

## DISSENTING OPINION OF JUDGE ODA

## TABLE OF CONTENTS

	<i>Paragraphs</i>
OPENING REMARKS	1-3
I. EFFECT OF THE APPLICATION GIVEN TO THE “VANDENBERG RESERVATION” BY THE JUDGMENT – NICARAGUA’S APPLICATION BASED ON ARTICLE 36, PARAGRAPH 2, OF THE STATUTE SHOULD BE DISMISSED	
A. Applicability of the “Vandenberg Reservation”	4-6
B. The Judgment’s failure to understand the effect of the “Vandenberg Reservation”	7-14
II. THE NON-JUSTICIABILITY OF THE PRESENT CASE – NICARAGUA’S APPLICATION BASED ON ARTICLE 36, PARAGRAPH 2, OF THE STATUTE SHOULD BE DECLARED INADMISSIBLE	
A. Introduction	15-19
B. Limited scope of “legal disputes” in Article 36, paragraph 2, of the Statute	20
1. The justiciability and concept of legal disputes – historical survey	
(i) The concept of “legal disputes subject to compulsory arbitration” prior to the institution of the Permanent Court of International Justice	21-26
(ii) Justiciable and non-justiciable disputes under the Covenant of the League of Nations and the Statute of the Permanent Court of International Justice	27-35
(iii) The concept of justiciable disputes subsequent to the inception of the Permanent Court of International Justice	36-38
(iv) Legal disputes found suitable for settlement by the International Court of Justice	39-40
2. The difficulty of viewing the present case as concerning a “legal dispute” within the meaning of the Statute	
(i) In general	41-45
(ii) Precedents in the previous and present Courts	46-47
(iii) Conclusion	48-49

## OPINION DISSIDENTE DE M. ODA

[Traduction]

## TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
OBSERVATIONS LIMINAIRES	1-3
I. EFFET DE L'APPLICATION RECONNUE À LA « RÉSERVE VANDENBERG » PAR L'ARRÊT. — LA REQUÊTE DU NICARAGUA FONDÉE SUR L'ARTICLE 36, PARAGRAPHE 2, DU STATUT DEVAIT ÊTRE REJETÉE	
A. Applicabilité de la « réserve Vandenberg »	4-6
B. L'arrêt interprète mal l'effet de la « réserve Vandenberg »	7-14
II. NON-JUSTICIABILITÉ DE LA PRÉSENTE AFFAIRE. — LA REQUÊTE DU NICARAGUA EN TANT QUE FONDÉE SUR L'ARTICLE 36, PARAGRAPHE 2, DU STATUT DEVAIT ÊTRE DÉCLARÉE IRRECEVABLE	
A. Introduction	15-19
B. Portée limitée des mots « différends d'ordre juridique » dans le paragraphe 2 de l'article 36 du Statut	20
1. La justiciabilité et la notion de différends d'ordre juridique. — Historique	
i) Le concept de « différends d'ordre juridique soumis à l'arbitrage obligatoire » avant la création de la Cour permanente de Justice internationale	21-26
ii) Les différends justiciables et non justiciables selon le Pacte de la Société des Nations et selon le Statut de la Cour permanente de Justice internationale	27-35
iii) La notion de différends justiciables après la création de la Cour permanente de Justice internationale	36-38
iv) Les différends d'ordre juridique considérés comme susceptibles d'un règlement par la Cour internationale de Justice	39-40
2. Il est difficile de considérer que la présente affaire a pour objet un « différend d'ordre juridique » au sens du Statut	
i) Observations générales	41-45
ii) Les précédents dans la jurisprudence de la Cour actuelle et de sa devancière	46-47
iii) Conclusion	48-49
	202

	<i>Paragraphs</i>
C. Considerations of judicial propriety that should have dissuaded the Court from pronouncing on the Nicaraguan Application on the basis of Article 36, paragraph 2, of the Statute	
1. The Court should not have adjudged the Application because of the considerations of administration of justice – a preliminary issue	50-54
2. The concept of the non-justiciable “political dispute” – parallelism of legal and political disputes	55-60
3. Incomplete picture of the dispute as portrayed by the Court	
(i) Lack of sufficient means for fact-finding	61-64
(ii) Nicaragua’s Application reflecting only one side of the dispute	65-66
(iii) Non-participation of the United States in the proceedings – Article 53 of the Statute	67-69
D. Concluding remarks on the non-justiciability	70-72
 III. BREACH OF OBLIGATIONS UNDER THE TREATY OF FRIENDSHIP, COMMERCE AND NAVIGATION – THE COURT’S APPROPRIATION OF THE CASE UNDER ARTICLE 36, PARAGRAPH 1, OF THE STATUTE	
A. The Court’s jurisdiction granted by Article XXIV, the Compromissory Clause, of the 1956 Treaty	73-74
B. The Court’s partial reversion to jurisdiction under Article 36, paragraph 2, of the Statute in relation to the Treaty	75-78
C. Misconception of the customary-law rule not to defeat the “object and purpose” of a Treaty	79-82
D. Breaches of the terms of the 1956 Treaty	
1. Breaches of Article XIX of the Treaty	83-84
2. Applicability of Article XXI of the Treaty	85-89
 IV. SUPPLEMENTARY OBSERVATIONS	 90-97

*Paragraphes*

C. Considérations relatives à l'administration de la justice qui auraient dû dissuader la Cour de se prononcer sur la requête du Nicaragua sur la base de l'article 36, paragraphe 2, du Statut	
1. La Cour n'aurait pas dû recevoir la requête pour des considérations de bonne administration de la justice. – Problème préliminaire	50-54
2. La notion de « différends politiques » non justiciables. – Comparaison entre différends juridiques et différends politiques	55-60
3. La Cour a donné une image incomplète du différend	
i) Absence de moyens suffisants pour établir les faits	61-64
ii) La requête du Nicaragua ne reflète qu'une face du différend	65-66
iii) La non-participation des Etats-Unis à l'instance. – L'article 53 du Statut	67-69
D. Conclusions sur la non-justiciabilité du différend	70-72
III. VIOLATION D'OBLIGATIONS DÉCOULANT DU TRAITÉ D'AMITIÉ, DE COMMERCE ET DE NAVIGATION DE 1956. – LA COMPÉTENCE DE LA COUR EN L'ESPÈCE EN VERTU DE L'ARTICLE 36, PARAGRAPHE 1, DU STATUT	
A. La compétence de la Cour en vertu de l'article XXIV – la clause <i>compromissoire</i> – du traité de 1956	73-74
B. A propos du traité la Cour en revient partiellement à sa compétence en vertu de l'article 36, paragraphe 2, du Statut	75-78
C. Méprise sur la règle de droit coutumier selon laquelle il ne faut pas priver un traité « de son but et de son objet »	79-82
D. Les violations des termes du traité de 1956	
1. Les violations de l'article XIX du traité	83-84
2. L'applicabilité de l'article XXI du traité	85-89
IV. OBSERVATIONS COMPLÉMENTAIRES	90-97

1. I have given support to subparagraph (1) of the Operative Clause but, by the logic of this subparagraph which has recognized the applicability of the so-called Vandenberg Reservation, the Court should now have ceased to entertain the Application of Nicaragua in so far as it is based on Article 36, paragraph 2, of the Statute (Part I below). In addition, I believe that, for other reasons as stated below (Part II), the dispute referred to the Court by the Nicaraguan Application, as so based, should have been declared non-justiciable.

2. I hold that the Court could have remained seized of this case only in relation to the alleged violation by the United States of the 1956 Treaty of Friendship, Commerce and Navigation between the two Parties. From this point of view I voted in favour of subparagraph (7), but voted against subparagraph (6) because it would have been sufficient for the Court to decide on subparagraph (7) only, and against subparagraph (8) because such a decision by the Court concerning a breach of obligations *erga omnes* under customary international law is out of place in this Judgment. I was also unable to vote in favour of subparagraph (10), for the reason that I believed the Judgment was mistaken in bringing the United States attacks on Nicaraguan territory into relation with that Treaty and, by basing a construction upon its "object and purpose", had exceeded the jurisdiction granted by its compromissory clause. My negative vote on subparagraph (11) was cast because the attacks on Nicaraguan territory could not be related in my view to a breach of the 1956 Treaty; nor was the trade embargo to be regarded as a breach of it (Part III below).

3. I was obliged to vote against subparagraphs (2), (3), (4), (5), (9), (12) and (13), simply because I considered, as stated above, that the Court should not have pronounced on these issues in the present case unless covered by the compromissory clause of the 1956 Treaty. This does not mean, however, that I am in disagreement with all the legal arguments expounded by the Court regarding the principles of non-intervention, prohibition of the use of force and respect for sovereignty. These principles should certainly be respected, and by Nicaragua no less than the United States. In particular, my negative vote on subparagraph (9) must not be interpreted as implying that I am opposed to the Court's findings on this particular point.

\*

I. EFFET DE L'APPLICATION RECONNUE À LA « RÉSERVE VANDENBERG »  
PAR L'ARRÊT. — LA REQUÊTE DU NICARAGUA FONDÉE SUR L'ARTICLE 36,  
PARAGRAPHE 2, DU STATUT DEVAIT ÊTRE REJETÉE

A. Applicabilité de la « réserve Vandenberg »

4. La présente affaire a été portée devant la Cour par le Nicaragua qui la priait dans sa requête de dire et juger :

- « a) Que les Etats-Unis, en recrutant, formant, armant, équipant, finançant, approvisionnant et en encourageant, appuyant, assistant et dirigeant de toute autre manière des actions militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, ont violé et violent leurs obligations expresses en vertu de chartes et de traités à l'égard du Nicaragua, et en particulier leurs obligations en vertu de :
- l'article 2, paragraphe 4, de la Charte des Nations Unies ;
  - les articles 18 et 20 de la charte de l'Organisation des Etats américains ;
  - l'article 8 de la convention concernant les droits et devoirs des Etats ;
  - l'article premier, troisièmement, de la convention concernant les droits et devoirs des Etats en cas de luttes civiles. »

L'une des principales allégations du Nicaragua est que les Etats-Unis ont violé les règles du droit international résultant de plusieurs traités multilatéraux qui, d'une façon ou d'une autre, interdisent « de recourir à la menace ou à l'emploi de la force » ainsi que « l'intervention ».

5. A la différence de certains principes plus anciens du droit international, le principe qui concerne l'interdiction « de recourir à la menace ou à l'emploi de la force » s'est fait jour vers la fin de la seconde guerre mondiale en même temps que naissait l'Organisation des Nations Unies et qu'aboutissaient les efforts visant à déclarer hors la loi la guerre en général. En revanche, l'application du principe de non-intervention remonte haut dans le passé depuis qu'Emer de Vattel a écrit en 1758 :

« C'est une conséquence manifeste de la liberté et de l'indépendance des Nations, que toutes sont en droit de se gouverner comme elles le jugent à propos, et qu'aucune n'a le moindre droit de se mêler du gouvernement d'une autre. » (*Le droit des gens*, livre II, chap. IV, par. 54.)

Il est pourtant arrivé, avant l'époque contemporaine, qu'on tente de justifier l'intervention dans le cadre du droit international applicable en temps de paix, quand bien même une telle intervention pouvait équivaloir en définitive à un recours à la guerre (laquelle n'était pas considérée à l'époque comme illicite en soi). Le double système du droit international applicable en temps de paix et du droit international applicable en temps

which, together with the prohibition of the threat or use of force, came to encapsulate the founding spirit of the United Nations.

6. Thus I have no doubt that the present case conspicuously falls to be considered within the framework of the United Nations system and, for that matter, that of the Organization of American States, which has pioneered and adopted similar principles. Having regard to the fact that the Court in 1984 found that it possessed jurisdiction under Article 36, paragraph 2, of the Statute, I fully support the Court's decision that "the Court is required to apply the 'multilateral treaty reservation' contained in [the United States declaration of acceptance of jurisdiction]" (para. 292 (1)).

*B. The Judgment's Failure to Understand the Effect of the "Vandenberg Reservation"*

7. The United States declaration read, in part :

" . . . this declaration shall not apply to . . .

(c) 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 Court does not doubt that all parties to multilateral treaties, i.e., the Charter of the United Nations and the Charter of the Organization of American States, affected by the Judgment are not parties to the present case. Yet the Judgment states :

"It should however be recalled that . . . the effect of the reservation in question is confined to barring the applicability of the United Nations Charter and OAS Charter as multilateral treaty law, and has no further impact on the sources of international law which Article 38 of the Statute requires the Court to apply." (Para. 56.)

"In formulating its view on the significance of the United States multilateral treaty reservation, the Court has reached the conclusion that it must refrain from applying the multilateral treaties invoked by Nicaragua in support of its claims, without prejudice either to other treaties or to the other sources of law enumerated in Article 38 of the Statute. The first stage in its determination of the law actually to be applied to this dispute is to ascertain the consequences of the exclusion of the applicability of the multilateral treaties for the definition of the content of the customary international law which remains applicable." (Para. 172.)

de guerre a été abandonné lorsque se sont dégagés les principes de l'illicéité de la guerre et de l'intervention, à quoi il faut ajouter le principe de l'interdiction du recours à la menace ou à l'emploi de la force, toutes choses qui allaient marquer l'esprit dans lequel serait créée l'Organisation des Nations Unies.

6. Il ne fait donc aucun doute pour moi que la présente affaire doit de toute évidence être examinée dans le cadre du système des Nations Unies et, vu son objet, dans celui de l'Organisation des Etats américains, laquelle a fait œuvre nouvelle en adoptant des principes analogues. Comme la Cour s'est déclarée compétente en vertu de l'article 36, paragraphe 2, du Statut en 1984, je l'approuve entièrement lorsqu'elle déclare qu'elle « est tenue d'appliquer la « réserve relative aux traités multilatéraux » constituant la réserve c) de la déclaration d'acceptation de juridiction faite par le Gouvernement des Etats-Unis d'Amérique... » (par. 292, sous-par. 1).

*B. L'arrêt interprète mal l'effet de la « réserve Vandenberg »*

7. La déclaration des Etats-Unis contient le passage suivant :

« cette déclaration ne s'applique pas...

c) 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... »

La Cour ne doute pas que toutes les parties aux traités multilatéraux pertinents que l'arrêt concerne, à savoir la Charte des Nations Unies et la charte de l'Organisation des Etats américains, ne sont pas parties à la présente affaire, mais elle fait quand même observer ceci :

« Il convient cependant de rappeler que ... l'effet de la réserve est uniquement d'exclure l'applicabilité de la Charte des Nations Unies et celle de l'Organisation des Etats américains en tant que droit conventionnel multilatéral et n'a pas d'autres incidence sur les sources du droit international que l'article 38 du Statut prescrit à la Cour d'appliquer. » (Par. 56.)

« En prenant position sur la valeur de la réserve américaine relative aux traités multilatéraux, la Cour a été amenée à conclure qu'elle devait s'abstenir d'appliquer les conventions multilatérales invoquées par le Nicaragua à l'appui de ses demandes, sans préjudice, soit d'autres traités, soit des autres sources de droit mentionnées à l'article 38 du Statut. Afin de préciser le droit effectivement applicable au différend, elle doit en premier lieu déterminer les conséquences que l'exclusion de l'applicabilité des conventions multilatérales comporte quant à la définition du contenu du droit international coutumier demeurant applicable. » (Par. 172.)



“It will . . . be clear that customary international law continues to exist and to apply, separately from international treaty law, even where the two categories of law have an identical content.” (Para. 179.)

8. In sum, the Judgment holds that the Court can still decide the issues before it for the reason that, without reference to such multilateral treaties as the Charter of the United Nations and the Charter of the Organization of American States, the Court can apply customary and general international law which, though having been subsumed in the said multilateral treaties, exists independently.

9. It may well be contended that principles such as the non-use of force and the non-intervention now exist independently as customary and general international law. However, I cannot agree with the Judgment in its contention that the Court may entertain the Nicaraguan Application under Article 36, paragraph 2, of the Statute on the alleged assumption that the United States reservation regarding “disputes arising under a multilateral treaty” simply excludes from the jurisdiction conferred on the Court under that provision of the Statute legal disputes concerning “the interpretation of a [multilateral] treaty”, or that, since the present case involves a “question of international law”, the Court’s entertainment of it should not be affected by that reservation inasmuch as the Court, independently of “the interpretation of a treaty”, can confine itself to the application of the principles of customary and general international law.

10. I believe that the issue – which relates to applicable law – of whether, *once* the Court assumes jurisdiction over a case, it can apply the rules of customary and general international law apart from any applicable treaty rules, is quite different from the other issue – which relates to the Court’s jurisdiction – of *whether* a State’s declaration excludes “disputes arising under multilateral treat[ies]” (United States reservation) from “the jurisdiction of the Court, [which by nature can only be voluntarily accepted] in all legal disputes concerning (a) the interpretation of a treaty, (b) any question of international law . . .” (*Statute*, Art. 36, para. 2). The United States declaration of acceptance of the Court’s jurisdiction excluded disputes arising under multilateral treaties subject to exceptions which do not qualify my reasoning and, in any event, have not materialized in the present case.

11. The persistent use of the term “reservation” to describe the exception clauses attached by States to their declarations under Article 36, paragraph 2, of the Statute, and more especially the attachment of the term “Vandenberg Reservation” to the exception in the United States declaration relating to disputes that arise under a multilateral treaty, have surely contributed to a misconception of the inherent scope of such declarations,

« Il est ... clair que les règles du droit international coutumier conservent une existence et une applicabilité autonomes par rapport à celles du droit international conventionnel lors même que les deux catégories de droit ont un contenu identique. » (Par. 179.)

8. Il est dit en somme dans l'arrêt que la Cour peut quand même trancher les questions qui sont portées devant elle puisque, tout en laissant de côté des conventions multilatérales telles que la Charte des Nations Unies et la charte de l'Organisation des Etats américains, elle peut appliquer le droit international général et coutumier qui, quoique ayant été intégré dans lesdites conventions multilatérales, a une existence propre.

9. On peut certes prétendre que des principes tels que ceux du non-emploi de la force et de la non-intervention ont maintenant une existence propre en tant que principes du droit international général et coutumier. Toutefois, je ne puis approuver la Cour lorsqu'elle affirme dans l'arrêt qu'elle peut connaître de la requête du Nicaragua en vertu de l'article 36, paragraphe 2, du Statut en partant de l'hypothèse – qui a été alléguée – selon laquelle la réserve des Etats-Unis relative aux « différends résultant d'un traité multilatéral » exclurait simplement de la compétence conférée à la Cour conformément à cette disposition du Statut les différends d'ordre juridique concernant « l'interprétation d'un traité [multilatéral] », ou en partant de l'hypothèse selon laquelle, puisque la présente affaire porte sur un « point de droit international », l'existence de la réserve ne devrait pas faire obstacle à la connaissance de l'affaire par la Cour dans la mesure où celle-ci, indépendamment de « l'interprétation d'un traité », peut se borner à appliquer les principes du droit international général et coutumier.

10. Il y a selon moi deux questions bien différentes. L'une a trait au droit applicable ; c'est la question de savoir si, *après* s'être déclarée compétente pour connaître d'une affaire, la Cour peut appliquer les règles du droit international général et coutumier indépendamment de toute règle conventionnelle applicable. L'autre a trait à la compétence de la Cour ; c'est la question de savoir si la déclaration d'acceptation d'un Etat exclut les « différends résultant [de] traité[s] multilatér[aux] » (réserve des Etats-Unis) de la « juridiction de la Cour [laquelle ne peut, par nature, être acceptée que volontairement] sur tous les différends d'ordre juridique ayant pour objet : a) l'interprétation d'un traité ; b) tout point de droit international... » (Statut, art. 36, par. 2). La déclaration américaine d'acceptation de la juridiction de la Cour exclut les différends résultant de traités multilatéraux sauf exceptions qui ne modifient pas mon raisonnement et qui, en tout état de cause, ne se sont pas matérialisées en l'espèce.

11. L'emploi constant du mot « réserve » appliqué aux clauses dont les Etats assortissent les déclarations qu'ils font en vertu de l'article 36, paragraphe 2, du Statut, et plus particulièrement l'usage de l'expression « réserve Vandenberg » pour désigner l'exception figurant dans la déclaration des Etats-Unis relative aux différends résultant d'un traité multilatéral, a certainement contribué au malentendu sur la portée réelle de ces

and of that one in particular. Because of the idealism underlying the notion of a sovereign State submitting to be judged, the so-called "acceptance of the Optional Clause" has always been imagined in terms of the ideal case, where that submission is total and "unreserved". Nevertheless, the very structure of Article 36, paragraph 2, should make it clear that, in framing a declaration, a State, guided by the categories there suggested (the historical origins of which I shall explain in paras. 27-40), has simply to delineate the bounds of the area of legal disputes over which, subject to reciprocity, it is prepared to accept the Court's jurisdiction independently of treaty clauses or special agreements. If it is under no obligation to make any declaration at all, still less is it obliged to take the ideal case as its standard.

12. Hence the fact that exception clauses may frequently be useful as a means of delineation does not justify any presumption that a State employing them has retracted various parts of an *a priori* wholesale acceptance of the Court's jurisdiction ; on the contrary, the instrument remains a positive indication that the State has *unreservedly* accepted that jurisdiction within a certain area which those exceptions have merely helped to define. Outside that area, there is simply no acceptance, not even an acceptance subject to a "reservation", and to reason as if there were is to yield to a kind of optical illusion.

13. In the present case, it seems that thinking about a certain exception in terms of a "reservation" has helped the Court to imagine that if multilateral treaties were ignored as a source of positive law, the "reservation" would lose its potency, so that the exception could be circumvented. I have explained above why I find this erroneous. The reference to multilateral treaties is merely a means of drawing the boundaries of jurisdiction so as to exclude certain disputes : there is no justification for supposing that a dispute "arising under" a multilateral treaty can nevertheless be brought under the Court's authority because (inevitably) it can also be analysed in terms of general international law. Having decided that the present dispute did "arise under" such a treaty or treaties, the Court should have concluded that only in the circumstances described by the exception itself, namely, the presence of all parties affected or specific waiver, could the boundary of acceptance of jurisdiction be widened to admit the dispute under Article 36, paragraph 2.

14. Thus, if the so-called Vandenberg Reservation is applicable in this case, and the United States acceptance of the Court's compulsory jurisdiction consequently does not extend to *disputes arising under* the Charter of the United Nations and the Charter of the Organization of American States, and if the Judgment yet declares that the Court can entertain the present case as admissible under Article 36, paragraph 2, as stated :

déclarations, et en particulier celle des Etats-Unis. Comme l'idée qu'un Etat souverain puisse accepter d'être jugé est toute empreinte d'idéalisme, c'est toujours en songeant à l'hypothèse idéale – celle où l'acceptation serait totale et sans réserve – qu'on a parlé « d'acceptation de la clause facultative ». Néanmoins, la structure même du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut montre bien que, lorsqu'un Etat rédige une déclaration, il s'inspire de la liste suggérée dans cette disposition (j'en ferai la genèse aux paragraphes 27 à 40) et n'a qu'à délimiter l'objet des différends d'ordre juridique pour lesquels il est disposé, sous condition de réciprocité, à accepter la juridiction de la Cour indépendamment de dispositions conventionnelles ou d'accords particuliers. Puisqu'un Etat n'est pas tenu de faire une telle déclaration, il n'est à plus forte raison pas tenu de répondre à l'hypothèse idéale.

12. En conséquence, on ne peut s'autoriser du fait que les clauses dérogatoires peuvent souvent constituer un bon moyen de délimitation, pour présumer que l'Etat qui recourt à ces clauses revient sur certains points de son acceptation générale faite à priori de la juridiction de la Cour ; au contraire, l'instrument d'acceptation demeure un indice positif de l'acceptation *sans réserve* par cet Etat de la juridiction dans un domaine que ces exceptions ont simplement aidé à définir. En dehors de ce domaine, il n'y a tout simplement pas d'acceptation, pas même une acceptation soumise à « réserve », et raisonner comme s'il y avait acceptation, c'est céder à une sorte d'illusion d'optique.

13. En l'espèce, il semble que le fait d'avoir envisagé une certaine exception comme une « réserve » a aidé la Cour à se figurer que si l'on ne tenait pas compte des traités multilatéraux comme source de droit positif cette « réserve » perdrait sa force, de sorte que l'exception pourrait être tournée. J'ai déjà expliqué pourquoi j'estime erronée cette façon de voir. La référence aux traités multilatéraux n'est qu'un moyen de délimiter la compétence afin d'exclure certains différends : rien ne permet de supposer qu'un différend « résultant » d'un traité multilatéral peut néanmoins être porté devant la Cour parce qu'il peut aussi s'analyser sous l'angle du droit international général (ce qui est toujours le cas). Ayant décidé que le présent différend « résultait » effectivement d'un ou de plusieurs traités de ce genre, la Cour aurait dû conclure que la limite de l'acceptation de la juridiction ne pouvait être étendue jusqu'à englober le différend en vertu de l'article 36, paragraphe 2, du Statut que dans les circonstances visées dans l'exception elle-même, à savoir dans le cas où toutes les parties concernées sont présentes ou dans celui où les Etats-Unis ont expressément accepté la compétence de la Cour.

