïncidence ne saurait être qu'une coïncidence concernant l'objet même de la requête. Comme l'a dit la Cour dans l'affaire du *Droit de passage sur territoire indien* :

« Quand une affaire est soumise à la Cour, il est toujours possible de déterminer quelles sont, à ce moment, les obligations réciproques des Parties en vertu de leurs déclarations respectives. » (*C.I.J. Recueil 1957*, p. 143.)

Ce prononcé a pour ainsi dire pour corollaire qu'il n'est pas possible de procéder à cette détermination à un autre moment que celui où l'affaire est soumise à la Cour ; ou du moins qu'à un autre moment cela n'est pas possible de la même façon exactement. De plus, dans l'affaire citée, la Cour n'a apparemment pas vu d'objection à l'existence d'un certain élément d'incertitude quant aux droits et obligations réciproques existant avant le dépôt de la requête (*ibid.*, p. 143).

Cependant, ce que l'on cherche à « déterminer » au moment de la saisine — la compétence par rapport à l'objet de la requête — est très différent de ce qui est en jeu ici : à savoir si, ou dans quelle mesure, un Etat peut retirer ou modifier sa déclaration, contrairement aux termes de celle-ci, avant la saisine. La situation elle-même est substantiellement différente. Si en effet, après la saisine, la déclaration, aussi flexible soit-elle, ne peut plus être modifiée dans ses effets sur l'espèce, il existe, même selon la concep-

the strictest view, at least *some* possibilities of changing a declaration before seisin ; for example, in accordance with the declaration's own terms.

* *

The conclusion I have come to, however, is that, attractive as the device of reciprocity might be for solving this problem, the fact is that the practice of States – certainly the recent practice of States – has already gone beyond it. I believe there is ample evidence that States belonging to the Optional-Clause system have now generally the expectation that they can lawfully withdraw or alter their declarations of acceptance at will, provided only that this is done before seisin. Certainly there is no lack of precedents where this has been done without effective protest, and, in recent cases, without any protest whatsoever. It is necessary, however, briefly to mention certain aspects of this modern practice.

The instances of changes to declarations made by certain States before the Second World War (Colombia, 1936 ; Paraguay, 1938 ; and Australia, Canada, France, India, New Zealand, South Africa ; and the United Kingdom in 1939) are only remotely relevant to the issue before the Court. At that time the international community of States was relatively very small, and a very important majority of those States were parties to the Optional-Clause system so that there was not the present inequality and lack of reciprocity with a large body of States who are not parties. Perhaps the only important point to notice about these early instances is that such relatively few protests as were made were entirely ineffectual and the altered declarations were left intact.

Of the very considerable body of practice in more recent times, in many ways the most significant aspect is the number (in relation, that is, to the number of States with Optional-Clause declarations) of States that now have declarations which expressly reserve a right to withdraw or modify with immediate effect. The existence of this right was recognized by the Court in the *Right of Passage over Indian Territory* case, when it speaks of

“the right claimed by many Signatories of the Optional Clause, including India, to terminate their Declarations of Acceptance by simple notification without any obligatory period of notice” (*I.C.J. Reports 1957*, p. 143).

It appears that no less than 15 declarations now reserve the right to modify with immediate effect : Australia, Botswana, Canada, El Salvador, Kenya, Malawi, Malta, Mauritius, New Zealand, Norway, Portugal, Somalia, Swaziland, Togo and the United Kingdom. This is almost a third of the declarations now existing. It might perhaps be argued that this only shows that a right of immediate change may be expressly reserved ; for, ob-

tion la plus rigoureuse, *certaines* possibilités au moins de modifier la déclaration avant la saisine – par exemple, conformément à ses termes mêmes.

* *

Toutefois, la conclusion à laquelle je suis arrivé est que, quels que soient les avantages de la réciprocité pour la solution de ce problème, le fait est que la pratique des Etats – en tout cas, la pratique récente des Etats – a déjà dépassé ce stade. Tout indique en effet que les Etats qui ont souscrit au régime de la clause facultative en sont venus dans leur ensemble à considérer qu'ils peuvent légitimement dénoncer ou modifier à leur gré leur déclaration d'acceptation, à la seule condition de le faire avant la saisine. Les précédents ne manquent pas où cela a été fait sans susciter de protestation effective, et même, dans des cas récents, sans susciter aucune protestation. Mais je m'arrêterai brièvement sur certains aspects de cette pratique moderne.

Les exemples de changements apportés aux déclarations avant la seconde guerre mondiale (Colombie, 1936 ; Paraguay, 1938 ; Australie, Canada, France, Inde, Nouvelle-Zélande, Afrique du Sud et Royaume-Uni, 1939) n'ont qu'un lien assez lointain avec la question actuellement soumise à la Cour : à cette époque, la communauté internationale des nations était relativement restreinte, et la plupart de ces nations avaient accepté le système de la clause facultative, de sorte qu'il n'y avait ni l'inégalité ni l'absence de réciprocité qu'on observe de nos jours, où un grand nombre d'Etats n'ont pas adhéré à ce système. La seule observation à propos de ces premiers exemples est peut-être que les protestations, relativement peu nombreuses, restèrent sans aucun effet, et que les déclarations subsistèrent telles que modifiées.

