

## DISSENTING OPINION OF JUDGE SIR ROBERT JENNINGS

Although I have to disagree with several of the findings of the Court, particularly on the question of jurisdiction, I must, at the outset of this opinion, associate myself wholly with the Court's expression of regret over the United States decision not to appear, or to take any part, in the present phase of this case. This non-appearance has been particularly unfortunate – perhaps not least for the United States – in a case which involves complicated questions of fact ; where, in the merits phase, witnesses giving evidence as to the facts were called and examined by counsel for the Applicant, but their evidence was not tested by cross-examination by counsel for the Respondent ; and where the Respondent itself provided neither oral nor documentary evidence.

I also wish to express my regret that, in a Court which by its Statute is elected in such a way as to assure “the representation of the main forms of civilization and of the principal legal systems of the world”, the United States in its statement accompanying the announcement of the non-participation in the present phase of the case should have chosen to refer to the national origins of two of the Judges who took part in the earlier phases of the case.

As to the effects of the United States failure to appear in the merits phase, and the meaning and application of Article 53 of the Court's Statute, I am in entire agreement with the Court ; and it is hardly necessary for me to add that I agree with the Court that, despite having chosen not to appear in the present phase, the United States remains a Party to the case, and is bound by the Judgment of the Court ; just as is also Nicaragua.

In a case like the present where an important question of jurisdiction had to be left to be dealt with at the merits stage, it is incumbent upon those Judges who have felt it necessary to vote “No” to some of the items of the *dispositif*, to explain their views, if only briefly. The reason is that the scheme of the *dispositif* is necessarily designed to enable the majority to express their decision. Even amongst them, reasons for the decision may differ ; but the actual decision, expressed by the vote “Yes”, will be essentially the same decision for all of them. Not so for those voting “No”. An example is the very important subparagraph (3) of paragraph 292 in the present case, by which those voting “Yes” express their common view that the respondent State has acted in breach of its obligation not to intervene in the affairs of another State : – a vote, “No”, however, might mean that in the opinion of that Judge, the Respondent's acts did not amount to intervention ; or that there was a legal justification by way of collective self-defence ; or that the action was justified as a counter measure ; or that, as in the case of the present Judge, the Court had no jurisdiction to decide

## OPINION DISSIDENTE DE SIR ROBERT JENNINGS

[Traduction]

Si je rejette certaines des conclusions de la Cour, notamment en ce qui concerne sa compétence, il me faut dire en exorde à la présente opinion que je partage sans réserve les regrets qu'elle a exprimés devant la décision des Etats-Unis de ne pas comparaître et de ne prendre aucunement part à la phase actuelle de l'affaire. Cette abstention a été particulièrement malencontreuse – et elle l'a peut-être été tout spécialement pour les Etats-Unis – vu que cette affaire a soulevé de délicates questions de fait et que, dans la phase de l'examen au fond, des témoins ont été cités et interrogés par les conseils du demandeur quant aux faits sans que leur témoignage ne soit soumis à contre-interrogatoire par les conseils du défendeur, celui-ci n'ayant lui-même fourni aucun témoignage oral ou écrit.

Je déplore aussi que, étant donné qu'aux termes du Statut de la Cour ses membres doivent être élus de façon que soit assurée « la représentation des grandes formes de civilisation et des principaux systèmes juridiques du monde », les Etats-Unis, dans la déclaration qu'ils ont faite au moment d'annoncer qu'ils ne participeraient pas à la phase actuelle de l'affaire, aient fait allusion à l'origine nationale de deux des juges qui avaient siégé dans les phases antérieures de l'affaire.

Pour ce qui est des effets de la non-comparution des Etats-Unis dans la phase sur le fond, ainsi que du sens et de l'application de l'article 53 du Statut de la Cour, je partage entièrement l'avis de la Cour. A peine est-il besoin d'ajouter que j'estime comme elle que, bien qu'ils aient décidé de ne pas comparaître dans la phase actuelle, les Etats-Unis demeurent Partie à l'affaire et sont liés par l'arrêt de la Cour, tout comme le Nicaragua.

Dans une affaire comme celle-ci, où une importante question de compétence a dû être reportée à l'examen au fond, il incombe aux juges qui ont estimé devoir émettre un vote négatif à l'égard de certains paragraphes du dispositif d'expliquer pourquoi, ne fût-ce que brièvement. En effet, le dispositif est nécessairement rédigé de façon à permettre à la majorité d'exprimer sa décision. Même pour les juges de la majorité, cette décision peut être diversement motivée. Toutefois la décision proprement dite, exprimée par un vote positif, est foncièrement la même pour chacun d'eux. Il n'en va pas de même pour les juges ayant émis un vote négatif. En ce qui concerne la présente affaire, je citerai comme exemple la décision très importante qui est énoncée au sous-paragraphe 3 du paragraphe 292. Par cette décision les juges émettant un vote positif déclarent conjointement que l'Etat défendeur a violé son obligation de ne pas intervenir dans les affaires d'un autre Etat. En revanche, le vote négatif émis par un juge pourrait signifier, pour ce juge, soit que les actes du défendeur ne constituaient pas une intervention, soit que ses actes étaient juridiquement

any of these things, and therefore the vote “No”, of itself, expressed no opinion whatsoever on those other substantive questions.

I shall deal first with the multilateral treaty reservation and jurisdiction ; then jurisdiction under the 1956 FCN Treaty ; and finally make some brief comments on the substance of the Judgment.

#### EFFECT OF THE MULTILATERAL TREATY RESERVATION

The multilateral treaty reservation is so oddly drafted that it must give rise to difficulties of interpretation. I agree with the Judgment, however, that, in spite of these difficulties, the Court has to respect it and apply it. The reason for this could not be clearer. The jurisdiction of the Court is consensual, this requirement being an emanation of the independence of the sovereign State ; which, it is in the present case not without pertinence to note, is also the basis of the principle of non-intervention. Consequently the Court, in the exercise under Article 36, paragraph 6, of its Statute of its competence to decide a dispute concerning its jurisdiction, must always satisfy itself that consent has in fact been accorded, before it can decide that jurisdiction exists. Moreover, the Court has to be mindful that a consent given in a declaration made under Article 36, paragraph 2, – the “Optional Clause” – is a consent that no State needs to make and that relatively very few have ever done so. Accordingly, any reservation qualifying such a consent especially demands caution and respect. I have, therefore, voted “yes” to subparagraph (1) of paragraph 292.

I agree with the decision of the Court, and for the reasons it gives in the Judgment, that the United States multilateral treaty reservation operates to exclude the Court’s jurisdiction in respect of the several multilateral treaties with which the dispute between the Parties to this case is concerned : including, most importantly, the Charter of the United Nations (particularly Art. 2, para. 4, governing the use of force or threat of force, and Art. 51 governing the right of individual and collective self-defence) ; and the Charter of the Organization of American States. I am unable, however, to agree with the Court’s persuasion that, whilst accepting the pertinence of the reservation, it can, nevertheless, decide on the Nicaraguan Application by applying general customary law, as it were in lieu of recourse to the relevant multilateral treaties.

This proposition raises some interesting problems about the relationship of customary law and the United Nations Charter in particular ; and I shall first touch briefly upon these ; but only briefly because, there are two

justifiés en vertu du principe de la légitime défense collective, soit que ses actes étaient justifiés en tant que riposte, soit que, comme je l'entends moi-même, la Cour n'avait pas compétence pour statuer sur l'un quelconque de ces points et que, par conséquent, un vote négatif n'exprimait en soi aucune espèce d'opinion sur ces autres questions de fond.

Je traiterai d'abord de la réserve relative aux traités multilatéraux et de la compétence qu'elle définit, puis de la compétence prévue par le traité d'amitié, de commerce et de navigation de 1956. Enfin je formulerai quelques brèves observations sur le fond de l'arrêt.

#### EFFET DE LA RÉSERVE RELATIVE AUX TRAITÉS MULTILATÉRAUX

La réserve relative aux traités multilatéraux est rédigée d'une façon tellement bizarre qu'elle pose forcément des problèmes d'interprétation. Cependant j'approuve l'arrêt quand il déclare que, malgré ces problèmes, la Cour est tenue de respecter cette réserve et de l'appliquer. La raison en est parfaitement claire. La compétence de la Cour est fondée sur le consentement, lequel est exigé en raison de l'indépendance des Etats souverains. Il n'est pas inutile de relever, dans la présente affaire, que c'est aussi sur leur indépendance que repose le principe de non-intervention. En conséquence, en application de l'article 36, paragraphe 6, de son Statut, lequel précise sa compétence pour trancher une contestation sur sa juridiction, la Cour doit toujours vérifier qu'un consentement a bien été donné, avant de décider qu'elle est compétente. D'autre part, la Cour doit tenir compte du fait que le consentement exprimé dans la déclaration visée à l'article 36, paragraphe 2 – la « clause facultative » –, n'est requis d'aucun Etat, et que fort peu d'Etats l'ont donné à ce jour. Dès lors, chaque réserve apportée à un tel consentement requiert tout spécialement prudence et respect. C'est pourquoi j'ai voté pour le sous-paragraphe 1 du paragraphe 292.

J'approuve la Cour lorsqu'elle décide, pour les motifs qu'elle indique dans l'arrêt, que la réserve des Etats-Unis relative aux traités multilatéraux a pour effet d'exclure la compétence de la Cour en ce qui concerne les divers traités multilatéraux auxquels a trait le litige entre les Parties à la présente espèce. Les plus importants d'entre eux sont la Charte des Nations Unies (voir en particulier l'article 2, paragraphe 4, concernant la menace ou l'emploi de la force, et l'article 51, relatif à la légitime défense, individuelle ou collective) et la charte de l'Organisation des Etats américains. Je ne puis cependant me convaincre, comme le fait la Cour, qu'il lui est possible, tout en reconnaissant la pertinence de la réserve, de statuer sur la requête du Nicaragua sur la base du droit coutumier général, lequel pourrait en quelque sorte être substitué aux dispositions des traités multilatéraux pertinents.

Ce point de vue soulève d'intéressantes questions en ce qui concerne la relation existant entre le droit coutumier et la Charte des Nations Unies en particulier. Je commencerai par ces questions mais je ne les traiterai que

further and decisive reasons, which apply not only to the United Nations Charter but also to other relevant multilateral treaties, and show most cogently why they cannot be avoided in this case by retreating into custom.

\* \*

Let us look first, therefore, at the relationship between customary international law, and Article 2, paragraph 4, and Article 51 of the United Nations Charter. There is no doubt that there was, prior to the United Nations Charter, a customary law which restricted the lawful use of force, and which correspondingly provided also for a right to use force in self-defence; as indeed the use of the term "inherent" in Article 51 of the United Nations Charter suggests. The proposition, however, that, after the Charter, there exists alongside those Charter provisions on force and self-defence, an independent customary law that can be applied as alternative to Articles 2, paragraph 4, and 51 of the Charter, raises questions about how and when this correspondence came about, and about what the differences, if any, between customary law and the Charter provisions, may be.

A multilateral treaty may certainly be declaratory of customary international law either :

"as incorporating and giving recognition to a rule of customary international law that existed prior to the conclusion of the treaty or, on the other hand, as being the *fons et origo* of a rule of international law which subsequently secured the general assent of States and thereby was transformed into customary law" (see Baxter, *British Year Book of International Law*, Vol. XLI, 1965-1966, p. 277).