14. Ainsi donc, si la « réserve Vandenberg » est applicable en l'espèce, et que l'acceptation par les Etats-Unis de la juridiction obligatoire de la Cour ne s'étend par conséquent pas aux différends *résultant* de la Charte des Nations Unies et de la charte de l'Organisation des Etats américains, et si l'arrêt déclare pourtant que la Cour peut connaître de la présente affaire au titre de l'article 36, paragraphe 2, du Statut comme il est dit ci-dessous :

“The Court concludes that it should exercise the jurisdiction conferred upon it by the United States declaration of acceptance under Article 36, paragraph 2, of the Statute, to determine the claims of Nicaragua based upon customary international law notwithstanding the exclusion from its jurisdiction of disputes ‘arising under’ the United Nations and OAS Charters” (para. 182).

the Court should have proved, not that it can apply customary and general international law independently, but that the dispute referred to it in the Applicant’s claims had *not* arisen under these multilateral treaties. The Judgment, however, fails to do this. I must repeat my belief that, in so far as the Judgment holds the Vandenberg Reservation to be applicable, in my view, correctly, the Court should not, and indeed could not, on the basis of Article 36, paragraph 2, of the Statute, have entertained the whole dispute involving “military and paramilitary activities in and against Nicaragua” which the United States has allegedly pursued.

## II. THE NON-JUSTICIABILITY OF THE PRESENT CASE — NICARAGUA’S APPLICATION BASED ON ARTICLE 36, PARAGRAPH 2, OF THE STATUTE SHOULD BE DECLARED INADMISSIBLE

### *A. Introduction*

15. While the test of jurisdiction is whether the dispute referred for judgment lies within the scope and range of the specific competence granted to the court in question by a basic instrument, so that the possession of jurisdiction has to be assessed as a matter of priority and in terms of that instrument, the question of the admissibility of a claim calls for application of fundamental norms of the judiciary as to whether the judicial function should or should not extend to cover the issues in contention. Inasmuch as the answering of this question presupposes an adequate characterization of those issues, admissibility is not necessarily a preliminary matter, in the sense of one that can be resolved before their merits are examined. In a more important sense, however, it is always preliminary, in that no finding may be made on the merits if it remains unresolved. The Judgment states :

“especially when the character of the objections is not exclusively preliminary because [the objections] contain both preliminary aspects and other aspects relating to the merits, they will have to be dealt with at the stage of the merits” (para. 41).

16. The Court, in its 1984 Judgment, rejected some grounds adduced by the United States for the inadmissibility of the dispute (*I.C.J. Reports*

« La Cour conclut qu'il lui appartient d'exercer la compétence que lui confère la déclaration d'acceptation faite par les Etats-Unis en vertu de l'article 36, paragraphe 2, du Statut, afin de se prononcer sur les demandes du Nicaragua fondées sur le droit international coutumier, et cela bien que les différends « résultant » des chartes des Nations Unies et de l'Organisation des Etats américains échappent à sa juridiction » (par. 182),

la Cour aurait dû démontrer, non qu'elle pouvait appliquer séparément le droit international général et coutumier mais que le différend qui lui avait été soumis par la requête du demandeur *ne* résultait *pas* desdits traités multilatéraux. Or, la Cour dans son arrêt ne le fait pas. Je répète que je suis convaincu que, puisque la Cour avait déclaré que la réserve Vandenberg était applicable, ce qui est juste à mes yeux, la Cour ne devait pas et ne pouvait d'ailleurs pas connaître, au titre de l'article 36, paragraphe 2, du Statut, de l'ensemble du différend portant sur les « activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci » qui étaient reprochées aux Etats-Unis.

## II. NON-JUSTICIABILITÉ DE LA PRÉSENTE AFFAIRE. — LA REQUÊTE DU NICARAGUA EN TANT QUE FONDÉE SUR L'ARTICLE 36, PARAGRAPHE 2, DU STATUT DEVAIT ÊTRE DÉCLARÉE IRRECEVABLE

### A. Introduction

15. Pour établir la compétence d'un tribunal, il faut déterminer si le différend qui est soumis à son jugement relève bien de la juridiction qui a été spécifiquement conférée à ce tribunal par un instrument de base, de telle sorte que la question de la compétence doit être tranchée en priorité et d'après les termes dudit instrument. En revanche, la question de la recevabilité d'une demande appelle l'application de règles fondamentales d'administration de la justice, qui permettent d'établir s'il convient ou non que la fonction judiciaire soit exercée relativement aux points en litige. Dans la mesure où la réponse à cette question suppose la qualification exacte de ces questions, la recevabilité n'a pas nécessairement un caractère préliminaire : elle ne peut pas alors être tranchée avant l'examen au fond. Mais elle est toujours prioritaire d'un point de vue plus strict puisque aucune conclusion ne peut être formulée sur le fond tant qu'elle n'a pas été résolue. On lit à ce propos dans l'arrêt :

« notamment lorsque ce caractère [préliminaire des objections] n'est pas exclusif puisqu'elles comportent à la fois des aspects préliminaires et des aspects de fond, elles devront être réglées au stade du fond » (par. 41).

16. Dans son arrêt de 1984, la Cour a rejeté certains motifs que les Etats-Unis invoquaient pour conclure à l'irrecevabilité de la requête (*C.I.J.*

1984, pp. 429-441). It appears to me, however, that the 1984 Judgment did not dispose of the still essential question of whether the present case is justiciable or not. Dealing with the justiciability, the Court observes that the United States did not argue that this is not a "legal dispute", and states :

"the Court can at this stage confine itself to a finding that, in the circumstances of the present case, the issues raised of collective self-defence are issues which it has competence, and is equipped, to determine" (para. 35).

17. I believe that the Nicaraguan Application should be declared non-justiciable, since in my view the dispute at issue is one which does not fall into the category of "legal" disputes within the meaning and intention of Article 36, paragraph 2, of the Statute. It may be argued (and the present Judgment deliberately attempts to do so, see para. 32) that the interpretation of the competence of the Court as conferred in accordance with that provision has been settled by a determination of jurisdiction. However, the question as to whether this dispute should be considered as justiciable in terms of the concept of "legal disputes" within the meaning of the Statute is related to the merits of the dispute. Accordingly, it deserves and requires reconsideration at the present stage (see Section B below).

18. Furthermore, even if my contention were not well founded, it would in my view have been prudent for the Court, in the light of the merits of the present case, to find it a matter of judicial propriety not to proceed with a case so highly charged with issues central to the sensitive political relations of many States : a circumstance that undoubtedly accounts for much of the vigour with which the Respondent has first challenged, then been seen to defy, the Court's jurisdiction (see Section C below).

19. These are the positions which I have taken throughout the Court's considerations of the present case, and I regret that the Judgment has not taken them into account.

#### *B. Limited Scope of "Legal Disputes" in Article 36, paragraph 2, of the Statute*

##### *1. The justiciability and concept of legal disputes -- historical survey*

20. Referring to the concept of "legal disputes" in connection with the function of the International Court of Justice, the following two provisions may be recalled :

#### *The Charter of the United Nations, Article 36, paragraph 3*

"In making recommendations under this Article the Security Council should also take into consideration that legal disputes should as a general rule be referred by the parties to the International Court of

*Recueil 1984*, p. 429-441). Mais il me semble que l'arrêt de 1984 n'a pas réglé une question qui demeure essentielle, celle de la justiciabilité du présent différend. Au sujet de la justiciabilité, la Cour a fait observer dans le présent arrêt que les États-Unis n'avaient pas soutenu qu'il ne s'agissait pas d'un « différend d'ordre juridique » et elle a déclaré :

« la Cour peut ... se borner ici à conclure que, dans les circonstances de la présente espèce, les problèmes de légitime défense qui ont été soulevés font partie de ceux qui relèvent de sa compétence et qu'elle est en mesure de régler » (par. 35).

17. J'estime que la requête du Nicaragua aurait dû être déclarée non justiciable puisque à mon avis le différend n'est pas de ceux qui rentrent dans la catégorie des différends « d'ordre juridique » au sens que doit avoir l'article 36, paragraphe 2, du Statut. On peut soutenir (et c'est ce que le présent arrêt tente délibérément de faire, voir le paragraphe 32) qu'en se prononçant sur sa compétence la Cour a réglé la question de l'appréciation de la compétence que pourrait lui conférer cette disposition du Statut. Or la question de savoir si le différend doit être considéré comme justiciable en tant que « différend d'ordre juridique » au sens du Statut relève du fond de l'affaire. En conséquence elle méritait et exigeait d'être réexaminée au stade actuel (voir ci-après la section B).

18. En outre, même si mon point de vue était mal fondé, il me semble qu'il aurait été prudent, compte tenu du fond de la présente affaire, que la Cour estime judiciairement inopportun de continuer à connaître d'une affaire si fortement marquée par des problèmes délicats qui sous-tendent les relations politiques de nombreux États : cet état de fait explique sans doute en grande partie la vigueur avec laquelle le défendeur a d'abord contesté puis semblé défier la compétence de la Cour (voir ci-après la section C).

19. Telles sont les positions que j'ai prises tout au long de l'examen de la présente affaire par la Cour, et je regrette qu'il n'en ait pas été tenu compte dans l'arrêt.

*B. Portée limitée des mots « différends d'ordre juridique » dans le paragraphe 2 de l'article 36 du Statut*

*1. La justiciabilité et la notion de différends d'ordre juridique. — Historique*

20. A propos de la notion de « différends d'ordre juridique » et de la mission de la Cour internationale de Justice, on peut rappeler les deux dispositions suivantes :

*Charte des Nations Unies, article 36, paragraphe 3*

« En faisant les recommandations prévues au présent article, le Conseil de sécurité doit aussi tenir compte du fait que, d'une manière générale, les différends d'ordre juridique devraient être soumis par les



Justice in accordance with the provisions of the Statute of the Court.”

*The Statute of the International Court of Justice, Article 36,  
Paragraph 2*

“The States parties to the present Statute may at any time declare that they recognize as compulsory *ipso facto* and without special agreement, in relation to any other State accepting the same obligation, the jurisdiction of the Court in all legal disputes concerning :

- (a) the interpretation of a 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.”

Looking back at the history of the settlement of international disputes by arbitration or adjudication, one may clearly see that the “legal disputes” subject to such settlement were limited in scope and, more basically, that their referral to such a settlement was always to depend ultimately on the assent of the States in dispute.

- (i) *The concept of “legal disputes subject to compulsory arbitration” prior to the institution of the Permanent Court of International Justice*

- (a) *The 1899 and 1907 Conventions for the Peaceful Settlement of International Disputes*

21. Following the precedents set by some arbitration clauses in bilateral treaties towards the end of the nineteenth century, and by some arbitration treaties, mainly among countries of the western hemisphere, the 1899 Convention for the Peaceful Settlement of International Disputes provided that :

“In questions of a legal nature, and especially in the interpretation or application of international conventions, arbitration is recognized by the signatory Powers as the most effective and at the same time the most equitable means of settling disputes which diplomacy has failed to settle.” (Art. 16.) (*The Proceedings of the Hague Peace Conferences (Translation of the Official Texts), The Conference of 1899, p. 238.*)

Referral to arbitration was far from obligatory.

22. The 1899 Convention was amended in this regard at the Second Peace Conference in 1907 only by the addition of a new paragraph, which suggested that :

“Consequently, it would be desirable that, in disputes about the above-mentioned questions, the contracting Powers, if the case arise,

parties à la Cour internationale de Justice conformément aux dispositions du Statut de la Cour. »

*Statut de la Cour internationale de Justice, article 36,  
paragraphe 2*

« Les Etats parties au présent Statut pourront, à n'importe quel moment, déclarer reconnaître comme obligatoire de plein droit et sans convention spéciale, à l'égard de tout autre Etat acceptant la même obligation, la juridiction de la Cour sur tous les 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. »

Si l'on fait l'historique du règlement des différends internationaux par voie arbitrale ou judiciaire, on voit bien que les « différends d'ordre juridique » soumis à un tel règlement étaient limités par leur objet et, d'une façon plus générale, que leur soumission à une telle forme de règlement dépendait toujours en fin de compte de l'assentiment des Etats en litige.

i) *Le concept de « différends d'ordre juridique soumis à l'arbitrage obligatoire » avant la création de la Cour permanente de Justice internationale*

a) *Les conventions de 1899 et de 1907 pour le règlement pacifique des conflits internationaux*

21. Conformément aux précédents constitués par les clauses d'arbitrage inscrites dans quelques traités bilatéraux vers la fin du XIX<sup>e</sup> siècle et par quelques traités d'arbitrage, généralement conclus entre pays de l'hémisphère occidental, la convention de 1899 pour le règlement pacifique des conflits internationaux contient la disposition suivante :

« Dans les questions d'ordre juridique, et en premier lieu dans les questions d'interprétation ou d'application des conventions internationales, l'arbitrage est reconnu par les Puissances signataires comme le moyen le plus efficace et en même tant le plus équitable de régler les litiges qui n'ont pas été résolus par les voies diplomatiques. » (Art. 16.) (*Conférence internationale de la paix de La Haye, 1899, p. 227.*)

La soumission à l'arbitrage était loin d'être obligatoire.

22. La convention de 1899 fut modifiée sur ce point à la deuxième conférence de la paix, en 1907, par la simple adjonction d'un paragraphe ainsi rédigé :

« En conséquence, il serait désirable que, dans les litiges sur les questions susmentionnées, les Puissances contractantes eussent, le cas

have recourse to arbitration, in so far as circumstances permit.” (Art. 38.) (*The Proceedings of the Hague Peace Conferences (Translation of Official Texts), The Conference of 1907, Vol. I, p. 605.*)

The Second Peace Conference, held in 1907, failed to establish compulsory arbitration. A project to institute it was put to the vote by the First Commission but in the end was not found acceptable. The unsuccessful draft, which would have been added to Article 16 of the 1899 Convention, sought to provide that :

“Differences of a legal nature, and especially those relating to the interpretation of treaties existing between two or more of the contracting States, which may in future arise between them, and which it may not have been possible to settle by diplomacy, shall be submitted to arbitration, provided, nevertheless, that they do not affect the vital interests, the independence or the honor of any of the said States, and do not concern the interests of other States not involved in the dispute.” (Art. 16a.) (*Ibid.*, p. 537.)

23. That project suggested, however, that some differences should be “by nature subject to arbitration without the reservations mentioned in Article 16a” (Art. 16c.) (*ibid.*), and enumerated as such the following differences :

“I. Disputes concerning the interpretation and application of conventional stipulations relating to the following subjects :

1. Reciprocal free aid to the indigent sick.
2. International protection of workmen.
3. Means of preventing collisions at sea.
4. Weights and measures.
5. Measurement of ships.
6. Wages and estates of deceased seamen.
7. Protection of literary and artistic works.

II. Pecuniary claims for damages, when the principle of indemnity is recognized by the parties.” (Art. 16d.) (*Ibid.*)

A suggestion was also made for a protocol enumerating “such other matters . . . to admit of embodiment in a stipulation respecting arbitration without reserve . . . on condition of reciprocity” (Art. 16e) (*ibid.*). The British delegate accordingly proposed a protocol, with an annexed table listing the following subjects :

- “1. Pecuniary claims for damages, when the principle of indemnity is recognized by the parties.
2. Reciprocal free aid to the indigent sick.
3. International protection of workmen.

échéant, recours à l'arbitrage, en tant que les circonstances le permettraient. » (Art. 38.) (*Deuxième conférence internationale de la paix de La Haye, Actes et documents*, vol. I, p. 610.)

La seconde conférence de la paix, tenue en 1907, ne réussit donc pas à instaurer l'arbitrage obligatoire. Un projet visant à l'instaurer fut mis aux voix par la première commission de la conférence, mais il ne fut finalement pas jugé acceptable. Le texte rejeté, qui aurait été ajouté à l'article 16 de la convention de 1899, tendait à établir que :

« Les différends d'ordre juridique et, en premier lieu, ceux relatifs à l'interprétation des traités existant entre deux ou plusieurs des Etats contractants, qui viendraient désormais à se produire entre eux, et qui n'auraient pu être réglés par la voie diplomatique, seront soumis à l'arbitrage, à la condition toutefois qu'ils ne mettent en cause ni les intérêts vitaux, ni l'indépendance ou l'honneur de l'un ou l'autre desdits Etats, et qu'ils ne touchent pas aux intérêts d'autres Etats ne participant pas au litige. » (Art. 16 a.) (*Ibid.*, p. 537.)

23. Toutefois, le projet énonçait que « certains des différends [visés à l'article 16] sont de nature à être soumis à l'arbitrage sans les réserves mentionnées dans l'article 16 a » (art. 16 c) (*ibid.*), et énumérait comme tels les différends suivants :

« I. Contestations concernant l'interprétation et l'application des stipulations conventionnelles relatives aux matières suivantes :

1. Assistance gratuite réciproque des malades indigents.
2. Protection ouvrière internationale des travailleurs.
3. Moyens de prévenir les collisions en mer.
4. Poids et mesures.
5. Jaugeage des navires.
6. Salaires et successions des marins décédés.
7. Protection des œuvres littéraires et artistiques.

II. Réclamations pécuniaires du chef de dommages, lorsque le principe de l'indemnité est reconnu par les parties. » (Art. 16 d.) (*Ibid.*)

Il fut aussi proposé d'élaborer un protocole énumérant « les autres matières [reconnues par la suite comme] pouvant faire l'objet de stipulations d'arbitrage sans réserve [sous condition de réciprocité] » (art. 16 e) (*ibid.*). Le délégué britannique proposa alors un protocole auquel était annexée la liste des matières suivantes :

- « 1. Réclamations pécuniaires du chef de dommages lorsque le principe de l'indemnité est reconnu par les parties.
2. Assistance gratuite réciproque des malades indigents.
  3. Protection ouvrière internationale.

4. Means of preventing collisions at sea.
5. Weights and measures.
6. Measurement of vessels.
7. Wages and estates of deceased seamen.
8. Protection of literary and artistic works.
9. Governance of commercial and industrial companies.
10. Pecuniary claims arising from acts of war, civil war, arrest of foreigners, or seizure of their property.
  
11. Sanitary regulations.
12. Equality of foreigners and nationals as to taxes and imposts.
  
13. Customs tariffs.
14. Regulations concerning epizooty, phylloxera, and other similar pestilences.
15. Monetary systems.
16. Rights of foreigners to acquire and hold property.
17. Civil and commercial procedure.
18. Pecuniary claims involving the interpretation or application of conventions of all kinds between the parties in dispute.
  
19. Repatriation conventions.
20. Postal, telegraph, and telephone conventions.
21. Taxes against vessels, dock charges, lighthouse and pilot dues, salvage charges and taxes imposed in case of damage or shipwreck.
22. Private international law.” (Art. 16e) (*The Proceedings of the Hague Peace Conferences (Translation of Official Texts), The Conference of 1907, Vol. I, p. 539.*)

Thus we see that, despite the aim of compulsory referral to arbitration, the project, on the one hand, embodied a reservation that the disputes concerned

“do not affect the vital interests, the independence or the honor of any of the said States, and do not concern the interests of other States not involved in the dispute”

and, on the other hand, enumerated a limited number of extremely technical and preponderantly non-political subjects of dispute as constituting those which the parties would unreservedly agree to submit to arbitration.

24. The project itself was not put to the vote at the plenary meeting and I do not need to repeat that the result of the 1907 Conference was far from successful, at least from the point of view of obligatory arbitration. It is, however, important to note that even in that project only a narrowed selection of the “differences of a legal nature, and especially those relating to the interpretation of treaties” – a selection restricted to predominantly

4. Moyens de prévenir les collisions en mer.
5. Poids et mesures.
6. Jaugeage des navires.
7. Salaires et succession des marins décédés.
8. Protection des œuvres littéraires et artistiques.
9. Régime des sociétés commerciales et industrielles.
10. Contestations pécuniaires à cause d'actes de guerre, de guerre civile, de l'arrestation des étrangers ou de la saisie de leurs biens.
11. Règlements sanitaires.
12. Assimilation des étrangers aux nationaux quant aux taxes et impôts.
13. Tarifs de douane.
14. Règlements concernant les épizooties, le phylloxéra et autres fléaux similaires.
15. Systèmes monétaires.
16. Droits des étrangers d'acquérir et de posséder des biens.
17. Procédure civile et commerciale.
18. Contestations pécuniaires lorsqu'il s'agit de l'interprétation ou de l'application des conventions de toute espèce entre les parties en litige.
19. Conventions de rapatriement.
20. Conventions postales, télégraphiques et téléphoniques.
21. Taxes exigées des navires, droits de quai, de phare, de pilotage, charges et taxes de sauvetage imposées en cas d'avaries ou de naufrage.
22. Droit international privé. » (Art. 16 e.) (*Deuxième conférence internationale de la paix de La Haye, Actes et documents*, vol. I, p. 542.)

On constate que, bien que le but poursuivi eût été de soumettre les différends en question à l'arbitrage obligatoire, le projet contient, d'une part une réserve selon laquelle il faut que ces différends

« ne mettent en cause ni les intérêts vitaux, ni l'indépendance ou l'honneur de l'un ou l'autre des dits Etats, et qu'ils ne touchent pas aux intérêts d'autres Etats ne participant pas au litige »

et d'autre part une énumération limitative des matières extrêmement techniques et principalement non politiques pouvant faire l'objet des différends que les parties seraient convenues sans réserve de soumettre à l'arbitrage.

24. Le projet lui-même ne fut pas mis aux voix en séance plénière et il est inutile d'insister sur le fait que la conférence de 1907 n'a pas été couronnée de succès, loin de là, du moins en ce qui concerne l'arbitrage obligatoire. Il importe toutefois de relever que, même dans ce projet, il n'était proposé de soumettre à l'arbitrage obligatoire qu'un nombre restreint de « différends d'ordre juridique, et en premier lieu, ceux relatifs à l'interprétation des

technical matters – was suggested as falling within the ambit of compulsory arbitration. Hence it is clear that even the more idealistic drafters were inclined to consider that the “justiciable dispute” should be so restricted as to cover only some highly technical or procedural issues.

(b) *Justiciable disputes in arbitration treaties early in this century*

25. Four years after the 1899 Convention, but before the 1907 Second Peace Conference, the bilateral treaty of 1903 between France and Great Britain attracted the interest of the world as the first European step towards the compulsory referral of international disputes to settlement by arbitration, and this was followed by eight similar treaties concluded prior to 1907, to which in the main either Great Britain or France was a party. The number of similar bilateral treaties of arbitration concluded from 1907 to the 1920s amounts to 29. Unlike the multilateral treaty of 1899, this bilateral model set up a binding norm for the two contracting parties with regard to compulsory referral of some types of dispute to the Permanent Court of Arbitration. The 1903 treaty states that “differences which may arise of a legal nature, or relating to the interpretation of Treaties existing between the two Contracting Parties”, should be referred to the Permanent Court of Arbitration (Art. I). The conditions for compulsory referral were restricted by the proviso in each treaty that :

“[the disputes] do not affect the vital interests, the independence, or the honour of the two Contracting States, and do not concern the interests of third Parties” (Art. I) (*British and Foreign State Papers*, Vol. XCVI, p. 35).

This famous clause of four reservations concerning vital interests, independence, honour and third party interests to be attached to compulsory arbitration, which, as stated above, was also later incorporated in the 1907 project at the Hague Conference, commenced with the 1903 Treaty. It is to be further noted that in each individual case the conclusion of a special agreement was a prerequisite for

“defining clearly the matter in dispute, the scope of the powers of the Arbitrators, and the periods to be fixed for the formation of the Arbitral Tribunal and the several stages of the procedure” (Art. II).

26. In 1911 the United States Government concluded with Great Britain and France respectively the General Arbitration Treaties, which provided that :

“All differences hereafter arising between the high contracting parties . . . relating to international matters in which the high contracting parties are concerned by virtue of a claim of right made by

traités » – selon un choix limité à des matières principalement techniques. Il apparaît donc que même les rédacteurs les plus idéalistes étaient enclins à considérer que la notion de différend justiciable devait être limitée au point de ne viser que quelques questions très techniques ou de procédure.

b) *Les différends justiciables dans les traités d'arbitrage du début de ce siècle*

25. Quatre ans après l'adoption de la convention de 1899 mais avant la deuxième conférence internationale de la paix de 1907, le traité bilatéral de 1903 entre la France et la Grande-Bretagne souleva l'intérêt mondial, étant le premier pas des pays européens vers la soumission obligatoire des différends internationaux au règlement par arbitrage. Il fut suivi par huit traités analogues conclus avant 1907, auxquels la plupart du temps soit la France soit l'Angleterre était partie. Le nombre des traités bilatéraux de ce genre conclus entre 1907 et les années vingt s'élève à vingt-neuf. A la différence du traité multilatéral de 1899, ce modèle de traité bilatéral fixa une règle obligatoire pour les deux parties contractantes touchant la soumission obligatoire de certains types de différends à la Cour permanente d'arbitrage. Dans le traité de 1903, il est stipulé que « les différends d'ordre juridique ou relatifs à l'interprétation des traités existant entre les deux Parties contractantes » seront soumis à la Cour permanente d'arbitrage (article premier). Cette soumission obligatoire est limitée par une condition figurant dans chaque traité, à savoir que

« [les différends] ne mettent en cause, ni les intérêts vitaux ni l'indépendance ou l'honneur des deux Etats contractants, et qu'ils ne touchent pas aux intérêts de tierces puissances » (article premier) (*Nouveau recueil général des traités*, t. XXXII, p. 480).

Cette clause célèbre, qui énonce les quatre réserves à l'arbitrage obligatoire (intérêts vitaux, indépendance et honneur des Etats contractants, intérêts des tierces puissances) et qui a été incorporée par la suite dans le projet présenté à la conférence de La Haye de 1907, comme je l'ai indiqué, a vu le jour avec le traité de 1903. Il faut relever aussi que les parties devaient commencer, dans chaque cas particulier, par signer un compromis spécial

« déterminant nettement l'objet du litige, l'étendue des pouvoirs des arbitres et les délais à observer, en ce qui concerne la constitution du tribunal arbitral et la procédure » (art. II).