Pour ce qui est de la pratique plus récente, qui est beaucoup plus abondante, l'élément le plus significatif à maints égards est le nombre (par rapport au nombre des Etats déclarants) d'Etats qui ont maintenant fait des déclarations en se réservant expressément le droit de les dénoncer ou de les modifier avec effet immédiat. Ce droit a été reconnu par la Cour dans l'affaire du *Droit de passage sur territoire indien*, où elle évoque le

« droit pour de nombreux signataires de la disposition facultative, l'Inde y comprise, de mettre fin à leur déclaration d'acceptation par simple notification sans préavis obligatoire » (*C.I.J. Recueil 1957*, p. 143).

Et il appert que pas moins de quinze déclarations réservent aujourd'hui un droit de modification avec effet immédiat : Australie, Botswana, Canada, El Salvador, Kenya, Malawi, Malte, Maurice, Norvège, Nouvelle-Zélande, Portugal, Royaume-Uni, Somalie, Swaziland et Togo – soit près d'un tiers des déclarations actuellement en vigueur. Peut-être dira-t-on que cela ne fait que démontrer la possibilité de réserver expressément le droit de

viously, since a State need not accept compulsory jurisdiction at all, it may accept compulsory jurisdiction subject to conditions, including even a power of instant denunciation. But it is equally arguable that, given now so many express reservations of a right of immediate denunciation or modification, the express stipulation made in a unilateral and voluntary declaration is inserted to make the position clear, or in order to recite modalities of withdrawal or alteration ; and that this body of practice supports the proposition that the right is now, whatever may have been the position at an earlier period, one generally available.

In many ways the most striking of the examples of States claiming such a right are the withdrawals or modifications by those States, which, often without having expressly reserved such a right, have made the change with immediate effect and with the obvious intention – as in the present case – or frustrating an anticipated case, or a class of cases. There are no less than 11 instances of modifications made in the absence of any expressly reserved right to do so ; three examples have been provided by the United Kingdom (2 June 1955 ; 31 October 1955 ; 18 April 1957) ; France has produced two examples (10 July 1959 ; 20 May 1966) ; other States that have resorted to this device, once, are Australia, on 6 February 1954 ; South Africa, 13 September 1955 ; Canada, 7 April 1970 ; Philippines, 18 January 1972 ; India, 18 April 1974. Six of these were certainly in order to avoid applications on subjects which the State concerned wished to avoid litigating. The Australian modification of 1954, for example, was made to frustrate a possible Japanese application regarding pearl fisheries in the seas between Australia and Japan. The United Kingdom twice narrowed the scope of its declaration ; once specifically to avoid an application over its dispute with Saudi Arabia over the Buraimi Oasis (after the breakdown of the attempted arbitration). Canada's new reservation to its declaration in 1970 was specifically to avoid any application questioning the lawfulness of Canada's 1970 legislation establishing an anti-pollution zone of claimed Canadian jurisdiction extending 100 miles off its northern coast into Arctic waters. The Prime Minister of Canada stated to the press that,

“it was important to make the reservation the moment we introduced the law for fear that at any moment there may be some litigation begun which we would be too late to withdraw from” (*ILM*, 9-600).

In none of these cases was there a formal protest which questioned the right of an exclusory modification with immediate effect and in the absence of an expressly reserved right to modify. In the Canadian case, the United States vigorously protested the lawfulness of the Canadian legislation. Yet far from denying Canada's right to modify its Optional-Clause acceptance, the United States accepted its effect. A Press Release of 15 April 1970 (No.

modification immédiate ; car, manifestement, si les Etats ne sont pas tenus d'accepter la juridiction obligatoire, ils peuvent l'accepter sous certaines conditions, y compris même la faculté de dénonciation immédiate. Mais on pourrait également soutenir que, vu les nombreuses réserves expresses du droit de dénonciation ou de modification immédiate, le fait d'introduire dans une déclaration unilatérale et volontaire une stipulation dans ce sens a pour objet de mieux préciser la position de l'Etat déclarant ou d'indiquer les modalités de dénonciation ou de modification ; et que cette pratique fréquente confirme l'idée que ce droit est maintenant généralement admis, quelle qu'ait pu être la situation auparavant.

