

OPINION DISSIDENTE DE M. SCHWEBEL

[Traduction]

Depuis que la Cour a été créée en 1922, sa juridiction contentieuse est limitée aux affaires que les parties lui soumettent, de quelque manière que ce soit. Tel est le droit en la matière depuis que le Conseil de la Société des Nations a supprimé du projet de statut de la Cour la disposition prévoyant une juridiction générale obligatoire que le comité consultatif de juristes avait proposée. En développant ce droit, la Cour a veillé scrupuleusement à ne pas se déclarer compétente lorsque sa compétence était contestable. Au cours de sa longue et complexe histoire de controverse juridictionnelle, une histoire qui est unique parmi les cours, la Cour s'est rarement écartée de sa tradition de prudence judiciaire, cela tant par précaution que pour des raisons constitutionnelles. Ce n'est pas seulement que la Cour n'est pas juridiquement habilitée à déclarer sa compétence vis-à-vis d'Etats qui n'y ont pas consenti; faire cela, ou sembler le faire, dans des cas contestables pourrait convaincre les Etats qu'une acceptation limitée de la juridiction de la Cour peut être interprétée comme illimitée, et les amener à s'abstenir totalement d'accepter la juridiction de la Cour. Qu'une telle appréhension soit justifiée a été démontré plus d'une fois. Il se peut, ainsi que l'affirme Elihu Lauterpacht dans *Aspects of the Administration of International Justice* (1991), qu'en raison de l'évolution qui se fait jour dans la jurisprudence de la Cour, dans la pratique du Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies et ailleurs, que le moment soit venu de réexaminer l'opinion traditionnelle selon laquelle la juridiction de la Cour est consensuelle, et non obligatoire. Mais pour le moment, un tel réexamen, fondamental, n'a pas encore eu lieu.

Les problèmes de compétence qui se posent dans les différends bilatéraux sont amplifiés dans les différends multilatéraux. Mais, alors que la pratique juridictionnelle des différends bilatéraux est abondante, les cas où la Cour a traité de situations analogues à celle dont elle est maintenant saisie sont peu nombreux. Lorsque plusieurs Etats sont accusés d'avoir commis conjointement (ou solidairement) un acte illicite au regard du droit international et que l'un d'eux seulement comparait devant la Cour, celle-ci peut-elle exercer sa compétence à l'égard de cet Etat même si, en déterminant sa responsabilité, elle risque de déterminer ou détermine effectivement la responsabilité d'un autre Etat? Tel est pour l'essentiel le problème que la Cour doit résoudre pour juger qu'elle a compétence dans la présente espèce et que l'action est recevable.

Pour résoudre ce problème, les sources de droit privé et les analogies avec ce droit ne sont pas d'un grand secours. Il n'est pas douteux que dans le droit interne des Etats une partie peut assigner un coauteur d'un délit

civil, un contractant conjoint ou un cofidélus en l'absence des autres coauteurs, contractants conjoints ou cofidélus. Mais en droit interne la compétence n'est pas consensuelle; la situation est fondamentalement différente de celle qui régit la compétence internationale, et de ce fait les principes et *modus operandi* de la pratique nationale ne peuvent guère, en l'espèce, être appliqués au problème dont la Cour est saisie.

AFFAIRE DU DÉTROIT DE CORFOU

Le problème aurait pu être traité par la Cour dans l'affaire du *Détroit de Corfou* mais il ne l'a pas été. Dans son mémoire, le Royaume-Uni affirmait: « ou bien le Gouvernement albanais a fait poser des mines ou bien des mines ont été posées, soit avec la connivence soit au su du Gouvernement albanais, dans certaines parties de ses eaux territoriales du détroit de Corfou », mais il ne désignait nommément aucun coauteur de cet acte dommageable. En cours d'instance, le conseil du Royaume-Uni a soumis des éléments de preuve visant à montrer que les mines avaient en fait été posées par des navires de la marine de guerre yougoslave, et que le Gouvernement albanais le savait. Mais les conclusions du Royaume-Uni ne mentionnaient pas la Yougoslavie, et la Cour a de toute manière jugé que la preuve de l'intervention de la Yougoslavie, qui était alléguée, n'avait pas été rapportée. L'Albanie, qui avait reconnu la juridiction de la Cour en acceptant une recommandation du Conseil de sécurité tendant à ce que le différend soit soumis à la Cour, a quant à elle soulevé une exception préliminaire d'irrecevabilité, mais celle-ci n'était pas fondée sur l'absence d'un Etat tiers qui aurait été coauteur de l'acte dommageable. En conséquence, le seul enseignement que l'on puisse tirer de cette affaire est que, lorsqu'il ressort des faits allégués ou prouvés qu'il y avait un coauteur inconnu, la Cour ne rejette pas *proprio motu* la demande dirigée contre le coauteur nommément désigné. Il n'y aurait eu en l'occurrence aucune bonne raison de le faire, puisqu'un arrêt condamnant l'Albanie n'aurait pu mettre une obligation effective de réparer à la charge d'un coauteur ni connu ni nommé pour la raison même qu'il n'était ni connu ni nommé.