It could hardly be contended that these provisions of the Charter were merely a codification of the existing customary law. The literature is replete with statements that Article 2, paragraph 4, – for example in speaking of "force" rather than war, and providing that even a "threat of force" may be unlawful – represented an important innovation in the law. The late Sir Humphrey Waldock, in a passage dealing with matters very much in issue in the present case, put it this way :

"The illegality of recourse to armed reprisals or other forms of armed intervention not amounting to war was not established beyond all doubt by the law of the League, or by the Nuremberg and Tokyo Trials. That was brought about by the law of the Charter . . ." (106 *Collected Courses*, Academy of International Law, The Hague (1962-II), p. 231.)

Even Article 51, though referring to an "inherent" and therefore supposedly pre-existing, right of self-defence, introduced a novel concept in

brièvement car il existe deux autres considérations décisives qui s'appliquent non seulement à la Charte des Nations Unies mais aussi à d'autres traités multilatéraux pertinents, et qui montrent très clairement pourquoi on ne saurait les négliger en l'espèce et se rabattre sur la coutume.

\* \*

Considérons d'abord la relation existant entre le droit international coutumier et les articles 2, paragraphe 4, et 51 de la Charte des Nations Unies. Il ne fait aucun doute qu'il existait avant l'adoption de la Charte des Nations Unies un droit coutumier qui limitait l'emploi licite de la force et prévoyait aussi, par conséquent, le droit d'user de la force comme moyen de légitime défense. C'est d'ailleurs ce que suggère l'adjectif « naturel » qui figure à l'article 51 de la Charte des Nations Unies. Toutefois, la thèse selon laquelle il subsisterait, depuis l'adoption de la Charte, et parallèlement aux dispositions de celle-ci concernant l'emploi de la force et la légitime défense, un droit coutumier indépendant qui pourrait être substitué aux articles 2, paragraphe 4, et 51 de la Charte pose la question de savoir comment et quand cette équivalence est née, et quelles sont les divergences éventuelles entre le droit coutumier et les dispositions de la Charte.

Certes un traité multilatéral peut être déclaratoire de droit international coutumier, que ce soit :

« en incorporant et en reconnaissant une règle de droit international coutumier existant avant la conclusion du traité ou en constituant la source première d'une règle de droit international largement avalisée ensuite par les Etats et devenue de ce fait règle de droit coutumier » (voir Baxter, *British Year Book of International Law*, vol. XLI, 1965-1966, p. 277).

On ne saurait guère soutenir que lesdites dispositions de la Charte ne constituaient qu'une codification du droit coutumier existant. Nombreux sont les auteurs qui ont affirmé que l'article 2, paragraphe 4, constituait une importante innovation juridique, par exemple parce qu'il se réfère à la « force » et non à la guerre et parce qu'il dispose que même une « menace de la force » peut être illicite. Dans un passage traitant de questions très pertinentes en l'espèce, sir Humphrey Waldock a déclaré que :

« L'illégalité du recours aux représailles armées ou à d'autres formes d'intervention armée n'équivalant pas à la guerre n'a pas été catégoriquement établie par le droit de la Société des Nations, ni au cours des procès de Nuremberg et de Tokyo. C'est le droit de la Charte qui l'a établie... » (Académie de droit international de La Haye, *Recueil des cours*, t. 106 (1962-II), p. 231.)

Même l'article 51, qui se réfère à un droit « naturel » de légitime défense lequel serait donc préexistant, a introduit un concept nouveau en men-

speaking of “collective self-defence”<sup>1</sup>. Article 51 was introduced into the Charter at a late stage for the specific purpose of clarifying the position in regard to collective understandings – multilateral treaties – for mutual self-defence, which were part of the contemporary scene.

If, then, the Charter was not a codification of existing custom about force and self-defence, the question must then be asked whether a general customary law, replicating the Charter provisions, has developed as a result of the influence of the Charter provisions, coupled presumably with subsequent and consonant States’ practice ; so that it might be said that these Charter provisions :

“generated a rule which, while only conventional or contractual in its origin, has since passed into the general *corpus* of international law, and is now accepted as such by the *opinio juris*, so as to have become binding even for countries which have never, and do not, become parties to the Convention” (*I.C.J. Reports 1969*, p. 41, para. 71).

But there are obvious difficulties about extracting even a scintilla of relevant “practice” on these matters from the behaviour of those few States which are not parties to the Charter ; and the behaviour of all the rest, and the *opinio juris* which it might otherwise evidence, is surely explained by their being bound by the Charter itself<sup>2</sup>.

There is, however, a further problem : the widely recognized special status of the Charter itself. This is evident from paragraph 6 of Article 2, that :

“The Organization shall ensure that States which are not Members of the United Nations act in accordance with these Principles so far as may be necessary for the maintenance of international peace and security.”

This contemplates obligations for non-members arising immediately upon the coming into operation of the Charter, which obligations could at that time only be derived, like those for Members, directly from the Charter itself. Even “instant” custom, if there be such a thing, can hardly be simultaneous with the instrument from which it develops. There is, therefore, no room and no need for the very artificial postulate of a customary law paralleling these Charter provisions. That certain provisions of the

<sup>1</sup> Cf. Aréchaga, 159 *Collected Courses*, The Hague (1978-I), at p. 87, and p. 96 where he goes so far as to assert : “The so-called customary law of self-defence supposedly pre-existing the Charter, and dependent on this single word [inherent] simply did not exist.”

<sup>2</sup> For an assessment of this important question, especially in relation to the Declaration of Principles of Friendly Relations, see Professor Arangio-Ruiz, 137 *Collected Courses*, The Hague (1972-III), Chap. IV.

tionnant la « légitime défense ... collective »<sup>1</sup>. Si l'on a introduit l'article 51 dans la Charte, vers la fin de l'élaboration de cet instrument, c'est qu'on voulait bien préciser la situation au regard des traités internationaux qu'étaient les accords collectifs de légitime défense mutuelle, lesquels étaient une réalité de l'époque.

A supposer donc que la Charte n'a pas codifié une règle coutumière déjà existante en matière d'emploi de la force et de légitime défense, il s'agit maintenant de savoir si un droit coutumier général, correspondant aux dispositions de la Charte, s'est développé sous l'influence de ces dispositions et grâce aussi sans doute au fait que les Etats ont adopté ensuite une pratique conforme à ces dispositions. En ce cas, on pourrait dire que lesdites dispositions de la Charte ont

« servi de base ou de point de départ à une règle qui, purement conventionnelle ou contractuelle à l'origine, se serait depuis lors intégrée à l'ensemble du droit international général et serait maintenant acceptée à ce titre par l'*opinio juris*, de telle sorte que désormais elle s'imposerait même aux pays qui ne sont pas et n'ont jamais été parties à la convention » (*C.I.J. Recueil 1969*, p. 41, par. 71).

Mais il est manifestement difficile de déceler, dans le comportement des quelques rares Etats qui ne sont pas parties à la Charte, le moindre indice de « pratique » pertinente en la matière. En outre, le comportement de tous les autres Etats, ainsi que l'*opinio juris* dont ce comportement pourrait par ailleurs témoigner, s'explique assurément par le fait que ces Etats sont liés par la Charte elle-même<sup>2</sup>.

Mais un autre problème se pose : il est largement admis que la Charte elle-même constitue un cas particulier, ainsi qu'en témoigne le paragraphe 6 de l'article 2, aux termes duquel :

« L'Organisation fait en sorte que les Etats qui ne sont pas membres des Nations Unies agissent conformément à ces principes dans la mesure nécessaire au maintien de la paix et de la sécurité internationales. »

Cette disposition vise des obligations incombant aux Etats non membres dès l'entrée en vigueur de la Charte, obligations qui, à ce moment-là, ne pouvaient que découler directement de la Charte elle-même au même titre que celles des Etats Membres. Même la coutume « immédiate », si tant est qu'une telle chose existe, ne saurait coïncider dans le temps avec l'instrument dont elle dérive. Par conséquent, il n'est ni possible ni nécessaire d'invoquer le postulat très artificiel d'un droit coutumier correspondant à

<sup>1</sup> Voir Aréchaga, *Recueil des cours*, La Haye, t. 159 (1978-I), p. 87 et p. 96, où cet auteur va jusqu'à affirmer que « le prétendu droit coutumier de légitime défense qui serait antérieur à la Charte et qui découlerait de ce seul terme [naturel], n'existait tout simplement pas ».

<sup>2</sup> Cette importante question a été étudiée, en particulier du point de vue de la déclaration relative aux principes touchant les relations amicales, par M. Arangio-Ruiz dans le *Recueil des cours*, La Haye, t. 137 (1972-III), chap. IV.

Charter are as such part of general international law, is the conclusion of no less an authority than Hans Kelsen :

“It is certainly the main purpose of Article 2, paragraph 6, to extend the most important function of the Organisation : to maintain peace by taking ‘effective collective measures’ to the relation between Members and non-members as well as the relation between non-members and thus to impose upon them the obligation stipulated in Article 2, paragraph 4.” (*The Law of the United Nations*, 1950, p. 108.)

And again :

“From the point of view of existing international law, the attempt of the Charter to apply to states which are not contracting parties to it must be characterized as revolutionary.” (*Ibid.*, p. 110.)

Kelsen would hardly have used the word “revolutionary” if he had thought of it as depending upon a development of customary law<sup>1</sup>.

That the Court has not wholly succeeded in escaping from the Charter and other multilateral treaties, is evident from even a casual perusal of the Judgment ; the Court has in the event found it impossible to avoid what is in effect a consideration of treaty provisions as such. As the Court puts it, the Court “can and must take them [the multilateral treaties] into account in determining the content of the customary law which the United States is also alleged to have infringed” (para. 183).

This use of treaty provisions as “evidence” of custom, takes the form of an interpretation of the treaty text. Yet the Court itself acknowledges that treaty-law and customary law can be distinguished precisely because the canons of interpretation are different (para. 178). To indulge the treaty interpretation process, in order to determine the content of a posited customary rule, must raise a suspicion that it is in reality the treaty itself that is being applied under another name. Of course this way of going about things may be justified where the treaty text was, from the beginning, designed to be a codification of custom ; or where the treaty is itself the origin of a customary law rule. But, as we have already seen, this could certainly not be said of Article 2, paragraph 4, or even Article 51, of the United Nations Charter ; nor indeed of most of the other relevant multilateral treaty provisions.

<sup>1</sup> For later views to much the same effect, see McNair, *Law of Treaties*, 1961, p. 217, where he speaks of these Charter provisions as possessing “a constitutive or semi-legislative character” ; also Brownlie, *International Law and the Use of Force by States*, 1963, p. 113, e.g., “the difference between Article 2, paragraph 4, and ‘general international law’ is the merest technicality” ; see also Tunkin, *95 Collected Courses*, The Hague (1958-III), pp. 65-66.

ces dispositions de la Charte. Le grand juriste Hans Kelsen est parvenu à la conclusion que certaines dispositions de la Charte font partie intégrante du droit international général :

« Il est certain que le paragraphe 6 de l'article 2 a essentiellement pour but d'élargir la principale fonction de l'Organisation, qui est de maintenir la paix en prenant des « mesures collectives efficaces » en ce qui concerne les relations entre Etats Membres et non membres, ainsi qu'entre Etats non membres, et de leur imposer ainsi l'obligation visée au paragraphe 4 de l'article 2. » (*The Law of the United Nations*, 1950, p. 108.)