A maints égards, les exemples plus marquants sont les dénonciations ou modifications notifiées par des Etats qui, souvent sans s'être expressément réservé un tel droit, ont annoncé ces changements avec effet immédiat et dans l'intention manifeste — comme c'est le cas en l'espèce — de prévenir l'ouverture d'une instance, ou d'une catégorie d'instances particulière. Il n'existe pas moins de onze exemples de modifications faites sans que ce droit eût été expressément réservé : le Royaume-Uni l'a fait trois fois (2 juin 1955, 31 octobre 1955, 18 avril 1957), la France deux fois (10 juillet 1959, 20 mai 1966), et les Etats suivants une fois : Australie (6 février 1954), Afrique du Sud (13 septembre 1955), Canada (7 avril 1970), Philippines (18 janvier 1972) et Inde (18 avril 1974). Six de ces modifications ont été faites, cela est avéré, pour éviter des requêtes concernant des questions que l'Etat intéressé souhaitait soustraire au règlement judiciaire. La modification australienne de 1954, par exemple, avait pour objet d'écarter une éventuelle requête japonaise sur les pêcheries de perles dans les mers situées entre l'Australie et le Japon. Le Royaume-Uni a restreint par deux fois la portée de sa déclaration, dans le but exprès d'éviter une requête sur son différend avec l'Arabie Saoudite concernant l'oasis de Buraimi (après l'échec des efforts d'arbitrage). La nouvelle réserve apportée en 1970 à la déclaration canadienne était expressément destinée à éviter toute requête pouvant mettre en cause la légitimité des textes législatifs de 1970 par lesquels le Canada avait instauré dans les eaux arctiques une zone anti-pollution de juridiction canadienne s'étendant à 100 milles de sa côte septentrionale. D'après le premier ministre canadien lui-même, parlant à la presse,

« il importait de faire cette réserve au moment où nous avons promulgué la loi, de crainte qu'une procédure judiciaire ne puisse être engagée trop tard pour que nous réussissions à nous y soustraire » (*International Legal Materials*, 9-600).

Dans aucun de ces cas, il n'y a eu de protestation formelle mettant en cause le droit de faire une modification restrictive avec effet immédiat et en l'absence d'une réserve expresse du droit de modification. Dans le cas du Canada, les Etats-Unis ont énergiquement contesté la légitimité de la législation canadienne. Pourtant, loin de nier au Canada le droit de modifier son adhésion à la clause facultative, les Etats-Unis en ont accepté

121), setting out a "Department of State Statement on Government of Canada's Bills on Limits of the Territorial Sea", contains the following passage:

"If, however, the Canadian Government is unwilling to await international agreement, we have urged that in the interest of avoiding a continuing dispute and undermining our efforts to achieve international agreement, that we submit our differences regarding pollution and exclusive fisheries jurisdiction beyond 12 miles to the International Court of Justice, the forum where disputes of this nature should rightfully be settled. *Canada's action last week excluded such disputes from its acceptance of the International Court's compulsory jurisdiction. However, such action only prevents Canada from being forced into the Court.* It does not preclude Canada voluntarily joining with us in submitting these disputes to the Court or an appropriate chamber of the Court." (*ILM*, 9-606 ; emphasis supplied.)

There are other well-known instances of modifications such as El Salvador's 1973 change in its 1921 Declaration, which was protested by Honduras but by no other State ; and Israel's 1984 modification of its declaration, which declaration provided for denunciation but not for modification. This is an impressive body of practice, considering the present total "constituency" of the Optional Clause is but 47.

Another relevant consideration is certainly the labours of the International Law Commission in its work on the law of treaties, and its view reached, after careful investigation, that treaties of arbitration, conciliation or judicial settlement are amongst those which, even in the absence of a denunciation clause, are by reason of the nature of the treaty, terminable by notice. Such treaties are of course quite different in their legal nature from the Optional-Clause system. But the significant point is that Sir Humphrey Waldock, the distinguished Special Rapporteur on the law of treaties, in examining the position of such treaties, argued *from* the analogy of the Optional-Clause system. He said :

"Taken as a whole, State practice under the Optional Clause, and especially the modern trend toward declarations terminable upon notice, seem only to reinforce the clear conclusion to be drawn from treaties of arbitration, conciliation and judicial settlement, that these treaties are regarded as essentially of a terminable character." (*ILC Yearbook*, 1963, Vol. 2, p. 68.)

l'effet. Un communiqué de presse du 15 avril 1970 (n° 121), reproduisant une « déclaration du département d'Etat sur les projets de loi du Gouvernement canadien concernant les limites de la mer territoriale » contient le passage suivant :

« Si toutefois le Gouvernement canadien n'est pas disposé à attendre la conclusion d'un accord international, nous avons insisté, afin d'éviter de prolonger le différend et de compromettre nos efforts en vue d'arriver à un règlement international, pour que nos divergences de vues concernant la pollution et la juridiction exclusive sur les pêcheries au-delà de 12 milles soient soumises à la Cour internationale de Justice, qui est l'instance normale pour régler les litiges de cette nature. *L'initiative prise la semaine dernière par le Canada exclut les différends de cette nature de son acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour internationale. Toutefois, cette initiative permet seulement au Canada d'éviter d'être obligé à comparaître devant la Cour.* Elle ne l'empêche pas de se joindre volontairement à nous pour soumettre ces différends à la Cour ou à une chambre appropriée de la Cour. » (*ILM*, 9-606 ; les italiques sont de moi.)