AFFAIRE DE L'OR MONÉTAIRE

L'affaire de l'*Or monétaire pris à Rome en 1943* est le principal précédent, bien que les circonstances singulières de cette affaire — liées au fait que l'Albanie n'avait pas payé au Royaume-Uni la réparation ordonnée par la Cour dans l'affaire du *Détroit de Corfou* — font qu'elle ne correspond pas exactement à la présente affaire ni à aucune autre. Aux fins de la présente affaire, il est important de noter que la Cour et les conseils de Nauru et de l'Australie s'accordent pour penser que l'affaire de l'*Or monétaire* confère autorité à une proposition qui demeure valide, à savoir que lorsque les intérêts juridiques d'un Etat tiers seraient non seulement

touchés par une décision mais constitueraient l'objet même de ladite décision, la procédure ne peut être poursuivie en l'absence de cet Etat tiers; et qu'ils s'accordent aussi pour dire qu'à la différence de l'affaire de l'*Or monétaire*, dans laquelle la Cour ne pouvait trancher le différend dont elle était saisie sans se prononcer d'abord sur les actions de l'Albanie, un Etat qui n'était pas partie à l'instance, dans la présente espèce « la détermination de la responsabilité de la Nouvelle-Zélande ou du Royaume-Uni n'est pas une condition préalable à la détermination de la responsabilité de l'Australie... » (Arrêt, par. 55.)

Mais leur accord ne va pas plus loin. L'Australie affirme, aux termes de l'arrêt de la Cour, que :

« au cas particulier, la détermination de la responsabilité éventuelle de la Nouvelle-Zélande et du Royaume-Uni n'aurait pas à être opérée *antérieurement* à la détermination de la responsabilité de l'Australie. Mais elle affirme qu'il y aurait détermination *simultanée* de la responsabilité des trois Etats et soutient que, s'agissant de la Nouvelle-Zélande et du Royaume-Uni, les mêmes raisons profondes qui ont conduit à la décision rendue dans l'affaire de l'*Or monétaire* s'opposeraient à une telle détermination. » (*Ibid.*)

La Cour conclut néanmoins, après avoir noté que « la décision qu'elle avait été priée de rendre concernant l'attribution de l'or n'était pas purement temporel[le], mais aussi logique », que :

« Dans la présente affaire, toute décision de la Cour sur l'existence ou le contenu de la responsabilité que Nauru impute à l'Australie pourrait certes avoir des incidences sur la situation juridique des deux autres Etats concernés, mais la Cour n'aura pas à se prononcer sur cette situation juridique pour prendre sa décision sur les griefs formulés par Nauru contre l'Australie. Par voie de conséquence, la Cour ne peut refuser d'exercer sa juridiction. » (*Ibid.*)

Pour ma part, j'estime que le raisonnement de la Cour n'est pas convaincant, pour les raisons que je vais exposer. Pour l'essentiel, j'estime que si un arrêt de la Cour contre un Etat partie à l'instance doit effectivement déterminer les obligations juridiques d'un ou plusieurs Etats qui ne sont pas parties, la Cour ne doit pas envisager de rendre un arrêt contre le premier en l'absence des autres. Il importe peu que la détermination de la responsabilité de la partie absente précède la détermination de la responsabilité de la partie qui est présente, ou que la détermination de la responsabilité de la partie absente soit une condition préalable logique de la détermination de la responsabilité de la partie présente. Ce qui est décisif, c'est de savoir si la détermination des droits de la partie présente détermine effectivement les droits de la partie absente.