Et il ajoute :

« Compte tenu du droit international actuel, il faut qualifier de révolutionnaire la tentative d'appliquer la Charte aux Etats qui ne sont pas parties contractantes à cet instrument. » (*Ibid.*, p. 110.)

Kelsen n'aurait sûrement pas employé le terme de « révolutionnaire » s'il avait estimé qu'il s'agissait là d'une évolution du droit coutumier <sup>1</sup>.

Une lecture rapide de l'arrêt suffit à montrer que la Cour n'a pas entièrement réussi à faire abstraction de la Charte et d'autres traités multilatéraux. En l'espèce, il lui a paru impossible d'éviter d'examiner les dispositions conventionnelles proprement dites. Selon ses propres termes, la Cour, « peut et doit les prendre en considération [les traités multilatéraux] pour déterminer le contenu du droit coutumier que les Etats-Unis auraient également enfreint » (par. 183).

Ce recours à des dispositions conventionnelles, en tant que « preuves » de la coutume, s'effectue sous forme d'interprétation du texte de traités. Cependant, la Cour elle-même reconnaît que, si une distinction peut être faite entre le droit conventionnel et le droit coutumier, c'est précisément parce qu'ils obéissent chacun à des normes d'interprétation (par. 178). Lorsque l'on s'autorise à interpréter un traité pour déterminer le contenu d'une règle coutumière présumée, on donne nécessairement à penser qu'en réalité on applique le traité lui-même sous une forme déguisée. Certes, cette façon de procéder peut se justifier quand le texte du traité devait dès le début constituer une codification de la coutume, ou quand le traité lui-même est à l'origine de la règle coutumière. Mais, comme nous l'avons déjà noté, tel ne saurait certainement être le cas de l'article 2, paragraphe 4, ni même de l'article 51 de la Charte des Nations Unies, ni d'ailleurs de la plupart des dispositions des autres traités multilatéraux pertinents.

<sup>1</sup> Par la suite d'autres auteurs se sont prononcés dans le même sens. (Voir McNair, *Law of Treaties*, 1961, p. 217, lequel affirme que lesdites dispositions de la Charte présentent « un caractère constitutif ou semi-législatif » ; et Brownlie, *International Law and the Use of Force by States*, 1963, p. 113, pour qui « il n'existe qu'une différence purement formelle entre le paragraphe 4 de l'article 2 et le « droit international général ». Voir aussi Tunkin, *Recueil des cours*, La Haye, t. 95 (1958-III), p. 65-66.

The reader cannot but put to himself the question whether the Judgment would, in its main substance, have been noticeably different in its content and argument, had the application of the multilateral treaty reservation been rejected.

\* \*

There is no need to pursue further the relationship of the United Nations Charter and customary law ; for even if a different view of this question could be adopted, there remains, quite independently, a most cogent objection to any attempt to decide the issues of force and self-defence without the Charter of the United Nations or other relevant treaties. Although the multilateral treaty reservation qualifies the jurisdiction of this Court, it does not qualify the substantive law governing the behaviour of the Parties at the material times. Article 38 of the Court's own Statute requires it first to apply "international conventions", "general" as well as "particular" ones, "establishing rules expressly recognized by the contesting States" ; and the relevant provisions of the Charter – and indeed also of the Charter of the Organization of American States, and of the Rio Treaty – have at all material times been principal elements of the applicable law governing the conduct, rights and obligations of the Parties. It seems, therefore, eccentric, if not perverse, to attempt to determine the central issues of the present case, after having first abstracted these principal elements of the law applicable to the case, and which still obligate both the Parties.

\* \*

There is yet another reason why it is, in my view, not possible to circumvent the multilateral treaty reservation by resort to a residuary customary law ; even supposing the latter could be disentangled from treaty and separately identified as to its content. The multilateral treaty reservation does not merely reserve jurisdiction over a multilateral treaty, where there is an "affected" party not a party to the case before the Court ; it reserves jurisdiction over "disputes arising under a multilateral treaty".

Clearly the legal nature of a dispute is determined by the attitude of the parties between which the dispute is joined. Nicaragua eventually, though not originally, pleaded its case in the duplex form of a dispute under multilateral treaties or, in the alternative, a dispute under customary law. But there are at least two sides to a dispute. The United States did not countenance a dispute arising only under custom. Its response to the charge of the unlawful use of force, was based firmly on the terms of Article 51 of the Charter. One party cannot in effect redefine the response of the other party. If the Respondent relies on Article 51, there is a dispute arising under a multilateral treaty.

Le lecteur ne peut s'empêcher de se demander si la Cour aurait, pour l'essentiel, raisonné et statué d'une façon nettement différente au cas où elle aurait rejeté l'applicabilité de la réserve relative aux traités multilatéraux.

\* \*

Il est inutile de s'appesantir davantage sur la relation entre la Charte des Nations Unies et le droit coutumier, car même si l'on pouvait adopter un point de vue différent en la matière il subsisterait, indépendamment de cela, une objection des plus sérieuses à toute tentative de trancher des questions d'emploi de la force et de légitime défense en dehors de la Charte des Nations Unies ou des autres traités pertinents. Certes, la réserve relative aux traités multilatéraux restreint la compétence de la Cour mais elle n'affecte pas les règles de fond applicables au comportement des Parties à certains moments décisifs. D'après l'article 38 de son propre Statut, la Cour doit appliquer en premier lieu les « conventions internationales, soit générales, soit spéciales, établissant des règles expressément reconnues par les Etats en litige ». Les dispositions pertinentes de la Charte – comme d'ailleurs celles de la charte de l'Organisation des Etats américains et du traité de Rio – ont été, à tous les moments décisifs, des éléments essentiels du droit applicable au comportement ainsi qu'aux droits et obligations des Parties. Il paraît donc bizarre, pour ne pas dire erroné, de tenter de trancher les questions qui sont au cœur de la présente affaire après avoir écarté d'emblée des éléments du droit applicable en l'espèce qui sont essentiels et s'imposent encore aux deux Parties.

\* \*

A mon avis, il est encore une autre raison qui empêche de tourner la réserve relative aux traités multilatéraux en invoquant une règle coutumière résiduelle, même à supposer que cette règle puisse être dissociée du droit conventionnel et présenter un contenu distinct. La réserve relative aux traités multilatéraux ne se borne pas à limiter la compétence de la Cour en présence d'un traité multilatéral, lorsqu'une partie « affectée » n'est pas partie à l'affaire portée devant la Cour ; elle réserve sa compétence en matière de « différends résultant d'un traité multilatéral ».

Il est clair que le caractère juridique d'un différend est déterminé par l'attitude des parties à ce différend. A la fin, mais non au commencement, le Nicaragua a plaidé sa cause sous la double perspective d'un différend résultant de traités multilatéraux et, subsidiairement, d'un différend relevant du droit coutumier. Mais tout litige présente au moins deux aspects. Les Etats-Unis n'ont pas admis qu'il s'agissait d'un différend relevant uniquement de la coutume. En réponse à l'accusation d'emploi illicite de la force, ils se sont fondés avec insistance sur les termes de l'article 51 de la Charte. Or, une partie ne peut pas redéfinir les moyens de défense de l'autre partie. Dès lors que le défendeur invoque l'article 51, il s'agit d'un différend résultant d'un traité multilatéral.

Consequently, I am unable to see how the main elements of this dispute – the use of force, and collective self-defence – can be characterized as other than disputes arising under a multilateral treaty. That being so, it follows from the multilateral treaty reservation, that the Court's jurisdiction is lacking, not merely in respect of a relevant multilateral treaty, but in respect of that dispute.

Accordingly, I have voted "No" to subparagraph (2) of paragraph 292 ; not at all on grounds of substance but on the ground of lack of jurisdiction. It follows also that I have had to vote "No" to subparagraph (4), dealing with certain direct attacks on Nicaraguan territory, and to subparagraph (5), dealing with unauthorized overflight of Nicaraguan territory ; again because of lack of jurisdiction to decide one way or the other on the question of self-defence.

\* \*

The question next arises whether there are any claims in the Nicaraguan application, which can be severed from disputes arising under multilateral treaties and can therefore be decided by the Court without trespass upon that area which the reservation has put outside the jurisdiction conferred upon it by the United States Declaration under Article 36, paragraph 2 ? To answer this question requires an exercise in the characterization of the various issues raised by the application. In particular, it requires some examination of the applicable law ; for the multilateral treaty reservation characterizes excluded disputes in terms of the kind of law applicable to them. The Court could not, therefore, avoid some examination of the applicable law, even for those matters which it finally has no jurisdiction to decide ; which shows how correct it was for the Court to join the consideration of the multilateral treaties reservation to the merits in 1984.

It will be convenient to examine from the point of view of jurisdiction, first the question of intervention ; then the mining of the ports ; then the breaches of humanitarian law ; and then the different question – different because it refers to Article 36, paragraph 1, of the Court's Statute – of the jurisdiction of the Court under the Friendship, Commerce and Navigation Treaty of 1956.

#### THE PRINCIPLE OF NON-INTERVENTION AND THE MULTILATERAL TREATY RESERVATION

How far does the multilateral treaty reservation prevent the Court from deciding the questions concerning the principle of non-intervention ? There can be no doubt that the principle of non-intervention is an autonomous principle of customary law ; indeed it is very much older than any of

Par conséquent, je ne vois pas comment les éléments essentiels du présent différend – emploi de la force et légitime défense collective – pourraient être qualifiés autrement que comme relevant d'un traité multilatéral. Cela étant, il résulte de la réserve relative aux traités multilatéraux que la Cour n'a pas compétence non seulement en ce qui concerne le traité multilatéral pertinent, mais aussi en ce qui concerne le différend lui-même.

C'est pourquoi j'ai voté contre le sous-paragraphe 2 du paragraphe 292 ; je ne l'ai pas du tout fait pour des raisons de fond, mais pour incompetence de la Cour. C'est aussi pourquoi j'ai voté contre le sous-paragraphe 4, qui concerne certaines attaques directes effectuées en territoire nicaraguayen, et contre le sous-paragraphe 5, qui a trait au survol sans autorisation du territoire nicaraguayen ; si j'ai voté ainsi, c'est aussi parce que la Cour n'était pas compétente pour se prononcer dans un sens ou dans l'autre sur la légitime défense.

\* \*

Reste à savoir si la requête du Nicaragua contient des revendications qui pouvaient être dissociées des différends résultant des traités multilatéraux et sur lesquelles la Cour pouvait donc se prononcer sans s'immiscer dans le domaine exclu par la réserve dont est assortie la déclaration par laquelle les Etats-Unis ont accepté la juridiction obligatoire de la Cour en vertu de l'article 36, paragraphe 2. Pour pouvoir répondre à cette question, il faut bien cerner les divers problèmes que pose cette requête. Il importe en particulier d'examiner le droit applicable car la réserve relative aux traités multilatéraux définit les différends à exclure en se fondant sur le droit qui leur est applicable. La Cour ne pouvait donc pas se dispenser d'examiner dans une certaine mesure le droit applicable, même en ce qui concerne les matières pour lesquelles elle n'avait en fin de compte aucune compétence, ce qui montre bien combien elle a eu raison, en 1984, de joindre au fond l'examen de la réserve relative aux traités multilatéraux.