Il y a d'autres exemples connus de modifications, tels que la modification de 1973 de la déclaration salvadorienne de 1921, qui fut contestée par le Honduras, mais par nul autre Etat ; ou la modification de 1984 de la déclaration israélienne, dont les termes prévoyaient la dénonciation mais non pas la modification. Il s'agit donc d'une pratique fort convaincante, vu qu'à l'heure actuelle « l'affiliation » à la clause facultative ne concerne que quarante-sept Etats.

Un autre élément est sans doute à prendre en considération : ce sont les travaux de la Commission du droit international sur le droit des traités, et la conclusion à laquelle elle est arrivée, après examen approfondi, selon laquelle les traités d'arbitrage, de conciliation ou de règlement judiciaire figurent parmi les instruments qui, même en l'absence d'une clause de dénonciation, sont, par leur nature même, révocables par notification. Ces traités sont évidemment très différents, sur le plan juridique, du système de la clause facultative. Mais le fait important est que l'éminent rapporteur spécial sur le droit des traités, sir Humphrey Waldock, à propos des instruments, raisonnait dans les termes suivants, par analogie avec le système de la clause facultative :

« Il semble que, dans son ensemble, la pratique suivie par les Etats en ce qui concerne la clause facultative et notamment la tendance actuelle qui consiste à préférer les déclarations sujettes à dénonciation par notification autorisent à conclure encore plus nettement que les traités d'arbitrage, de conciliation et de règlement judiciaire doivent être considérés comme étant essentiellement susceptibles de dénonciation. » (*Annuaire de la Commission du droit international*, 1963, vol. 2, p. 71.)

In face of the unmistakable trend of recent developments, I feel bound to conclude that States now – though the position was probably different during the earlier, more promising period of the Optional Clause jurisdiction – have the right, before seisin of the Court, to withdraw or alter their declarations of acceptance, with immediate effect, and, moreover, even in anticipation of a particular case or class of cases. If this is so, then it follows that the Shultz letter was effective to deprive the Court of jurisdiction under Article 36, paragraph 2, of the Court's Statute.

It remains to add that, if the above view of State practice and expectation is correct, it must also follow that Nicaragua's "unconditional" declaration could also be withdrawn or altered at any time before seisin. Indeed I should be constrained to this view even applying the terms of the Nicaraguan declaration itself : for it is impossible to believe that an unconditional declaration is made in perpetuity. A declaration that is made for an indefinite period, without other condition, is surely one that can at any time be made definite. And although a need to give notice of withdrawal or alteration is implied, it is impossible in the light of modern practice in these matters to deny that the notice may be expressed to have immediate effect. The practice of the States that have accepted Optional-Clause jurisdiction suggests strongly that notice with immediate effect is reasonable notice. Accordingly if, contrary to my own inclination, some sort of rule of reciprocity, in the matter of notice of change or withdrawal, were to be applied to relations between Optional-Clause States before seisin, my answer to the case of Nicaragua would be the same.

It is necessary to add one further and final point about the effect of the letter of 6 April 1984. Any doubt in a case of this kind should in principle be resolved in favour of a respondent State denying jurisdiction. As this Court has pronounced on a former occasion :

“Finally, if any doubt remained, the Court, in order to interpret Article 36, paragraph 5, should consider it in its context and bearing in mind the general scheme of the Charter and the Statute which founds the jurisdiction of the Court on the consent of States. It should, as it said in the case of the *Monetary Gold Removed from Rome in 1943*, be careful not to ‘run counter to a well-established principle of international law embodied in the Court's Statute, namely, that the Court can only exercise jurisdiction over a State with its consent’ (*I.C.J. Reports 1954*, p. 32).” (*Aerial Incident of 27 July 1955 (Israel v. Bulgaria)*, *Judgment*, *I.C.J. Reports 1959*, p. 142.)

* * *

Devant cette tendance récente et indubitable, je suis obligé de conclure que les Etats ont aujourd'hui – même si la situation était sans doute différente à l'époque précédente, et plus prometteuse, de la juridiction découlant de la clause facultative – le droit, avant la saisine de la Cour, de retirer ou de modifier leur déclaration d'acceptation avec effet immédiat, et, qui plus est, même en prévision d'une affaire ou d'une catégorie d'affaires particulière. S'il en est ainsi, il s'ensuit que la lettre de M. Shultz excluait valablement la juridiction de la Cour en vertu de l'article 36, paragraphe 2, du Statut.