Avant d'expliquer pourquoi, compte tenu des faits de la cause, je ne suis d'accord ni avec le raisonnement ni avec la conclusion de la Cour, j'examinerai les deux autres affaires sur lesquelles la Cour se fonde.

ACTIVITÉS MILITAIRES ET PARAMILITAIRES AU NICARAGUA ET CONTRE CELUI-CI

A l'appui de son interprétation de la signification de l'affaire de l'*Or monétaire*, la Cour cite un passage de l'arrêt qu'elle a rendu sur la compétence et la recevabilité dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*:

« Il ne fait pas de doute que, quand les circonstances l'exigent, la Cour déclinera l'exercice de sa compétence, comme elle l'a fait dans l'affaire de l'*Or monétaire pris à Rome en 1943*, lorsque les intérêts juridiques d'un Etat qui n'est pas partie à l'instance « seraient non seulement touchés par une décision, mais constitueraient l'objet même de ladite décision » ... En revanche lorsque des prétentions d'ordre juridique sont formulées par un demandeur contre un défendeur dans une instance devant la Cour et se traduisent par des conclusions, la Cour, en principe, ne peut que se prononcer sur ces conclusions, avec effet obligatoire pour les parties et pour nul autre Etat, en vertu de l'article 59 du Statut. Comme la Cour l'a déjà indiqué ... les autres Etats qui pensent pouvoir être affectés par la décision ont la faculté d'introduire une instance distincte ou de recourir à la procédure de l'intervention. Dans le Statut comme dans la pratique des tribunaux internationaux, on ne trouve aucune trace d'une règle concernant les « parties indispensables » comme celle que défendent les Etats-Unis, qui ne serait concevable que parallèlement à un pouvoir, dont la Cour est dépourvue, de prescrire la participation à l'instance d'un Etat tiers. Les circonstances de l'affaire de l'*Or monétaire* marquent vraisemblablement la limite du pouvoir de la Cour de refuser d'exercer sa juridiction; aucun des pays mentionnés en la présente espèce ne peut être considéré comme étant dans la même situation que l'Albanie dans cette affaire, au point que sa présence serait véritablement indispensable à la poursuite de la procédure. (Arrêt du 26 novembre 1984, *C.I.J. Recueil 1984*, p. 431, par. 88.) » (Arrêt, par. 51.)

Cet arrêt de la Cour de 1984 est à cet égard et à certains autres à mon avis erroné; loin de renforcer la jurisprudence de l'affaire de l'*Or monétaire*, il l'a obscurcie. Il est nécessaire de rappeler ce qui était en cause en 1984 pour expliquer pourquoi.

Dans sa requête et son argumentation, le Nicaragua affirmait pour l'essentiel qu'en se livrant à des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, les Etats-Unis avaient manqué aux obligations que leur imposait le droit international conventionnel et coutumier. Le Nicaragua a engagé l'instance contre les seuls Etats-Unis. Toutefois, il affirmait dans sa requête et son argumentation qu'El Salvador, le Honduras et le Costa Rica participaient activement aux délits des Etats-Unis parce qu'ils prêtaient leur territoire ou leurs forces armées aux fins des activités reprochées à ces derniers. Pour leur part, les Etats-Unis ne soulignaient pas moins la participation d'El Salvador, du Honduras et du

Costa Rica ; de fait, leur défense au fond contre les accusations du Nicaragua consistait à dire qu'ils avaient conduit leurs activités dans le cadre de la légitime défense collective de ces Etats, qui étaient en butte à des interventions subversives du Nicaragua, assimilables à une agression armée du fait que le Nicaragua fournissait des armes, une formation, des refuges et des installations de commande et contrôle, en particulier aux insurgés d'El Salvador et permettait leur transit sur son territoire. En 1986, la Cour a condamné les Etats-Unis en fait comme en droit. Sur les faits, elle a conclu pour l'essentiel qu'une responsabilité ne pouvait être imputée au Gouvernement du Nicaragua parce que des armes traversaient son territoire pour parvenir aux insurgés à El Salvador, et en droit, elle a jugé que de toute manière la fourniture d'armes à des insurgés ne pouvait être assimilée à une agression armée.