Il conviendra d'examiner successivement, du point de vue de la compétence, la question de l'intervention, celle du minage des ports, celle des violations du droit humanitaire, puis la question différente – elle relève en effet de l'article 36, paragraphe 1, du Statut de la Cour – de la compétence de la Cour en vertu du traité d'amitié, de commerce et de navigation de 1956.

#### LE PRINCIPE DE NON-INTERVENTION ET LA RÉSERVE RELATIVE AUX TRAITÉS MULTILATÉRAUX

Jusqu'à quel point la réserve relative aux traités multilatéraux empêche-t-elle la Cour de trancher les questions qui concernent le principe de non-intervention ? Il est hors de doute que le principe de non-intervention est un principe autonome du droit coutumier ; c'est même un principe

the multilateral treaty régimes in question. It is, moreover, a principle of law which in the inter-American system has its own peculiar development, interpretation and importance.

One is, however, immediately faced with the difficulty that a plea of collective self-defence is obviously a possible justification of intervention and that this is the justification which the United States has pleaded. So it is again a dispute arising under Article 51 of the United Nations Charter. If one turns to the Inter-American system of law, the same problem arises. Article 18 of the Charter of the Organization of American States deals with intervention in peculiarly comprehensive terms, in that it prohibits intervention "for any reason whatever"; it also, in Article 21, deals with force and self-defence, but in specifically treaty terms. Thus, by that article, the American States "bind themselves in their international relations not to have recourse to the use of force, except in the case of self-defence *in accordance with existing treaties or in fulfillment thereof*" (emphasis added).

The latter phrase can only mean that self-defence in the inter-American system by definition requires recourse to multilateral treaties; such as, obviously, the Rio Treaty on Mutual Assistance, as well as the Principle of the OAS Charter (Art. 3 *(f)*) that: "An act of aggression against one American State is an act of aggression against all the other American States." In short, I am wholly unable to see how the issues of intervention raised in the instant case – intervention indeed by either Party, for each accuses the other of it – can be categorized as other than a dispute, or disputes, arising under multilateral treaties, and thus caught by the multilateral treaty reservation; at any rate where self-defence has formally been pleaded as a justification.

A possible way out of the jurisdictional problem which needs to be investigated is the following. It is certain that a respondent State could not be permitted to make a dispute into one arising under a multilateral treaty, merely by making an unsupportable allegation that a treaty was involved. Suppose, in the present case, it were manifest on the face of the matter that there had in fact been no armed attack to which a plea of collective self-defence could be a permissible response? In that event it could surely be said that there was truly no dispute arising under Article 51 of the Charter.

This, however, is not at all the position. There is a case to answer. The Court has carefully examined both the law and the fact and has made a formal decision in subparagraph (2) of paragraph 292. In short, there is no escaping the fact that this is a decision of a dispute arising under Article 51.

beaucoup plus ancien que tous les régimes institués par les traités multilatéraux en question. De surcroît, c'est un principe de droit qui, dans le système interaméricain, se distingue par l'évolution, qu'il a subie, l'interprétation qui en a été donnée et l'importance qu'il a revêue.

Cependant, on se heurte immédiatement à une difficulté : la thèse de la légitime défense collective constitue évidemment une justification possible de l'intervention et c'est cette justification que les Etats-Unis ont invoquée. Il s'agit donc encore une fois d'un différend résultant de l'article 51 de la Charte des Nations Unies. Si l'on examine ensuite le système juridique interaméricain, on retrouve le même problème. L'article 18 de la charte de l'Organisation des Etats américains traite de la question de l'intervention en des termes particulièrement généraux ; il interdit l'intervention « pour quelque motif que ce soit ». Quant à l'article 21, qui concerne l'emploi de la force et la légitime défense, il s'inscrit, lui, dans le cadre spécifique du droit conventionnel. Aux termes de cet article, les Etats américains « s'engagent dans leurs relations internationales à ne pas recourir à l'emploi de la force, si ce n'est dans le cas de légitime défense, *conformément aux traités en vigueur, ou dans le cas de l'exécution desdits traités* » (les italiques sont de moi).

Tout ce que peut signifier ce dernier membre de phrase, c'est que la légitime défense, dans le système interaméricain, exige par définition le recours à des traités multilatéraux, tels que, bien évidemment, le traité interaméricain d'assistance mutuelle de Rio ainsi que la charte de l'Organisation des Etats américains, dont l'article 3, alinéa *f*), énonce le principe suivant : « L'agression contre un Etat américain constitue une agression contre tous les autres Etats américains. » En bref, je ne parviens pas du tout à voir comment les questions d'intervention, soulevées en l'espèce — celle de l'intervention de l'une et l'autre Parties, puisqu'elles s'en accusent réciproquement —, peuvent être considérées autrement que comme soulevant un différend ou des différends découlant de traités multilatéraux, et comme tombant par conséquent sous le coup de la réserve relative aux traités multilatéraux, tout au moins lorsque la légitime défense a été formellement invoquée en tant que justification de l'intervention.

Le problème juridictionnel qui se pose peut être résolu d'une manière qu'il importe d'examiner maintenant. Un Etat défendeur ne saurait certes être autorisé à faire d'un différend quelconque un différend découlant d'un traité multilatéral, en se bornant à alléguer de façon indéfendable qu'un traité est en cause. Supposons qu'il soit manifeste, en l'espèce, qu'il n'y ait en réalité pas eu d'agression armée à laquelle puisse être opposée la thèse de la légitime défense collective. On pourrait certainement affirmer, dans ce cas, qu'il n'y a vraiment pas de différend découlant de l'article 51 de la Charte.

Or, tel n'est pas le cas. Il existe un différend à trancher. Après avoir examiné de façon approfondie le droit et les faits, la Cour a pris une décision formelle au sous-paragraphe 2 du paragraphe 292. On ne peut donc nier qu'il s'agit d'une décision portant sur un différend découlant de l'article 51.

Accordingly, I have had to vote "No" to subparagraph (3) of paragraph 292 ; not indeed on the ground that there has been no United States intervention in Nicaragua, for it is obvious that there has been, but because I cannot see that the Court has jurisdiction to decide whether or not the intervention is justified as an operation of collective self-defence.

\* \*

#### THE QUESTION OF THE MINING OF NICARAGUAN PORTS

The dispute concerning the responsibility of the United States for the unnotified mining of Nicaraguan ports, which apparently resulted in damage to a number of merchant ships, some under the flags of third States, seems to be a matter which does not arise out of the provisions of multilateral treaties, and is therefore within the jurisdiction of the Court. When this Court had to consider the laying of mines in a seaway in the *Corfu Channel* case, it did not find it necessary, in connection with the responsibility for damage caused by the mines, to invoke the provisions of the United Nations Charter, but based its decision on the obligation to notify the existence of the mines "for the benefit of shipping in general" ; an obligation :

"based, not on the Hague Convention of 1907, No. VIII, which is applicable in time of war, but on certain general and well-recognized principles, namely : elementary considerations of humanity, even more exacting in peace than in war ; the principle of freedom of maritime communication ; and every State's obligation not to allow knowingly its territory to be used for acts contrary to the rights of other States" (*I.C.J. Reports 1949*, p. 22).

This law would seem to apply *a fortiori* where a State lays mines in another State's ports or port approaches, and fails to notify shipping. Nor does this conclusion depend upon a construction of Article 51 of the Charter, for even supposing the United States were acting in legitimate self-defence, failure to notify shipping would still make the mine-laying unlawful.

No doubt that the Court is right, therefore, in finding that the United States has, in this matter, acted unlawfully. Accordingly, I have found myself able to vote for subparagraph (8) of the *dispositif* ; and also for subparagraph (7), which refers to the 1956 Treaty of Friendship, Commerce and Navigation, which will be discussed in a following section of this opinion. I am not able, however, to vote "Yes" to subparagraph (6), which deals with the laying of the mines in terms of a duty of non-intervention, and also in terms of a violation of sovereignty. This of course again raises the question of possible justification of the United States action as part of a

En conséquence, j'ai dû voter contre le sous-paragraphe 3 du paragraphe 292, non pas parce qu'il n'y a pas eu d'intervention des États-Unis d'Amérique au Nicaragua – il est en effet évident qu'il y a eu intervention de leur part – mais parce que je ne pense pas que la Cour avait compétence pour décider si l'intervention se justifiait ou non dans le cadre de la légitime défense collective.

\* \*

#### LA QUESTION DU MINAGE DES PORTS NICARAGUAYENS

La controverse sur la responsabilité des États-Unis pour le minage sans notification des ports nicaraguayens, lequel a apparemment eu pour conséquence d'endommager des navires marchands dont certains battaient pavillon d'États tiers, semble ne pas relever de dispositions de traités multilatéraux, si bien qu'elle est du ressort de la Cour. Lorsque celle-ci a eu à examiner la question du mouillage de mines dans une voie maritime, en l'affaire du *Détroit de Corfou*, elle n'a pas estimé nécessaire, à propos de la responsabilité pour les dommages causés par les mines, d'invoquer les dispositions de la Charte des Nations Unies, mais elle a fondé sa décision sur l'obligation de faire connaître l'existence des mines « dans l'intérêt de la navigation en général ». Cette obligation était de celles qui étaient :

« fondées non pas sur la convention VIII de La Haye, de 1907, qui est applicable en temps de guerre, mais sur certains principes généraux et bien reconnus, tels que des considérations élémentaires d'humanité, plus absolues encore en temps de paix qu'en temps de guerre, le principe de la liberté des communications maritimes et l'obligation, pour tout Etat, de ne pas laisser utiliser son territoire aux fins d'actes contraires aux droits d'autres Etats » (*C.I.J. Recueil 1949*, p. 22).

Il semble que cette règle devrait s'appliquer *a fortiori* quand un Etat pose des mines dans les ports ou dans les approches des ports d'un autre Etat, et ne signale pas le fait à la navigation. Cette conclusion ne dépend d'ailleurs pas non plus d'une interprétation de l'article 51 de la Charte, car même en supposant que les États-Unis aient agi en état de légitime défense le mouillage des mines resterait illicite, faute d'avertissement à la navigation.

Par conséquent, il est indubitable que la Cour était fondée à conclure qu'en l'espèce les États-Unis avaient agi de façon contraire au droit. C'est pourquoi j'ai pu voter pour le sous-paragraphe 8 du dispositif. J'ai également voté pour le sous-paragraphe 7 qui vise le traité d'amitié, de commerce et de navigation de 1956, traité que j'examinerai dans une autre section de la présente opinion. En revanche, je n'ai pas pu voter pour le sous-paragraphe 6, qui considère le mouillage des mines comme un manquement à l'obligation de ne pas intervenir et comme une atteinte à la souveraineté, ce qui soulève naturellement de nouveau la question d'une

collective self-defence operation ; and on this there is in my view no jurisdiction to make a finding.

There is, nevertheless, a problem in regard even to the finding that the laying of unnotified mines was unlawful. With the question of collective self-defence undecided, it is far from clear that the respondent State is answerable to Nicaragua for damaging, or impeding its shipping ; and the third States whose shipping was involved are not before the Court. However, since the laying of unnotified mines is of itself an unlawful act, it seemed right nevertheless to vote for subparagraph (8).