26. En 1911, le Gouvernement des Etats-Unis d'Amérique conclut respectivement avec la Grande-Bretagne et la France des traités généraux d'arbitrage qui disposaient que :

« Tous différends s'élevant désormais entre les Hautes Parties contractantes ... se rattachant à des questions internationales intéressant les Hautes Parties contractantes et provenant d'une réclamation de



one against the other under treaty or otherwise, and which are justiciable in their nature by reason of being susceptible of decision by the application of the principles of law or equity, shall be submitted to the Permanent Court of Arbitration . . . or to some other arbitral tribunal as may be decided in each case by special agreement . . .” (Art. 1) (*American Journal of International Law*, Supplement, Vol. V, pp. 253, 249.)

These treaties provided that, in cases where the parties disagreed as to whether a difference was subject to arbitration under the treaty concerned, the question should be submitted to a joint high commission of inquiry, and that, if all, or all but one, of the members of that commission decided the question in the affirmative, the case should be settled by arbitration (Art. 3). These treaties would have been highly progressive from the standpoint of the compulsory settlement of disputes, but they failed to secure the approval of the United States Senate, in particular because of the extremely novel concept of the determination of the jurisdiction of the tribunal by a third body. Yet one more attempt to institute compulsory arbitration had thus failed.

(ii) *Justiciable and non-justiciable disputes under the Covenant of the League of Nations and the Statute of the Permanent Court of International Justice*

(a) *The Covenant of the League of Nations*

27. Plans for the post-war institution were being prepared from 1918 onwards. The peaceful settlement of international disputes was one of the main issues, and it was always considered that, while some disputes might be suitable for settlement by arbitration, others might be more properly dealt with by that worldwide institution or through conciliation by an organ to be set up by that institution. One of the earliest plans, proposed by Lord Phillimore in 1918, identified, in particular, four types of dispute suitable for settlement by arbitration, i.e., disputes concerning “the interpretation of a treaty”, “any question of international law”, “the existence of any fact which if established would constitute a breach of any international obligation” or “the nature and extent of the reparation to be made for any such breach”, and suggested the provision reading that “arbitration is recognized by the Allied States as the most effective and at the same time the most equitable means of settling the dispute” (David Hunter Miller, *The Drafting of the Covenant*, Vol. II, p. 4). General Smuts, British delegate at the Paris Peace Conference, referring to “the two classes of justiciable and other disputes”, also mentioned these four types of dispute (*ibid.*, p. 56). Reference to the four types was maintained throughout several plans for the future institution of the worldwide organization.

droit formée par l'une contre l'autre en vertu d'un traité ou d'une autre cause, et qui sont de nature à comporter un règlement judiciaire du fait qu'ils peuvent être résolus par application des principes du droit ou de l'équité, seront soumis à la Cour permanente d'arbitrage ... ou à tel autre tribunal arbitral qui pourra être institué dans chaque cas par un compromis spécial. » (Article premier.) (*Revue générale de droit international public*, t. XVIII, 1911, p. 655.)

Dans un traité comme dans l'autre il est prévu que, lorsque les parties sont en désaccord sur la question de savoir si un différend est ou non susceptible d'arbitrage aux termes du traité, la question sera soumise à une haute commission mixte d'enquête et que, si tous les membres de la commission ou tous sauf un sont d'accord pour déclarer que le différend entre dans la catégorie de ceux que vise l'article premier, il sera soumis à l'arbitrage (art. III). Ces traités auraient représenté un progrès considérable du point de vue du règlement obligatoire des différends mais ils n'obtinrent pas l'approbation du Sénat des Etats-Unis, notamment en raison de la notion extrêmement nouvelle de la détermination de la compétence du tribunal par un organisme tiers. Ainsi, une tentative de plus d'instituer l'arbitrage obligatoire avait échoué.

ii) *Les différends justiciables et non justiciables selon le Pacte de la Société des Nations et selon le Statut de la Cour permanente de Justice internationale*

a) *Le Pacte de la Société des Nations*

27. A partir de 1918, on commença à élaborer des plans pour créer cette institution d'après-guerre. Le règlement pacifique des différends internationaux était l'une des principales questions, et l'on avait toujours considéré que si certains différends étaient susceptibles d'une solution arbitrale, d'autres pourraient être réglés de façon plus satisfaisante par cette institution mondiale ou par la voie d'une conciliation confiée à un organe que créerait cette institution. L'un des premiers projets, proposé par lord Phillimore en 1918, distinguait en particulier quatre types de différends susceptibles d'une solution arbitrale, à savoir les différends relatifs « à l'interprétation d'un traité », « à tout point de droit international », « à la réalité de tout fait qui, s'il était établi, constituerait la rupture d'un engagement international », ou « à l'étendue ou à la nature de la réparation due pour une telle rupture ». Il contenait aussi la disposition suivante : « l'arbitrage est reconnu par les Etats alliés comme le moyen le plus efficace et en même temps le plus équitable de régler le différend » (David Hunter Miller, *The Drafting of the Covenant*, vol. II, p. 4). Le général Smuts, qui était le délégué britannique à la conférence de la paix de Paris, a également mentionné ces quatre types de différends à propos des « deux classes de litiges, les justiciables et les autres » (*ibid.*, p. 56). Dans tous les autres projets relatifs à la création de la future organisation mondiale, il était fait mention de ces quatre types de différends.

28. The Commission on the League of Nations, set up by the preliminary conference to study the constitution of the League of Nations, commenced its work on 3 February 1919. The draft covenant, including some provisions concerning dispute settlement (Arts. 10-13) was presented. The basic idea was that the high contracting parties should “in no case resort to armed force without previously submitting the questions and matters involved, either to arbitration or to enquiry by the Executive Council” (Art. 10), and a provision was proposed :

“*Article 11.* The High Contracting Parties agree that whenever any dispute or difficulty shall arise between them which they recognise to be suitable for submission to arbitration, and which cannot be satisfactorily settled by diplomacy, they will submit the whole subject matter to arbitration . . .” (Miller, *op. cit.*, p. 234.)

The idea of establishing a Permanent Court of International Justice was also suggested in this draft covenant (Art. 12).

29. At the second reading of the text, on 24 March 1919, Lord Robert Cecil, intending “to draw a distinction between justiciable and non-justiciable disputes” (David Hunter Miller, *The Drafting of the Covenant*, Vol. II, p. 348), suggested an alternative sentence which in fact had previously been proposed by Lord Phillimore more than a year earlier. Lord Robert Cecil’s suggestion read :

“If a dispute should arise between the States members of the League as to the interpretation of a Treaty, as to any question of any international law, as to the existence of any fact which, if established, would constitute a breach of any international obligation, or as to the extent and nature of the reparation to be made for any such breach, if such dispute cannot be satisfactorily settled by diplomacy, the States members of the League recognise arbitration to be the most effective and at the same time the most equitable means of settling the dispute ; and they agree to submit to arbitration any dispute which they recognise to be of this nature.” (*Ibid.*, p. 352.)

On 10 April, examining the draft covenant as amended by the Drafting Committee, Lord Robert Cecil again stated that

“it was difficult to lay down a strict rule. For example, one could not say that the question of the interpretation of a Treaty should be submitted to arbitration in every instance. It might happen that such an interpretation would involve the honour or the essential interests of a country. In such a case the question should rather be submitted to examination by the Council of the League. It would be dangerous for the future of the principle of arbitration to impose it too strictly in a great number of cases.” (*Ibid.*, p. 378.)

28. La commission de la Société des Nations constituée par la conférence des préliminaires de paix pour étudier la constitution de la Société des Nations commença ses travaux le 3 février 1919. Le projet de pacte, qui comprenait quelques dispositions sur le règlement des différends (art. 10-13) fut élaboré. Il reposait sur l'idée que les hautes parties contractantes « ne recourraient en aucun cas à la force armée avant d'avoir soumis les questions et les faits du litige à l'arbitrage ou à une enquête du Comité exécutif » (art. 10) (*La paix de Versailles*, vol. II, p. 117) et contenait la disposition suivante :

« Article 11. Les Hautes Parties contractantes conviennent que lorsqu'il s'élèvera entre elles un différend ou une difficulté susceptible d'être soumis à l'arbitrage et ne pouvant être réglé par la diplomatie, elles soumettront la question pleine et entière à l'arbitrage... » (*Ibid.*, p. 117.)

En outre, l'idée de créer une Cour permanente de Justice internationale a été émise dans ce projet de pacte (art. 12).

29. Lors de la deuxième lecture du texte, le 24 mars 1919, lord Robert Cecil, soucieux d'« établir une distinction entre les différends justiciables et non justiciables » (David Hunter Miller, *The Drafting of the Covenant*, vol. II, p. 348), proposa la variante ci-après, qui avait d'ailleurs déjà été proposée par lord Phillimore plus d'un an auparavant :

« Si un différend s'élève entre les Etats Membres de la Société, relatif à l'interprétation d'un traité, à une question de droit international, à l'existence de tout fait qui constituerait une infraction aux obligations internationales, ou à l'étendue et à la nature de la réparation à faire pour une telle infraction, si un tel différend ne peut pas être réglé de façon satisfaisante par la diplomatie, les Etats Membres de la Société reconnaissent que l'arbitrage est le moyen le plus efficace et, en même temps, le plus équitable, de régler ce différend ; et ils sont d'accord pour soumettre à l'arbitrage tout le différend qu'ils reconnaissent être de cette nature. » (*La paix de Versailles*, vol. II, p. 366.)

Le 10 avril, lors de l'examen du projet de pacte modifié par le comité de rédaction, lord Robert Cecil déclara encore que :

« il était difficile de poser une règle stricte. Par exemple on ne pouvait pas dire que la question de l'interprétation d'un traité devrait être soumise à l'arbitrage dans tous les cas. Il pourrait arriver qu'une telle interprétation mette en cause l'honneur ou les intérêts vitaux d'un pays. Dans un tel cas, la question devrait plutôt être soumise à l'examen du Conseil de la Société. Il serait dangereux pour l'avenir du principe de l'arbitrage de l'imposer de façon trop stricte dans un grand nombre de cas. » (David Hunter Miller, *The Drafting of the Covenant*, vol. II, p. 378.)

The final version of the draft covenant was adopted at the last meeting of the Commission on 11 April 1919.

30. The Covenant of the League of Nations contained, with regard to the arbitration or judicial settlement of international disputes, the following provisions<sup>1</sup> :

*“Article 12*

1. The Members of the League agree that if there should arise between them any dispute likely to lead to a rupture, they will submit the matter either to arbitration \* or to inquiry by the Council . . .

*Article 13*

1. The Members of the League agree that whenever any dispute shall arise between them which they recognise to be suitable for submission to arbitration \* and which cannot be satisfactorily settled by diplomacy, they will submit the whole subject-matter to arbitration \*.

2. Disputes as to the interpretation of a treaty, as to any questions of international law, as to the existence of any fact which if established would constitute a breach of any international obligation, or as to the extent and nature of the reparation to be made for any such breach, are declared to be among those which are generally suitable for submission to arbitration \*.”

On 28 April, at the Peace Conference, President Wilson of the United States explained that :

“The second paragraph of Article XIII is new, inasmuch as it undertakes to give instances of disputes which are generally suitable for submission to arbitration, instances of what have latterly been called ‘justiciable’ questions.” (David Hunter Miller, *The Drafting of the Covenant*, Vol. II, p. 700.)

Thus the League of Nations came to declare that the four types of dispute which Lord Phillimore had originally suggested were generally suitable for submission to arbitration.

(b) *The Statute of the Permanent Court of International Justice*

31. Meeting at The Hague, the Committee of Jurists set up pursuant to the first (unquoted) sentence of Article 14 prepared a draft scheme for the institution of the Permanent Court of International Justice which, borrowing the concept of the four types of dispute, provided for the jurisdiction of the Court as follows :

---

<sup>1</sup> The words “or judicial settlement” were inserted after the asterisks in 1924 following the establishment of the Permanent Court of International Justice anticipated and referred to in Article 14.

La version finale du projet de pacte fut adoptée à la dernière séance de la commission, le 11 avril 1919.

30. Sur le règlement arbitral ou judiciaire des différends, le Pacte de la Société des Nations contenait les dispositions suivantes <sup>1</sup> :

« Article 12

1. Tous les Membres de la Société conviennent que, s'il s'élève entre eux un différend susceptible d'entraîner une rupture, ils le soumettront soit à la procédure de l'arbitrage \*, soit à l'examen du Conseil...

Article 13

1. Les Membres de la Société conviennent que s'il s'élève entre eux un différend susceptible, à leur avis, d'une solution arbitrale \*, et si ce différend ne peut se régler de façon satisfaisante par la voie diplomatique, la question sera soumise intégralement à l'arbitrage \*.

2. Parmi ceux qui sont généralement susceptibles de solution arbitrale \*, on déclare tels les différends relatifs à l'interprétation d'un traité, à tout point de droit international, à la réalité de tout fait qui, s'il était établi, constituerait la rupture d'un engagement international, ou à l'étendue ou à la nature de la réparation due pour une telle rupture. »

Le 28 avril, à la conférence de la Paix, le président Wilson des Etats-Unis d'Amérique donna l'explication suivante :

« Le second paragraphe de l'article XIII est nouveau et a pour objet de donner des exemples de différends qui sont généralement reconnus comme susceptibles d'une solution arbitrale, des exemples de ce qu'on a récemment appelé des questions « justiciables. » (*La paix des peuples*, vol. 2, p. 390.)

C'est ainsi que la Société des Nations en vint à déclarer que les quatre types de différends que lord Phillimore avait proposés à l'origine étaient généralement reconnus comme susceptibles d'une solution arbitrale.

b) *Le Statut de la Cour permanente de Justice internationale*

31. Réuni à La Haye, le comité consultatif de juristes constitué en application de la première phrase (que je n'ai pas citée) de l'article 14 élaborait un avant-projet relatif à la création d'une Cour permanente de Justice internationale. Reprenant la classification en quatre types de différends, ce projet contenait les dispositions ci-après sur la compétence de la Cour :

<sup>1</sup> A la suite de la création en 1924 de la Cour permanente de Justice internationale, qui avait été annoncée et indiquée dans l'article 14, le règlement judiciaire a été mentionné après chacun des astérisques de ce texte.

“Article 34

Between States which are Members of the League of Nations, the Court shall have jurisdiction (and this without any special convention giving it jurisdiction) to hear and determine *cases of a legal nature*, concerning :

- (a) the interpretation of a 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 reparation to be made for the breach of an international obligation ;
- (e) the interpretation of a sentence passed by the Court.

The Court shall also take cognisance of all disputes of any kind which may be submitted to it by a general or particular convention between the parties.

In the event of a dispute as to whether a certain case comes within any of the categories above mentioned, the matter shall be settled by the decision of the Court.” (*P.C.I.J., Advisory Committee of Jurists, Procès-Verbaux of the Proceedings of the Committee*, p. 679.) (Emphasis added.)

32. The view advanced by the Committee of Jurists encountered objections from several delegates at the Council of the League of Nations, which dealt with the draft scheme in the course of its sessions from February to October 1920. They argued that, even if States admitted compulsory jurisdiction in the cases laid down in the suggested article, they might not go so far as to admit that *any question of international law* without exception could be submitted to the Court. The report presented by the French representative, Léon Bourgeois, on 27 October 1920 at the 10th Session of the Council in Brussels, read in part :

“We do not think it necessary to discuss here the advantages which would result from the system of compulsory jurisdiction proposed by the Committee of Jurists with regard to the good administration of international justice and the development of the Court’s authority. But as in reality a modification in Articles 12 and 13 of the Covenant is here involved, the Council will, no doubt, consider that it is not its duty, at the moment when the General Assembly of the League of Nations is about to meet for the first time, to take the initiative with regard to proposed alterations in the Covenant, whose observance and safe keeping have been entrusted to it.

. . . . .

At the present moment it is most important in the interests of the authority of the League of Nations that differences of opinion should not arise at the very outset with regard to the essential rules laid down

## « Article 34

Entre Etats Membres de la Société des Nations la Cour statue sans convention spéciale *sur les différends d'ordre juridique*, qui ont 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 ;
- e) l'interprétation d'une sentence rendue par la Cour.

La Cour connaît également de tous différends, de quelque nature qu'ils soient, qui lui sont soumis par la convention, soit générale, soit spéciale, des parties.

En cas de contestation sur le point de savoir si un différend rentre dans les catégories ci-dessus visées, la Cour décide. » (*C.P.J.I., Comité consultatif de juristes, Procès-verbaux des séances du comité, p. 679.*) (Les italiques sont de moi.)

32. Le point de vue du comité consultatif de juristes se heurta à des objections formulées par plusieurs délégués au Conseil de la Société des Nations, lequel examina l'avant-projet au cours de ses sessions de février à octobre 1920. Ces délégués firent valoir que, même si les Etats admettaient le caractère obligatoire de la juridiction dans les cas énoncés dans l'article proposé, ils n'iraient peut-être pas jusqu'à admettre que *tout point de droit international* sans exception pût être soumis à la Cour. Dans le rapport présenté par le délégué de la France, M. Léon Bourgeois, le 27 octobre 1920 à la dixième session du Conseil tenue à Bruxelles, on lit le passage suivant :

« Nous ne croyons pas nécessaire de discuter ici les avantages qui résulteraient, pour la bonne administration de la justice internationale et pour le développement de l'autorité de la Cour, du système de la compétence obligatoire proposé par le comité des juristes. Mais, puisqu'il s'agit, en réalité, d'une modification à apporter aux articles 12 et 13 du Pacte, le Conseil estimera sans doute qu'il ne lui appartient pas, à l'heure où va se réunir pour la première fois l'Assemblée générale de la Société des Nations, de prendre l'initiative de propositions de modifications du Pacte dont l'application et la garde lui ont été confiées.

.....

Ce qui paraît nécessaire, à l'heure actuelle, pour l'autorité de la Société des Nations, c'est que, dès ses débuts, des divisions ne se produisent pas sur les règles essentielles posées dans le Pacte... »



in the Covenant . . .” (League of Nations, *P.C.I.J., Documents concerning the action taken by the Council of the League of Nations under Article 14 of the Covenant*, p. 47.)

Léon Bourgeois suggested that in the Hague draft scheme the Council replace Articles 33 and 34 by a new text, which was eventually adopted by the Council, as follows :

*“Article 33*

The jurisdiction of the Court is defined by Articles 12, 13 and 14 of the Covenant.

*Article 34*

Without prejudice to the right of the Parties, according to Article 12 of the Covenant, to submit disputes between them either to judicial settlement or arbitration or to enquiry by the Council, the Court shall have jurisdiction (and this without any special agreement giving it jurisdiction) to hear and determine disputes, the settlement of which is by Treaties in force entrusted to it or to the tribunal instituted by the League of Nations.” (*Ibid.*, p. 47.)

33. While the Assembly was meeting from 24 November to 7 December 1920 a subcommittee of its Third Committee made a detailed study of the draft scheme of the Court and suggested :

“Whatever differences of opinion there may be on the interpretation of the Covenant with regard to the acceptance of a compulsory jurisdiction within the scope of its provisions, and upon the political expediency of adopting an unconditionally compulsory jurisdiction in international relations, the Sub-Committee was unable to go beyond the consideration that unanimity on the part of the Members of the League of Nations is necessary for the establishment of the Court, and that it does not seem possible to arrive at unanimity except on the basis of the principles laid down in the Council’s draft.” (*Ibid.*, p. 210.)

The subcommittee devised in fact a modified text intended to formulate as clearly as possible the following ideas :

“1. The jurisdiction of the Court is in principle based upon an agreement between the Parties. This agreement may be in the form of a special Convention submitting a given case to the Court, or of a Treaty or general Convention embracing a group of matters of a certain nature.

2. With regard to the right of unilateral arraignment contemplated in the words (‘and this without any special agreement giving it jurisdiction’) in the Council’s draft, the Sub-Committee, by deleting these words, has not changed the meaning of the draft. In conformity with

(Société des Nations, *C.P.J.I., Documents au sujet de mesures prises par le Conseil de la Société des Nations aux termes de l'article 14 du Pacte*, p. 47.)

Léon Bourgeois proposa que le Conseil remplace les articles 33 et 34 de l'avant-projet élaboré à La Haye par un nouveau texte, qui fut finalement adopté par le Conseil, sous la forme suivante :

« Article 33

La compétence de la Cour est réglée par les articles 12, 13 et 14 du Pacte.

Article 34

Sans préjudice de la faculté conférée par l'article 12 du Pacte aux parties en litige de le soumettre, soit à la procédure judiciaire ou arbitrale, soit à l'examen du Conseil, la Cour connaîtra sans convention spéciale des litiges dont le règlement est confié à elle, ou à la juridiction instituée par la Société des Nations, aux termes des traités en vigueur. » (*Ibid.*, p. 47.)

33. Pendant que l'Assemblée se réunissait, du 24 novembre au 7 décembre 1920, une sous-commission de la Troisième Commission procéda à une étude approfondie de l'avant-projet de création de la Cour et proposa ce qui suit :

« Quelque divergence d'opinions qu'il puisse y avoir sur l'interprétation du Pacte en ce qui concerne l'acceptation d'une juridiction obligatoire en dedans du cadre de ses dispositions, ainsi que sur l'opportunité politique d'accepter une juridiction inconditionnellement obligatoire dans les rapports internationaux, la Sous-Commission s'est arrêtée devant la considération que l'unanimité des Membres de la Société des Nations est nécessaire pour l'établissement de la Cour, et que cette unanimité ne semble pouvoir être obtenue que sur la base des principes établis par le projet du Conseil. » (*Ibid.*, p. 210-211.)

La sous-commission rédigea alors un nouveau texte visant à énoncer aussi clairement que possible les idées suivantes :

« 1. La compétence de la Cour est en principe fondée sur un accord entre les parties. Cet accord peut résulter d'une convention spéciale soumettant un cas déterminé à la Cour, ou bien d'un traité ou d'une convention générale envisageant un ensemble d'affaires d'une certaine nature.

2. En ce qui concerne le droit d'assignation unilatérale visé par les mots « sans convention spéciale » du projet du Conseil, la Sous-Commission n'a pas, en supprimant ces mots, changé le sens dudit projet. Conformément à la proposition du Conseil, le texte préparé

the Council's proposal, the text prepared by the Sub-Committee admits this right only when it is based on an agreement between the Parties. In the Sub-Committee's opinion, the question must be settled in the following manner : If a Convention establishes, without any reservation, obligatory jurisdiction for certain cases or for certain questions (as is done in certain general arbitration treaties and in certain clauses of the Treaties of Peace dealing with the rights of minorities, labour, etc.) each of the Parties has, by virtue of such a treaty, the right to have recourse without special agreement (*compromis*) to the tribunal agreed upon. On the other hand, if the general Convention is subject to certain reservations ('vital interests', 'independence', 'honour', etc.), the question whether any of these are involved in the terms of the Treaty, being for the Parties themselves to decide, the Parties cannot have recourse to the International Tribunal without a preliminary agreement (*compromis*) . . ." (League of Nations, *P.C.I.J., Documents concerning the action taken by the Council of the League of Nations under Article 14 of the Covenant*, p. 211.)

The draft scheme prepared by the Council was amended by the subcommittee as follows :

*"Article 36 (Brussels, Art. 33)*

The jurisdiction of the Court comprises all cases which the Parties refer to it and all matters specially provided for in treaties and conventions in force.

*Article 37 (Brussels, Art. 34)*

When a treaty or convention in force provides for the reference of a matter to a tribunal to be instituted by the League of Nations, the Court will be such tribunal." (*Ibid.*, p. 218.)

34. In the course of the deliberations of the Third Committee of the First Assembly, however, Mr. Fernandes, the Brazilian delegate, introduced the text adopted by the Committee of Jurists but abandoned by the Council (quoted in para. 31 above), which was accompanied by a temporary provision reading :

*"Article*

In ratifying the Assembly's decision adopting this Statute, the Members of the League of Nations are free to adhere to either of the two texts of Article 33. They may adhere unconditionally or conditionally to the Article providing for compulsory jurisdiction, a possible condition being reciprocity on the part of a certain number of Members, or of certain Members, or, again, of a number of Members including such and such specified Members." (*Ibid.*, p. 168.)

This proposal was adopted with some amendments. The Third Committee

par la Sous-Commission n'admet ce droit que quand il se base sur une convention des parties. La question doit, d'après l'avis de la Sous-Commission, être résolue de la manière suivante : si une convention établit sans aucune réserve la juridiction obligatoire pour certains cas ou pour certaines matières (comme le font certains traités généraux d'arbitrage ainsi que certaines clauses des traités de paix visant les droits des minorités, le travail, etc.) chacune des parties a, en vertu d'un tel traité, le droit sans une convention spéciale (un compromis) de recourir à la juridiction convenue. Par contre si la convention générale est soumise à certaines réserves (« intérêts vitaux », « indépendance », « honneur », etc.) dont l'appréciation, d'après les traités, appartient aux parties elles-mêmes, les parties ne peuvent pas recourir à la juridiction internationale sans un accord préalable (compromis)... » (Société des Nations, *C.P.J.I., Documents au sujet de mesures prises par le Conseil de la Société des Nations aux termes de l'article 14 du Pacte*, p. 211.)

Le projet provisoire rédigé par le Conseil fut modifié comme suit par la Sous-Commission :

« Article 36 (Bruxelles, art. 33)

La compétence de la Cour s'étend à toutes affaires que les parties lui soumettront, ainsi qu'à tous les cas spécialement prévus dans les traités et conventions en vigueur.

Article 37 (Bruxelles, art. 34)

Lorsqu'un traité ou convention en vigueur vise le renvoi à une juridiction à établir par la Société des Nations, la Cour constituera cette juridiction. » (*Ibid.*, p. 218.)

