

OPINION INDIVIDUELLE DE M. SETTE-CAMARA

[Traduction]

Ayant voté contre le sous-paragraphe 1 du paragraphe 292 de l'arrêt, je crois devoir en expliquer la raison dans la présente opinion individuelle.

Dans la phase précédente de l'affaire, relative à la compétence de la Cour et à la recevabilité de la requête nicaraguayenne du 9 avril 1984, la réserve relative aux traités multilatéraux figurant dans la déclaration d'acceptation de la juridiction de la Cour faite le 26 août 1946 par les Etats-Unis en vertu de l'article 36, paragraphe 2, du Statut a fait l'objet d'un examen approfondi qui a conduit à la décision prise par la Cour dans son arrêt du 26 novembre 1984. Les deux Parties ont étudié la réserve sous tous ses aspects ; elles ont pesé toutes les interprétations possibles de sa rédaction nébuleuse, ainsi que les conséquences qu'aurait son application.

Il faut rappeler que cette réserve figure à la clause c) de la déclaration et stipule que cette dernière ne s'applique pas

« aux différends résultant d'un traité multilatéral, à moins que 1) toutes les parties au traité que la décision concerne soient également parties à l'affaire soumise à la Cour, ou que 2) les Etats-Unis d'Amérique acceptent expressément la compétence de la Cour »
(*C.I.J. Annuaire 1984-1985*, p. 76).

Cinq Etats membres ont introduit une réserve analogue dans leur déclaration d'acceptation : El Salvador, l'Inde, Malte, le Pakistan et les Philippines. Cependant, en réalité, seules les réserves formulées par le Pakistan et par Malte reprennent le libellé qui figure dans la réserve des Etats-Unis, soit les mots « toutes les parties au traité que la décision concerne ». Les réserves formulées par El Salvador, par l'Inde et par les Philippines excluent de la compétence obligatoire de la Cour les différends auxquels peuvent donner lieu l'interprétation ou l'application d'un traité multilatéral, sauf si toutes les parties au traité sont également parties à l'affaire portée devant la Cour (*C.I.J. Annuaire 1984-1985*, p. 75, 80 et 96 respectivement). Il va de soi que cette dernière version de la réserve a une portée plus large, du fait que si l'on appliquait la réserve relative aux traités multilatéraux telle qu'elle figure dans la formule de l'Inde, des Philippines et d'El Salvador, tous les Etats parties à une convention multilatérale devraient comparaître devant la Cour avec les parties à l'affaire. Il est difficile de voir comment la réserve pourrait s'appliquer à des traités de caractère universel tels que la Charte des Nations Unies, ou même à des traités d'une portée régionale tels que la charte de l'Organisation des Etats américains – l'une et l'autre étant invoquées dans la requête du Nicaragua – car cela équivaldrait à amener devant la Cour l'ensemble des Membres

de l'Organisation des Nations Unies ou de cette organisation régionale.

La réserve relative aux traités multilatéraux a été très largement critiquée par les publicistes dès 1946 lorsque les Etats-Unis ont déposé leur déclaration auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies. En effet, plusieurs auteurs, y compris d'éminents juristes américains, ont jugé qu'elle était ambiguë, redondante et superflue. Le conseil des Etats-Unis d'Amérique a reconnu que la réserve contient une ambiguïté dans son libellé qui est une source d'incertitudes (audience du 15 octobre 1984, après-midi) :

« Comme les Etats-Unis l'indiquaient dans leur contre-mémoire, les juristes qui ont étudié cette réserve au moment où elle a été ajoutée à la déclaration n'étaient pas d'accord sur la question de savoir si la réserve nécessitait que toutes les parties au traité soient parties à l'affaire soumise à la Cour, ou si ne devaient être parties à cette affaire que les parties au traité qui seraient concernées par la décision de la Cour. »

En outre, on avait à l'époque également des doutes sur le sens du libellé peu clair de la clause, en particulier pour ce qui est de savoir si l'expression « que la décision concerne » (« affected by the decision ») s'applique à « parties » ou à « traité ».