Il faut encore ajouter que, si cette interprétation de la pratique des Etats et des résultats qu'ils en attendent est correcte, il en découle aussi que la déclaration « sans condition » du Nicaragua pouvait, de son côté, être retirée ou modifiée à tout moment avant la saisine. Les termes de la déclaration nicaraguayenne elle-même suffiraient d'ailleurs à m'amener à cette opinion, car il est impossible d'imaginer qu'une déclaration sans condition puisse être faite à perpétuité. Une déclaration faite pour une période indéfinie, sans autre condition, est assurément une déclaration dont l'expiration peut être définie à tout moment. Et, même si la nécessité de donner notification du retrait ou de la modification est implicite, on ne saurait nier, à la lumière de la pratique récente en la matière, que la notification peut être libellée de façon à avoir effet immédiat. La pratique des Etats qui ont accepté la juridiction au titre de la clause facultative indique nettement qu'une notification avec effet immédiat est une notification raisonnable. Par conséquent, si, contrairement à mon avis personnel, on devait appliquer en matière de notification une règle quelconque de réciprocité aux relations entre Etats déclarants antérieures à la saisine, ma réponse dans le cas du Nicaragua demeurerait inchangée.

Une dernière observation au sujet de l'effet de la lettre du 6 avril 1984 : tout doute, dans un cas de ce genre, doit par principe être résolu en faveur de l'Etat défendeur contestant la juridiction. Comme l'a dit la Cour dans une affaire précédente :

« Enfin, si quelque doute subsistait, la Cour, pour interpréter l'article 36, paragraphe 5, devrait replacer celui-ci dans son contexte et, pour cela, s'inspirer du système général de la Charte et du Statut qui fonde la juridiction de la Cour sur le consentement des Etats. Elle devrait, ainsi qu'elle l'a dit dans l'affaire de l'*Or monétaire pris à Rome en 1943*, se garder d'« agir à l'encontre d'un principe de droit international bien établi et incorporé dans le Statut, à savoir que la Cour ne peut exercer sa juridiction à l'égard d'un Etat si ce n'est avec le consentement de ce dernier ». (C.I.J. *Recueil 1954*, p. 32.) » (*Incident aérien du 27 juillet 1955 (Israël c. Bulgarie)*, arrêt, C.I.J. *Recueil 1959*, p. 142.)

* * *

III. THE UNITED STATES MULTILATERAL TREATIES RESERVATION

The United States has pleaded the third of the reservations made to its Declaration of 26 August 1946, sometimes called the multilateral treaties reservation and sometimes the Vandenberg Reservation. It reserves from jurisdiction :

“disputes arising under a multilateral treaty, unless (1) all parties to the treaty affected by the decision are also parties to the case before the Court, or (2) the United States of America specially agrees to jurisdiction”.

The reservation is important in more than the context of the present case, for it served as the paradigm for reservations later made by other countries ; some of them, however, simpler in that they are less qualified, but by the same token wider in their effect.

I am unable to accept the argument, nor indeed does the Court appear to accept, that this reservation is “mere surplusage”, and that it does no more than protect the interests of absent States already protected by Article 59 of the Statute. No doubt both that Article and the reservation are concerned with States not parties to the case ; but I am unable to see how an instrument which protects those States from being bound by the decision can be said to cover the same ground as one which reserves jurisdiction unless those States *are* parties.

The meaning of the words, “unless all parties to the treaty . . . are also parties to the case before the Court”, could hardly be plainer. The prospect of perhaps some scores of parties to a case may be bizarre ; but a State is clearly entitled to make such a reservation, and the practical result is, no jurisdiction in the absence of special agreement. There can be no doubt, for example, that a State may, if it so desires, reserve against any case whatsoever involving a treaty to which it is party.

The principal, though certainly not the only, difficulty with the United States multilateral treaty reservation, is the qualifying words, “affected by the decision”. But the difficulty is one of interpretation ; and it is one not very different from the one faced in applications to intervene under Article 62 of the Statute. In any event, if the reservation may be made without such a qualification, it may surely be made subject to a qualification which on any view of its meaning must be a considerable qualification. As to the possible suggestion that the difficulty of establishing the right meaning of those words makes the whole reservation so vague that it can be discarded : this immediately runs into the difficulty that it would then have to be considered whether, since the reservation might not be severable, it might render the entire United States acceptance void ; in which case there would clearly be no jurisdiction under Article 36, paragraph 2, and the other aspects of this question need hardly have been considered at all (see the

III. LA RÉSERVE DES ÉTATS-UNIS RELATIVE AUX TRAITÉS MULTILATÉRAUX

Les Etats-Unis ont invoqué la troisième des réserves à leur déclaration du 26 août 1946 — dite tantôt « réserve relative aux traités multilatéraux » et tantôt « réserve Vandenberg ». Aux termes de cette réserve, la juridiction de la Cour ne s'étend pas :

« aux différends résultant d'un traité multilatéral, à moins que 1) toutes les parties au traité que la décision concerne soient également parties à l'affaire soumise à la Cour, ou que 2) les Etats-Unis d'Amérique acceptent expressément la compétence de la Cour ».

L'importance de cette réserve ne se limite pas à la présente affaire, car elle a servi de paradigme pour les réserves faites ultérieurement par d'autres pays — certaines, il est vrai, plus simples parce qu'assorties de moins de restrictions, mais, de ce fait même, plus larges dans leur application.