34. Cependant, au cours des délibérations de la Troisième Commission de la première Assemblée, le délégué du Brésil, M. Fernandes, présenta le texte qui avait été adopté par le comité consultatif de juristes mais abandonné par le Conseil (cité ci-dessus au paragraphe 31), et auquel était annexée une disposition transitoire ainsi rédigée :

« Article

En ratifiant la décision de l'Assemblée concernant l'adoption de ce statut, les Membres de la Société des Nations sont libres d'adhérer à l'un ou l'autre des deux textes de l'article 33. Ils peuvent adhérer purement ou sous condition à celui qui comporte une juridiction obligatoire, la condition pouvant consister dans la réciprocité de la part d'un certain nombre de Membres ou de certains Membres, ou, encore, d'un nombre de Membres où soient compris tels et tels d'entre eux. » (*Ibid.*, p. 168.)

Cette proposition fut adoptée avec quelques modifications. La Troisième

reported in connection with Article 36 that a new provision had been added which :

“gives power to choose compulsory jurisdiction either in all the questions enumerated in the Article or only in certain of these questions. Further, it makes it possible to specify the States (or Members of the League of Nations) in relation to which each Government is willing to agree to a more extended jurisdiction.” (*Ibid.*, p. 222.)

35. The text as amended by the Third Committee at its last session, on 10 December 1920, was finally adopted, with further slight changes, as Article 36 of the Statute of the Permanent Court of International Justice. Thus the Statute read, in part :

“Article 36

... The Members of the League of Nations ... may ... declare that they recognize as compulsory *ipso facto* and without special agreement ... the jurisdiction of the Court in *all or any of the classes of legal disputes concerning* :

- (a) the interpretation of a 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.” (Emphasis added.)

While the Covenant of the League of Nations declared, in general terms, that “disputes” as enumerated “are generally suitable for submission to arbitration”, the Statute of the Permanent Court of International Justice provided for optional acceptance of the Court’s jurisdiction for “legal disputes concerning” the four categories specified in the Covenant.

(iii) *The concept of justiciable disputes subsequent to the inception of the Permanent Court of International Justice*

36. In the post-war period, particularly during a decade beginning with the mid-1920s, a great number of bilateral treaties were concluded to unify the procedure of conciliation with the submission of various kinds of international dispute to arbitration or to the newly established Permanent Court of International Justice. In October 1925, at Locarno, Switzerland, where a treaty of mutual guarantee aimed at maintaining the territorial status quo resulting from the adjustment of the western frontiers of Germany was initialled, Germany negotiated arbitration treaties with Belgium, Czechoslovakia, France and Poland, respectively, in which it was stated that :

“All disputes of every kind between Germany and [the parties] with regard to which the Parties are in conflict as to their respective rights

Commission, dans son rapport, indiqua à propos de l'article 36 qu'une nouvelle disposition avait été ajoutée dont le sens était le suivant :

« elle donne la faculté de choisir la juridiction obligatoire ou bien pour toutes les questions énumérées à l'article, ou bien seulement pour certaines de ces questions. Elle établit en outre la possibilité de désigner les Etats (ou Membres de la Société des Nations) vis-à-vis desquels chaque gouvernement est disposé à assumer une juridiction plus étendue. » (*Ibid.*, p. 222.)

35. Le texte, modifié par la Troisième Commission à sa dernière session tenue le 10 décembre 1920, fut finalement adopté avec encore d'autres légères modifications et devint l'article 36 du Statut de la Cour permanente de Justice internationale. Dès lors, le Statut dispose notamment :

« Article 36

... Les Membres de la Société ... pourront ... déclarer reconnaître dès à présent comme obligatoire, de plein droit et sans convention spéciale ... 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. » (Les italiques sont de moi.)

Dans le Pacte de la Société des Nations, c'est en termes généraux qu'il est dit que les « différends » énumérés sont de ceux qui « sont généralement susceptibles de solution arbitrale » ; en revanche, dans le Statut de la Cour permanente de Justice internationale il est prévu une acceptation facultative de la juridiction de la Cour pour les « différends d'ordre juridique ayant pour objet » les quatre catégories spécifiées dans le Pacte.

iii) *La notion de différends justiciables après la création de la Cour permanente de Justice internationale*

36. Après la première guerre mondiale, et plus particulièrement à partir de 1925, un grand nombre de traités bilatéraux furent conclus pour unifier la procédure de conciliation en soumettant divers types de différends internationaux à l'arbitrage ou à la juridiction de la Cour permanente de Justice internationale nouvellement créée. En octobre 1925, à Locarno (Suisse), où fut paraphé un traité de garantie mutuelle visant au maintien du *statu quo* territorial résultant de la correction des frontières occidentales de l'Allemagne, cet Etat conclut, respectivement avec la Belgique, la France, la Pologne et la Tchécoslovaquie, des conventions d'arbitrage qui comportaient la disposition suivante :

« Toutes contestations, entre l'Allemagne et [l'autre partie] de quelque nature qu'elles soient, au sujet desquelles les parties se conteste-

... shall be submitted for decision either to an arbitral tribunal or to the Permanent Court of International Justice ...” (Art. I.) (*League of Nations Treaty Series*, Vol. 54, p. 304.)

The disputes were to “include in particular those mentioned in Article 13 of the Covenant of the League of Nations” (Art. 1) and be submitted – but only by means of a special agreement – either to the Permanent Court of International Justice or to an arbitral tribunal (Art. 16).

37. Originating with the Committee on Arbitration and Security which the Preparatory Committee of the Disarmament Conference established in November 1927, the General Act for Pacific Settlement of International Disputes was approved by the Ninth Assembly of the League of Nations in 1928 as a compendium of the results produced by a number of bilateral arbitration or conciliation treaties. As to judicial recourse, it was agreed that “All disputes with regard to which the parties are in conflict as to their respective rights” should be submitted for decision to the Permanent Court of International Justice. It was understood, however, that these disputes would “include in particular those mentioned in Article 36 of the Statute of the Permanent Court of International Justice” (Art. 17) (*League of Nations Treaty Series*, Vol. 93, p. 351).

38. The arbitration treaties concluded by the United States in the years 1928-1930 with as many as 25 countries provided for the submission to the Permanent Court of Arbitration or to some other competent tribunal of :

“all differences relating to international matters in which the high contracting parties are concerned by virtue of a claim of right made by one against the other under treaty or otherwise . . . which are justiciable in their nature by reason of being susceptible of decision by the application of the principles of law or equity” (Art. I) (*The American Journal of International Law*, Supplement, Vol. 23, p. 197).

A special agreement for the submission was first to be made by the parties in each case. In 1929 the United States concluded at Washington with 19 Latin American States the General Treaty of Inter-American Arbitration, which belonged to the same type in providing for the obligation of the contracting parties to submit to arbitration :

“all differences of an international character which have arisen or may arise between them by virtue of a claim of right made by one against the other under treaty or otherwise . . . which are juridical in their nature by reason of being susceptible of decision by the application of the principles of law” (Art. I) (*League of Nations Treaty Series*, Vol. 130, p. 140).

raient réciproquement un droit ... seront soumises pour jugement soit à un tribunal arbitral, soit à la Cour permanente de Justice internationale... » (Article premier.) (Société des Nations, *Recueil des traités*, vol. 54, p. 304.)

Il était entendu que ces contestations comprenaient « notamment celles que mentionne l'article 13 du Pacte de la Société des Nations » (article premier) et qu'elles devaient être soumises – mais uniquement par voie de compromis – soit à la Cour permanente de Justice internationale, soit à un tribunal arbitral (art. 16).

37. Issu des travaux du comité d'arbitrage et de sécurité, qui fut constitué par la commission préparatoire de la conférence du désarmement en novembre 1927, l'Acte général pour le règlement pacifique des différends internationaux fut approuvé à la neuvième Assemblée de la Société des Nations en 1928 ; il contenait une synthèse des résultats d'un certain nombre de traités bilatéraux d'arbitrage ou de conciliation. Quant au recours au règlement judiciaire, on décida que « tous différends au sujet desquels les parties se contesteraient réciproquement un droit » seraient soumis pour jugement à la Cour permanente de Justice internationale. Toutefois, il était entendu que ces différends comprenaient « notamment ceux que mentionne l'article 36 du Statut de la Cour permanente de Justice internationale » (art. 17) (Société des Nations, *Recueil des traités*, vol. 93, p. 350).

38. Dans les traités d'arbitrage conclus par les Etats-Unis de 1928 à 1930 avec quelque vingt-cinq pays il est prévu de soumettre à la Cour permanente d'arbitrage ou à un autre tribunal compétent :

« tous les différends qui pourraient surgir entre les Hautes Parties contractantes dans des affaires d'ordre international portant sur un droit qu'une Partie contractante fait valoir à l'égard de l'autre en vertu d'un traité ou autrement ... s'ils comportent, de par leur nature, une solution juridique, c'est-à-dire sont susceptibles d'être réglés par l'application des principes du droit et de l'équité... » (Article premier.) (Société des Nations, *Recueil des traités*, vol. 88, p. 100.)

Un accord spécial pour soumettre le différend à la Cour permanente d'arbitrage ou à un autre tribunal devait d'abord intervenir entre les parties dans chaque cas. En 1929, les Etats-Unis conclurent à Washington avec dix-neuf Etats d'Amérique latine le traité général d'arbitrage interaméricain, qui appartenait à la même catégorie d'instruments et disposait que les parties contractantes s'engageaient à soumettre à l'arbitrage :

« tous les différends de caractère international qui ont surgi ou qui pourraient surgir entre elles par le fait de la réclamation d'un droit faite par l'une contre l'autre, en vertu d'un traité ou autrement ... et qui est de nature juridique, vu qu'elle est susceptible d'une décision basée sur l'application des principes du droit » (article premier) (Société des Nations, *Recueil des traités*, vol. 130, p. 141-142).



The Treaty also provided that the “questions of juridical character” (Art. 1) would include four types of dispute specified in Article 13, paragraph 2, of the Covenant of the League of Nations. The formulation of a special agreement, to be concluded in each case, was to define the particular subject-matter of the controversy (Art. 4).

(iv) *Legal disputes found suitable for settlement by the International Court of Justice*

39. The United Nations set up the International Court of Justice as “the principal judicial organ of the United Nations” to “function in accordance with the annexed Statute” (Charter, Art. 92), but the principal responsibility for the maintenance of international peace and security is entrusted to the Security Council, which should as a final resort handle a dispute the continuation of which is likely to endanger the maintenance of international peace and security, while taking cognizance of the consideration that “legal disputes” should as a general rule be referred by the parties to the International Court of Justice (Charter, Art. 36, para. 3).

40. The 1945 Statute of the present Court, the relevant provision of which is quoted above (para. 20), follows the pattern of the previous Court except that declarations may be made accepting the jurisdiction of the Court “in all legal disputes concerning . . .” (Art. 36, para. 2), not “in all or any of the classes of legal disputes concerning . . .”, and that the Optional Clause attached to the protocol of signature of the previous Statute was incorporated in the new Statute (Art. 36, paras. 3 and 4). All that the dropping of the reference to “classes” of legal dispute indicates is a realization of the redundancy of this vague expression, while the relocation of the Optional Clause is but a corollary of the permanent integration of the Court and its Statute into the system of the Charter. Consequently, any suggestion that the present Court possesses a wider jurisdiction than its predecessor *ratione materiae* must depend on an assumed evolution in the meaning of the term “legal disputes”.

2. *The difficulty of viewing the present case as concerning a “legal dispute” within the meaning of the Statute*

(i) *In general*

41. The above survey of the developments behind the provision of Article 36, paragraph 2, of the Statute of the International Court of Justice leads me to the following observations.

42. First, the term “legal disputes” was defined in some instruments as referring to those disputes which arise

“by virtue of a claim of right made by one against the other under treaty or otherwise [and] which are juridical in their nature by reason

Le traité prévoyait également que seraient considérés comme compris parmi les « questions d'un caractère juridique » (article premier) les quatre types de différends précisés à l'article 13, paragraphe 2, du Pacte de la Société des Nations. Dans chaque cas, les parties en litige devaient rédiger d'un commun accord un compromis spécial qui définirait l'objet particulier de la controverse (art. 4).

iv) *Les différends d'ordre juridique considérés comme susceptibles d'un règlement par la Cour internationale de Justice*

39. Les Nations Unies ont institué la Cour internationale de Justice en tant qu'« organe judiciaire principal des Nations Unies » qui « fonctionne conformément à un Statut » (Charte, art. 92) mais la responsabilité principale du maintien de la paix et de la sécurité internationales est confiée au Conseil de sécurité lequel doit examiner en dernier recours tout différend dont la prolongation est susceptible de menacer le maintien de la paix et de la sécurité internationales, en tenant aussi compte du fait que, d'une manière générale, les « différends d'ordre juridique » devraient être soumis par les parties à la Cour internationale de Justice (Charte, art. 36, par. 3).

40. Le Statut de la Cour actuelle, qui date de 1945 et dont la disposition pertinente a déjà été citée (par. 20), suit le modèle de celui de la Cour précédente, si ce n'est que les Etats parties peuvent déclarer reconnaître la juridiction de la Cour « sur tous les différends d'ordre juridique ayant pour objet... » (art. 36, par. 2) et non plus « sur toutes ou quelques-unes des catégories de différends d'ordre juridique ayant pour objet... », et que la clause facultative annexée au protocole de signature du Statut antérieur a été incorporée dans le nouveau Statut (art. 36, par. 3-4). Si on a laissé tomber la mention des « catégories » de différends d'ordre juridique, c'est seulement parce qu'on s'est rendu compte que cette expression vague était redondante, et si la clause facultative a été déplacée, ce n'est que par suite de l'intégration définitive de la Cour et de son Statut dans le système de la Charte. Par conséquent, on ne peut pas dire que la Cour actuelle a une compétence plus étendue que sa devancière *ratione materiae* sans présumer que le sens de l'expression « différends d'ordre juridique » a évolué.

2. *Il est difficile de considérer que la présente affaire a pour objet un « différend d'ordre juridique » au sens du Statut*

i) *Observations générales*

41. Après avoir fait la genèse du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut de la Cour internationale de Justice, je formulerai les observations ci-après.

42. En premier lieu, il a été précisé, dans certains instruments, que les termes « différends d'ordre juridique » visent les différends qui ont surgi ou qui pourraient surgir entre deux parties

« par le fait de la réclamation d'un droit faite par l'une contre l'autre, en vertu d'un traité ou autrement, réclamation ... qui est de nature

of being susceptible of decision by the application of the principles of law” (e.g., the 1911 General Arbitration Treaties),

or in other cases as those “with regard to which the Parties are in conflict as to their respective rights” (e.g., the 1925 Locarno Treaties ; the 1928 General Act). These definitions should not be overlooked or made light of in interpreting the term “legal disputes” as used in the Statute.

43. Secondly, the well-known reservations in the 1903 Anglo-French Treaty concerning vital interests, independence, honour and third-party interests in connection with referral to arbitration disappeared with the League of Nations. However, this was only because disputes involving such considerations were thenceforth to be submitted for examination by the Council, the League’s pre-eminently political organ. In the United Nations system, it is likewise the Security Council which is entrusted with the ultimate function for the peaceful settlement of any dispute the continuance of which is likely to endanger the maintenance of international peace and security.

44. Thirdly, it should be recalled that, while the draft prepared by the Hague Committee of Jurists was being discussed at the Brussels Council, the suggestion of the compulsory referral of disputes over *any* point of international law met with opposition, as reflected in Léon Bourgeois’s report, part of which read :

“If this view advanced by the Jurisconsults at The Hague is adopted without modification, a considerable advance has certainly been made, in view of the terms of Article 34. What must be understood, then, by the expression ‘any point of international law’ ? Even if the States admitted the compulsory jurisdiction in the cases definitely laid down in the Article, will they consent to go so far as to admit that any question of international law may be submitted to the Court ? Objections of this nature have been raised by several Governments, which have forwarded us their remarks on the draft scheme.” (League of Nations, *P.C.I.J., Documents concerning the action taken by the Council of the League of Nations under Article 14 of the Covenant*, pp. 46-47.)

45. Fourthly, it is important to note that at the First Assembly of the League of Nations the proposal for the compulsory referral of “legal disputes” to arbitration was declared acceptable subject to its voluntary acceptance by each State, as witness the eventual Article 36 of the Statute. It follows that, despite the provision of the Statute that *determination* of the Court’s jurisdiction should in case of doubt be in the hands of the Court (Art. 36 (6)), it is to be assumed that when voluntarily accepting compul-

juridique, vu qu'elle est susceptible d'une décision basée sur l'application des principes du droit... » (par exemple, les traités généraux d'arbitrage de 1911 ; Société des Nations, *Recueil des traités*, vol. CXXX, p. 140),

et, dans d'autres, qu'ils visent les contestations « au sujet desquelles les parties se contesteraient réciproquement un droit » (par exemple, les traités de Locarno de 1925 et l'Acte général de 1928). Ces définitions ne doivent pas être oubliées ni prises à la légère lorsqu'on interprète les termes « différends d'ordre juridique » tels qu'ils sont employés dans le Statut.

43. En deuxième lieu, les fameuses réserves au règlement arbitral qui figuraient dans le traité de 1903 entre la France et la Grande-Bretagne et qui portaient sur les intérêts vitaux, l'indépendance ou l'honneur des deux États contractants ainsi que sur les intérêts de tierces puissances disparurent avec la création de la Société des Nations. Mais s'il en alla ainsi, c'est bien parce que les différends mettant en cause des considérations de ce genre devaient désormais être soumis à l'examen du Conseil, organe politique principal de la Société. De même, dans le système des Nations Unies, c'est au Conseil de sécurité qu'est confiée en dernier ressort la mission d'assurer le règlement pacifique de tout différend dont la prolongation est susceptible de menacer le maintien de la paix et de la sécurité internationales.

44. En troisième lieu, il faut rappeler que, pendant que le projet élaboré par le comité consultatif de juristes de La Haye était en cours d'examen au Conseil, à Bruxelles, la suggestion visant à soumettre obligatoirement à la Cour les différends portant sur *tout* point de droit international rencontra une certaine opposition, comme cela ressort du rapport de Léon Bourgeois, et notamment du passage suivant :

« Si l'on adopte cette thèse des jurisconsultes de La Haye d'une façon absolue, on va certainement très loin, vu les termes de l'article 34. Que faut-il en effet entendre par les termes « tout point de droit international » ? Même si les États admettaient la juridiction obligatoire dans les cas expressément définis dans l'article, consentiraient-ils à aller jusqu'à admettre que toute question de droit international puisse être soumise à la Cour ? Des objections à cet égard ont été soulevées par plusieurs des gouvernements qui nous ont fait parvenir leurs observations au sujet de l'avant-projet. » (Société des Nations, *C.P.J.I., Documents au sujet de mesures prises par le Conseil de la Société des Nations aux termes de l'article 14 du Pacte*, p. 46-47.)

45. En quatrième lieu, il importe de noter qu'à la première Assemblée de la Société des Nations la proposition concernant la soumission obligatoire à l'arbitrage des « différends d'ordre juridique » fut déclarée admissible à condition qu'elle soit acceptée volontairement par chaque État, comme devait en témoigner le futur article 36 du Statut. En conséquence, et malgré la disposition du Statut suivant laquelle en cas de doute sur sa compétence, la Cour *décide* (Statut, art 36, par. 6), il faut présumer que l'État qui a

sory jurisdiction a State (the United States in this case) will not only have had in mind its own concept of what should constitute a justiciable "legal dispute" under Article 36, paragraph 2, of the Statute but may legitimately entertain expectations that that concept will if necessary be elicited and respected by the Court.

(ii) *Precedents in the previous and present Courts*

46. Previous opportunities for testing this assumption have been almost non-existent, as may be demonstrated by a survey of the past practice regarding the submission of a case under the Optional Clause of the Statutes of the previous and present Courts. Of more than 20 contentious cases during the period of the Permanent Court of International Justice, the cases which were brought to the previous Court relying on Article 36, paragraph 2, numbered only seven, among which three cases – *Denunciation of the Treaty of 2 November 1865 between China and Belgium*, *Losinger and Legal Status of the South-Eastern Territory of Greenland* – were eventually withdrawn, and the *Electricity Company of Sofia and Bulgaria* case was not concluded because of the Second World War. *Legal Status of Eastern Greenland*, *Phosphates in Morocco* and *Panevezys-Saldutiskis Railway* were the only such cases to have remained before the previous Court, and in the first of these Denmark, the respondent Party, raised no objection to the Court's jurisdiction. The objections raised in the other two were merely procedural in character ; the previous Court, recognizing the objection of the Respondents, declared the applications in both cases inadmissible. There was no single case before the previous Court in which judgment on the merits was given against a challenge by a Respondent to the Court's jurisdiction under the Optional Clause of the Statute.

47. Of the ten cases brought before the present Court under Article 36, paragraph 2, prior to the present case, there were three in which objections regarding jurisdiction and admissibility were not raised by the Respondent : *Fisheries, Rights of Nationals of the United States of America in Morocco* and *Application of the Convention of 1902 Governing the Guardianship of Infants*. In the remaining seven cases : *Anglo-Iranian Oil Co.*, *Nottebohm*, *Certain Norwegian Loans*, *Right of Passage over Indian Territory*, *Interhandel*, *Aerial Incident of 27 July 1955* and *Temple of Preah Vihear*, the jurisdiction of the Court was disputed only for reasons of a procedural nature. The Court, after having rejected the preliminary objections raised by the Respondents, has proceeded on the merits only in the following three cases : *Nottebohm*, *Right of Passage over Indian Territory* and *Temple of Preah Vihear*. In these cases, the objections raised by the Respondents were of a procedural nature not related to the substantive justiciability of the dispute. Prior to the present case, therefore, there has never been an Article 36, paragraph 2, case before either the previous or the present Court where justiciability was doubtful because of the *substantive* nature of the dispute.

accepté volontairement la juridiction obligatoire de la Cour (en l'espèce les Etats-Unis) non seulement l'a fait compte tenu de sa propre idée de ce que doit être un « différend d'ordre juridique » justiciable conformément à l'article 36, paragraphe 2, du Statut, mais qu'il peut légitimement s'attendre à ce que l'idée qu'il s'en fait soit précisée au besoin et respectée par la Cour.

ii) *Les précédents dans la jurisprudence de la Cour actuelle et de sa devancière*

46. Il n'est guère arrivé que la valeur de cette présomption ait l'occasion d'être vérifiée, comme il ressort de la pratique suivie lorsque des affaires ont été portées devant la Cour actuelle et sa devancière conformément à la clause facultative de leur Statut. Au total, plus de vingt affaires contentieuses ont été soumises à la Cour permanente de Justice internationale mais celles qui l'ont été sur la base de l'article 36, paragraphe 2, se montent à sept seulement ; trois d'entre elles – *Dénonciation du traité sino-belge du 2 novembre 1865*, *Losinger et Statut juridique du territoire du sud-est du Groënland* – ont été finalement rayées du rôle de la Cour tandis qu'une autre, l'affaire de la *Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie*, n'a pas trouvé d'issue en raison de la seconde guerre mondiale. Les affaires du *Statut juridique du Groënland oriental*, des *Phosphates du Maroc* et du *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis* sont les trois seules dont la Cour est restée saisie. Dans la première, aucune exception d'incompétence n'a été soulevée par le défendeur, le Danemark. Dans les deux autres, les exceptions soulevées ressortaient simplement à la procédure ; la Cour permanente y a fait droit et a déclaré la requête irrecevable dans l'un et l'autre cas. Il n'est pas arrivé une seule fois que la Cour précédente statue au fond après que le défendeur eut contesté sa compétence en vertu de la clause facultative du Statut.

47. Dans trois des dix affaires soumises à la Cour actuelle en vertu de l'article 36, paragraphe 2, avant la présente instance, l'Etat défendeur n'a pas soulevé d'exceptions d'incompétence ou d'irrecevabilité (*Pêcheries*, *Droits des ressortissants des Etats-Unis d'Amérique au Maroc* et *Application de la convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs*). Dans les sept autres affaires (*Anglo-Iranian Oil Co.*, *Nottebohm*, *Certains emprunts norvégiens*, *Droit de passage sur territoire indien*, *Interhandel*, *Incident aérien du 27 juillet 1955* et *Temple de Préah Vihéar*) la compétence de la Cour n'a été contestée que pour des raisons de *procédure*. La Cour, après avoir rejeté les exceptions préliminaires soulevées par les défendeurs, n'a statué au fond que dans les trois affaires suivantes : *Nottebohm*, *Droit de passage sur territoire indien* et *Temple de Préah Vihéar*. Dans ces affaires, les exceptions soulevées par les défendeurs relevaient de la procédure et ne concernaient pas la justiciabilité du différend en raison de son contenu. Avant la présente affaire, ni la Cour actuelle ni sa devancière n'ont donc jamais été saisies d'une affaire fondée sur l'article 36, paragraphe 2, et dont la justiciabilité aurait été mise en doute en raison du caractère même du différend.

(iii) *Conclusion*

48. In consequence, the fact that the Court or its predecessor entertained a handful of previous cases submitted on the basis of Article 36, paragraph 2, of the Statute affords absolutely no ground for concluding that voluntary acceptance of the obligation for submission of legal disputes to the Court's jurisdiction under that Article equates with the submission of all disputes however politically charged they may be. The United States, though having voluntarily accepted the Optional Clause, appears to be of the view that the present dispute does not fall within the meaning of what is a "legal dispute" under Article 36, paragraph 2. Even if it did not explicitly contend this during the proceedings on jurisdiction, which were largely devoted to the jurisdictional position of the Applicant, its reliance on the "ongoing armed conflict" argument furnished a clear indication that the Respondent viewed the dispute as "not susceptible of decision by the application of the principles of law" – or, in other words, that the sense of "legal dispute" had not evolved so far as to embrace the subject-matter of the application. Whether this view is right or wrong is beside the point in considering a *voluntary* acceptance of jurisdiction.