Dans le cas d'espèce, les Etats-Unis, lorsqu'ils ont participé aux phases précédentes de l'affaire, ont eu la possibilité d'éclaircir leur interprétation de la signification de la réserve. Dans leur contre-mémoire, au paragraphe 252, les Etats-Unis soutiennent ce qui suit :

« La Cour ne pourrait donc exercer sa juridiction et statuer sur les demandes du Nicaragua de manière conforme à la réserve relative aux traités multilatéraux que si toutes les parties aux traités visés par la décision de la Cour étaient aussi parties à l'instance. »

Et au paragraphe 253 ils expliquent les « préoccupations précises » auxquelles répond la réserve :

« La réserve relative aux traités multilatéraux répond à trois préoccupations précises : 1) les Etats-Unis refusent qu'une juridiction se prononce, à l'occasion d'un différend multilatéral, sur les droits et obligations juridiques découlant pour eux d'un traité multilatéral, sans se prononcer aussi sur les droits et obligations de toutes les parties audit traité multilatéral qui sont intéressées au même différend ; 2) une décision judiciaire sur les aspects bilatéraux d'un différend multilatéral risque d'être injuste, dans la mesure où les Etats absents peuvent être les seuls à connaître des faits et à posséder des documents présentant un intérêt direct pour les droits mutuels des parties à l'instance ; 3) une décision judiciaire sur les aspects bilatéraux d'un différend multilatéral porte nécessairement atteinte aux droits juridiques et aux intérêts pratiques des Etats absents. »

Cette description en trois points des motifs qui inspirent la réserve n'est pas entièrement convaincante. En ce qui concerne le premier point, il serait en effet extraordinaire qu'un Etat faisant une déclaration d'acceptation de la juridiction de la Cour assortisse cette déclaration de réserves destinées à protéger les droits et les intérêts d'Etats tiers.

Dans son opinion individuelle concernant l'arrêt du 26 novembre 1984, M. Ruda fait observer à juste titre que :

« Il ne paraîtrait ... pas logique qu'un Etat faisant une déclaration d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour, mais en excluant de cette juridiction certaines questions affectant ses intérêts, agisse pour le compte des Etats tiers » (*C.I.J. Recueil 1984*, p. 456, par. 22).

Le deuxième point est tout aussi peu convaincant. L'hypothèse selon laquelle un Etat tiers peut être le seul « à connaître des faits et à posséder des documents » est une question qui échappe à la compétence de la Cour. Et cette connaissance spécifique n'a rien à voir avec la question d'une participation à un traité multilatéral. Il est possible qu'un Etat qui n'est pas partie au traité puisse connaître des faits et posséder des documents de ce genre. Troisièmement, il n'est certainement pas exact de dire qu'« une décision judiciaire sur les aspects bilatéraux d'un différend multilatéral porte *nécessairement* atteinte aux droits juridiques et aux intérêts pratiques des Etats absents » (les italiques sont de moi). Il est possible qu'elle y porte atteinte comme il est possible que ce ne soit pas le cas. Dans son arrêt de novembre 1984, la Cour a fourni elle-même un exemple concret d'une situation dans laquelle aucun Etat tiers ne serait affecté par la décision :

« Ainsi, dans l'hypothèse où la Cour déciderait de rejeter la requête du Nicaragua sur la base des faits allégués, aucun Etat tiers ne pourrait se dire « affecté. » (*C.I.J. Recueil 1984*, p. 425, par. 75.)