Je ne puis admettre l'argument — que la Cour elle-même ne semble d'ailleurs pas accueillir — qui voudrait voir dans cette réserve une clause purement surpétatoire, n'ayant d'autre effet que de protéger les intérêts des Etats absents, que protège déjà l'article 59 du Statut. Certes, l'article 59 du Statut et la réserve Vandenberg visent l'un et l'autre les Etats qui ne sont pas parties à l'instance ; mais je ne vois pas comment on peut dire qu'un instrument qui protège ces Etats contre une décision obligatoire a la même application qu'un instrument qui exclut la juridiction de la Cour à moins que les mêmes Etats ne *soient* parties à l'instance.

Le sens des mots « à moins que toutes les parties au traité ... soient également parties à l'affaire » ne saurait être plus clair. Peut-être y a-t-il quelque chose de bizarre dans l'idée de plusieurs dizaines d'Etats parties à une instance ; mais l'Etat déclarant a manifestement le droit de faire une telle réserve, avec pour résultat pratique l'exclusion de compétence, sauf compromis. Il n'y a pas de doute, par exemple, que l'Etat déclarant peut, s'il le souhaite, formuler une réserve contre toute affaire, quelle qu'elle soit, qui mette en jeu un traité auquel il est partie.

La principale difficulté — mais non pas la seule — que pose la réserve des Etats-Unis relative aux traités multilatéraux vient des mots « que la décision concerne ». Encore s'agit-il d'une difficulté d'interprétation, et qui ne diffère guère de celle que soulèvent les demandes d'intervention faites en vertu de l'article 62 du Statut. En tout état de cause, si la réserve peut être faite sans cette condition, elle peut certainement être subordonnée à une condition qui, quelle que soit l'interprétation qu'on lui donne, doit avoir des effets substantiels. Quant à l'idée que la difficulté de donner à ces mots un sens précis rendrait la réserve tout entière vague au point qu'on puisse l'écarter, elle se heurte immédiatement à un obstacle : c'est que, la réserve n'étant pas séparable du reste de la déclaration des Etats-Unis, il faudrait alors se demander si elle n'annule pas celle-ci dans son ensemble — auquel cas il n'y aurait évidemment pas de juridiction en vertu de l'article 36, paragraphe 2, et les autres aspects de la question n'auraient pas à être

individual opinion of Judge Sir Hersch Lauterpacht in *Certain Norwegian Loans, Judgment, I.C.J. Reports 1957*, pp. 9 ff., at p. 34, and especially, pp. 55 ff.).

It is, however, possible to exaggerate the difficulties of the phrase, "affected by the decision". The United States has indicated which States it believes are affected ; and, having regard to the United States argument based upon the proposition of collective self-defence, it cannot be said that this interpretation of the reservation is manifestly an impossible one.

But Nicaragua has in turn made the very important, and very interesting, counter-argument that its case as stated in the Application is based upon customary law as well as, perhaps as much as, upon multilateral treaty law. This raises some fundamental questions about the nature of international law, and its sources ; which is to say that it is a matter of substance. I fail to see how this question could be fully considered at the present stage of proceedings. I am, therefore, in agreement with the Court that the argument based on the multilateral treaties reservation is one which at this stage should, in the words of Article 79, paragraph 7, of the Court's Rules, be neither upheld nor rejected, but declared to be an objection which "does not possess, in the circumstances of the case, an exclusively preliminary character" ; and should be dealt with accordingly in the "further proceedings" for which the Court will presumably now proceed to "fix time-limits" in accordance with that paragraph of Rule 79.

* * *

IV. THE FRIENDSHIP, COMMERCE AND NAVIGATION TREATY OF 21 JANUARY 1956

Nicaragua, in its Memorial, has alleged breach by the United States of several articles of this treaty, which is in force : Articles I ; XIV (2) ; XVII (3) ; XX ; XIX (1) and (3) ; and XXI (2). Nicaragua adds that : "The proof of these violations must await the proceedings on the merits." There is a jurisdiction clause in Article XXIV (2) :

"Any dispute between the Parties as to the interpretation or application of the present Treaty, not satisfactorily adjusted by diplomacy, shall be submitted to the International Court of Justice, unless the Parties agree to settlement by some other pacific means."

This jurisdiction clause is, as a matter of fact, the same, word for word, as Article XXI (2) of the Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular

examinés (voir l'opinion individuelle de Hersch Lauterpacht dans l'affaire de *Certains emprunts norvégiens*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1957*, p. 55 et suiv.).

Il ne faut d'ailleurs pas exagérer les difficultés que soulève l'expression « que la décision concerne » : les Etats-Unis ont indiqué quels sont, d'après eux, les Etats que concernera la décision de la Cour ; et, vu l'exception que les Etats-Unis tirent de la notion de légitime défense collective, on ne peut pas dire que cette interprétation de la réserve soit manifestement impossible.