49. In sum, the Court should note that the meaning of "legal disputes" is not to be taken separately from the fact that the Court's jurisdiction over "legal disputes" can only be accepted voluntarily. The Court is at present not in a position, as it was in the *Aegean Sea Continental Shelf* case, to apply an extended concept of the law, one not contemplated at the time of the filing of the declaration, because by doing so it would risk imposing its jurisdiction in contravention of the voluntary character of that instrument, whereas in the case referred to it did so in order to be quite sure of respecting that character in the case of the Respondent's declaration.

*C. Considerations of Judicial Propriety that Should Have Dissuaded the Court from Pronouncing on the Nicaraguan Application on the Basis of Article 36, Paragraph 2, of the Statute*

*1. The Court should not have adjudged the Application because of the considerations of administration of justice – a preliminary issue*

50. Even if the foregoing argument (Section B above) is not considered well founded, and if the present dispute is regarded as a "legal dispute" under Article 36, paragraph 2, of the Statute from the procedural point of view, I still believe that "judicial propriety" provides another prudential ground for concluding that the Nicaraguan Application as based on that

iii) *Conclusion*

48. En conséquence, le fait que la Cour et sa devancière ont connu par le passé de quelques affaires portées devant elles sur la base de l'article 36, paragraphe 2, du Statut ne permet absolument pas de conclure que l'acceptation volontaire de l'obligation de soumettre des différends d'ordre juridique à la juridiction de la Cour en vertu de cet article équivaut à accepter de soumettre tous les différends, si marqués puissent-ils être par la politique. Bien qu'ils aient accepté volontairement la clause facultative, les Etats-Unis semblent d'avis que le présent différend ne rentre pas dans la catégorie des « différends d'ordre juridique » au sens de l'article 36, paragraphe 2. Même si les Etats-Unis n'ont pas expressément soutenu cette thèse durant la phase de l'instance relative à la compétence, laquelle a été en grande partie consacrée à la situation du demandeur à l'égard de la juridiction de la Cour, le fait qu'ils se fondaient sur l'argument du « conflit armé en cours » indiquait clairement qu'en tant que défendeur ils considéraient que le différend n'était pas « susceptible d'une décision basée sur l'application des principes du droit » – ou, en d'autres termes, que le sens de l'expression « différends d'ordre juridique » n'avait pas évolué au point de couvrir l'objet de la requête. Il n'y a pas à rechercher si ce point de vue est juste ou non lorsqu'on a affaire à une acceptation *volontaire* de la juridiction.

49. En résumé, la Cour devait relever que l'expression « différends d'ordre juridique » ne livre son sens que si on la rapproche du fait que la juridiction de la Cour sur les « différends d'ordre juridique » ne peut être acceptée que volontairement. Dans la présente affaire la Cour ne pouvait pas, comme elle l'avait fait dans l'affaire du *Plateau continental de la mer Egée*, appliquer une notion juridique élargie qui n'avait pas été envisagée au moment du dépôt de la déclaration car elle aurait risqué d'imposer sa juridiction, ce qui aurait été contraire au caractère volontaire d'une telle déclaration. En revanche, dans l'autre affaire, elle a agi de la sorte pour être bien sûre de respecter le caractère volontaire de la déclaration du défendeur.

*C. Considérations relatives à l'administration de la justice qui auraient dû dissuader la Cour de se prononcer sur la requête du Nicaragua sur la base de l'article 36, paragraphe 2, du Statut*

*1. La Cour n'aurait pas dû recevoir la requête pour des considérations de bonne administration de la justice. — Problème préliminaire*

50. Même si l'on estime que l'argumentation qui précède (ci-dessus sect. B) n'est pas bien fondée, et si l'on considère que le présent différend constitue un « différend d'ordre juridique » au sens de l'article 36, paragraphe 2, du Statut du point de vue de la procédure, je persiste à croire qu'une raison supplémentaire de prudence, la bonne administration de la



provision should be declared by the Court as non-justiciable and hence as inadmissible.

51. I do not deny that once a judicial institution is duly seised of a dispute which is not primarily legal, that dispute may be held justiciable, as a matter of principle. In many systems of domestic law, *non liquet* is generally rejected, even if a directly applicable rule of law is lacking, and a judicial court, in relying on the exclusion of *non liquet*, is in theory able to pass judgment. The French Civil Code of 1804 states :

“Le juge qui refusera de juger sous prétexte du silence, de l’obscurité ou de l’insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice.” (Art. 4.) (*Code civil des Français, édition originale et seule officielle*, 1804, p. 2.)

Speaking of English law, Sir Frederick Pollock in his note on Maine’s *Ancient Law* stated :

“[English judges] are bound to find a decision for every case, however novel it may be ; and that decision, so far as it goes beyond drawing inferences of fact, will be authority for other like cases in future ; therefore it is part of their duty to lay down new rules if required. Perhaps this is really the first and greatest rule of our customary law.” (Maine, *Ancient Law*, with introduction and notes by Sir Frederick Pollock, 1906, p. 48.)

52. In the case of international law, the Statute of the Permanent Court of International Justice introduced the clause “the general principles of law recognized by civilized nations” mainly to avoid a *non liquet* resulting from the lack of any positive rules. The Model Rules on Arbitral Procedure prepared by the International Law Commission in 1958 state that “the tribunal may not bring in a finding of *non liquet* on the ground of the silence or obscurity of the law to be applied” (Art. 11) (*Yearbook of the International Law Commission*, 1958, Vol. II, p. 84). Here it is important to note that the exclusion of *non liquet* is connected with the absence of an alternative forum.

53. It is definitely not my intention to have the Court declare, as a matter of principle, that disputes relating to use of force or intervention are non-justiciable, nor to contend that the Court is incapable of dealing with the present dispute once it is properly entertained. Yet my opinion is that the fact that the Court *can* entertain a case *once* it is properly seised is a different matter from the suggestion that the Court *must* exercise jurisdiction. Let me quote a well-known passage from the 1963 Judgment in the case concerning the *Northern Cameroons* :

“In its Judgment of 18 November 1953 on the Preliminary Objection in the *Nottebohm* case . . . the Court had occasion to deal at some

justice, permet de conclure que la Cour aurait dû dire que la requête du Nicaragua, en tant que fondée sur cette disposition, était non justiciable et par conséquent irrecevable.

51. Je ne nie pas qu'en principe, une fois qu'une juridiction est dûment saisie d'un différend qui n'est pas principalement d'ordre juridique, ce différend peut être considéré comme justiciable. Le droit interne de bien des pays rejette le *non liquet* d'une façon générale, même en l'absence d'une règle de droit directement applicable, et les tribunaux peuvent théoriquement statuer en se fondant sur l'exclusion du *non liquet*. Le code civil français de 1804 contient la disposition suivante :

« Le juge qui refusera de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice. » (Art. 4.) (*Code civil des Français, édition originale et seule officielle*, 1804, p. 2.)

A propos du droit anglais, sir Frederick Pollock déclare dans une note sur l'*Ancient Law* de Maine :

« [Les juges anglais] sont tenus de rendre une décision dans chaque cas, si originale soit-elle ; dans la mesure où cette décision ne s'inspire pas seulement des faits, elle fait ensuite jurisprudence pour d'autres affaires semblables ; c'est pourquoi il est de leur devoir de poser au besoin de nouvelles règles. Peut-être est-ce bien là la première et la plus grande règle de notre droit coutumier. » (Maine, *Ancient Law*, avec introduction et notes de sir Frederick Pollock, 1906, p. 48.)

52. Dans le cas du droit international, si l'on a introduit dans le Statut de la Cour permanente de Justice internationale une disposition suivant laquelle la Cour applique « les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées », c'est essentiellement pour éviter un *non liquet* dû à l'absence de toute règle de droit positif. Le modèle de règles sur la procédure arbitrale établi par la Commission du droit international en 1958 contient la disposition suivante : « Le tribunal ne peut prononcer le *non liquet* sous prétexte du silence ou de l'obscurité du droit à appliquer » (art. 11) (*Annuaire de la Commission du droit international*, 1958, vol. II, p. 88). On relèvera que, dans ce cas, l'exclusion du *non liquet* tient à l'absence d'une autre juridiction.

53. Il n'entre absolument pas dans mes intentions de voir la Cour déclarer que les différends relatifs à l'emploi de la force ou à l'intervention ne sont en principe pas justiciables ni de soutenir que la Cour ne pouvait pas connaître de la présente affaire après avoir dûment jugé la requête recevable. A mes yeux cependant le fait que la Cour *peut* connaître d'une affaire *dès lors* qu'elle en est dûment saisie n'implique pas qu'elle *doive* exercer sa compétence. A ce sujet, je citerai un passage célèbre de l'arrêt rendu par la Cour en 1963 dans l'affaire du *Cameroun septentrional* :

« Dans l'arrêt rendu le 18 novembre 1953 sur l'exception préliminaire en l'affaire *Nottebohm* ... la Cour a eu l'occasion d'étudier de façon

length with the nature of seisin and the consequences of seising the Court. As this Court said in that Judgment : ‘the seising of the Court is one thing, the administration of justice is another’. It is the act of the Applicant which seises the Court but even if the Court, when seised, finds that it has jurisdiction, the Court is not compelled in every case to exercise that jurisdiction. There are inherent limitations on the exercise of the judicial function which the Court, as a court of justice, can never ignore. There may thus be an incompatibility between the desires of an applicant, or, indeed, of both parties to a case, on the one hand, and on the other hand the duty of the Court to maintain its judicial character. The Court itself, and not the parties, must be the guardian of the Court’s judicial integrity.” (*I.C.J. Reports 1963*, p. 29.)

54. It must be added that the Court should not allow any sentiment that States *ought* to accept its jurisdiction to affect its perception of the voluntary nature of such acceptance or its caution not to overstep the limits of individual acts of acceptance. Thus, for example, the phenomenon of the so-called self-judging reservation may be objectively dubious and deplorable, but it must nonetheless be respected as a symptom of the importance attached by the declarant State to the voluntary character of its submission to the Court. It therefore behoves the Court to exercise that caution with special care in dealing with States that have made such reservations – and the United States is notoriously one. In pointing this out, however, I must not be understood as suggesting that the subject-matter of the present case belongs in any way to the exclusive domestic jurisdiction of that country ; clearly it does not, and the United States has not maintained that it does.

2. *The concept of the non-justiciable “political dispute” – parallelism of legal and political disputes*

55. As stated above (sec. B,1), it has throughout this century been considered that any dispute which a State was prepared voluntarily to submit to judicial settlement should be one where the parties are in conflict as to their respective rights, or where differences arise by virtue of a claim of right made by one against the other ; and disputes such as the present one, at least where it concerns allegations of threat or use of force and intervention, have not been deemed to fall into this category. The distinction between “legal” and “non-legal” (or political) is certainly vague inasmuch as, on the one hand, a legal dispute may eventually give rise to political friction and tension and, on the other, any political dispute is almost bound to contain certain aspects of a legal nature ; yet in the 60-year history of the past and present Courts, issues regarding matters of an overwhelmingly political nature have never been dealt with by way of adjudication before the Court on the basis of Article 36, paragraph 2, of the Statute.

approfondie la nature et les conséquences de la saisine de la Cour. Comme elle l'a dit dans cet arrêt, « la saisine de la Cour est une chose, l'administration de la justice en est une autre ». C'est par l'acte du demandeur que la Cour est saisie, mais, même si, une fois saisie, elle estime avoir compétence, la Cour n'est pas toujours contrainte d'exercer cette compétence. Il y a des limitations inhérentes à l'exercice de la fonction judiciaire dont la Cour, en tant que tribunal, doit toujours tenir compte. Il peut ainsi y avoir incompatibilité entre, d'un côté, les désirs d'un demandeur ou même des deux parties à une instance et, de l'autre, le devoir de la Cour de conserver son caractère judiciaire. C'est à la Cour elle-même et non pas aux parties qu'il appartient de veiller à l'intégrité de la fonction judiciaire de la Cour. » (*C.I.J. Recueil 1963*, p. 29.)

54. Il faut ajouter que la Cour ne devrait pas céder à l'impression que les Etats *devraient* accepter sa juridiction pour modifier sa conception du caractère volontaire de leur acceptation ou pour être moins attentive à ne pas dépasser les limites de chaque acte d'acceptation. C'est ainsi que le procédé de la réserve « discrétionnaire » peut être objectivement considéré comme douteux et regrettable mais qu'il doit néanmoins être respecté comme une manifestation de l'importance que l'Etat déclarant qui y recourt attache au caractère volontaire de son acceptation de la juridiction de la Cour. Il convient donc que la Cour fasse preuve d'une prudence toute particulière en présence d'Etats ayant fait de telles réserves — et c'est évidemment le cas des Etats-Unis. Il ne faut cependant pas penser que j'insinue que l'objet du présent différend est en quoi que ce soit du ressort exclusif de la juridiction nationale de ce pays ; ce n'est évidemment pas le cas et les Etats-Unis n'ont pas prétendu le contraire.

2. *La notion de « différends politiques » non justiciables. — Comparaison entre différends juridiques et différends politiques*

55. Comme je l'ai dit (sect. B, 1), on a toujours considéré au cours de ce siècle que, pour qu'un différend puisse être volontairement soumis au règlement judiciaire par un Etat, il doit s'agir d'un différend dans lequel les parties se contestent réciproquement un droit ou d'un différend sur un droit qu'une partie revendique contre l'autre ; les différends comme celui de l'espèce, dans la mesure du moins où il concerne des allégations de recours à la menace ou à l'emploi de la force et d'intervention, n'ont pas été considérés comme rentrant dans cette catégorie. La distinction entre différends « juridiques » et « non juridiques » (ou politiques) est certainement vague puisque, d'une part, un différend juridique peut entraîner des désaccords et des tensions politiques et que, de l'autre, tout différend politique présente presque nécessairement des aspects juridiques. Or, en soixante années d'existence, ni la Cour permanente de Justice internationale ni la Cour actuelle n'ont été saisies, en application de l'article 36, paragraphe 2, de leur Statut, de différends éminemment politiques.

56. The drafters of the Covenant of the League of Nations were well aware that those disputes which could have been excluded from the Court's jurisdiction in terms of the well-known four reservations of the 1903 Treaty could more properly be disposed of in the international political field, not by a neutral third party, but by a highly political organ such as the Council, as rightly pointed out by Lord Robert Cecil at the drafting of the Covenant of the League of Nations, when he stated that :

“One could not say that the question of the interpretation of a Treaty should be submitted to arbitration in every instance. It might happen that such an interpretation would involve the honour or the essential interests of a country. In such a case the question should rather be submitted to examination by the Council of the League.”  
(David Hunter Miller, *The Drafting of the Covenant*, Vol. II, p. 378.)

The League of Nations accordingly initiated a means of having its supreme political organ, that is, the Council, offer a conciliation procedure for the fundamental frictions and tensions existing among nations, apart from some differences of view over certain specific items covered by the terms “disputes as to the interpretation of a treaty, as to any question of international law, . . .” (Covenant of the League of Nations, Art. 13, para. 2).

57. There can be no doubt that this parallelism was essentially maintained by the United Nations. While Article 36 of the United Nations Charter states that “legal disputes should as a general rule be referred by the parties to the International Court of Justice”, this certainly should not be interpreted as implying that the term “legal disputes” covers disputes which are non-justiciable because of their overwhelmingly political nature. In other words, it is normal to assume that the term “legal disputes” refers to disputes whose primary characteristic it is to be “legal”. Otherwise – since practically every dispute has a “legal” aspect as at least a secondary characteristic – there would have been no reason to include the word “legal” in the provision. Furthermore, the qualifying phrase “as a general rule” serves to stress the necessity of not jumping to the conclusion that the presence of a legal element in a dispute attracts the application of the provision. For it is well known that the phrase in question, just like “in principle”, functions as a pointer to the possibility of exceptions and borderline cases. Moreover, it may be observed that, in practice, the parties to international legal disputes do not, as a general rule, refer them to the Court, while, for its part, the Security Council has almost invariably failed to make recommendations for such referral ; this may be deplored, but should not be ignored as an indication of the relative cogency of the rule.

58. Under the United Nations system, where the maintenance of international peace and security falls within the functions of the Security

56. Les auteurs du Pacte de la Société des Nations n'ignoraient pas que les différends qui auraient pu être soustraits à la juridiction de la Cour en vertu des fameuses quatre réserves du traité de 1903 se prêtaient mieux à un règlement sur le plan politique international non par une tierce partie neutre, mais par un organe essentiellement politique tel que le Conseil, comme lord Robert Cecil l'avait fait observer avec raison lors de l'élaboration du Pacte de la Société des Nations :

« On ne saurait affirmer que la question de l'interprétation d'un traité doit être soumise à l'arbitrage dans tous les cas. Il peut arriver qu'une telle interprétation mette en cause l'honneur ou les intérêts essentiels d'un pays. En pareil cas, la question devrait être plutôt soumise à l'examen du Conseil de la Société des Nations. » (David Hunter Miller, *The Drafting of the Covenant*, vol. II, p. 378.)

La Société des Nations avait en conséquence institué un système permettant à son organe politique suprême, le Conseil, d'offrir une procédure de conciliation en cas de tensions et de désaccords fondamentaux entre les nations, à l'exception des divergences de vues portant sur des problèmes bien précis, lesquelles étaient visées par les mots « différends relatifs à l'interprétation d'un traité, à tout point de droit international, ... » (Pacte de la Société des Nations, art. 13, par. 2).

57. Il ne fait pas de doute que ce parallélisme a été en grande partie conservé par les Nations Unies. Certes, il est dit à l'article 36 de la Charte des Nations Unies que « d'une manière générale, les différends d'ordre juridique devraient être soumis par les parties à la Cour internationale de Justice » mais il ne faut certainement pas en déduire que l'expression « différends d'ordre juridique » englobe les différends qui ne sont pas susceptibles d'une solution judiciaire en raison de leur caractère éminemment politique. En d'autres termes, il est normal de partir de l'hypothèse que l'expression « différends d'ordre juridique » vise les différends dont la principale caractéristique est d'être « juridiques ». Sinon, étant donné que presque tout différend présente un aspect « juridique », du moins comme caractéristique secondaire, il n'y aurait eu aucune raison d'inclure les mots « d'ordre juridique » dans cette disposition. En outre, l'expression « d'une manière générale » sert à préciser qu'il ne faut pas conclure hâtivement que la présence d'un élément juridique dans un différend entraîne l'application de cette disposition. Nul n'ignore en effet que cette expression, comme l'expression « en principe », permet de définir les exceptions possibles et les cas limites. De surcroît, on peut remarquer qu'en pratique les parties à des différends juridiques internationaux ne les soumettent généralement pas à la Cour et que, pour sa part, le Conseil de sécurité a presque toujours omis de faire des recommandations dans ce sens. On peut déplorer cette situation mais on ne devrait pas l'ignorer car elle montre que la règle est assez forte.

58. Dans le système des Nations Unies, où le maintien de la paix et de la sécurité internationales est du ressort du Conseil de sécurité, le recours à la

Council, resort to force as a means of self-defence is permissible only until such time as the Security Council has taken the necessary measures, and any measures taken by the member State in the exercise of its right of self-defence must be reported immediately to the Security Council. This would mean, in my view, that a dispute in which use of force is resorted to is in essence and *in limine* one most suitable for settlement by a political organ such as the Security Council, but is not necessarily a justiciable dispute such as falls within the proper functions of the judicial organ.

59. I certainly am not suggesting any principle that, once a dispute has been brought before the Security Council, or considered through regional negotiations, it cannot or should not be dealt with by the Court. The 1984 Judgment was quite correct in stating that “the fact that the matter is before the Security Council should not prevent it being dealt with by the Court and both proceedings could be pursued *pari passu*” (*I.C.J. Reports 1984*, p. 433). Yet the international community, or the States Members of the League of Nations or the United Nations, have always been aware that certain disputes are more properly resolved by a means other than judicial settlement, that is, by the Council in the case of the League of Nations and the Security Council or the General Assembly in the case of the United Nations, or by some other means. The parallel scheme pursued under the League of Nations and the United Nations is surely confirmed by a scrutiny of the precedents, in the previous and present Courts.

60. The case of *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran* has often been referred to as an instance of a highly political issue having been dealt with by the present Court. Yet the Court then stood seised of the United States Application not because of the Optional Clause, i.e., Article 36, paragraph 2, of the Statute, but on the basis of some multilateral and bilateral treaties to which both Iran and the United States were signatory parties, thus because of Article 36, paragraph 1, of the Statute. It was therefore to *the subject-matter of those treaties* that the Court had to look in order to determine the admissibility of the Application, and it did not have to involve itself, for that particular purpose, in any general considerations of justiciability or propriety.

### 3. *Incomplete picture of the dispute as portrayed by the Court*

#### (i) *Lack of sufficient means for fact-finding*

61. The subject-matters comprised in the dispute at issue are related to the resort to force and intervention that the United States has allegedly undertaken against Nicaragua and to the United States allegation that these measures have been taken as a means of collective self-defence against actions of Nicaragua. Yet the picture which the Court has depicted for the present conflict between the two States seems to be incomplete. The Judgment hinges to a critical extent on the mere assumptions that, while

force comme moyen de légitime défense n'est autorisé que jusqu'à ce que le Conseil de sécurité prenne les mesures nécessaires, et toutes mesures prises par l'Etat membre qui exerce son droit de légitime défense doivent être immédiatement portées à la connaissance du Conseil de sécurité. Cela signifie, à mon sens, qu'un différend ayant entraîné l'emploi de la force est par nature et de prime abord un différend qui se prête parfaitement à un règlement par un organe politique tel que le Conseil de sécurité et qu'il n'est pas nécessairement justiciable au point de relever des attributions propres de l'organe judiciaire.

59. Je ne pose certes pas en principe que, une fois qu'un différend a été porté devant le Conseil de sécurité ou a été examiné au cours de négociations régionales, il ne peut ni ne doit être examiné par la Cour. La Cour était parfaitement fondée à dire, dans son arrêt de 1984, que « le fait qu'une question est soumise au Conseil de sécurité ne doit pas empêcher la Cour d'en connaître, et [que] les deux procédures peuvent être menées parallèlement » (*C.I.J. Recueil 1984*, p. 433). Cependant, la communauté internationale, en d'autres termes les Etats Membres de la Société des Nations ou ceux de l'Organisation des Nations Unies, n'a jamais ignoré que certains différends se prêtent mieux à un règlement autre que judiciaire, soit au Conseil dans le cas de la Société des Nations soit au Conseil de sécurité ou à l'Assemblée générale dans le cas de l'Organisation des Nations Unies, soit autrement. L'étude de la jurisprudence des deux Cours confirme sans doute possible ce parallélisme voulu entre le système de la Société des Nations et celui des Nations Unies.

60. L'affaire du *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran* a souvent été citée comme exemple d'une affaire hautement politique sur laquelle la Cour actuelle s'était prononcée. Or, dans ce cas, la Cour a été saisie par une requête des Etats-Unis fondée non pas sur la clause facultative, c'est-à-dire sur l'article 36, paragraphe 2, du Statut, mais sur des traités multilatéraux et bilatéraux dont l'Iran et les Etats-Unis étaient tous deux signataires, autrement dit sur l'article 36, paragraphe 1, du Statut. En conséquence, c'était par rapport à l'objet de ces traités que la Cour pouvait se prononcer sur la recevabilité de la requête, et elle n'avait pas eu à s'engager, à cet effet, dans des considérations générales de justiciabilité ou d'administration de la justice.

### 3. La Cour a donné une image incomplète du différend

#### i) Absence de moyens suffisants pour établir les faits

61. Le présent différend porte sur des questions liées aux allégations du Nicaragua selon lesquelles les Etats-Unis ont recouru à l'emploi de la force et sont intervenus contre le Nicaragua et aux allégations des Etats-Unis selon lesquelles ces mesures ont été prises au titre de la légitime défense collective en riposte aux actions du Nicaragua. Or, l'image que la Cour donne du présent conflit entre ces deux Etats semble incomplète. L'arrêt repose par trop sur de simples hypothèses : la Cour présume que, s'il est



there may have been a flow of arms from Nicaragua to El Salvador prior to 1981, no significant flow of arms has occurred since that time, and that there has never been any use of force by Nicaragua against El Salvador amounting, in the Court's interpretation, to armed attack. The Judgment states :

“The Court merely takes note that the allegations of arms-trafficking are not solidly established ; it has *not*, in any event, been able to satisfy itself that any continuing flow on a significant scale took place after the early months of 1981.” (Para. 153.) (Emphasis added.)

“[The Court] can only interpret the *lack of evidence* of the trans-border arms-flow in one of the following two ways . . .” (Para. 154.) (Emphasis added.)

“[T]he Court is satisfied that, between July 1979, the date of the fall of the Somoza régime in Nicaragua, and the early months of 1981, an intermittent flow of arms was routed via the territory of Nicaragua to the armed opposition in El Salvador. On the other hand, *the evidence is insufficient* to satisfy the Court that, since the early months of 1981, assistance has continued to reach the Salvadorian armed opposition from the territory of Nicaragua on any significant scale, or that the Government of Nicaragua was responsible for any flow of arms at either period.” (Para. 160.) (Emphasis added.)

The Court has thus frequently had to admit that the evidence, particularly concerning the relevant facts attributable to Nicaragua, is not sufficient.