\* \*

#### THE *CONTRAS* AND HUMANITARIAN LAW

Nicaragua claims that the *contras* have committed violations both of the law of human rights and of humanitarian law and that the responsibility for these acts should be attributed to the United States. This is, again, a question which is not one arising under the Charter of the United Nations or of the Organization of American States, for such acts obviously are unlawful even if committed in the course of justified collective self-defence. On the other hand, it might be objected that the question of possible breaches of humanitarian law must be a dispute arising under the 1949 Geneva multilateral Conventions ; and there must be at least very serious doubts whether those conventions could be regarded as embodying customary law. Even the Court's view that the common Article 3, laying down a "minimum yardstick" (para. 218) for armed conflicts of a non-international character, are applicable as "elementary considerations of humanity", is not a matter free from difficulty. Nevertheless, there is also the point that there is no third State "affected" by a decision taken under an Article of the Geneva Conventions ; not at any rate in the way that El Salvador can be seen to be "affected" by a decision taken under Articles 2, paragraph 4, and 51 of the United Nations Charter.

It is clear enough that there has been conduct – not indeed confined to one side of the civil strife – that is contrary to human rights, humanitarian law and indeed also the most elementary considerations of humanity (see the Report of Amnesty International, *Nicaragua: the Human Rights Record*, March 1986, AMR/43/01/86). To impute any of these acts to the United States, as acts of the United States – which is what Nicaragua asks the Court to do – would require a double exercise : there must not only be evidence of the particular acts in question, but the acts must also be imputable to the United States according to the rules governing State

éventuelle justification de l'action des Etats-Unis d'Amérique envisagée comme s'inscrivant dans une opération de légitime défense collective. Or, à mon sens, la Cour n'a pas compétence pour se prononcer sur ce point.

Néanmoins, même la conclusion selon laquelle le mouillage de mines effectué sans notification était illicite pose un problème. La question de la légitime défense collective n'étant pas tranchée, il n'est pas du tout évident que l'Etat défendeur soit responsable envers le Nicaragua des dommages causés aux navires ou des entraves apportées à la navigation. Et les Etats tiers dont la navigation est concernée n'ont pas participé à l'instance. Cependant, étant donné que le mouillage de mines effectué sans notification est en soi un acte illicite, il m'a paru juste de voter quand même pour le sous-paragraph 8.

\* \*

#### LES CONTRAS ET LE DROIT HUMANITAIRE

Le Nicaragua soutient que les *contras* ont commis des actes en violation des droits de l'homme et du droit humanitaire et que la responsabilité de ces actes doit être imputée aux Etats-Unis. Cette question ne résulte pas non plus de la Charte des Nations Unies ou de la charte de l'Organisation des Etats américains, car de tels actes sont manifestement illicites même s'ils ont été commis dans un cas où la légitime défense collective se justifiait. En revanche, on pourrait objecter que la question des violations possibles du droit humanitaire constitue nécessairement un différend résultant des conventions multilatérales de Genève de 1949. On doit tout au moins tenir pour très douteux que ces conventions puissent être considérées comme consacrant le droit coutumier. Même le point de vue de la Cour selon lequel l'article 3 commun aux quatre conventions énonce un « minimum » de règles (par. 218) qui sont applicables dans les conflits armés ne présentant pas un caractère international et qui correspondent à des « considérations élémentaires d'humanité » n'est pas sans présenter des difficultés. Par ailleurs, il est à noter aussi qu'il n'y a pas d'Etat tiers « affecté » par une décision prise en considération d'un article des conventions de Genève, tout au moins pas au sens où El Salvador peut être considéré comme étant « affecté » par une décision prise compte tenu des articles 2, paragraphe 4, et 51 de la Charte des Nations Unies.

Il est constant que les troubles civils se sont accompagnés d'actes contraires aux droits de l'homme, au droit humanitaire et même aux considérations les plus élémentaires d'humanité, et qu'ils n'ont pas été commis par un seul camp (voir le rapport d'Amnesty International, *Nicaragua : the Human Rights Record*, mars 1986, AMR/43/01/86). Pour imputer aux Etats-Unis l'un quelconque de ces actes – c'est ce que le Nicaragua a demandé à la Cour de faire – il faudrait non seulement que l'existence de cet acte particulier soit établie mais aussi que celui-ci soit imputable aux Etats-Unis conformément aux règles qui régissent la responsabilité des

Responsibility in international law ; which, in short, means that the unlawful acts of the *contras* must have been committed in such a way, or in such circumstances, as to make them in substance the acts of the United States itself. The Court's finding, made clear in the final phrase of subparagraph (9) of paragraph 292, is that no such acts can be imputed to the United States, and that this claim and charge of Nicaragua is rejected.

There remains, however, the matter of the dissemination of the so-called manual by the United States. This was wholly deplorable ; though it is fair to remember that, when it came to the notice of the House of Representatives Permanent Select Committee on Intelligence, it was rightly condemned by them, the *contras* were urged to ignore it, and an attempt was made to recall copies (para. 120). Again, the dissemination of this manual does not, in international law, make unlawful acts of the *contras* into acts imputable to the United States. This is presumably why the Court's rebuke is in the non-technical terms of "encouragement" of unlawful acts. Nevertheless, a rebuke is appropriate and I have had no hesitation in voting "Yes" to that part of the Court's decision.

Accordingly, I have voted "Yes" to subparagraph (9) of paragraph 292.

\* \*

#### TREATY OF FRIENDSHIP, COMMERCE AND NAVIGATION OF 21 JANUARY 1956

It is now necessary to examine how far the Court has jurisdiction to deal with any aspects of the case by virtue of the jurisdiction clause (Art. XXIV) of the Treaty of Friendship, Commerce and Navigation of 21 January 1956, which provides :

"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."

The Court found in the previous phase of the case, that :

"to the extent that the claims in Nicaragua's Application constitute a dispute as to the interpretation or the application of the Articles of the Treaty of 1956 . . . the Court has jurisdiction under that Treaty to entertain such claims" (*I.C.J. Reports 1984*, p. 429).

Since that Judgment, the United States has denounced the Treaty by a

Etats en droit international. Cela revient à dire, en résumé, que les actes illicites des *contras* devraient avoir été commis d'une manière ou dans des circonstances telles qu'il s'agisse au fond d'actes des Etats-Unis eux-mêmes. Selon la conclusion de la Cour sur ce point, qui est énoncée dans le dernier membre de phrase du sous-paragraphe 9 du paragraphe 292, aucun acte de cette nature ne peut être imputé aux Etats-Unis si bien que ce grief et cette accusation du Nicaragua sont rejetés.

Reste l'affaire de la diffusion du « manuel » par les Etats-Unis, laquelle est tout à fait regrettable. En toute justice, il faut rappeler que, lorsque la commission permanente restreinte du renseignement de la Chambre des représentants en a eu connaissance, elle a condamné à juste titre ce manuel ; d'autre part, on a insisté auprès des *contras* pour qu'ils n'en tiennent aucun compte et on a tenté d'en récupérer des exemplaires (par. 120). La diffusion de ce manuel n'a pas non plus pour effet, en droit international, de transformer les actes illicites des *contras* en actes imputables aux Etats-Unis. C'est sans doute pourquoi la Cour a reproché aux Etats-Unis d'avoir « encouragé » l'accomplissement d'actes illicites, terme qui n'a pas un caractère technique. Il n'en demeure pas moins qu'un reproche est justifié, et je n'ai pas hésité à voter en faveur de cette partie de la décision de la Cour.

En conséquence, j'ai voté pour le sous-paragraphe 9 du paragraphe 292.

\* \*

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

Il faut examiner maintenant jusqu'à quel point la Cour a compétence pour connaître d'un aspect quelconque de l'affaire en vertu de la clause de juridiction (art. XXIV) du traité d'amitié, de commerce et de navigation du 21 janvier 1956, qui dispose que :

« 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. »

Dans la phase antérieure de l'affaire, la Cour a conclu que :

« dans la mesure où les demandes formulées dans la requête du Nicaragua révèlent l'existence d'un différend sur l'interprétation ou l'application des articles du traité de 1956 ... la Cour a compétence pour en connaître en vertu de ce traité » (*C.I.J Recueil 1984*, p. 429).

Depuis que cet arrêt a été rendu, les Etats-Unis d'Amérique ont dénoncé

Note of 1 May 1985, giving the year's notice of denunciation required by Article XXV, paragraph 3, of the Treaty. Since this denunciation was long after joinder of issue, it remains a possible ground of jurisdiction in this case.

First, it should be noted that the 1956 Treaty creates, by Article XXIV, a title of jurisdiction under Article 36, paragraph 1, of the Court's Statute, being a treaty "in force" at the material time. It is a title of jurisdiction which is different from, and independent of, the question of jurisdiction under the United States Declaration made under Article 36, paragraph 2, of the Statute. It is, therefore, a title of jurisdiction which is not touched by the multilateral treaties reservation, which applies only to the Declaration made under Article 36, paragraph 2 ; and there is, accordingly, nothing to prevent the Court, when it is dealing with matters covered by the jurisdiction clause of the FCN Treaty, from considering and applying, for example, Articles 2, paragraph 4, and 51 of the United Nations Charter or any other relevant multilateral treaties. Indeed, the first part of Article XXI (*d*) of the FCN Treaty, to be considered below, clearly contemplates certain kinds of "obligations of a Party" arising from the United Nations Charter as being relevant to the interpretation and application of the treaty.

This does not mean that the principal dispute, the subject of the Nicaraguan Application, could be dealt with under the FCN Treaty jurisdiction clause ; except indeed in so far as it may involve a dispute which directly concerns the "interpretation or application" of the provisions of the treaty. I am unable to accept the Nicaraguan argument, by which the treaty jurisdiction is supposed to comprise matters which could be said in general terms to be inconsistent with the "object and purpose" of an FCN treaty, but are not referred to specific articles of the treaty. The jurisdiction clause of such a treaty could not be regarded as conferring a jurisdiction to pass upon matters external to the actual provisions of the treaty, even though such matters may affect the operation of the treaty. Suppose hostilities, or even war, should arise between parties to an FCN treaty, then the Court under a jurisdiction clause surely does not have jurisdiction to pass upon the general question of the lawfulness or otherwise of the outbreak of hostilities or of war, on the ground only that this defeated the object and purpose of the treaty ; though of course it might have jurisdiction for instance to decide whether there was a "war" or hostilities, for the purposes of interpreting and applying a war clause which was a term of the treaty. If it were otherwise, there would be no apparent limit to the kinds of dispute which might in certain circumstances be claimed to come under such a jurisdiction clause. The conferment of such a potentially roving jurisdiction could not have been within the intention of the parties when they agreed the jurisdiction clause ; and if the Court had asserted such a jurisdiction, this would only have discouraged future mention of the Court in such FCN treaty jurisdiction clauses. I am therefore glad to note that the Court (para. 271) bases its jurisdiction here on Article 36, paragraph 2, of

le traité par une note en date du 1<sup>er</sup> mai 1985, en donnant le préavis d'un an qu'exige l'article XXV, paragraphe 3, du traité. Etant donné que cette dénonciation est intervenue bien après la question de la jonction, il demeure en l'espèce un fondement de compétence possible.