Dans l'arrêt du 26 novembre 1984, la Cour a examiné de façon approfondie la réserve relative aux traités multilatéraux aux paragraphes 72 à 76 (*C.I.J. Recueil 1984*, p. 424-426). Ayant reconnu les obscurités que présente le libellé de la réserve et mentionné les difficultés d'interprétation qui remontent à son élaboration, et après l'avoir comparé au sens des réserves analogues qui ont été faites par d'autres Etats, la Cour conclut, au paragraphe 73, que la réserve ne saurait en aucun cas empêcher la Cour de statuer puisque le Nicaragua, dans sa requête, invoque non seulement le droit conventionnel mais aussi la violation d'un certain nombre de principes du droit international général et coutumier, comme ceux du non-recours à la force, de la non-intervention, du respect de l'indépendance et de l'intégrité territoriale des Etats et de la liberté de navigation. Ces principes sont valables et obligatoires en eux-mêmes, même s'ils ont été incorporés dans les dispositions de traités multilatéraux. La Cour relève que les Etats auxquels l'argument des Etats-Unis s'applique, qui sont les voisins du Nicaragua, à savoir le Costa Rica, le Honduras et El Salvador,

ont tous trois fait des déclarations d'acceptation de la juridiction de la Cour et qu'ils sont libres à tout moment de saisir la Cour d'une requête introductive d'instance contre le Nicaragua s'ils pensent que leurs droits et leurs intérêts sont menacés. Il leur est aussi loisible de recourir aux procédures incidentes de l'intervention en vertu des articles 62 et 63 du Statut (*C.I.J. Recueil 1984*, p. 425). De fait, lorsqu'elle a examiné la déclaration d'intervention déposée par El Salvador le 15 août 1984 – pour la rejeter comme n'ayant pas été présentée au moment voulu, mais durant la phase de la compétence –, la Cour a réservé le droit qu'avait cet Etat d'intervenir au stade du fond. Or El Salvador n'a pas fait usage de ce droit, pas plus que le Honduras et le Costa Rica, seuls Etats susceptibles d'être « affectés » par une décision de la Cour en la présente instance.

L'arrêt de 1984 souligne au paragraphe 75 que « ce n'est qu'à partir du moment où les grandes lignes de son arrêt se dessinaient qu'elle [la Cour] pourrait déterminer quels Etats seraient « affectés » » (*C.I.J. Recueil 1984*, p. 425).

Par conséquent, la question de savoir quels Etats pourraient être « affectés » par l'arrêt ne pouvait finalement être réglée que pendant la phase concernant le fond. C'est pourquoi la Cour, considérant qu'il n'était plus possible d'ordonner la jonction des exceptions préliminaires au fond depuis la revision du Règlement de 1972, a décidé d'appliquer l'article 79, paragraphe 7, de son Règlement actuel. C'est la première fois que cet article a été appliqué, et la Cour a déclaré

« que l'objection tirée de la réserve relative aux traités multilatéraux figurant dans la déclaration d'acceptation des Etats-Unis n'a pas, dans les circonstances de l'espèce, un caractère exclusivement préliminaire et qu'en conséquence rien ne s'oppose à ce que la Cour connaisse de l'instance introduite par le Nicaragua dans sa requête du 9 avril 1984 » (*C.I.J. Recueil 1984*, p. 425-426, par. 76).

A mon avis, la décision prise par la Cour d'appliquer l'article 79, paragraphe 7, est bonne et logique. Ce n'était qu'à partir du moment où les grandes lignes de l'arrêt se dessinaient que la Cour pourrait déterminer quels Etats seraient, le cas échéant, « affectés ». C'est là une curieuse situation : la question de savoir si des Etats tiers, parties aux traités multilatéraux en cause, sont « affectés » par la décision et celle de savoir qui sont ces Etats ne peuvent être tranchées qu'après coup. En même temps, la réserve, bien que n'ayant pas un caractère exclusivement préliminaire, demeure une objection préliminaire à la compétence, dans la mesure tout au moins où l'une des sources de droit à appliquer est les traités multilatéraux invoqués par le Nicaragua dans sa requête du 9 avril 1984.

Dans ces conditions, la Cour s'estime obligée de rechercher si sa compétence se trouve limitée par l'effet de la réserve en question (paragraphe 47 du présent arrêt) et elle le fait de façon approfondie et complète aux paragraphes 47 à 56 de l'arrêt.