62. The assertions in the Judgment, based on the evidence presented to the Court, may – or may not – be unchallengeable from the point of view of the Court's procedure on evidence. Be that as it may, the materials available through official publications of the United States Government suggest completely opposite facts. The 13 May 1983 Report of the Permanent Select Committee on Intelligence of the House of Representatives, presented by Nicaragua as evidence, reiterated its early finding that :

“The insurgents [in El Salvador] are well trained, well equipped with modern weapons and supplies, and rely on the use of sites in Nicaragua for command and control and for logistical support.” (P. 5.)

More concretely, the document *Background Paper : Central America* of 27 May 1983 stated in section III that :

“Throughout 1981, Cuba, Nicaragua and the Soviet bloc aided in rebuilding, rearming and improving the Salvadoran guerrilla forces, which expanded their operations in the fall . . . The FMLN headquarters in Nicaragua evolved into an extremely sophisticated com-

vrai qu'il y a eu un flux d'armes entre le Nicaragua et El Salvador avant 1981, il n'y en a pas eu d'important depuis, et que l'emploi de la force par le Nicaragua contre El Salvador n'a jamais équivalu, à son point de vue, à une agression armée. Elle dit ceci :

« La Cour se borne à constater que les accusations de trafic d'armes ne sont pas solidement établies et *ne* lui ont *pas* permis en tout cas de parvenir à la conviction qu'un flux permanent et d'une certaine ampleur ait pu exister après les tout premiers mois de l'année 1981. » (Par. 153.) (Les italiques sont de moi.)

« [La Cour] ne peut, dès lors, interpréter *l'absence de preuve* quant à ce flux d'armes transfrontalier que de l'une des deux manières suivantes... » (Par. 154.) (Les italiques sont de moi.)

« [L]a Cour tient pour établi qu'entre juillet 1979, date de la chute du régime de Somoza, et les tout premiers mois de 1981, un flux intermittent d'armes destinées à l'opposition armée au Salvador traversait le territoire du Nicaragua. Par contre elle *ne dispose pas d'éléments suffisants* pour pouvoir conclure avec certitude que, depuis les premiers mois de 1981, l'opposition armée au Salvador ait continué à recevoir, du territoire du Nicaragua, une assistance appréciable, ou même que le Gouvernement du Nicaragua soit, pour l'une ou l'autre de ces périodes, responsable des envois d'armes. » (Par. 160.) (Les italiques sont de moi.)

La Cour a donc dû admettre fréquemment que les preuves étaient insuffisantes, notamment en ce qui concerne des faits qui pouvaient être attribués au Nicaragua.

62. Les considérants, fondés comme il le sont sur les éléments de preuve produits devant la Cour, sont peut-être inattaquables – ou attaquables – du point de vue des règles de procédure de la Cour en matière de preuve. Quoi qu'il en soit, les éléments fournis par les documents officiels du Gouvernement américain font apparaître les faits sous un jour tout différent. Dans un rapport du 13 mai 1983 (présenté par le Nicaragua comme élément de preuve), la commission permanente restreinte du renseignement de la Chambre des représentants constate une fois de plus que :

« Les rebelles [au Salvador] sont bien entraînés, bien équipés d'armes et de fournitures modernes, et peuvent compter sur l'utilisation d'emplacements au Nicaragua à des fins de commandement et de contrôle ainsi que sur des moyens d'appui logistique. » (P. 5.)

Plus concrètement, le document intitulé *Background Paper : Central America* du 27 mai 1983 relate ce qui suit, dans sa section III :

« Tout au long de 1981, Cuba, le Nicaragua et le bloc soviétique ont aidé à reconstituer, à réarmer et à améliorer les forces des guérilleros salvadoriens, qui ont élargi le champ de leurs opérations au cours de l'automne. ... Le quartier général du FMLN au Nicaragua s'est trans-

mand-and-control center – more elaborate in fact, than that used by the Sandinistas against Somoza. Guerrilla planning and operations are guided from this headquarters, where Cuban and Nicaraguan officers are involved in command and control. The guidance flows to guerrilla units widely spread throughout El Salvador. The FMLN headquarters in Nicaragua also coordinates propaganda and logistical support for the insurgents, including food, medicines, clothing, money and – most importantly – weapons and ammunition.” (P. 6.)

“During the first 3 months of 1982, arms shipments into El Salvador surged. Cuban-Nicaraguan arms flowed through Honduras into El Salvador by sea, air, and overland routes. In February, for example, Salvadoran guerrilla groups picked up a large shipment on the Salvadoran coast, near Usulután, after the shipment arrived by sea from Nicaragua.” (P. 7.)

The document *Background Paper. Nicaragua's Military Build-up and Support for Central American Subversion* of 18 July 1984 offered extensive accounts of “The Nicaraguan Supply Operations for the Salvadoran Guerrillas”, “Sources of FMLN Armaments”, “Training, Communications, and Staging of the FMLN”, “The International Connection”, “The Significance of the Subversive Network” and others. The conclusions of this document read in part :

“Guerrilla and Sandinista defectors maintain that the Nicaraguan regime provides the Salvadoran guerrillas communications centers, safehouses, storage of arms, shops for vehicles, and transportation of military supplies . . .

Training of Central American guerrillas has taken place in Nicaragua, Cuba, and Vietnam.

Because of the subversive system involving a number of governments and terrorist organizations centered in Nicaragua, the Sandinista Government is able to threaten neighboring countries and to carry out the threats, indirectly, through one or other of the organizations.” (P. 37.)

“*Revolution Beyond Our Borders*” – *Sandinista Intervention in Central America* issued in September 1985, addressed to the library of the Court during the oral proceedings on the merits and mentioned in the Judgment (para. 73), reads in part :

“The Sandinistas can no longer deny that they have engaged and continue to engage in intervention by :

formé en un centre très sophistiqué de commandement et de contrôle – plus perfectionné d'ailleurs que celui dont se servaient les sandinistes contre Somoza. La planification de la guérilla et les opérations de guérilla sont dirigées à partir de ce quartier général, où des officiers cubains et nicaraguayens participent au commandement et au contrôle. Les directives sont envoyées à des unités de guérilleros largement disséminées dans l'ensemble du territoire salvadorien. Le quartier général du FMLN au Nicaragua coordonne également la propagande et l'appui logistique destinés aux rebelles, ainsi que leur approvisionnement en vivres, médicaments, vêtements, argent et – ce qui compte le plus – armes et munitions. » (P. 6.)

« Au cours des trois premiers mois de 1982, les envois d'armes au Salvador ont augmenté. Des armes d'origine cubaine ou nicaraguayenne ont transité par le Honduras et sont parvenues au Salvador, par voie maritime, aérienne et routière. C'est ainsi qu'en février des groupes de guérilleros salvadoriens ont pris livraison sur la côte d'El Salvador, près d'Usulután, d'un envoi important qui avait été expédié du Nicaragua par voie maritime. » (P. 7.)

Le document intitulé *Background Paper : Nicaragua's Military Build-Up and Support for Central American Subversion* du 18 juillet 1984 donne d'abondants détails sur « les opérations d'approvisionnement des guérilleros salvadoriens par le Nicaragua », « les sources des armements du FMLN », « l'entraînement et le stationnement des membres de FMLN et leurs moyens de transmission », « l'*International Connection* », « l'importance du réseau de subversion » et autres questions du même genre. Dans les conclusions de ce document, on lit notamment :

« Les transfuges des Sandinistes et des guérilleros soutiennent que le régime nicaraguayen met à la disposition des guérilleros salvadoriens des centres de transmissions, des abris, des entrepôts d'armes et des ateliers pour véhicules et qu'il pourvoit au transport des subsistances...

Des guérilleros d'Amérique centrale ont été entraînés au Nicaragua, à Cuba et au Viet Nam.

Grâce à ce réseau de subversion auquel participent un certain nombre de gouvernements et d'organisations terroristes implantées au Nicaragua, le gouvernement sandiniste peut menacer les pays voisins et mettre indirectement ses menaces à exécution par l'intermédiaire de l'une ou l'autre de ces organisations. » (P. 37.)

Le document intitulé « *Revolution Beyond Our Borders* », *Sandinista Intervention in Central America*, dont la publication date de septembre 1985, a été adressé à la bibliothèque de la Cour pendant la procédure orale sur le fond et a été mentionné dans l'arrêt (par. 73). Il contient notamment le passage suivant :

« Les sandinistes ne sauraient nier plus longtemps qu'ils se sont livrés et qu'ils continuent à se livrer à une action d'intervention :

– Providing the arms, training areas, command and control facilities, and communications that transformed disorganized factions in El Salvador into a well-organized and -equipped guerrilla force of several thousand responsible for many thousands of civilian casualties and direct economic damages of over \$1 billion.” (P. 31.)

63. In addition, these elements supplied by the United States were supported in El Salvador’s Declaration of Intervention filed with the Court on 15 August 1984, which stated :

“A blatant form of Nicaraguan aggression against El Salvador is the Sandinista involvement in supply operations for the FMLN subversives. Although the quantities of arms and supplies, and the routes used, vary, there has been a continuing flow of arms, ammunition, medicines, and clothing from Nicaragua to our country.” (Para. VIII.)

“The subversives, aided and abetted by their allies in Nicaragua, have destroyed farms, businesses, bridges, roads, dams, power sources, trains and buses. They have mined our roads in an attempt to disrupt our economy and with the purpose of preventing our citizens from participating effectively in the national elections. The total of the damages produced by the subversion to the Salvadorian economy since 1979 to the end of 1983 has been conservatively estimated to amount to approximately US\$800 million.” (Para. XI.)

“up to this moment, Nicaragua continues to be the principal source of material assistance to the subversives (munitions, arms, medical supplies, training, etc.) in preparation for the expected general summer offensive, predicted by the very same FMLN” (Para. XIII).

64. The clear discrepancy thus revealed in the assessment of the facts mainly derives from three elements : first, that no counter-claim has ever been presented by the United States against Nicaragua (see (ii) below) ; secondly, that El Salvador was not allowed to intervene in this case when it wished (*ibid.*) ; thirdly, that the United States was absent from the whole of the proceedings on the merits (see (iii) below). These missing elements were of such potential importance that the Court was ill-advised to rely on certain evidence which, had these missing elements been present, would undoubtedly have been tested in a normal adversarial framework. Thus, while I am in no way attempting to suggest that conclusions disseminated by the United States Government outside the courtroom should be accepted as evidence, it is in my view beyond any doubt that the picture of the present dispute painted by the Court is far from the reality. That is clear even if one confines oneself to a scrutiny of the evidence which the United States duly submitted in 1984 together with its Counter-Memor-

– En fournissant les armes, les centres d'entraînement, les moyens de commandement, de surveillance et de communication qui ont fait des insurgés salvadoriens désorganisés et divisés une force militaire bien organisée et bien équipée, composée de plusieurs milliers d'hommes, et responsable de plusieurs milliers de morts dans la population civile ainsi que de dommages économiques directs d'une valeur de plus de un milliard de dollars. » (P. 31.)

63. En outre, ces éléments fournis par les Etats-Unis sont étayés par la déclaration d'intervention d'El Salvador enregistrée au Greffe de la Cour le 15 août 1984. On y lit notamment :

« Une forme flagrante de l'agression nicaraguayenne contre El Salvador est la contribution des sandinistes à l'approvisionnement des éléments subversifs du FMLN. Si les quantités d'armes et d'approvisionnement varient, ainsi que les itinéraires utilisés, il y a néanmoins un flot constant d'armes, de munitions, de médicaments et de vêtements venant du Nicaragua et aboutissant dans notre pays. » (Par. VIII.)

« Les éléments subversifs, aidés et encouragés par leurs alliés du Nicaragua, détruisent fermes, commerces, ponts, routes, barrages, centrales thermiques, trains et autobus. Ils minent nos routes dans l'espoir de mettre le désordre dans notre vie économique, et dans le but d'empêcher nos citoyens de participer efficacement aux élections nationales. Selon des estimations modérées, le montant des dommages à l'économie salvadorienne causés par la subversion entre 1979 et la fin de 1983 est évalué à quelque 800 millions de dollars des Etats-Unis. » (Par. XI.)

« ... en ce moment même le Nicaragua reste la principale source d'aide matérielle aux rebelles (munitions, armes, fournitures médicales, entraînement, etc.) en vue de l'offensive générale d'été qui se dessine et qui a été annoncée par le FMLN lui-même » (Par. XIII).

64. Cette nette contradiction qui apparaît ainsi dans l'appréciation des faits découle principalement de trois circonstances qui ne se sont pas réalisées : premièrement, les Etats-Unis n'ont jamais présenté de demande reconventionnelle contre le Nicaragua (voir ci-dessous ii) ; deuxièmement, El Salvador n'a pas été autorisé à intervenir dans l'instance au moment où il le souhaitait (*ibid.*) ; troisièmement, les Etats-Unis n'ont pas comparu pendant toute la procédure sur le fond (ci-dessous iii). Une fois réalisées, ces circonstances auraient pu revêtir une telle importance que la Cour a été malavisée de se fonder sur des moyens de preuve qui auraient alors sans aucun doute donné lieu à une procédure contradictoire normale. Je n'insinue pas que les conclusions diffusées par le Gouvernement américain en dehors du prétoire devraient être acceptées comme preuves mais il me semble tout à fait hors de doute que l'image que la Cour a donnée du présent différend est loin de la réalité. C'est ce qui apparaît même si on se borne à examiner les moyens de preuve que les Etats-Unis ont dûment

ial on jurisdiction and admissibility – evidence to which the Judgment barely alludes. I enlarge upon this view in the following subsections.

(ii) *Nicaragua's Application reflecting only one side of the dispute*

65. If one notes that the conflict in progress between Nicaragua and the United States is not simply one involving accusations levelled by Nicaragua against the United States, but that the accusations made by the United States against Nicaragua may be claimed to be technically not at issue in this case, brought as it is by the one side, and in the absence of formal submissions by the other, it should also be noted that the true facts may have remained hidden behind the scenes. It may be contended that such a problem could have been properly solved if the United States had presented a counter-claim in this case or El Salvador had been allowed to participate ; but the actual situation to be faced is simply that the United States did not bring a counter-claim – whether it could have, under the Statute, in the present case is another matter – and that the Court, in its Order of 4 October 1984, denied El Salvador the right to participate when it wished.

66. Thus I would like here to take the opportunity of expressing regret that, with regard to the attempt of El Salvador to intervene in the earlier phase of the present case, I took a negative position towards granting that State a hearing ; however, as I stated in my separate opinion attached to the Order of 4 October 1984, I did so only for “purely procedural reasons”. At any rate, the situation resulting from the absence of any counter-claim by the United States and the frustration, at that stage, of El Salvador's intervention effectively precluded the Court from obtaining a complete picture of the dispute in all the ramifications needed to determine the validity of the United States claim of acting in collective self-defence.

(iii) *Non-participation of the United States in the proceedings – Article 53 of the Statute*

67. In the present case, Nicaragua presented a great amount of evidence to the Court and asked for five witnesses to be heard, but it would certainly not have been expected to provide evidence unfavourable to itself. Owing to the United States failure to participate in the proceedings, the evidence presented by Nicaragua was not challenged, and the witnesses were not subjected to cross-examination, although questions were put from the bench. Moreover, Nicaragua was not obliged to and in fact did not make any comment upon several relevant United States documents, some duly deposited with the Court in 1984.

68. Here I wish to consider the spirit behind the Statute relevant to this

présentés en 1984 avec leur contre-mémoire relatif à la compétence et à la recevabilité – moyens de preuve dont il est à peine fait mention dans l'arrêt. Je développerai mon point de vue dans les sections qui suivent.

ii) *La requête du Nicaragua ne reflète qu'une face du différend*

65. On peut faire observer que le conflit en cours entre le Nicaragua et les Etats-Unis ne met pas simplement en cause les accusations formulées par le Nicaragua contre les Etats-Unis, mais que les accusations des Etats-Unis contre le Nicaragua ne sont à proprement parler pas en cause en la présente instance, laquelle a été introduite unilatéralement par une partie sans que l'autre présente des conclusions formelles. Mais il faut ajouter que les faits, tels qu'ils se sont passés, sont peut-être restés dans l'ombre. On rétorquera peut-être que ce problème aurait pu être fort bien résolu si les Etats-Unis avaient présenté une demande reconventionnelle en la présente affaire ou si El Salvador avait été autorisé à participer à l'instance ; mais la réalité est toute simple : les Etats-Unis n'ont pas présenté de demande reconventionnelle (laissons de côté la question de savoir s'ils auraient pu en présenter une en l'espèce en vertu du Statut) et la Cour, par son ordonnance du 4 octobre 1984, a refusé à El Salvador le droit de participer à la procédure au moment où il le souhaitait.

66. A propos de la tentative d'intervention d'El Salvador dans la phase précédente de la présente affaire, je saisis cette occasion pour dire que je regrette d'avoir été de ceux qui n'ont pas voulu donner à El Salvador la possibilité de se faire entendre ; mais je l'ai fait « pour des raisons de pure procédure », comme je l'ai indiqué dans mon opinion individuelle jointe à l'ordonnance du 4 octobre 1984. Quoi qu'il en soit, la situation créée par l'absence de toute demande reconventionnelle des Etats-Unis et par le refus opposé à ce stade à l'intervention d'El Salvador a effectivement empêché la Cour de se faire une idée complète du différend dans toutes ses ramifications, comme cela lui aurait été nécessaire pour se prononcer sur le bien-fondé de l'argument de légitime défense collective, invoqué par les Etats-Unis.

iii) *La non-participation des Etats-Unis à l'instance. — L'article 53 du Statut*

67. En l'espèce, le Nicaragua a présenté à la Cour quantité de moyens de preuve et a demandé à produire cinq témoins mais on ne pouvait certainement pas s'attendre à ce que les uns ou les autres lui soient défavorables. Comme les Etats-Unis n'ont pas comparu, les moyens de preuve présentés par le Nicaragua n'ont pas été contestés et les témoins n'ont pas été soumis à un contre-interrogatoire mais des membres de la Cour leur ont posé des questions. De plus, le Nicaragua n'était pas obligé de formuler des observations sur divers documents pertinents des Etats-Unis (il ne l'a d'ailleurs pas fait) dont certains avaient été dûment déposés à la Cour en 1984.

68. A ce stade, je voudrais examiner dans quel esprit ce problème a été



problem. What is laid down in the first paragraph of Article 53 of the Statute originates in a general rule of domestic law. In civil cases in domestic society, the obligation of the defending party to appear before and be subject to the jurisdiction of the court is, in principle, not disputed : and the rule has been established in domestic society that the simple fact of non-appearance of a defendant allows the court to deliver a judgment in favour of the plaintiff. However, inter-State issues in dispute before an international judicial court are placed in a different legal environment in that the jurisdiction of the Court is based upon the consent of sovereign States and compulsory jurisdiction is lacking. The second paragraph of Article 53 is therefore drafted so as to prevent the absolute application of the above rule of domestic law. This provision, whereby the Court is not allowed to pronounce judgment in favour of an applicant for the simple reason that the respondent has not appeared, is unique in procedure before an international judicial forum.

69. This does not however suggest that the Court is *required* to establish *proprio motu* facts on behalf of the absent respondent, or to assume the mantle of a defending counsel. The way in which the Judgment proposes to handle the evidence and information available to it may be correct under the Statute, and the Judgment is right in stating that “the party which declines to appear cannot be permitted to profit from its absence, since this would amount to placing the party appearing at a disadvantage” (para. 31). Yet Article 53 by no means prohibits the Court from endeavouring to find facts *proprio motu*, and the facts ascertained by the Court through the procedure of evidence under its interpretation of Article 53 of the Statute and Article 58 of the Rules of Court do not necessarily reflect the true situation of the dispute as a whole. The Court should therefore have been wary of over-facile “satisfaction” as to the facts, and perhaps should not have ventured to deliver a Judgment on the basis of such unreliable sources of evidence.

#### *D. Concluding Remarks on Non-Justiciability*

70. The present case is characterized by the fact that the dispute at issue, not being a *legal* dispute within the demonstrable meaning of Article 36, paragraph 2, of the Statute, is one which the Respondent had never imagined as falling under the jurisdiction which it had voluntarily accepted. To point this out is not to nullify but to clarify Article 36, paragraph 2, of the Statute. It must be realized that, in accepting the Court’s jurisdiction under Article 36, paragraph 2, of the Statute, States express their readiness to accept the Court’s decision in disputes the scope of which is limited to the issue as to whether or not the right which the Applicant asserts has a ground in international law. A number of disputes of political significance which contain certain legal implications have been reported from every corner of the world for the past six decades, both prior and subsequent to the Second World War. Yet they have not been treated as justiciable

traité dans le Statut. La règle énoncée au paragraphe 1 de l'article 53 du Statut a pour origine une règle générale de droit interne. Dans les procès civils, au plan national, l'obligation du défendeur de comparaître en justice et de reconnaître la juridiction du tribunal n'est en général pas contestée, d'où la règle selon laquelle la non-comparution du défendeur suffit pour que le tribunal puisse donner gain de cause au demandeur. Pour leur part, les différends interétatiques soumis à un tribunal international se situent dans un contexte juridique différent : la juridiction du tribunal repose sur le consentement d'Etats souverains et il n'y a pas de juridiction obligatoire. En conséquence le paragraphe 2 de l'article 53 a été rédigé de façon que ladite règle de droit interne ne puisse pas s'appliquer strictement. Cette disposition, qui a pour effet d'interdire à la Cour d'adjuger au demandeur ses conclusions pour la simple raison que le défendeur n'a pas comparu, est unique en matière de procédure devant une juridiction internationale.

69. Cela ne veut cependant pas dire que la Cour soit *obligée* de sa propre initiative d'établir la validité des moyens de fait pour le compte du défendeur défaillant ou de s'en faire l'avocat. La façon dont la Cour se propose, dans son arrêt, d'apprécier les moyens de preuve et les informations dont elle dispose est peut-être bien conforme au Statut, et c'est à juste titre qu'elle déclare que la partie « qui s'abstient de comparaître ne saurait donc être admise à tirer profit de son absence, car cela reviendrait à désavantager la partie qui comparait » (par. 31). Mais l'article 53 du Statut n'interdit en rien à la Cour d'essayer d'établir les faits de sa propre initiative. Ce que la Cour a pu retenir comme démontré selon les règles de procédure en matière de preuve, suivant son interprétation de l'article 53 du Statut et de l'article 58 du Règlement, n'est pas nécessairement le reflet fidèle de toutes les circonstances qui entourent le différend. La Cour aurait donc dû se garder de « s'assurer » trop facilement que les conclusions du demandeur étaient fondées en fait et elle n'aurait peut-être pas dû se risquer à rendre un arrêt sur la base d'éléments de preuve aussi peu sûrs.

#### *D. Conclusions sur la non-justiciabilité du différend*

70. La présente affaire se caractérise d'abord par le fait qu'elle porte sur un différend qui n'est pas d'ordre *juridique* au sens bien établi de l'article 36, paragraphe 2, du Statut, si bien que le défendeur n'avait jamais imaginé auparavant qu'il puisse ressortir à la juridiction qu'il avait volontairement acceptée. Le faire remarquer ne revient pas à vider de son sens l'article 36, paragraphe 2, du Statut, mais à préciser cette disposition. Il faut bien se rendre compte que, lorsqu'ils acceptent la juridiction de la Cour en application de l'article 36, paragraphe 2, du Statut, les Etats se déclarent disposés à accepter les décisions prises par la Cour dans les différends dont l'objet est limité à la question de savoir si le droit que le demandeur invoque est fondé ou non en droit international. Un grand nombre de différends d'ordre politique qui présentaient certains aspects juridiques ont été recensés dans tous les coins du monde au cours des

disputes subject to compulsory jurisdiction before the Court or its predecessor under the Optional Clause of the Statute. How then could this particular case have come to be singled out? Is it because the Court has managed to assume jurisdiction in the present case, in spite of the objections of the United States, through a questionable loophole in Article 36, paragraph 2, of the Statute (not to speak of the questionable loophole which the Court drilled into Article 36, paragraph 5), when jurisdiction should have been based in principle on the sovereign consent or will of the respondent State?

71. A second characteristic of the present case is that the facts the Court could elicit by examining the evidence under the conditions of Article 53 of the Statute were far from sufficient to show a complete picture of the dispute, because the issues placed before the Court were limited to aspects significantly narrower than the whole.

72. Considering these two characteristics together, I came to the conclusion that it would not be consonant with judicial propriety for the Court to entertain Nicaragua's Application on the basis of the Optional Clause of the Statute. The Court's appropriation of a case against the wish of a respondent State under these circumstances will distort the genuine solution of the dispute. I neither undervalue the sincere intentions of Nicaragua in bringing a dispute of such a massive scale to the Court under the Optional Clause of the Statute nor necessarily support the activities which the United States is pursuing against Nicaragua. In my opinion, however, judicial propriety dictates that the correct manner for dealing with the dispute would have been, and still may prove to be, a conciliation procedure through the political organs of the United Nations or a regional arrangement such as the Contadora Group, and not reference to the International Court of Justice, whose function, which is limited to the purely legal aspect of disputes, has heretofore not been exceeded.

### III. BREACH OF OBLIGATIONS UNDER THE 1956 TREATY OF FRIENDSHIP, COMMERCE AND NAVIGATION – THE COURT'S APPROPRIATION OF THE CASE UNDER ARTICLE 36, PARAGRAPH 1, OF THE STATUTE

#### *A. The Court's Jurisdiction Granted by Article XXIV, the Compromissory Clause, of the 1956 Treaty*

73. The contention that the Court should not be seised of the Nicaraguan Application in so far as it is based on Article 36, paragraph 2, of the Statute does not preclude the Court's seisin on the basis of Article 36,

soixante dernières années, aussi bien avant qu'après la seconde guerre mondiale. Mais ils n'ont pas été considérés comme des différends justiciables, relevant de la juridiction obligatoire de la Cour ou de sa devancière en vertu de la clause facultative du Statut. Comment ce différend-ci en est-il alors arrivé à se différencier des autres ? Est-ce parce que la Cour a réussi à se déclarer compétente en la présente affaire malgré les objections formulées par les Etats-Unis, en tirant parti d'une interprétation astucieuse mais discutable de l'article 36, paragraphe 2, du Statut (sans parler de la manière dont elle a battu en brèche le paragraphe 5 de cet article), alors que la compétence aurait dû être fondée en principe sur le consentement souverain ou la volonté de l'Etat défendeur ?