En premier lieu, il faut relever que le traité de 1956 crée, par son article XXIV, un titre de compétence au sens de l'article 36, paragraphe 1, du Statut de la Cour, puisqu'il s'agit d'un traité « en vigueur » au moment considéré. C'est une base de compétence différente et indépendante de la question de la compétence en vertu de la déclaration des Etats-Unis d'Amérique faite au titre de l'article 36, paragraphe 2, du Statut. C'est donc un titre de compétence qui n'est pas affecté par la réserve relative aux traités multilatéraux, laquelle ne concerne que la déclaration faite en vertu de l'article 36, paragraphe 2 ; par conséquent, rien ne s'oppose à ce que la Cour, lorsqu'elle connaît de questions visées par la clause de juridiction du traité de 1956, examine et applique, par exemple, les articles 2, paragraphe 4, et 51 de la Charte des Nations Unies ou tout autre traité multilatéral pertinent. En effet, d'après la lettre *d*) du premier paragraphe de l'article XXI du traité de 1956, qui sera examiné ci-après, il est manifeste que certaines « obligations de l'une ou l'autre partie » découlant de la Charte des Nations Unies sont pertinentes aux fins de l'interprétation et de l'application du traité.

Cela ne signifie pas que le différend principal, qui fait l'objet de la requête nicaraguayenne, puisse être réglé au titre de la clause de juridiction du traité de 1956, à moins qu'il ne s'agisse d'un différend concernant directement « l'interprétation ou l'application » des dispositions du traité. Je ne peux pas admettre l'argument du Nicaragua selon lequel la compétence fondée sur le traité est censée s'étendre à des questions qu'on peut, d'une façon générale, qualifier d'incompatibles avec « le but et l'objet » du traité de 1956 mais qui ne sont pas visées par des articles spécifiques de ce traité. La clause juridictionnelle d'un tel traité ne peut pas être considérée comme donnant compétence pour trancher des questions étrangères aux dispositions concrètes du traité, même si ces questions peuvent avoir une incidence sur l'application de celui-ci. Si des hostilités, ou même une guerre, éclatent entre des parties à un traité d'amitié, de commerce et de navigation, il est alors certain que la Cour, en vertu d'une clause juridictionnelle, n'a pas compétence pour examiner la question générale de la licéité du déclenchement de ces hostilités ou de cette guerre, au seul motif que ces événements sont contraires au but et à l'objet du traité. Il est cependant évident que la Cour pourrait être compétente pour décider, par exemple, s'il y a « guerre » ou « hostilités », aux fins d'interpréter et d'appliquer une clause du traité visant le cas de guerre. Sinon, il serait apparemment possible de dire, de toutes sortes de différends, qu'ils tombent dans certaines circonstances sous le coup d'une telle clause juridictionnelle. Les parties au traité ne peuvent avoir eu l'intention de conférer une compétence aussi fluctuante lorsqu'elles se sont accordées sur la clause juridictionnelle. L'affirmation par la Cour d'une telle compétence n'aurait pu que décourager les parties à des traités d'amitié, de commerce et de

the Statute ; though that course is not open to me, taking the view I do on the effect of the multilateral treaty reservation.

It is in any event abundantly clear that the object and purpose of this particular Treaty could not have anything like so large an ambit as Nicaragua contended. The Treaty is, in its preamble, said to be “based in general upon the principles of national and most-favoured-nation treatment unconditionally accorded” : a strictly technical formula concerned essentially with commercial relations. Thus, the “object and purpose” of this Treaty is simply not capable of being stretched in the way Nicaragua wished.

If one looks, accordingly, at the actual provisions of the Treaty, perhaps one is struck first by the extent to which many of the terms of the Treaty have been faithfully observed by both Parties. There is much, for example, concerning the treatment of the nationals of one Party in the territory of the other (e.g., Arts. VIII, IX, X and XI) and United States citizens seem to be able to travel freely to Nicaragua. As to Nicaraguans in the United States, it was striking that Mr. Chamorro, whose affidavit is much relied upon by the Court excuses himself from travelling to The Hague to give oral testimony, because travel outside the United States could possibly, he had been advised, prejudice his application for leave to establish himself and his family as permanent residents in the United States.

Nevertheless, there are acts of the United States which appear *prima facie* to be breaches of actual provisions of the Treaty. The mining of the ports very clearly touches Article XIX, which provides that between the territories of the two parties there shall be freedom of commerce and navigation. And by declaring a general embargo on trade with Nicaragua on 1 May 1985, the United States is *prima facie* in breach of the actual stipulations of several articles, including in particular Article XIX again ; for the comprehensive trade embargo is repugnant to an undertaking to establish “freedom of commerce” ; and to the provision of that Article that :

“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.”

At this point, however, it is necessary to consider the effect of Article XXI which contains a list of provisos – measures which the “present Treaty shall not preclude the application of” – which qualify the entire Treaty. The interesting one for present purposes is :

navigation de mentionner à l'avenir la Cour dans de telles clauses juridictionnelles. C'est donc avec plaisir que je constate que la Cour (par. 271) fonde ici sa compétence sur l'article 36, paragraphe 2, du Statut, encore que je ne puisse me prononcer dans ce sens étant donné le point de vue que j'ai adopté sur l'effet de la réserve relative aux traités multilatéraux.

Quoi qu'il en soit sur le plan général, il est tout à fait clair que le but et l'objet de ce traité particulier ne sauraient avoir une portée aussi large que le Nicaragua le soutient. Comme il est dit dans son préambule, le traité est « fondé, d'une façon générale, sur les principes du traitement national et de la nation la plus favorisée, sans clause conditionnelle » : c'est là une formule strictement technique qui vise essentiellement des relations commerciales. Par conséquent, « le but et l'objet » du traité ne sont tout simplement pas susceptibles d'être étendus dans le sens souhaité par le Nicaragua.

Si l'on examine ensuite les dispositions matérielles du traité, ce qui surprend peut-être le plus au premier abord c'est de voir à quel point un grand nombre de clauses du traité ont été scrupuleusement observées par les deux parties. Beaucoup d'entre elles concernent par exemple le traitement des nationaux d'une partie sur le territoire de l'autre (art. VIII, IX, X et XI), et les citoyens des Etats-Unis d'Amérique semblent pouvoir se rendre librement au Nicaragua. Pour ce qui est des Nicaraguayens aux Etats-Unis, il est étonnant que M. Chamorro, qui a fait une déclaration sous serment sur laquelle la Cour s'est souvent fondée, s'excuse de ne pouvoir se rendre à La Haye pour venir déposer devant la Cour, parce que le fait de quitter le territoire des Etats-Unis, lui a-t-on dit, risquerait de compromettre sa demande d'obtention du statut de résident permanent pour lui-même et sa famille aux Etats-Unis.

Il est cependant des actes des Etats-Unis qui semblent à première vue être en violation de dispositions concrètes du traité. Le minage des ports tombe assurément sous le coup de l'article XIX, lequel prévoit qu'il y aura liberté de commerce et de navigation entre les territoires des deux parties. En décrétant le 1<sup>er</sup> mai 1985 un embargo général sur le commerce avec le Nicaragua, les Etats-Unis ont apparemment violé les dispositions concrètes de plusieurs articles, dont l'article XIX en particulier ; en effet, un embargo général sur le commerce est contraire à l'engagement d'établir la « liberté de commerce » et à la clause dudit article selon laquelle :

« 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. »

Il convient toutefois d'analyser ici les effets de l'article XXI, qui contient un certain nombre de restrictions portant sur les mesures à l'application desquelles aucune disposition du traité ne fait obstacle. Celles qui présentent de l'intérêt en l'espèce sont celles qui sont :

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

The point that immediately occurs to the mind is that measures taken in individual or collective self-defence, or as counter-measures, are clearly caught by this proviso as measures necessary to protect essential security.

The question arising under Article XXI is not, however, whether such measures are justified in international law as action taken in self-defence, or as justified counter-measures in general international law ; the question is whether the measures in question are, or are not, in breach of the Treaty. Any operation that comes squarely within Article XXI, as a measure taken by one party to the Treaty, as being “necessary to protect its essential security interests”, cannot be in breach of the Treaty. I do not see what other meaning can be given to a clause which simply states that “The present Treaty shall not preclude the application” of such measures, and thus is a proviso to the entire Treaty.

Turning now, therefore, to the “measures” which the Court’s decision treats as breaches of this Treaty, it will be convenient first to consider the unnotified mining of Nicaraguan ports which, in subparagraph (7) of paragraph 292, is said to be in breach of the Treaty. This is a question which I have not found it at all easy to resolve.

There is of course, as already mentioned above, no question that the United States, “by failing to make known the existence and location of the mines”, has indeed “acted in breach of its obligations under customary international law” (subpara. 8). The question, however, in relation to the 1956 Treaty, is not whether the United States acted in breach of “elementary considerations of humanity”, but whether it acted also in breach of the bilateral treaty relationship with Nicaragua, having regard to the general proviso in Article XXI ? Again it must be emphasized that the issue here is not simply the lawfulness or unlawfulness of the act in general international law, but whether it was also in breach of the terms of the Treaty ? Certainly it is *prima facie* a breach of Article XIX, providing for freedom of navigation ; but is it a “measure” excepted by the proviso clause of Article XXI ? Although not without some remaining doubts, I have come to the conclusion that Article XXI cannot have contemplated a measure which cannot, under general international law, be justified even as being part of an operation in legitimate self-defence. I have therefore voted “Yes” to subparagraph (8) of paragraph 292. (As explained above, I cannot vote in favour of subparagraph (6) because this is dependent upon being able to vote “Yes” to subparagraph (2).)

Turning now to subparagraph (10) of paragraph 292, the Court finds that the “attacks on Nicaraguan territory referred to in subparagraph (4)”, are calculated to deprive the 1956 Treaty of its object and purpose. Here,

« 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 ».

Il apparaît immédiatement que les mesures prises au titre de la légitime défense, individuelle ou collective, ou à titre de contre-mesures, rentrent de toute évidence dans cette catégorie, en tant que mesures nécessaires à la protection d'intérêts vitaux en matière de sécurité.

La question que pose l'article XXI n'est pas de savoir si ces mesures sont justifiées en droit international en tant que mesures prises à titre de légitime défense ou en tant que contre-mesures permises par le droit international général ; il s'agit de savoir si ces mesures constituent ou non une violation du traité. Toute mesure relevant incontestablement de l'article XXI, en tant que mesure qu'une partie au traité prend parce qu'elle est nécessaire « à la protection des intérêts vitaux de cette partie en ce qui concerne sa sécurité », ne saurait constituer une violation du traité. Je ne vois pas quel autre sens donner à une disposition qui stipule simplement que « le présent traité ne fera pas obstacle à l'application » de telles mesures, et qui apporte ainsi une restriction à l'ensemble du traité.

S'agissant des « mesures » que, dans son arrêt, la Cour tient pour des violations de ce traité, il importe de commencer par examiner le minage sans notification de ports nicaraguayens, lequel est considéré, au sous-paragraphe 7 du paragraphe 292, comme une violation du traité. Cette question ne m'a pas du tout paru facile à résoudre.