Le Nicaragua, de son côté, a répondu par un argument très important et très intéressant : à savoir que ses chefs de demandes, tels que formulés dans la requête, ne sont pas seulement fondés sur le droit des traités multilatéraux, mais aussi, et peut être tout autant, sur le droit coutumier. Cela soulève certains problèmes fondamentaux sur la nature du droit international et ses sources ; question de fond, par conséquent. Dans ces conditions, je ne vois pas comment une telle question aurait pu être examinée en détail dans la phase actuelle de l'instance, et je pense, comme la Cour, que l'exception tirée de la réserve relative aux traités multilatéraux est une exception qui, au stade actuel, et pour reprendre les termes de l'article 79, paragraphe 7, du Règlement de la Cour, ne doit être ni retenue ni rejetée, mais déclarée « [n'avoir] pas dans les circonstances de l'espèce un caractère exclusivement préliminaire » ; et qu'il devra donc y être répondu pendant la « suite de la procédure », pour laquelle la Cour fixera sans doute les délais prévus au même paragraphe de l'article 79.

* * *

IV. LE TRAITÉ D'AMITIÉ, DE COMMERCE ET DE NAVIGATION DU 21 JANVIER 1956

Dans son mémoire, le Nicaragua accusait les Etats-Unis d'avoir violé les articles ci-après de ce traité, en vigueur à ce jour : articles I, XIV, paragraphe 2, XVII, paragraphe 3, XX, XIX, paragraphes 1 et 3, et XXI, paragraphe 2. Et il ajoutait : « La preuve de ces violations sera apportée au stade de la procédure sur le fond. » Ce traité contient à l'article XXIV, paragraphe 2, une clause compromissoire ainsi rédigée :

« Tout différend qui pourrait s'élever entre les parties quant à l'interprétation ou à l'application du présent traité et qui ne pourrait pas être réglé d'une manière satisfaisante par la voie diplomatique sera porté devant la Cour internationale de Justice, à moins que les parties ne conviennent de le régler par d'autres moyens pacifiques. »

Ce texte, on le remarquera, est identique, mot pour mot, à celui de l'article XXI, paragraphe 2, du traité d'amitié, de commerce et de droits

Rights of 1955 between the United States and Iran, on which this Court relied in the *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran* case (*I.C.J. Reports 1980*, p. 26, para. 50). There the Iranian Government had refused "to enter into any discussion of the matter". In consequence, said the Court, there existed

"not only a dispute but, beyond any doubt, a 'dispute . . . not satisfactorily adjusted by diplomacy' within the meaning of Article XXI (2) of the 1955 Treaty; and this dispute comprised, *inter alia*, the matters that are the subject of the United States claims under that Treaty" (*ibid.*, p. 27, para. 51).

In the present case, the United States claims that Nicaragua has made no attempt to settle the matters, the subject of the application, by diplomacy. But the qualifying clause in question merely requires that the dispute be one "not satisfactorily adjusted by diplomacy". Expressed thus, in a purely negative form, it is not an exigent requirement. It seems indeed to be cogently arguable that all that is required is, as the clause precisely states, that the claims have not in fact already been "adjusted" by diplomacy. In short it appears to be intended to do no more than to ensure that disputes that have already been adequately dealt with by diplomacy, should not be reopened before the Court. However that may be, the facts in the present case disclose that Nicaragua brought the subject of the application before the Security Council, where they were met with the United States exercising its veto. The United Nations Organization, not least the Security Council, must now surely be an orthodox forum for diplomacy. It would seem, therefore, that the requirements of Article XXIV are most fully met in this matter.

A crucial aspect for present purposes of the Judgment in the *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran* case, however, is the decision that, whilst the jurisdictional article did not provide in express terms that either party might bring a case to the Court by unilateral application, "it is evident, as the United States contended in its Memorial, that this is what the parties intended" (*ibid.*). Since the jurisdictional clauses in the two treaties, the one with Iran and the one with Nicaragua, are identical, the same conclusion must apply in the present case.

As to making good these allegations, and demonstrating that they cover some, certainly not all, of the content of the Application: this, as Nicaragua itself has said, "must await the proceedings on the merits".

Accordingly, although I must dissent on the question of jurisdiction under Article 36, paragraph 2 and paragraph 5, of the Court's Statute, I am in agreement with the Court that it does have jurisdiction over the Application in so far as it may involve the question of alleged breaches of the

consulaires conclu en 1955 par les Etats-Unis et l'Iran, que la Cour a invoqué dans son arrêt en l'affaire du *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran* (C.I.J. Recueil 1980, p. 26, par. 50). En l'occurrence, le Gouvernement de l'Iran ayant « refusé toute discussion », la Cour a conclu qu'il existait

« non seulement un différend mais, sans aucun doute, « un différend ... qui ne [pouvait] pas être réglé d'une manière satisfaisante par la voie diplomatique » au sens de l'article XXI, paragraphe 2, du traité de 1955 ; et ce différend portait notamment sur les matières faisant l'objet des demandes présentées par les Etats-Unis en vertu de ce traité » (*ibid.*, p. 27, par. 51).