71. Une autre caractéristique de la présente affaire est que les faits que la Cour a pu vérifier en examinant les éléments de preuve dans les conditions prescrites à l'article 53 du Statut étaient loin d'être suffisants pour donner une image complète du différend, puisqu'ils n'avaient trait qu'à certains aspects très partiels de l'ensemble de l'affaire.

72. Prises ensemble ces deux caractéristiques m'ont conduit à la conclusion qu'il n'était pas conforme à la bonne administration de la justice que la Cour connaisse de la requête du Nicaragua sur la base de la clause facultative du Statut. Dans les circonstances de l'espèce, le fait que la Cour s'est déclarée compétente pour connaître d'une affaire contre le gré de l'Etat défendeur compromettra le règlement authentique du différend. Je ne méjuge pas des intentions sincères qui ont dû animer le Nicaragua lorsqu'il a porté un différend d'une telle ampleur devant la Cour en vertu de la clause facultative du Statut, pas plus que je n'approuve nécessairement les activités auxquelles les Etats-Unis se livrent contre le Nicaragua. Mais, du point de vue de la bonne administration de la justice, il me semble que ce qu'il aurait fallu faire avec ce différend — et ce qui peut encore être fait — aurait été de le soumettre à une procédure de conciliation devant les organes politiques de l'Organisation des Nations Unies ou dans un cadre régional, par exemple devant le groupe de Contadora, et non de le soumettre à la Cour internationale de Justice, dont la mission limitée aux aspects purement juridiques des différends n'a jusqu'à présent jamais été outrepassée.

### III. VIOLATION D'OBLIGATIONS DÉCOULANT DU TRAITÉ D'AMITIÉ, DE COMMERCE ET DE NAVIGATION DE 1956. — LA COMPÉTENCE DE LA COUR EN L'ESPÈCE EN VERTU DE L'ARTICLE 36, PARAGRAPHE 1, DU STATUT

#### *A. La compétence de la Cour en vertu de l'article XXIV — la clause compromissoire — du traité de 1956*

73. Soutenir que la Cour n'est pas compétente pour connaître de la requête du Nicaragua sur la base de l'article 36, paragraphe 2, du Statut n'empêche pas de soutenir qu'elle l'est sur la base de l'article 36, para-

paragraph 1. The term “all matters” to be comprised by the jurisdiction of the Court under Article 36, paragraph 1, of the Statute is different from “all legal disputes” under Article 36, paragraph 2, since the former, “provided for in the Charter of the United Nations or in treaties and conventions in force”, are specified in concrete terms in each instrument, no matter whether legal or political, and thus there will be no supervening question of justiciability, as I stated above (para. 60) in connection with the case of *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*.

74. In fact, the 1956 Treaty of Friendship, Commerce and Navigation was not mentioned at all in Nicaragua’s Application, even though the compromissory clause of the Treaty reads :

*“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.”

Nevertheless, considering that

“the fact that the 1956 Treaty was not invoked in the Application as a title of jurisdiction does not in itself constitute a bar to reliance being placed upon it in the Memorial” (*I.C.J. Reports 1984*, p. 426),

the Court found in the operative parts of its 1984 Judgment that it had

“jurisdiction to entertain the Application . . . in so far as that Application relates to a dispute concerning the interpretation or application of the [1956] Treaty of Friendship, Commerce and Navigation” (*ibid.*, p. 442, para. 113 (1) (b)).

With regard to a precondition of adjustment by diplomacy, the Court was of the view in 1984 that :

“it does not necessarily follow that, because a State has not expressly referred in negotiations with another State to a particular treaty as having been violated by conduct of that other State, it is debarred from invoking a compromissory clause in that treaty” (*ibid.*, p. 428).

In 1984, the Court thus confirmed its jurisdiction under the 1956 Treaty on “any dispute between [Nicaragua and the United States] as to the interpretation or application of the Treaty”.

graphe 1. Les mots « tous les cas » – ceux auxquels la compétence de la Cour s'étend en vertu de l'article 36, paragraphe 1, du Statut – s'opposent aux mots « tous les différends d'ordre juridique » figurant à l'article 36, paragraphe 2. Les premiers, ceux qui sont « prévus dans la Charte des Nations Unies ou dans les traités et conventions en vigueur », sont en effet définis concrètement dans chacun desdits instruments, qu'ils soient juridiques ou politiques, si bien que la question de la justiciabilité ne se pose pas, ainsi que je l'ai indiqué ci-dessus (par. 60) à propos de l'affaire du *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*.

74. En fait, le traité d'amitié, de commerce et de navigation de 1956 n'est mentionné nulle part dans la requête du Nicaragua, lors même que la clause compromissoire de ce traité est libellée comme suit :

« Article XXIV

2. 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. »

Néanmoins, la Cour, ayant considéré que

« le fait de ne pas avoir invoqué le traité de 1956 comme titre de compétence dans la requête n'empêche pas en soi de s'appuyer sur cet instrument dans le mémoire » (*C.I.J. Recueil 1984*, p. 426),

a dit dans le dispositif de son arrêt de 1984 qu'elle avait

« compétence pour connaître de la requête ... dans la mesure où elle se rapporte à un différend concernant l'interprétation ou l'application du traité d'amitié, de commerce et de navigation [de 1956] » (*ibid.*, p. 442, par. 113, 1 b).

S'agissant de la condition préalable de règlement par la voie diplomatique, la Cour a considéré dans son arrêt de 1984 que :

« parce qu'un Etat ne s'est pas expressément référé, dans des négociations avec un autre Etat, à un traité particulier qui aurait été violé par la conduite de celui-ci, il n'en découle pas nécessairement que le premier ne serait pas admis à invoquer la clause compromissoire dudit traité » (*ibid.*, p. 428).

En 1984 la Cour a ainsi confirmé sa compétence en vertu du traité de 1956 pour connaître de « tout différend qui pourrait s'élever [entre le Nicaragua et les Etats-Unis] quant à l'interprétation ou à l'application du ... traité ».

*B. The Court's Partial Reversion to Jurisdiction under Article 36, paragraph 2, of the Statute in Relation to the Treaty*

75. If the Court remained duly seised of this case, it was in my view only because the Court's jurisdiction was granted by virtue of Article XXIV of the 1956 Treaty under Article 36, paragraph 1, of the Statute. I further believe that, irrespective of my arguments in opposition to the Judgment, expounded in Parts I and II above, to the effect that the Court should have ceased to entertain the Nicaraguan Application in so far as it is based on Article 36, paragraph 2, of the Statute, the Court has erred in its handling of this Treaty even within the bounds of the jurisdiction under Article 36, paragraph 1, of the Statute which it recognized in 1984 to be the proper basis for its consideration of this Treaty.

76. The Court first identifies "the direct attacks on ports, oil installations, etc." and "the mining of Nicaraguan ports" as activities of the United States "which are such as to undermine the whole spirit of" the 1956 Treaty (para. 275) ; referring to "the acts of economic pressure", the Judgment also states that

"such an abrupt act of termination of commercial intercourse as the general trade embargo of 1 May 1985 will normally constitute a violation of the obligation not to defeat the object and purpose of the treaty" (para. 276).

In the Court's view these activities on the part of the United States "were violations of customary international law" (para. 274). Thus the Court attempts to dissociate these issues from the compromissory clause of the 1956 Treaty, and states instead that this particular provision (which, as I have just pointed out, the Judgment in 1984 referred to as a basis for the Court's jurisdiction) does not constitute "a bar to examination of Nicaragua's claims" (para. 274). The Judgment further states that these violations of customary international law cannot be justified under Article XXI (that is, an exclusion clause) of the Treaty.

77. The Judgment then speaks of breaches of concrete provisions of the Treaty, and maintains that

"the mining of the Nicaraguan ports by the United States is in manifest contradiction with the freedom of navigation and commerce guaranteed by Article XIX, paragraph 1, of the 1956 Treaty" (para. 278)

and that the trade embargo declared by the United States Government on 1 May 1985 "constituted a measure in contradiction with Article XIX of the 1956 FCN Treaty" (para. 279). The relevant provisions, quoted in the Judgment, read :

*B. A propos du traité la Cour en revient partiellement à sa compétence en vertu de l'article 36, paragraphe 2, du Statut*

75. A mon avis, si la Cour est demeurée dûment saisie de l'affaire, c'est uniquement parce qu'elle était compétente, en vertu de l'article XXIV du traité de 1956, sur la base de l'article 36, paragraphe 1, du Statut. En outre, indépendamment des arguments que j'ai développés dans les première et deuxième parties pour établir – marquant ainsi mon désaccord avec l'arrêt – que la Cour n'aurait pas dû continuer à connaître de la requête du Nicaragua sur la base de l'article 36, paragraphe 2, du Statut, je crois que la Cour a commis une erreur en analysant le traité comme elle l'a fait, même dans les limites de la compétence que lui conférait le paragraphe 1 de l'article 36 de son Statut, disposition considérée par elle en 1984 comme devant servir de base à l'examen du traité.

76. La Cour commence par dire que « les attaques directes contre les ports, les installations pétrolières, etc. » et « le minage des ports nicaraguayens » par les Etats-Unis sont des activités qui « sont telles qu'elles contredisent l'esprit même » du traité de 1956 (par. 275) ; ensuite, se référant aux « actes de pression économique », elle déclare que

« des actes d'interruption brutale des relations commerciales, comme l'embargo sur le commerce du 1<sup>er</sup> mai 1985, constitueront normalement des violations du devoir de ne pas faire échouer le but et l'objet du traité » (par. 276).

De l'avis de la Cour, ces activités des Etats-Unis « constituent des violations du droit international coutumier » (par. 274). La Cour tente ainsi de dissocier ces questions de la clause compromissaire du traité de 1956 et déclare au contraire que cette dernière disposition (qui, comme je viens de le souligner, était considérée dans l'arrêt de 1984 comme constituant une base de compétence) « ne fait pas obstacle à l'examen des demandes du Nicaragua » (par. 274). De plus, elle dit que ces violations du droit international coutumier ne sauraient être justifiées par l'article XXI (qui est une clause dérogatoire) du traité.

77. La Cour évoque ensuite dans son arrêt des violations de dispositions particulières du traité et maintient que

« le minage des ports nicaraguayens par les Etats-Unis constitue une mesure en contradiction manifeste avec l'article XIX, paragraphe 1, du traité de 1956 qui garantit la liberté de navigation et la liberté de commerce » (par. 278)

et que l'embargo sur le commerce décrété par le Gouvernement des Etats-Unis le 1<sup>er</sup> mai 1985 « constituait une mesure en contradiction avec l'article XIX du traité d'amitié, de commerce et de navigation de 1956 » (par. 279). Les dispositions pertinentes du traité, citées dans l'arrêt, sont les suivantes :



*“Article XIX*

1. Between the territories of the two Parties there shall be freedom of commerce and navigation.

3. Vessels of either Party shall have liberty, on equal terms with vessels of the other Party and on equal terms with vessels of any third country, to come with their cargoes to all ports, places and waters of such other Party open to foreign commerce and navigation . . .”

78. The Court comes to a conclusion that

“the United States [on the one hand] is in breach of a duty not to deprive the 1956 FCN Treaty of its object and purpose, and [on the other hand] has committed acts which are in contradiction with the terms of the Treaty” (para. 280).

Thus the Judgment appears to be very confused, as it partially reverts to the Court’s jurisdiction under Article 36, paragraph 2, of the Statute by speaking of the customary law rule not to defeat the object and purpose of a treaty despite the fact that it, quite properly, adjudges breaches of the terms of the 1956 Treaty on the basis of Article 36, paragraph 1.

*C. Misconception of the Customary-Law Rule not to Defeat the “Object and Purpose” of a Treaty*

79. It appears to me that the Court exceeds its powers in examining the question of a “duty not to deprive the 1956 FCN Treaty of its object and purpose” (para. 280). The “undermin[ing of] the whole spirit” (para. 275) of a treaty or “violation of the obligation not to defeat the object and purpose of” (para. 276) a treaty is not tantamount to specific breach of the treaty obligations. But it is the fulfilment of those obligations, and of those alone, that may be subject to the Court’s jurisdiction under Article XXIV, the compromissory clause in the Treaty. The Court, therefore, should simply have taken a decision as to whether the United States had breached the terms of the 1956 Treaty and thus incurred responsibility for the violation of international law.

80. The Court appears to have been misled by speaking of the customary law rule concerning respect for “the whole spirit” or “the object and purpose” of the treaty. The term “the object and/or purpose of the treaty” is referred to several times in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties but only for the purpose of indicating first, that a reservation to a treaty is impermissible unless it is compatible with “the object and purpose of the treaty” (Art. 19), or, second, that multilateral treaties may only be modified as between certain of the parties if the modification “does

## « Article XIX

1. Il y aura liberté de commerce et de navigation entre les territoires des deux parties.

3. Les navires de l'une des deux parties pourront librement, dans les mêmes conditions que les navires de l'autre partie et les navires de tout pays tiers, se rendre avec leur cargaison dans tous les ports, mouillages et eaux de cette autre partie qui sont ouverts au commerce international et à la navigation internationale... »

78. La Cour en conclut

« [d'une part] que les Etats-Unis enfreignent une obligation de ne pas priver le traité d'amitié, de commerce et de navigation de 1956 de son but et de son objet et [d'autre part] qu'ils ont commis des actes qui sont en contradiction avec les termes de ce traité » (par. 280).

L'arrêt se révèle donc très confus : la Cour en revient partiellement à la compétence que lui confère l'article 36, paragraphe 2, du Statut lorsqu'elle mentionne la règle de droit coutumier suivant laquelle il ne faut pas priver un traité de son but et de son objet, ce qui ne l'empêche pas de statuer sur des violations du traité de 1956 en se fondant à juste titre sur l'article 36, paragraphe 1.

*C. Méprise sur la règle de droit coutumier selon laquelle il ne faut pas priver un traité « de son but et de son objet »*

79. La Cour outrepassé me semble-t-il ses pouvoirs en examinant la question d'une « obligation de ne pas priver le traité d'amitié, de commerce et de navigation de 1956 de son but et de son objet » (par. 280). Les Etats qui « contredisent l'esprit même » (par. 275) d'un traité ou qui commettent des « violations du devoir de ne pas faire échouer le but et l'objet » (par. 276) d'un traité ne violent pas expressément pour autant des obligations découlant de ce traité. Or c'est l'exécution de ces obligations, et de ces seules obligations, qui peut relever de la juridiction de la Cour en vertu de l'article XXIV, c'est-à-dire de la clause compromissoire du traité. En conséquence, la Cour aurait dû se borner à trancher la question de savoir si les Etats-Unis avaient contrevenu aux termes du traité de 1956 et s'ils encouraient de ce fait une responsabilité pour violation du droit international.

80. Il semble que la Cour se soit laissée entraîner lorsqu'elle a parlé de la règle du droit coutumier relative au respect de l'« esprit même » du traité ou « de son but et de son objet ». Les termes « l'objet et le but du traité » figurent plusieurs fois dans la convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 mais dans des buts bien précis : d'abord, pour indiquer qu'une réserve à un traité n'est possible que si elle est compatible avec « l'objet et le but du traité » (art. 19) ; ensuite, pour préciser que deux ou plusieurs parties à un traité multilatéral ne peuvent modifier celui-ci que si la

not relate to a provision, derogation from which is incompatible with the effective execution of the object and purpose of the treaty as a whole” (Art. 41), and, third, in connection with the termination or suspension of the operation of a treaty as a consequence of its breach. The Convention stipulates in the latter connection that :

“Article 60

1. A material breach of a bilateral treaty by one of the parties entitles the other to invoke the breach as a ground for terminating the treaty or suspending its operation in whole or in part.

.....

3. A material breach of a treaty, for the purpose of this article, consists in :

.....

(b) the violation of a provision essential to the accomplishment of the object or purpose of the treaty.”

Here it is important to emphasize the reference to the *violation of a provision* in paragraph 3 (b). All that the Convention is here seeking to establish is that there is a degree of such violation justifying termination or suspension, and that the touchstone of that degree is that the *provision* violated should be essential to the accomplishment of the treaty’s object and purpose. There is no suggestion that the undermining of the object and/or purpose, *independently* of any breach of a provision, would be tantamount in itself to a violation of the Treaty.

81. Thus the Court appears to have misinterpreted the words “the object and purpose” of a treaty, as introduced by the 1969 Convention on the Law of Treaties in a completely different context. Independently of that Convention, it is noted that the Court attributes to Nicaragua an argument to the effect that abstention from conduct likely to defeat the object and purpose of a treaty is an obligation implicit in the principle *pacta sunt servanda*. However, the Judgment does not make it clear whether it is espousing this point of view. In any case, I would like to take this opportunity of indicating my own understanding of this principle, which to my mind requires compliance with the letter of obligations subscribed to, and not necessarily the avoidance of conduct not expressly precluded by the terms of the given treaty. It may furthermore be asked where the jurisdiction granted by a treaty clause would ever end if it were held to entitle the Court to scrutinize any act remotely describable as inimical to the object and purpose of the treaty in question. The ultimate result of so sweeping an assumption could only be an increasing reluctance on the part of States to support the inclusion of such clauses in their treaties.

82. All this may be said without in any way condoning or minimizing the gravity of any action which does in fact thwart the purpose of a treaty.

modification « ne porte pas sur une disposition à laquelle il ne peut être dérogé sans qu'il y ait incompatibilité avec la réalisation effective de l'objet et du but du traité pris dans son ensemble » (art. 41) ; enfin à propos de l'extinction d'un traité ou de la suspension de son application comme conséquence de sa violation. La convention dispose à cet égard que :

« Article 60

1. Une violation substantielle d'un traité bilatéral par l'une des parties autorise l'autre partie à invoquer la violation comme motif pour mettre fin au traité ou suspendre son application en totalité ou en partie.

3. Aux fins du présent article, une violation substantielle d'un traité est constituée par :

b) La violation d'une disposition essentielle pour la réalisation de l'objet ou du but du traité. »

On relèvera qu'il est fait référence, au paragraphe 3 b), à la *violation d'une disposition*. Tout ce que la convention tend à établir ici c'est qu'un certain degré de violation d'une disposition justifie l'extinction d'un traité ou la suspension de son application, et que ce degré est atteint lorsque cette violation concerne une *disposition* essentielle pour la réalisation de l'objet ou du but du traité. Rien ne laisse entendre que le fait de contredire l'objet ou le but d'un traité *indépendamment* de toute violation d'une de ses dispositions équivaldrait à violer l'une d'elles.

81. La Cour semble donc s'être méprise sur le sens de l'expression « l'objet et le but » d'un traité, qui a été introduite dans la convention sur le droit des traités de 1969 dans un contexte tout à fait différent. Indépendamment de cette convention, il est à noter que la Cour attribue au Nicaragua l'argument suivant : l'obligation de s'abstenir de tout comportement susceptible de faire échouer l'objet et le but d'un traité est contenue implicitement dans le principe *pacta sunt servanda*. Mais elle ne précise pas si elle partage ce point de vue. Quoi qu'il en soit, je dirai que pour moi ce principe signifie qu'il faut respecter à la lettre les obligations assumées, sans devoir nécessairement éviter un comportement qui n'est pas expressément exclu par les termes du traité. On peut en outre se demander si la juridiction attribuée à la Cour par une clause compromissoire ne serait pas infinie dès lors qu'on considérerait que cette juridiction habiliterait la Cour à analyser tout acte, même difficilement qualifiable d'acte contraire à l'objet ou au but d'un traité. Si l'on partait d'une telle idée irréflectie, on ne pourrait en fin de compte qu'amener les Etats à hésiter toujours plus à introduire de telles clauses dans leurs traités.

82. Tout ce qui vient d'être dit n'implique aucunement qu'on minimise la gravité d'un acte vraiment contraire au but d'un traité ou qu'on l'excuse.

*D. Breaches of the Terms of the 1956 Treaty*

*1. Breaches of Article XIX of the Treaty*

83. If the Court is duly seised of Nicaragua's Application on the basis of Article 36, paragraph 1, of the Statute, the Court should have more clearly declared what United States actions, unjustifiable by reference to Article XXI (to which I shall refer in paras. 85-89) of the 1956 Treaty of Friendship, Commerce and Navigation, constituted breaches of the treaty obligations incumbent upon the United States under specific provisions of that Treaty. The Judgment refers in its reasoning to a few activities of the United States as constituting breaches of the 1956 Treaty. As stated above (para. 77), the laying of mines in early 1984 and the trade embargo on 1 May 1985 are thus mentioned.

84. The Judgment does not in its reasoning identify any other types of action taken by the United States as constituting breaches of treaty obligations under the Treaty. In the operative part of the Judgment, however, the Court lists not only "laying mines" (para. 292 (7)) and the "general embargo on trade" (para. 292 (11)) but also "the attacks on Nicaraguan territory" (*ibid.*) as breaches of the United States obligations under Article XIX of the Treaty. No reasoning is given as to how the attacks on Nicaraguan territory constituted a violation of that Article, which is exclusively devoted to matters of maritime commerce.

*2. Applicability of Article XXI of the Treaty*

85. The question which remains is whether, in case the United States has breached the provisions of Article XIX of the 1956 Treaty, these actions could have been justified for the reasons specified in Article XXI of the Treaty, which provides :

"1. The present Treaty shall not preclude the application of measures :

. . . . .

(c) regulating the production of or traffic in arms, ammunition and implements of war, . . .

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

The Court's treatment of this provision involves, in my view, a *non sequitur* when it states :

"The question thus arises whether Article XXI similarly affords a defence to a claim under customary international law based on alle-

*D. Les violations des termes du traité de 1956*

*1. Les violations de l'article XIX du traité*

83. S'il est vrai que la Cour est dûment saisie de la requête du Nicaragua sur la base de l'article 36, paragraphe 1, du Statut, elle aurait dû déterminer plus clairement les actes des Etats-Unis que l'article XXI (dont il sera question aux paragraphes 85 à 89) du traité d'amitié, de commerce et de navigation de 1956 ne pouvait justifier et qui constitueraient des violations des obligations conventionnelles incombant aux Etats-Unis en vertu de dispositions particulières de ce traité. Dans ses motifs, la Cour mentionne quelques activités des Etats-Unis dont elle dit qu'elles constituent des violations du traité de 1956. Elle mentionne à ce titre, ainsi que je l'ai dit (par. 77), la pose de mines au début de 1984 et l'embargo sur le commerce décrété le 1<sup>er</sup> mai 1985.

84. Dans les motifs, il n'y a pas d'autres activités des Etats-Unis qui soient qualifiées de violations d'obligations conventionnelles découlant du traité. Or, dans le dispositif, la Cour cite non seulement la pose de mines (par. 292, sous-par. 7) et l'embargo général sur le commerce (sous-par. 11), mais encore les « attaques contre le territoire du Nicaragua » (*ibid.*) en tant que violations par les Etats-Unis des obligations qui leur incombent en vertu de l'article XIX du traité. Aucune raison n'est avancée qui expliquerait en quoi les attaques contre le territoire du Nicaragua constituaient une violation de cet article, lequel traite exclusivement de questions relatives au commerce maritime.

*2. L'applicabilité de l'article XXI du traité*

85. Il reste à savoir si, au cas où les Etats-Unis auraient violé les dispositions de l'article XIX du traité de 1956, les actes constitutifs de ces violations auraient pu se justifier par les termes ci-après de l'article XXI du traité, qui dispose :

« 1. Le présent traité ne fera pas obstacle à l'application de mesures :

. . . . .

- c) concernant la production ou le commerce des armes, des munitions et du matériel de guerre...
- 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. »

A mon sens, la Cour parvient à une mauvaise conclusion sur cette disposition lorsqu'elle déclare :

« La question se pose donc de savoir si l'article XXI peut être invoqué dans l'hypothèse où, une demande étant présentée en vertu

gation of conduct depriving the Treaty of its object and purpose if such conduct can be shown to be ‘measures . . . necessary to protect’ essential security interests.” (Para. 271.)

Article XXI is meant, in my view, to absolve either treaty partner from responsibility in the event of its having applied certain measures which, had they not possessed the character described, would have conflicted with any obligations imposed in any provisions of the Treaty, and not to afford “a defence to a claim under customary international law” as the Judgment states.

86. I must now, for the sake of clarity, recapitulate the argument of the Judgment in respect of Article XXI. Considering “whether the exceptions in Article XXI, paragraphs 1 (c) and 1 (d), . . . may be invoked to justify the acts complained of”, the Judgment includes in these acts “the direct attacks on ports, oil installations, etc. ; the mining of Nicaraguan ports ; and the general trade embargo of 1 May 1985” (para. 280). The “direct attacks on ports, oil installations, etc.”, which were not mentioned at all as constituting breaches of the terms of the 1956 Treaty in any preceding part of the Judgment, are suddenly placed in this context.

87. As the Court finds that “laying mines” and the “general trade embargo” constitute violations of Article XIX, it has to examine whether these acts were justifiable or not under Article XXI. The Court considers that

“the mining of Nicaraguan ports . . . cannot possibly be justified as ‘necessary’ to protect the essential security interests of the United States” (para. 282).