Comme je l'ai déjà indiqué, il ne fait évidemment aucun doute que les Etats-Unis, « en ne signalant pas l'existence et l'emplacement des mines », ont effectivement « violé les obligations que le droit international coutumier leur impose » (sous-par. 8). En ce qui concerne le traité de 1956, il ne s'agit pas de savoir si les Etats-Unis ont agi en violation des « considérations élémentaires d'humanité », mais s'ils ont agi également en violation de leurs relations conventionnelles bilatérales avec le Nicaragua, compte tenu de la réserve générale de l'article XXI. Il importe de souligner encore qu'il ne faut pas simplement savoir si l'acte est licite ou illicite en droit international général ; il faut établir s'il constitue une violation des clauses du traité. A première vue, il s'agit certainement d'une violation de l'article XIX, lequel prévoit la liberté de la navigation, mais s'agit-il d'une « mesure » relevant de la réserve énoncée à l'article XXI ? Bien qu'ayant encore quelques doutes, je suis parvenu à la conclusion que l'article XXI ne peut avoir envisagé une mesure qui ne peut pas, en droit international général, se justifier même comme entrant dans le cadre de la légitime défense. J'ai donc voté pour le sous-paragraphe 8 du paragraphe 292. (Comme je l'ai expliqué plus haut, je n'ai pas pu voter pour le sous-paragraphe 6 faute d'avoir pu voter pour le sous-paragraphe 2.)

J'en arrive maintenant au sous-paragraphe 10 du paragraphe 292. La Cour dit que « les attaques contre le territoire du Nicaragua visées au sous-paragraphe 4 » sont de nature à priver de son but et de son objet le

there is, in my view, no need to consider Article XXI, because I fail to see how these direct attacks upon Nicaraguan territory have anything to do with the treaty at all. In fact any examination of whether bombing attacks are, or are not, breaches of a treaty “based in general upon the principles of national and of most-favoured-nation treatment unconditionally accorded”, might be thought not wholly free from an element of absurdity.

I have already discussed the question of jurisdiction in relation to the “object and purpose” ; but here it is the substance of the Court’s decision that causes me unease. Either those acts are breaches of some provision of the Treaty or they have nothing to do with the Treaty. The “object and purpose” of a treaty cannot be a concept existing independently of any of its terms. I have, therefore, voted “No” to subparagraph (10).

As to the general embargo on trade with Nicaragua of 1 May 1985 : this was instituted by the Executive Order of 1 May 1985, made by the President of the United States ; it contained a finding that “the policies and actions of the Government of Nicaragua constitute an unusual and extraordinary threat to the national security and foreign policy of the United States” ; the Order also declared a “national emergency to deal with that threat” (see Judgment, para. 125). This statement on national security made no reference to Article XXI of the 1956 Treaty, and was presumably to serve a purpose of domestic United States law. It went on to prohibit “all imports into the United States of goods and services of Nicaraguan origin” ; and “all exports from the United States of goods and services to or destined for Nicaragua, except those destined for the organized democratic resistance, and transactions relating thereto”. There was also a prohibition in general terms on all air carriers and vessels, the latter being prohibited from entering United States ports if of Nicaraguan registry.

There is no difficulty in holding that the total trade embargo, and of air and sea transit, by the Order of 1 May 1985, was a *prima facie* breach of the terms of the Treaty ; and again it is Article XIX that is directly involved. It seems to me there is equally no difficulty in seeing that these measures came squarely within Article XXI and therefore are not in breach of the Treaty.

Accordingly, I have voted “No” to subparagraph (11) of paragraph 292.

\* \*

#### THE PLACE OF “ARMED ATTACK”

Although I am of the opinion that, owing to the operation of the multilateral treaty reservation, the Court has no jurisdiction to pass upon the question of self-defence, it seems right nevertheless to comment briefly

traité de 1956. Je ne pense pas qu'il faille ici se référer à l'article XXI, parce que je ne vois pas comment ces attaques directes contre le territoire du Nicaragua auraient quelque rapport que ce soit avec le traité. D'ailleurs, on peut estimer qu'il est légèrement absurde de se demander si des attaques à la bombe sont, ou ne sont pas, des violations d'un traité « fondé, d'une façon générale, sur les principes du traitement national et de la nation la plus favorisée, sans clause conditionnelle ».

J'ai déjà examiné la question de la compétence par rapport au « but » et à l'« objet » mais voici en quoi la décision au fond de la Cour me préoccupe : soit ces actes constituent des violations de quelque disposition du traité, soit ils n'ont rien à voir avec celui-ci. « Le but et l'objet » d'un traité ne sauraient constituer une notion indépendante du contenu de ce traité. C'est pourquoi j'ai voté contre le sous-paragraphe 10 du paragraphe 292.

Quant à l'embargo général sur le commerce avec le Nicaragua, il a été décrété par le président des Etats-Unis dans un *Executive Order* daté du 1<sup>er</sup> mai 1985 ; il concluait que « la politique et les actes du Gouvernement du Nicaragua constituent une menace exceptionnelle et extraordinaire pour la sécurité nationale et la politique étrangère des Etats-Unis » et déclarait « une urgence nationale pour faire face à cette menace » (voir le paragraphe 125 de l'arrêt). Cette déclaration sur la sécurité nationale ne faisait pas référence à l'article XXI du traité de 1956 et elle s'inscrivait probablement dans l'ordre juridique interne des Etats-Unis. Elle interdisait « toutes les importations aux Etats-Unis de biens et de services d'origine nicaraguayenne » et « toutes les exportations à partir des Etats-Unis de biens et de services vers le Nicaragua ou destinés à ce pays, à l'exception de ceux destinés à la résistance démocratique organisée et aux opérations y relatives ». Elle imposait également une interdiction, énoncée en termes généraux, à tous les aéronefs et navires ; les navires immatriculés au Nicaragua se voyaient interdire l'entrée des ports des Etats-Unis.

On peut sans peine admettre que cet embargo total imposé au commerce ainsi qu'aux transports maritimes et aériens en vertu de l'*Executive Order* du 1<sup>er</sup> mai 1985 constituait à première vue une violation des clauses du traité ; une fois de plus, l'article XIX est directement en jeu. Il ne me semble pas non plus difficile d'admettre que ces mesures relevaient directement de l'article XXI et qu'elles ne violent donc pas le traité.

J'ai donc voté contre le sous-paragraphe 11 du paragraphe 292.

\* \*

#### LA PLACE DE L'« AGRESSION ARMÉE »

Je suis d'avis que, vu la réserve relative aux traités multilatéraux, la Cour n'est pas compétente pour se prononcer sur la question de la légitime défense, mais il me semble bon de formuler quelques brèves observations

upon some passages of the Court's Judgment where it deals with these matters in a way with which I do not find myself entirely in agreement.

The question of what constitutes "armed attack" for the purposes of Article 51, and its relation to the definition of aggression, are large and controversial questions in which it would be inappropriate to become involved in this opinion. It is of course a fact that collective self-defence is a concept that lends itself to abuse. One must therefore sympathize with the anxiety of the Court to define it in terms of some strictness (though it is a little surprising that the Court does not at all consider the problems of the quite different French text : "où un Membre . . . est l'objet d'une agression armée"). There is a question, however, whether the Court has perhaps gone too far in this direction.

The Court (para. 195) allows that, where a State is involved with the organization of "armed bands" operating in the territory of another State, this, "because of its scale and effects", could amount to "armed attack" under Article 51 ; but that this does not extend to "assistance to rebels in the form of the provision of weapons or logistical or other support" (*ibid.*). Such conduct, the Court goes on to say, may not amount to an armed attack ; but "may be regarded as a threat or use of force, or amount to intervention in the internal or external affairs of other States" (*ibid.*).

It may readily be agreed that the mere provision of arms cannot be said to amount to an armed attack. But the provision of arms may, nevertheless, be a very important element in what might be thought to amount to armed attack, where it is coupled with other kinds of involvement. Accordingly, it seems to me that to say that the provision of arms, coupled with "logistical or other support" is not armed attack is going much too far. Logistical support may itself be crucial. According to the dictionary, logistics covers the "art of moving, lodging, and supplying troops and equipment" (*Concise Oxford English Dictionary*, 7th ed., 1982). If there is added to all this "other support", it becomes difficult to understand what it is, short of direct attack by a State's own forces, that may not be done apparently without a lawful response in the form of collective self-defence ; nor indeed may be responded to at all by the use of force or threat of force, for, to cite the Court again, "States do not have a right of 'collective' armed response to acts which do not constitute an 'armed attack' " (see para. 211).

This looks to me neither realistic nor just in the world where power struggles are in every continent carried on by destabilization, interference in civil strife, comfort, aid and encouragement to rebels, and the like. The original scheme of the United Nations Charter, whereby force would be

sur certains passages de l'arrêt de la Cour qui traitent de cette question d'une manière que je n'approuve pas entièrement.

La question de ce qui constitue une « agression armée » aux fins de l'article 51 et la question du lien entre cet article et la définition de l'agression sont de vastes questions controversées dont il ne s'agit pas de traiter dans la présente opinion. Certes, la légitime défense collective est une notion qui se prête aux abus. On ne peut donc qu'approuver le souci de la Cour de la définir avec quelque rigueur (encore qu'il soit un peu surprenant que la Cour n'analyse pas du tout les problèmes que pose la divergence importante entre les versions anglaise et française de l'article 51 (« if an armed attack occurs against a Member » ; « dans le cas, où un Membre ... est l'objet d'une agression armée »)). Mais on peut quand même se demander si la Cour n'est pas peut-être allée trop loin dans cette direction.

La Cour (par. 195) admet que la participation d'un Etat à l'organisation de « bandes armées » opérant sur le territoire d'un autre Etat peut équivaloir, « par ses dimensions et ses effets », à une « agression armée » au sens de l'article 51, mais que tel n'est pas le cas d'« une assistance à des rebelles prenant la forme de fourniture d'armements ou d'assistance logistique ou autre » (*ibid.*). Un comportement semblable, poursuit la Cour, n'équivaut peut-être pas à une agression armée ; mais « on peut voir dans une telle assistance une menace ou un emploi de la force, ou l'équivalent d'une intervention dans les affaires intérieures ou extérieures d'autres Etats » (*ibid.*).

On conviendra sans peine que la simple fourniture d'armes ne saurait être considérée comme équivalant à une agression armée. Il reste que la fourniture d'armes peut constituer un élément extrêmement important de ce qui pourrait être tenu pour une agression armée lorsqu'elle s'accompagne d'autres formes d'assistance. Il me semble donc qu'en disant que la fourniture d'armes accompagnée d'une « assistance logistique ou autre » n'est pas une agression armée, on va beaucoup trop loin. L'assistance logistique en soi peut être décisive. Selon le dictionnaire, la logistique est l'« art of moving, lodging, and supplying troops and equipment » (*Concise Oxford English Dictionary*, 7<sup>e</sup> éd., 1982) (« l'art de déplacer, loger et ravitailler les troupes ainsi que le matériel »). Si d'« autres formes d'assistance » s'ajoutent à tout cela, on voit mal, sauf à engager ses propres forces dans une agression directe, ce qu'un Etat ne pourrait apparemment pas faire sans riposter licitement en recourant à la légitime défense collective, ni en fait ce à quoi il pourrait riposter en recourant à la force ou à la menace de la force, car, pour reprendre les termes de la Cour, « les Etats n'ont aucun droit de riposte armée « collective » à des actes ne constituant pas une « agression armée » (voir par. 211).