Dans la présente espèce, les Etats-Unis objectent que le Nicaragua n'a rien fait pour régler par la voie diplomatique les questions qui font l'objet de sa requête. Cependant, le traité de 1955 se contente d'exiger que le différend n'ait pas été « réglé d'une manière satisfaisante par la voie diplomatique ». Ainsi exprimée, sous une forme purement négative, ce n'est pas là une condition très stricte. On pourrait même soutenir, semble-t-il, que tout ce qui est requis est que, comme le texte le dit avec précision, les reproches entre les parties n'aient pas d'ores et déjà été « réglés » par la voie diplomatique. Bref, il semble que les rédacteurs du traité aient seulement voulu éviter que les différends déjà réglés de façon satisfaisante par la voie diplomatique ne soient rouverts devant la Cour. Quoi qu'il en soit, les faits de la présente espèce montrent que le Nicaragua a soumis les questions qui font l'objet de sa requête au Conseil de sécurité, où il s'est heurté au veto des Etats-Unis. Et il ne saurait faire de doute que l'Organisation des Nations Unies, et en particulier le Conseil de sécurité, est une instance diplomatique parfaitement régulière. Apparemment, donc, les conditions de l'article XXIV sont parfaitement remplies sur ce point.

Cependant, l'arrêt rendu dans l'affaire du *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran* contient un élément d'un intérêt crucial aux fins de la présente espèce : c'est la conclusion de la Cour d'après laquelle, même si la clause compromissoire en question ne prévoyait pas en termes exprès que l'une ou l'autre des parties pût la saisir par requête unilatérale, il était « évident que, comme les Etats-Unis l'ont soutenu dans leur mémoire, c'est bien ainsi que les parties l'entendaient » (*ibid.*). Les clauses compromissoires des deux traités, celui avec l'Iran et celui avec le Nicaragua, étant identiques, la même conclusion doit jouer dans la présente espèce.

Pour ce qui est de la preuve de ces allégations, et de la démonstration qu'elles répondent à une partie des questions qui font l'objet de la requête (mais certainement pas à toutes), cette preuve, comme l'a dit le Nicaragua lui-même, « sera apportée au stade de la procédure sur le fond ».

Dans ces conditions, si je ne puis me rallier à l'avis de la Cour sur la question de sa compétence en vertu de l'article 36, paragraphes 2 et 5, de son Statut, je suis par contre d'accord sur l'idée que la Cour a compétence pour connaître de la requête dans la mesure où celle-ci peut s'appliquer aux

Treaty of Friendship, Commerce and Navigation of 1956. Moreover, since the Treaty is bilateral, this jurisdiction would not involve any effect of the United States multilateral treaties reservation. It may be a question how far Nicaragua would be able to bring the series of allegations which form the gravamen of its Application within the framework of what is essentially the normal form of commercial treaty ; more particularly because of the possible effect of the "preclusion" provisions of Article XXI, which, *inter alia*, provides that the Treaty "shall not preclude" the application of measures :

"(d) . . . necessary to fulfill the obligations of a Party for the maintenance or restoration of international peace and security, or necessary to protect its essential security interests".

On the other hand, Nicaragua has itself made clear that it believes that important aspects of the Application can be brought within the scope of the Treaty ; so jurisdiction under Article XXIV of the Treaty is not unimportant.

For the exercise of jurisdiction over allegations of breaches of specific provisions of the Treaty, no questions of admissibility appear to arise. And since in my view the Court does not have jurisdiction in any respect other than under the Treaty, there is no need to consider the difficult questions of admissibility further, at this stage.

(Signed) Robert Y. JENNINGS.

violations présumées du traité d'amitié, de commerce et de navigation de 1956. De plus, comme ce traité est un traité bilatéral, cette compétence ne tomberait pas sous la réserve des Etats-Unis relative aux traités multilatéraux. On peut certes se demander jusqu'à quel point le Nicaragua pourra faire entrer la série d'allégations qui forment la matière de sa requête dans le cadre de ce qui est pour l'essentiel un traité de commerce traditionnel, étant donné notamment l'effet possible des exclusions prévues à l'article XXI, qui dispose notamment que le traité « ne fera pas obstacle » à l'application des mesures :

« *d*) nécessaires à l'exécution des obligations de l'une ou l'autre partie relatives au maintien ou au rétablissement de la paix et de la sécurité internationales ou à la protection des intérêts vitaux de cette partie en ce qui concerne sa sécurité ».

Cependant le Nicaragua a lui-même affirmé que, selon lui, certains aspects importants de sa requête pouvaient entrer dans le champ d'application du traité ; la compétence en vertu de l'article XXIV de celui-ci n'est donc pas dénuée d'intérêt.

Il ne semble pas que la compétence de la Cour pour connaître des violations alléguées à certaines dispositions du traité soulève des problèmes de recevabilité. Considérant quant à moi que la Cour n'a pas d'autre base de compétence que celle que lui donne le traité, il me paraît inutile pour le moment d'entrer plus avant dans l'examen des questions difficiles liées à la recevabilité.

(Signé) Robert Y. JENNINGS.