On doit souligner qu'il y avait là une situation procédurale *sui generis*, étant donné que, bien que la phase de l'instance relative à la compétence se fût achevée par l'arrêt du 26 novembre 1984, une question de caractère préliminaire (même si elle n'était pas « exclusivement » de caractère préliminaire) n'avait pas été tranchée ; or la décision sur cette question devait définir le droit applicable et par conséquent dicter toute la structure de l'arrêt.

Lorsqu'elle s'attaque au problème, la Cour commence par délimiter le champ d'application éventuel de la réserve, tant en ce qui concerne les traités multilatéraux pertinents que les Etats qui pourraient être concernés. Etant donné que le Nicaragua a reconnu que les devoirs et obligations visés dans la convention de Montevideo du 26 décembre 1933 concernant les droits et devoirs des Etats et dans la convention de La Havane du 20 février 1928 concernant les droits et devoirs des Etats en cas de luttes civiles ont été repris dans la charte de l'Organisation des Etats américains, la Cour considère comme

« suffisant d'examiner la situation par rapport aux deux chartes [la Charte des Nations Unies et la charte de l'Organisation des Etats américains], sans rechercher si le différend peut être considéré comme « résultant » de l'une ou de l'autre de ces conventions, ou des deux » (paragraphe 47 de l'arrêt).

D'autre part, bien que les Etats-Unis aient mentionné, au cours de la phase sur la compétence, le Costa Rica, le Honduras et El Salvador comme étant des Etats susceptibles d'être « affectés », la Cour s'est bornée à examiner le cas d'El Salvador, car :

« C'est essentiellement au profit d'El Salvador, et pour l'aider à riposter à une agression armée dont il aurait été victime de la part du Nicaragua, que les Etats-Unis prétendent exercer un droit de légitime défense collective dans lequel ils voient la justification de leur comportement à l'égard du Nicaragua. » (Par. 48.)

Je n'ai rien contre les critères retenus par la Cour pour restreindre le champ d'application de la réserve relative aux traités multilatéraux. A certains égards, cela simplifie le problème, encore qu'il soit indéniable que le Honduras – pays à partir du territoire duquel opèrent les *contras* – est pour le moins autant engagé dans ce différend qu'El Salvador. Mais le point capital est que toute l'argumentation des Etats-Unis repose sur l'exercice du droit de légitime défense collective. Dans sa déclaration d'intervention en date du 15 août 1984, El Salvador a fait savoir à la Cour qu'il se considérait comme la victime d'une agression armée de la part du Nicaragua et qu'il avait demandé aux Etats-Unis de faire jouer à son profit le droit de légitime défense collective.

Au paragraphe 292, sous-paragraphe 2, la Cour :

« Rejette la justification de légitime défense collective avancée par les Etats-Unis d'Amérique relativement aux activités militaires et

paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci qui font l'objet de la présente instance. »