With regard to the trade embargo, the Court is also “unable to find that the embargo was ‘necessary’ to protect those interests” (para. 282). In conclusion, the Judgment suggests that “Article XXI affords no defence for the United States in respect of any of the actions here under consideration” (*ibid.*). The Judgment states :

“Since no evidence at all is available to show how Nicaraguan policies had in fact become a threat to ‘essential security interests’ in May 1985, when those policies had been consistent, and consistently criticized by the United States for four years previously, the Court is unable to find that the embargo was ‘necessary’ to protect those interests.” (Para. 282.)

88. Now, whatever the situation with regard to the laying of mines (see para. 89 below), I totally fail to understand what the Court has attempted to contend in connection with the trade embargo ordered on 1 May 1985. From my point of view, the United States decision on a trade embargo,

du droit international coutumier à raison d'un comportement qui serait censé priver le traité de son but et de son objet, il serait possible de démontrer que ce comportement consiste en « mesures ... nécessaires à la protection » des intérêts vitaux de sécurité. » (Par. 271.)

D'après moi l'article XXI est censé dégager de toute responsabilité la partie au traité qui applique des mesures qui, à défaut de répondre aux caractéristiques indiquées, seraient en conflit avec une obligation découlant d'une disposition du traité ; il n'est pas censé pouvoir être « invoqué dans l'hypothèse où une demande est présentée en vertu du droit international coutumier », pour reprendre les termes de l'arrêt.

86. Par souci de clarté, je récapitulerai les arguments développés dans l'arrêt à propos de l'article XXI. Quand elle examine si « les exceptions de l'article XXI, paragraphe 1 c) et d) ... [peuvent] être invoquées, pour justifier les actes incriminés », la Cour mentionne, entre autres actes, « les attaques directes contre les ports, les installations pétrolières, etc. ; le minage des ports du Nicaragua ; et l'embargo général sur le commerce imposé le 1<sup>er</sup> mai 1985 » (par. 280). Les « attaques directes contre les ports, les installations pétrolières, etc. », qui nulle part auparavant dans l'arrêt n'ont été mentionnées comme constituant des violations des termes du traité de 1956, sont subitement citées dans ce passage.

87. La Cour, ayant conclu que le « minage » et l'« embargo général sur le commerce » constituent des violations de l'article XIX, s'attache à déterminer si ces actes étaient justifiés ou non par l'article XXI. La Cour estime que :

« le minage de ports nicaraguayens ... [et d'autres actes] ne sauraient en aucun cas être justifiés par la nécessité de protéger les intérêts vitaux de sécurité des Etats-Unis » (par. 282).

Quant à l'embargo commercial, la Cour « n'est pas en mesure de conclure que l'embargo était « nécessaire » à la protection de ces intérêts » (par. 282). Et la Cour de conclure que « les Etats-Unis ne peuvent invoquer l'article XXI comme moyen de défense au sujet de l'un quelconque des actes considérés ici » (*ibid.*). La Cour déclare aussi :

« Faute du moindre élément d'information indiquant comment les politiques suivies par le Nicaragua seraient devenues en fait une menace pour les « intérêts vitaux » de sécurité en mai 1985, alors qu'elles étaient constantes et constamment critiquées par les Etats-Unis depuis quatre ans, la Cour n'est pas en mesure de conclure que l'embargo était « nécessaire » à la protection de ces intérêts. » (Par. 282.)

88. Quelle que puisse être la situation en ce qui concerne le minage (voir ci-après le paragraphe 89), je ne réussis absolument pas à comprendre l'argumentation que la Cour a tenté de développer à propos de l'embargo sur le commerce proclamé le 1<sup>er</sup> mai 1985. A mon avis, la décision des



quite unlike that on laying of mines, is open to justification under Article XXI. Trade is not a duty of a State under general international law but may only be a duty imposed by a treaty to which that State is a party, and can be suspended under certain circumstances expressly specified in that treaty. In fact, the United States, when declaring a trade embargo on 1 May 1985, did not announce its reliance on this particular provision of the Treaty, but, instead, gave notice on the same day to terminate the Treaty. Even so, I am inclined to maintain that, in principle, the trade assured by Article XIX, paragraph 3, of the Treaty, could also justifiably have been suspended in reliance on another provision, Article XXI, of the same Treaty.

89. "Laying mines" is totally different, in that it is illegal in the absence of any justification recognized in international law, while Article XXI of the Treaty, being simply one provision in a commercial treaty, can in no way be interpreted to justify a State party in derogating from this principle of general international law. I must add that this action did not meet the conditions of necessity and proportionality that may be required as a minimum in resort to the doctrine of self-defence under general and customary international law. I thus conclude that, under the jurisdiction granted to the Court by Article XXIV of the 1956 Treaty, the Court should have found the United States responsible only for violation of Article XIX by laying mines in Nicaraguan waters. It was for this reason only that I voted for subparagraph (14) in the operative clause.

#### IV. SUPPLEMENTARY OBSERVATIONS

90. Since I hold the view that the Court should have dismissed the Nicaraguan Application so far as it is based on Article 36, paragraph 2, of the Statute, I have refrained from making comments on the doctrines of non-use of force, non-intervention, etc., which the Court has expounded. However, I would like to express just one of my concerns, namely that the Court was so precipitate in giving its views on collective self-defence justifying the use of force which would otherwise have been illegal.

91. The term "collective self-defence", unknown before 1945, was not found in the Dumbarton Oaks proposals which were prepared by the four big Powers to constitute a basis for a general international organization in the post-war period. The deliberations on Chapter VIII, Section C, of the Dumbarton Oaks proposals concerning regional arrangements were entrusted, at the San Francisco Conference in 1945, to Commission III (Security Council), Committee 4 (Regional arrangements). On 17 May 1945, in this Committee, the United States representative observed that his delegation was "now prepared to submit a formula regarding the relationship of regional agencies to the world Organization" (*United Nations*

Etats-Unis d'imposer un embargo sur le commerce peut se justifier par l'article XXI, contrairement à leur décision de poser des mines. Le commerce n'est pas une obligation qui incombe à un Etat en vertu du droit international général : il ne peut être qu'une obligation imposée par un traité auquel cet Etat est partie, et il peut être suspendu dans certaines conditions prévues expressément dans ce traité. Quand ils ont décrété un embargo commercial le 1<sup>er</sup> mai 1985, les Etats-Unis n'ont pas invoqué cet article du traité mais ils ont annoncé ce jour-là qu'ils dénonçaient le traité. Je n'en suis pas moins enclin à penser qu'en principe les échanges commerciaux garantis par l'article XIX, paragraphe 3, du traité auraient pu tout aussi bien être suspendus sur la base d'une autre disposition, l'article XXI du traité.

89. La question du minage est totalement différente. Le minage est illicite à défaut de justification admise en droit international et l'article XXI du traité, simple disposition d'un accord commercial, ne saurait être interprété comme autorisant un Etat partie à déroger à ce principe du droit international général. Il faut ajouter que cet acte ne répondait pas aux conditions de nécessité et de proportionnalité – conditions qui doivent au moins être remplies pour que puisse être invoquée la thèse de la légitime défense fondée sur le droit général et coutumier. J'en conclus que, compte tenu de la compétence que l'article XXIV du traité de 1956 confère à la Cour, celle-ci aurait dû dire que les Etats-Unis n'étaient responsables que de la violation de l'article XIX pour avoir posé des mines dans les eaux nicaraguayennes. C'est l'unique raison pour laquelle j'ai voté pour le sous-paragraphe 14 du dispositif.

#### IV. OBSERVATIONS COMPLÉMENTAIRES

90. Etant d'avis que la Cour aurait dû rejeter la requête du Nicaragua dans la mesure où celle-ci se fonde sur l'article 36, paragraphe 2, du Statut, je me suis abstenu de formuler des observations sur les principes du non-emploi de la force, de la non-intervention, etc., que la Cour a développés. Je voudrais cependant faire part d'une de mes préoccupations seulement : la Cour s'est montrée bien prompte à exposer son point de vue sur la légitime défense collective en tant que justification d'un emploi de la force qui serait sinon illicite.

91. L'expression « légitime défense collective », inconnue avant 1945, ne figurait pas dans les propositions de Dumbarton Oaks qui avaient été préparées par les quatre grandes puissances après la seconde guerre mondiale pour servir de base à la création d'une organisation internationale à vocation générale. L'examen du chapitre VIII, section C, des propositions de Dumbarton Oaks touchant les accords régionaux a été confié, à la conférence de San Francisco de 1945, au comité 4 (arrangements régionaux) de la commission III (Conseil de sécurité). Le 17 mai 1945, le représentant des Etats-Unis à ce comité a annoncé que sa délégation se trouvait « maintenant en mesure de présenter une formule concernant les

*Conference on International Organization*, Vol. 12, p. 674). This United States formula had already been announced by Stettinius, the United States Secretary of State, on 15 May 1945 as follows :

“As a result of discussions with a number of interested delegations, proposals will be made to clarify in the Charter the relationship of regional agencies and collective arrangements to the world Organization.

These proposals will :

.....

2. Recognize that *the inherent right of self-defense, either individual or collective*, remains unimpaired in case the Security Council does not maintain international peace and security and an armed attack against a member state occurs . . .

The second point will be dealt with by an addition to chapter VIII of a new section substantially as follows :

Nothing in this Charter impairs *the inherent right of self-defense, either individual or collective*, in the event that the Security Council does not maintain international peace and security and an armed attack against a member state occurs . . .” (*Documents on American Foreign Relations*, Vol. VII, 1944-1945, p. 434.) (Emphasis added.)

92. On 23 May 1945, a subcommittee on the Amalgamation of Amendments unanimously recommended to Committee 4 :

“2. That a new paragraph be inserted into the language of the Dumbarton Oaks Proposals, in accordance with a further suggestion in the United States proposal for the amalgamation of amendments to Chapter VIII, Section C, reading as follows :

‘Nothing in this Charter impairs *the inherent right of individual or collective self-defense* if an armed attack occurs against a member state, until the Security Council has taken the measures necessary to maintain international peace and security . . .’ ”

(*United Nations Conference on International Organization*, Vol. 12, p. 848.) (Emphasis added.)

93. Committee 4, at its fourth meeting on 25 May 1945, unanimously approved the following decision :

“That a new paragraph be inserted in the text of the Dumbarton Oaks Proposals, to read as follows :

*‘Nothing in this Charter impairs the inherent right of the individual or collective self-defense if an armed attack occurs against a member*

relations entre les organismes régionaux et l'Organisation mondiale » (*Conférence des Nations Unies sur l'organisation internationale*, vol. 12, p. 676). La formule des Etats-Unis avait déjà été rendue publique par Stettinius, le secrétaire d'Etat, le 15 mai 1945, dans ces termes :

« Suite à des entretiens avec un certain nombre de délégations intéressées, des propositions seront formulées, qui préciseront dans la Charte les relations entre les organismes régionaux et les arrangements collectifs d'une part et l'Organisation mondiale de l'autre.

Ces propositions :

.....  
 2. Reconnaitront que rien ne s'oppose au *droit naturel de légitime défense individuelle ou collective* dans le cas où le Conseil de sécurité ne maintient pas la paix et la sécurité internationales et où un Etat membre est l'objet d'une agression armée...

Ce dernier point fera l'objet d'une nouvelle section qui sera ajoutée au chapitre VIII et dont le contenu sera en substance le suivant :

Rien dans la Charte ne s'oppose au *droit naturel de légitime défense individuelle ou collective* dans le cas où le Conseil de sécurité ne maintient pas la paix et la sécurité internationales et où un Etat membre est l'objet d'une agression armée... » (*Documents on American Foreign Relations*, vol. VII, 1944-1945, p. 434.) (Les italiques sont de moi.)

92. Le 23 mai 1945, un sous-comité chargé de la fusion des amendements a recommandé à l'unanimité au comité 4 :

« 2. Qu'un nouveau paragraphe soit inséré dans le texte de Dumbarton Oaks, selon une suggestion faite dans la proposition des Etats-Unis pour la fusion des amendements au chapitre VIII, section C, dont le texte se lit comme suit :

« Rien dans la Charte ne s'oppose au *droit naturel de légitime défense individuelle ou collective* si une agression armée est commise contre un Etat membre, jusqu'à ce que le Conseil de sécurité ait pris les mesures nécessaires au maintien de la paix et de la sécurité internationales... »

(*Conférence des Nations Unies sur l'organisation internationale*, vol. 12, p. 852-853.) (Les italiques sont de moi.)

93. A sa quatrième séance, le 25 mai 1945, le comité 4 a adopté à l'unanimité la décision ci-après :

« Qu'un nouveau paragraphe rédigé comme suit devrait être inséré dans le texte des propositions de Dumbarton Oaks :

« *Aucune disposition de la présente Charte ne peut porter atteinte au droit naturel de tout Etat membre de se défendre, par une action*

*state, until the Security Council has taken the measures necessary to maintain international peace and security . . .*" (*United Nations Conference on International Organization*, Vol. 12, p. 680.) (Emphasis added.)

The emphasized part of this quotation was expressed in the French version as follows :

"Aucune disposition de la présente Charte ne peut porter atteinte au droit naturel de tout Etat Membre de se défendre, par une action individuelle ou collective, contre une agression armée." (*Ibid.*, p. 691.)

In connection with this decision, the Chairman, speaking as the delegate of Colombia, made the following statement :

"The Latin American Countries understood, as Senator Vandenberg [a delegate of the United States] had said, that the origin of the term 'collective self-defense' is identified with the necessity of preserving regional systems like the Inter-American one. The Charter, in general terms, is a constitution, and it legitimatizes the right of collective self-defense to be carried out in accord with regional pacts so long as they are not opposed to the purposes and principles of the Organization as expressed in the Charter. If a group of countries with regional ties declare their solidarity for their mutual defense, as in the case of the American States, they will undertake such defense jointly if and when one of them is attacked. And the right of defense is not limited to the country which is the direct victim of aggression but extends to those countries which have established solidarity through regional arrangements, with the country directly attacked." (*Ibid.*, p. 680.)

After the exchange of opinions, particularly among the Latin American delegates, "the Chairman paid tribute at this point to the work of Senator Vandenberg [of the United States] in the elaboration of the new text" (*ibid.*, p. 682). Senator Vandenberg replied that "in his opinion the unanimity expressed by voice and vote on this question was a signpost towards a peaceful world with justice for free men in a free earth" (*ibid.*). Thus the concepts of individual or collective self-defence were incorporated into the United Nations Charter, at the suggestion of the United States, without much discussion. Hence Article 51 of the Charter reads :

"Nothing in the present Charter shall impair *the inherent right of individual or collective self-defence* if an armed attack occurs against a Member of the United Nations, until the Security Council has taken necessary measures to maintain international peace and security . . ." (Emphasis added.)

*individuelle ou collective, contre une agression armée, jusqu'au moment où le Conseil de sécurité aura pris les mesures nécessaires au maintien de la paix et de la sécurité internationales... » (Conférence des Nations Unies sur l'organisation internationale, vol. 12, p. 691.) (Les italiques sont de moi.)*

Dans la version anglaise, le membre de phrase souligné se lit comme suit :

« Nothing in this Charter impairs the inherent right of individual or collective self-defense if an armed attack occurs against a member state. » (*Ibid.*, p. 680.)

Parlant en sa qualité de délégué de la Colombie, le président a fait la déclaration ci-après à propos de cette décision :

« Pour les pays de l'Amérique latine, comme l'a dit le sénateur Vandenberg [le représentant des Etats-Unis], l'origine du terme « défense collective » n'est autre que la nécessité de maintenir les systèmes régionaux tels que [le système interaméricain]. La Charte, d'un point de vue général, est une constitution, et elle rend légitime le droit de défense collective exercé conformément aux pactes régionaux, du moment que ceux-ci ne s'opposent pas aux buts et principes de l'Organisation exprimés dans la Charte. Si un groupe de pays liés entre eux par un accord régional se déclarent solidaires pour leur défense mutuelle comme dans le cas des Etats américains, ils déclencheront cette défense en commun au moment où l'un d'eux sera attaqué. Et le droit de défense n'appartient pas seulement au pays directement victime de l'agression ; il s'étend aux pays qui, par des accords régionaux, se sont rendus solidaires du pays directement attaqué. » (*Ibid.*, p. 691.)

A l'issue d'un échange de vues, en particulier entre les représentants des pays d'Amérique latine, « le président [a] rend[ui] hommage ici à la valeur des travaux du sénateur Vandenberg [des Etats-Unis] pour la rédaction du nouveau texte » (*ibid.*, p. 693). Le sénateur Vandenberg a répondu que, « à son avis, l'unanimité exprimée par les remarques et le vote relatifs à cette question constitue une preuve certaine de l'acheminement vers un monde pacifique où la justice régnerait sur une humanité libre » (*ibid.*). C'est ainsi que les notions de légitime défense individuelle et collective ont été incorporées dans la Charte des Nations Unies à l'initiative des Etats-Unis, sans longues discussions. Dans sa version anglaise l'article 51 de la Charte est rédigé comme suit :

« Nothing in the present Charter shall impair *the inherent right of individual or collective self-defence* if an armed attack occurs against a Member of the United Nations, until the Security Council has taken necessary measures to maintain international peace and security... » (Les italiques sont de moi.)

This text is practically identical to the one adopted by Committee 4 but the French version is different :

“Aucune disposition de la présente Charte ne porte atteinte au droit naturel de légitime défense, individuelle ou collective, dans le cas où un Membre des Nations Unies est l’objet d’une agression armée . . .”

It is to be noted that the reflexive verb “se défendre” (corresponding to the English “self-defence”) has disappeared in this version, so that it no longer appears that the invocation of individual or collective defence is the exclusive prerogative of the State directly attacked.

94. At all events, there was certainly no discussion whether the right of *collective* self-defence was *inherent* or not. If there was any statement that the right of self-defence is inherent, this goes back to 1928, when at the time of the preparation of the 1928 Multilateral Treaty for the Renunciation of War the United States Government sent notes to various governments on 23 June 1928, which read :

“There is nothing in the American draft of anti-war treaty which restricts or impairs in any way the right of self-defense. That right is *inherent* in every sovereign state and is implicit in every treaty. Every nation is free at all times and regardless of treaty provisions to defend its territory from attack or invasion and it alone is competent to decide whether circumstances require recourse to war in self-defense.” (*American Journal of International Law, Supplement*, Vol. 22, p. 109.) (Emphasis added.)

*A fortiori*, the idea that the right of *collective* self-defence is *inherent* is certainly not traceable up to 1928, and so far as the proceedings of the San Francisco Conference indicate, there was hardly any discussion on this point in 1945.

95. After recalling that “the Charter [of the United Nations] itself testifies to the existence of the right of collective self-defence in customary international law” (para. 193), and that the General Assembly resolution containing the Declaration on the principles of international law concerning friendly relations and co-operation among States

“demonstrates that the States represented in the General Assembly regard the exception to the prohibition of force constituted by the right of individual or collective self-defence as already a matter of customary international law” (*ibid.*),

the present Judgment states that

Ce texte est pratiquement identique à celui qu'avait adopté le comité 4, ce qui n'est pas le cas du texte français :

« Aucune disposition de la présente Charte ne porte atteinte au droit naturel de légitime défense, individuelle ou collective, dans le cas où un Membre des Nations Unies est l'objet d'une agression armée... »

Il est à noter que le verbe pronominal « se défendre » (correspondant à l'expression « self-defence » en anglais) ne figure plus dans la version française, si bien que plus rien n'indique que l'Etat directement victime de l'agression est seul à pouvoir invoquer la légitime défense individuelle ou collective.

94. En tout cas, la question de savoir si le droit de légitime défense *collective* était *naturel* ou non n'a sans doute pas été débattue. Pour trouver une déclaration sur le caractère naturel du droit de légitime défense, il faut remonter à 1928 ; à cette époque, lors des travaux préparatoires sur le traité général de renonciation à la guerre, le Gouvernement des Etats-Unis a adressé aux gouvernements intéressés une note en date du 23 juin 1928 libellée comme suit :

« Rien dans le projet américain contre la guerre ne restreint ni n'entrave en quoi que ce soit le droit de légitime défense. Ce droit est *naturel* à la souveraineté de tous les Etats et il est contenu implicitement dans tous les traités. Chaque nation est libre en tout temps et indépendamment des dispositions conventionnelles de défendre son territoire contre une attaque ou une invasion, et elle seule a qualité pour décider si les circonstances exigent le recours à la guerre au titre de la légitime défense. » (*American Journal of International Law, Supplement*, vol. 22, p. 109.) (Les italiques sont de moi.)

A fortiori, l'idée que le droit de légitime défense *collective* est *naturel* ne remonte assurément pas à 1928 ; à en juger par les actes de la conférence de San Francisco, il n'y a guère eu de débat à ce sujet en 1945.

95. Après avoir rappelé que : « La Charte [des Nations Unies] elle-même atteste l'existence du droit de légitime défense collective en droit international coutumier » (par. 193), et que la résolution de l'Assemblée générale où figure la déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats conformément à la Charte des Nations Unies

« démontre que les Etats représentés à l'Assemblée générale considèrent l'exception à l'interdiction de la force que constitue le droit de légitime défense individuelle ou collective comme déjà établie par le droit international coutumier » (*ibid.*),

la Cour, dans le présent arrêt, déclare que :



“Since the existence of the right of collective self-defence is established in customary international law, the Court must define the specific conditions which may have to be met for its exercise, in addition to the conditions of necessity and proportionality to which the Parties have referred.” (Para. 194.)

Referring to a precondition required for the exercise of collective self-defence, the Judgment remarks :

“Where collective self-defence is invoked, it is to be expected that the State for whose benefit this right is used will have declared itself to be the victim of an armed attack.” (Para. 195.)

And it goes on to mention a second condition :

“The Court concludes that the requirement of a request by the State which is the victim of the alleged attack is additional to the requirement that such a State should have declared itself to have been attacked.” (Para. 199.)

The Judgment also draws certain inferences from a further requirement imposed by the Charter of the United Nations for the exercise of the right of self-defence under Article 51, namely that : “measures taken by States in exercise of this right of self-defence must be ‘immediately reported’ to the Security Council” (para. 200).

96. The concept of *collective* self-defence has been the subject of extensive discussion among the scholars of international law for the past several decades. It is well known that speaking of “inherent” right of self-defence, Kelsen stated :

“This is a theoretical opinion of the legislator which has no legal importance. The effect of Article 51 would not change if the term ‘inherent’ were dropped.” (*The Law of the United Nations*, 1950, p. 791.)

Julius Stone held the view :

“In its form as reserving a preexisting right of ‘collective self-defence’, Article 51 presents such insoluble problems that it may seem better to treat the term ‘inherent’ as otiose, and regard Article 51 as itself conferring the liberties there described.” (*Legal Controls of International Conflict*, 1954, p. 245.)

I do not attempt to suggest that these views necessarily reflect the leading school of thought. Yet the Court should have been aware of so much discussion, either for or against, on the inherent right of *collective* self-

« L'existence du droit de légitime défense collective étant établie en droit international coutumier, la Cour doit définir les conditions particulières auxquelles sa mise en œuvre peut avoir à répondre en sus des conditions de nécessité et de proportionnalité rappelées par les Parties. » (Par. 194.)

Faisant allusion à une condition préalable et nécessaire de l'exercice de la légitime défense collective, la Cour fait observer ce qui suit :

« En cas d'invocation de la légitime défense collective, il faut s'attendre à ce que l'Etat au profit duquel ce droit va jouer se déclare victime d'une agression armée » (par. 195),

puis elle énonce une deuxième condition :

« La Cour conclut que l'exigence d'une demande de l'Etat victime de l'agression alléguée s'ajoute à celle d'une déclaration par laquelle cet Etat se proclame agressé. » (Par. 199.)

La Cour tire aussi certaines conséquences d'une autre condition, à laquelle l'article 51 de la Charte des Nations Unies soumet l'exercice du droit de légitime défense ; elle souligne que « l'article 51 de la Charte des Nations Unies prescrit aux Etats prenant des mesures dans l'exercice de ce droit de légitime défense de les « porter immédiatement » à la connaissance du Conseil de sécurité » (par. 200).

96. La notion de légitime défense *collective* fait depuis des décennies l'objet d'une grande controverse entre spécialistes du droit international. Comme on le sait, Kelsen a déclaré, à propos du droit « naturel » de légitime défense :

« Le législateur a exprimé là une vue de l'esprit qui n'a pas d'importance en droit. La suppression de l'adjectif « naturel » ne changerait rien aux effets de l'article 51. » (*The Law of the United Nations*, 1950, p. 791.)

Julius Stone a émis l'avis suivant :

« En réservant comme il le fait un droit préexistant de « légitime défense collective », l'article 51 soulève des problèmes à ce point insolubles qu'il peut paraître préférable de considérer que l'adjectif « naturel » est superflu et que l'article 51 confère en soi les libertés qui y sont énoncées. » (*Legal Controls of International Conflict*, 1954, p. 245.)

Je ne veux pas dire que ces avis reflètent nécessairement l'opinion dominante. Il reste que la Cour aurait dû avoir à l'esprit tous ces avis pour ou contre le droit naturel de légitime défense *collective*. Elle aurait dû aussi

defence. Attention should also be paid to the difference in connotations of the English and French texts of Article 51 of the United Nations Charter.

97. In sum even if it was necessary for the Court to take up the concept of collective self-defence – and I do not agree that it was – this concept should have been more extensively probed by the Court in its first Judgment to broach the subject.

*(Signed)* Shigeru ODA.

---

observer les différences de sens entre les versions anglaise et française de l'article 51 de la Charte des Nations Unies.

97. En résumé, à supposer qu'il fallait que la Cour examine la notion de légitime défense collective – mais j'estime qu'il ne le fallait pas – elle aurait dû l'analyser davantage dans ce premier arrêt où elle abordait la question.

*(Signé) Shigeru ODA.*

---