Cela ne me paraît ni réaliste ni juste dans un monde où, sur chaque continent, des luttes pour le pouvoir s'exercent par voie de déstabilisation, d'ingérence dans les luttes intestines, de soutien, d'aide et d'encouragement aux rebelles, etc. Le système initialement prévu dans la Charte des

deployed by the United Nations itself, in accordance with the provisions of Chapter VII of the Charter, has never come into effect. Therefore an essential element in the Charter design is totally missing. In this situation it seems dangerous to define unnecessarily strictly the conditions for lawful self-defence, so as to leave a large area where both a forcible response to force is forbidden, and yet the United Nations employment of force, which was intended to fill that gap, is absent.

These observations have mainly to do with the Court's statement of the law. As to the case before the Court, I remain somewhat doubtful whether the Nicaraguan involvement with Salvadorian rebels has not involved some forms of "other support" besides the possible provision, whether officially or unofficially, of weapons. There seems to have been perhaps overmuch concentration on the question of the supply, or transit, of arms ; as if that were of itself crucial, which it is not. Yet one is bound to observe that here, where questions of fact may be every bit as important as the law, the United States can hardly complain at the inevitable consequences of its failure to plead during the substantive phase of the case. It is true that a great volume of material about the facts was provided to the Court by the United States during the earlier phases of the case. Yet a party which fails at the material stage to appear and expound and explain even the material that it has already provided, inevitably prejudices the appreciation and assessment of the facts of the case. There are limits to what the Court can do, in accordance with Article 53 of the Statute, to satisfy itself about a non-appearing party's case ; and that is especially so where the facts are crucial. If this were not so, it would be difficult to understand what written and oral pleadings are about.

\* \*

#### THE NATURE OF COLLECTIVE SELF-DEFENCE

Another matter which seems to call for brief comment, is the treatment of collective self-defence by the Court. The passages beginning with paragraph 196 seem to take a somewhat formalistic view of the conditions for the exercise of collective self-defence. Obviously the notion of collective self-defence is open to abuse and it is necessary to ensure that it is not employable as a mere cover for aggression disguised as protection, and the Court is therefore right to define it somewhat strictly. Even so, it may be doubted whether it is helpful to suggest that the attacked State must in some more or less formal way have "declared" itself the victim of an attack and then have, as an additional "requirement", made a formal request to a particular third State for assistance. Thus the Court says :

Nations Unies, selon lequel l'Organisation des Nations Unies pourrait recourir elle-même à la force, conformément aux dispositions du chapitre VII de la Charte, n'a jamais été mis en œuvre. Un élément essentiel de ce système fait donc totalement défaut. Dans ces conditions, il semble dangereux de définir avec une rigueur inutile les conditions de l'exercice licite de la légitime défense, et de laisser ainsi un vaste domaine où une riposte par la force à la force est interdite et où cependant l'Organisation des Nations Unies ne peut employer cette force qui était censée combler cette lacune.

Ces observations valent essentiellement pour l'exposé du droit auquel la Cour s'est livrée. S'agissant de la présente affaire, je ne suis pas encore tout à fait convaincu que l'aide du Nicaragua aux rebelles salvadoriens n'ait pas revêtu, outre la fourniture éventuelle d'armes, officielle ou officieuse, d'« autres formes d'assistance ». On s'est peut-être un peu trop attaché à la question de la fourniture ou du transit des armes, comme si elle était en soi cruciale, alors qu'elle ne l'est pas. Néanmoins, on ne peut manquer de faire observer à cet égard, sur un point où les questions de fait peuvent être tout aussi importantes que les questions de droit, que les Etats-Unis ne sauraient se plaindre des conséquences inévitables de leur non-comparution au stade du fond. Il est vrai que les Etats-Unis ont soumis à la Cour, lors des phases antérieures de la présente instance, une documentation volumineuse sur les faits. Mais la partie qui ne comparait pas au stade du fond et s'abstient d'exposer et d'expliquer ne fût-ce que la documentation qu'elle a déjà communiquée nuit inévitablement à l'appréciation et à l'évaluation des faits de l'affaire. Il y a des limites à ce que la Cour peut faire, conformément à l'article 53 du Statut, pour apprécier les moyens d'une partie défaillante, tout particulièrement lorsque les faits sont très importants. Sinon, on verrait mal à quoi servent les pièces de procédure et les plaidoiries.

\* \*

#### LA NATURE DE LA LÉGITIME DÉFENSE COLLECTIVE

Il est une autre question qui appelle de brèves observations : la manière dont la Cour a traité de la légitime défense collective. A partir du paragraphe 196 de l'arrêt, la Cour semble analyser de façon quelque peu formaliste les conditions de l'exercice de la légitime défense collective. A l'évidence, la légitime défense collective se prête aux abus, et il importe de veiller à ce qu'elle ne serve pas à couvrir tout simplement une agression déguisée en protection. A cet égard, la Cour a raison de la définir assez strictement. On peut cependant douter qu'il soit utile d'affirmer que l'Etat attaqué doit, en respectant certaines formes, « se déclarer » victime d'une agression et qu'il doit ensuite – « exigence » supplémentaire – demander officiellement l'aide d'un Etat tiers. Aux termes de l'arrêt :

“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.)

It may readily be agreed that the victim State must both be in real need of assistance and must want it and that the fulfilment of both these conditions must be shown. But to ask that these requirements take the form of some sort of formal declaration and request might sometimes be unrealistic.

But there is another objection to this way of looking at collective self-defence. It seems to be based almost upon an idea of vicarious defence by champions : that a third State may lawfully come to the aid of an authenticated victim of armed attack provided that the requirements of a declaration of attack and a request for assistance are complied with. But whatever collective self-defence means, it does not mean vicarious defence ; for that way the notion is indeed open to abuse. The assisting State is not an authorized champion, permitted under certain conditions to go to the aid of a favoured State. The assisting State surely must, by going to the victim State's assistance, be also, and in *addition* to other requirements, in some measure defending itself. There should even in “collective self-defence” be some real element of self<sup>1</sup> involved with the notion of defence. This is presumably also the philosophy which underlies mutual security arrangements, such as the system of the Organization of American States, for which indeed Article 51 was specifically designed. By such a system of collective security, the security of each member State is meant to be involved with the security of the others ; not merely as a result of a contractual arrangement but by the real consequences of the system and its organization. Thus, Article 27 of the Charter of the Organization of American States provides that :

“Every act of aggression by a State against the territorial integrity or the inviolability of the territory or against the sovereignty or political independence of an American State shall be considered an act of aggression against the other American States.”

This, I believe, should not be regarded as a mere contractual arrangement for collective defence – a legal fiction used as a device for arranging for mutual defence – ; it is to be regarded as an organized system of collective security by which the security of each member is made really and truly to have become involved with the security of the others, thus providing a true

---

<sup>1</sup> It may be objected that the very term “self-defence” is a common law notion, and that, for instance, the French equivalent of “*légitime défense*” does not mention “self”. Here, however, the French version is for once, merely unhelpful ; it does no more than beg the question of what is “*légitime*”.

« La Cour conclut donc 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.)

On conviendra sans peine que l'Etat victime doit à la fois avoir vraiment besoin d'une aide et la vouloir, et qu'il faut prouver que ces deux conditions sont remplies. Mais, parfois, il se peut qu'il ne soit pas réaliste d'exiger que ces conditions se réalisent sous la forme d'une déclaration et d'une demande formelles.

Mais il existe une autre objection contre cette analyse de la légitime défense collective. Cette analyse semble presque reposer sur l'idée d'une défense exercée pour autrui par les tenants d'une cause : un Etat tiers peut légitimement venir en aide à la victime avérée d'une agression armée à condition que celle-ci se soit déclarée telle et qu'elle ait sollicité l'assistance de cet Etat. Mais, quel que soit le sens qu'on puisse lui donner, la notion de légitime défense collective ne s'applique pas à la défense exercée pour autrui, sans quoi elle se prêterait vraiment à des abus. L'Etat qui apporte son assistance n'est pas un défenseur autorisé, à qui il est permis, sous certaines conditions, de venir en aide à l'Etat bénéficiaire. Certes, lorsqu'il vient en aide à l'Etat victime, l'autre Etat doit non seulement satisfaire à certaines exigences mais *aussi* se défendre lui-même dans une certaine mesure. Même la « légitime défense collective » devrait renfermer cet élément de défense personnelle <sup>1</sup> qui est inhérent à la notion de défense. Telle est probablement l'idée qui sous-tend les accords d'assistance mutuelle, comme le système de l'Organisation des Etats américains, pour lesquels en fait l'article 51 a été tout spécialement conçu. Dans un tel système de sécurité collective, la sécurité de chaque Etat membre est réputée être liée à celle des autres Etats membres, non seulement en raison d'un accord mais aussi parce que c'est là la conséquence même du système et de son organisation. Ainsi, l'article 27 de la charte de l'Organisation des Etats américains dispose que :

« Toute agression exercée par un Etat contre l'intégrité ou l'inviolabilité du territoire ou contre la souveraineté ou l'indépendance politique d'un Etat américain, sera considérée comme une agression contre les autres Etats américains. »

A mon avis, cette disposition ne saurait être tenue pour un simple arrangement contractuel de défense collective – fiction juridique utilisée comme moyen de mettre sur pied la défense mutuelle ; elle doit être considérée comme un système organisé de sécurité collective en vertu duquel la sécurité de chaque membre est réellement et vraiment liée à la sécurité des

<sup>1</sup> On pourrait objecter à cela que l'expression même « self-defence » est une notion juridique courante et que, par exemple, on ne retrouve pas dans l'expression correspondante française « légitime défense » l'équivalent du mot *self*. Mais, pour une fois, la version française ne permet tout simplement pas d'élucider le problème : elle ne fait que présumer que la défense est « légitime ».

basis for a system of collective self defence. This underlying philosophy of collective self-defence is well expressed in a classical definition of that concept in Lauterpacht's edition of *Oppenheim's International Law* (Vol. II, 1952, p. 155) :

“It will be noted that, in a sense, Article 51 enlarges the right of self-defence as usually understood – and the corresponding right of recourse to force – by authorising both individual and collective self-defence. This means that a Member of the United Nations is permitted to have recourse to action in self-defence not only when it is itself the object of armed attack, but also when such attack is directed against any other State or States whose safety and independence are deemed vital to the safety and independence of the State thus resisting – or participating in forcible resistance to – the aggressor.”

(Signed) R. Y. JENNINGS.

---

autres membres, constituant ainsi la véritable base d'un système de légitime défense collective. Cette idée sous-jacente à la légitime défense collective se trouve bien exprimée dans la définition classique de cette notion donnée par Lauterpacht dans son édition de *Oppenheims's International Law* (vol. II, 1952, p. 155) :

« On notera qu'en un sens l'article 51 élargit le droit de légitime défense tel qu'il est généralement compris – et le droit qui en découle, celui de recourir à la force – en autorisant à la fois la légitime défense individuelle et la légitime défense collective. Cela signifie qu'un Membre des Nations Unies est habilité à agir sous couvert de légitime défense non seulement quand il est lui-même l'objet d'une agression armée, mais encore quand une telle agression est dirigée contre un autre Etat ou d'autres Etats dont la sécurité et l'indépendance sont jugées vitales pour la sécurité et l'indépendance de l'Etat qui résiste ainsi – ou qui participe à la résistance opposée par la force – à l'agresseur. »

(Signé) R. Y. JENNINGS.

---