A la supposer valable, la justification de légitime défense collective, invoquée tardivement par les Etats-Unis en 1984 durant la phase sur la compétence et la recevabilité, aurait un effet rétroactif remontant au moins à décembre 1981, époque à laquelle les activités susmentionnées ont effectivement commencé. Il est clair que le rejet de la Cour s'applique également à la même période. En conséquence, la légitime défense collective n'a jamais justifié ces activités et la décision de la Cour ne modifie en aucune manière la nature et le caractère des actes des Etats-Unis. Ces actes n'étaient pas justifiés par la légitime défense collective et ils continuent à ne pas l'être. Si donc la situation de fait n'a subi aucun changement, je ne vois pas comment El Salvador peut se dire « affecté » par la décision de la Cour. Dans son argumentation, le Nicaragua n'a jamais mis en cause le droit d'El Salvador d'obtenir des Etats-Unis toute espèce d'assistance, militaire ou autre (mémoire du Nicaragua, par. 371). Par conséquent, les droits d'El Salvador à cet égard ne sauraient être affectés par une décision de la Cour en faveur du Nicaragua. Les décisions de la Cour énoncées au paragraphe 292, sous-paragraphes 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10 et 11, ne me semblent pouvoir affecter en rien ni les droits ni les obligations d'El Salvador. On peut en dire autant du sous-paragraphe 12, aux termes duquel il est demandé aux Etats-Unis de mettre immédiatement fin et de renoncer aux actes en question. El Salvador garde le droit qui est le sien de recevoir le plein appui des Etats-Unis pour assurer sa défense. Mais on ne pourrait guère soutenir qu'El Salvador peut prétendre à un droit à la poursuite par les Etats-Unis d'activités militaires ou paramilitaires, directes ou indirectes, contre le Nicaragua, qui n'auraient aucun rapport avec le territoire d'El Salvador. Quant aux sous-paragraphes 13 et 14 (obligation pour les Etats-Unis de réparer), 15 (formes et montant de cette réparation, à régler par la Cour) et 16 (rappel aux deux Parties de l'obligation qui leur incombe de régler le différend par des moyens pacifiques), ils n'ont rien à voir avec El Salvador. En conséquence, la décision de la Cour telle qu'elle est énoncée dans le dispositif de l'arrêt ne saurait en aucune façon « affecter » El Salvador au point de justifier l'application de la réserve relative aux traités multilatéraux. C'est pourquoi je ne puis accepter le paragraphe 51 des motifs de l'arrêt. Je ne puis accepter non plus l'argument énoncé au paragraphe 53. La distinction entre les conséquences « adverses » et les autres est hors de propos, sans rapport avec la question. A mon avis, aucune clause du dispositif de l'arrêt ne saurait « affecter » les droits ou les obligations d'El Salvador, que ce soit à son détriment ou en sa faveur.

De même, je rejette la conclusion du paragraphe 56, selon laquelle il est exclu que la Cour applique la Charte des Nations Unies en tant que traité multilatéral.

Le paragraphe 55 de l'arrêt traite du même problème de l'application de la réserve relative aux traités multilatéraux en ce qui concerne la charte de l'Organisation des Etats américains, en particulier les articles 18 et 20, qui

portent sur la non-intervention et le non-emploi de la force. La Cour conclut qu'elle doit se considérer comme sans compétence pour connaître des deux griefs afférents à la violation de la charte de l'OEA. Pour ce qui est de la violation alléguée de l'article 18 de la charte de l'OEA par suite de l'intervention des Etats-Unis dans les affaires intérieures ou extérieures du Nicaragua – question dont traite le sous-paragraphe 3 du dispositif – je ne vois absolument pas par quel détour de l'imagination on pourrait affirmer qu'une décision dans ce sens serait susceptible d'affecter El Salvador.

L'amendement dit « amendement Vandenberg » concerne les différends portant sur des traités multilatéraux qui constituent également des différends multilatéraux. En la présente espèce, il s'agit d'un différend mettant aux prises le demandeur – le Nicaragua – et le défendeur – les Etats-Unis d'Amérique. Tout autre Etat qui serait fondé à considérer qu'il pourrait être affecté par un arrêt de la Cour, et qui aurait des liens juridictionnels avec les Parties, en particulier avec le demandeur, est libre d'intenter une instance en son nom propre ou d'intervenir en vertu des articles 62 et 63 du Statut. A mon avis, la seule pertinence de la réserve relative aux traités multilatéraux au stade du fond est que la Cour ne saurait négliger le problème des Etats tiers parties aux traités multilatéraux qui seraient susceptibles d'être affectés par l'arrêt, et qu'elle devrait en tenir dûment compte, en reconnaissant que ces Etats sont libres d'ester devant la Cour pour défendre leurs droits et leurs intérêts s'ils le jugent bon.

Evidemment, la Cour ne saurait ignorer l'existence d'un certain conflit généralisé en Amérique centrale. Dans l'opinion individuelle qu'il a jointe à l'arrêt de novembre 1984, M. Ruda a traité de cette question dans les termes suivants :

« Certes, il y a parmi les pays d'Amérique centrale un conflit complexe et généralisé, mais ce n'est pas ce conflit dans son ensemble, sous tous ses aspects économiques, sociaux, politiques et militaires, qui est soumis à la Cour : ce sont seulement les demandes dirigées par le Nicaragua contre les Etats-Unis. Le Nicaragua n'a formulé aucune demande contre le Honduras, El Salvador ou le Costa Rica. » (*C.I.J. Recueil 1984*, p. 457, par. 24.)

Nous devons nous en tenir aux termes catégoriques de l'article 59 du Statut, qui limitent la force obligatoire de la chose jugée aux parties en litige, et nous devons donc nous rappeler que c'est déroger à la règle générale que d'étendre l'effet de l'arrêt et de prétendre qu'un Etat tiers est « affecté », ce qui comme toute exception doit être fondée sur des preuves indiscutables.

Pour tous ces motifs, je regrette que la Cour ait décidé d'appliquer la réserve relative aux traités multilatéraux, empêchant par là l'invocation de la Charte des Nations Unies et de la charte de l'Organisation des Etats américains en tant que sources du droit violé par le défendeur.

Je reconnais que les Etats qui présentent de leur propre gré des déclarations d'acceptation de la juridiction de la Cour, aux termes de l'article 36, paragraphe 2, du Statut, sont libres d'assortir leur déclaration des réserves

qu'ils jugent nécessaires. Mais en même temps la Cour peut et doit même interpréter ces déclarations et les réserves qui les accompagnent, comme elle l'a fait en de nombreuses occasions.

Je suis d'avis que le droit appliqué dans l'arrêt aurait été plus clair et plus précis si nous en avions cité des règles spécifiques, ce que rien ne nous empêchait de faire.

Richard Baxter avait défendu la primauté des traités sur les autres sources du droit, en des termes fort éloquentes :

« L'argument le plus convaincant dans ce sens est que le traité l'emporte sur toutes les autres sources du droit. En premier lieu, le traité manifeste clairement la volonté des Etats et il est exempt des ambiguïtés et incohérences qui caractérisent les faits hétérogènes témoignant de la pratique des Etats usuellement invoquée pour démontrer l'état du droit international. »

Et de poursuivre :

« Quand on considère l'état actuel du droit international et qu'on cherche à discerner son avenir, il est manifeste que le droit conventionnel l'emportera de plus en plus sur le droit international coutumier. » (R. R. Baxter, « Treaties and Custom », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 129 (1970-I), p. 36 et 101.)

C'est pour les raisons énoncées plus haut que je n'ai eu d'autre choix que de voter contre le sous-paragraphe 1 du paragraphe 292 de l'arrêt. Mais j'approuve entièrement le reste de l'arrêt, car je suis convaincu que le non-emploi de la force, ainsi que le principe de non-intervention – ce dernier étant le corollaire de l'égalité des Etats et du droit à l'autodétermination – non seulement sont des principes cardinaux du droit international coutumier mais encore peuvent être considérés comme des règles impératives du droit international coutumier qui imposent des obligations à tous les Etats.

En ce qui concerne le non-emploi de la force, la Commission du droit international a déclaré dans ses commentaires concernant son projet définitif d'articles sur le droit des traités :

« que le droit de la Charte concernant l'interdiction de l'emploi de la force constitue en soi un exemple frappant d'une règle de droit international qui relève du *jus cogens* » (*Annuaire de la Commission du droit international*, 1966, vol. II, p. 270).

Pour ce qui est de la non-intervention, malgré les incertitudes qui existent encore quant à l'identification des normes de *jus cogens*, j'estime que la prohibition de l'intervention rentre assurément dans cette catégorie de normes, si l'on applique le critère de l'article 53 de la convention de Vienne sur le droit des traités. Un traité contenant des dispositions par lesquelles des Etats conviendraient d'intervenir, directement ou indirectement, dans

les affaires intérieures ou extérieures de tout autre Etat tomberait indubitablement sous le coup de l'article 53 et serait donc considéré comme nul pour la raison qu'il serait en conflit avec une norme impérative du droit international général.

(Signé) José SETTE-CAMARA.