Si on lit l'arrêt de la Cour de 1984 sur la compétence et la recevabilité en même temps que son arrêt de 1986 sur le fond, on s'aperçoit que, sur les faits, les conclusions énoncées par la Cour en 1986 constituent les hypothèses qu'elle avait tacitement retenues en 1984. C'est-à-dire que comme la Cour n'était pas disposée en 1984, au stade de la compétence et de la recevabilité, à ajouter provisoirement foi aux accusations portées par les Etats-Unis sur les faits, elle a pu sur le droit arriver à une décision selon laquelle si elle devait ultérieurement admettre les conclusions du Nicaragua sur le fond, El Salvador, le Honduras et le Costa Rica seraient protégés contre les éventuelles conséquences préjudiciables d'un tel arrêt par l'effet des articles 59, 62 et 63 du Statut. Par l'effet de l'article 59, l'arrêt sur le fond n'aurait pas force obligatoire si ce n'est entre les Etats-Unis et le Nicaragua et en ce qui concerne cette affaire particulière. Par l'effet des articles 62 et 63, si El Salvador, le Honduras ou le Costa Rica considéraient que leurs intérêts risquaient d'être affectés par la décision sur le fond, ou par l'interprétation d'une convention à laquelle ils étaient parties, ils pouvaient s'appuyer sur les dispositions statutaires de la Cour pour intervenir dans l'affaire.

Mais, sur les prémisses factuelles posées par les Etats-Unis, il est clair et il aurait dû être clair en 1984 que l'article 59 ne pouvait utilement protéger les Etats comme El Salvador qui étaient victimes de l'appui que le Nicaragua était accusé d'apporter à une insurrection armée à l'intérieur de leurs frontières. En supposant que les allégations de fait des Etats-Unis (et d'El Salvador) concernant les activités du Gouvernement nicaraguayen fussent vraies, mais en considérant néanmoins que l'on pouvait interdire aux Etats-Unis de prendre des mesures contre le Nicaragua pour aider El Salvador à se défendre contre ces activités, à quoi servirait-il à El Salvador d'invoquer la conclusion juridique de la Cour selon laquelle il n'était pas lié par l'arrêt de la Cour contre les Etats-Unis ? Si les Etats-Unis exécutaient l'arrêt de la Cour, ils cesseraient d'œuvrer à ce qu'eux-mêmes et El Salvador affirmaient être la légitime défense collective d'El Salvador, avec le résultat que le gouvernement de ce pays, loin que ses intérêts soient préservés par l'effet de l'article 59, pourrait succomber devant l'assaut de l'insurrection si vigoureusement appuyée par le Nicaragua.

Et, en réalité, que devait-on apprendre quant aux faits? Bien que le Nicaragua ait nié à maintes reprises et sous serment qu'il fournissait un appui matériel aux insurgés d'El Salvador, on a ultérieurement appris de sources dignes de foi qu'un avion bourré de missiles qui avait décollé du Nicaragua avait été abattu à El Salvador, une affaire qui a été examinée au Conseil de sécurité; et il est ensuite apparu que le Gouvernement de l'Union soviétique avait identifié par son numéro de série le lanceur d'un missile sol-air qu'elle avait fourni en 1986 au Gouvernement nicaraguayen et qui avait été tiré par des insurgés salvadoriens à El Salvador. De fait, les dirigeants du Nicaragua ont reconnu en 1991 qu'un certain nombre de missiles fournis par l'Union soviétique avaient été remis aux guérilleros salvadoriens par des membres de l'armée nicaraguayenne, dont au moins deux furent utilisés pour abattre des avions du Gouvernement salvadorien. On voit donc quelle a été l'utilité de l'article 59 s'agissant de sauvegarder les intérêts d'El Salvador. Quant à la possibilité pour ce pays d'intervenir dans l'instance entre le Nicaragua et les Etats-Unis, ou d'introduire une instance distincte, c'était une solution qui n'était pas plus adéquate pour El Salvador et les pays se trouvant dans la même situation, étant donné qu'ils avaient dit clairement qu'ils ne souhaitaient pas que leur sécurité soit en cause devant la Cour et que celle-ci avait déjà elle-même, en 1984, sommairement rejeté la requête présentée par El Salvador pour intervenir au stade de la compétence et de la recevabilité dans l'exercice de son «droit d'intervenir au procès» en vertu de l'article 63 du Statut, et l'avait fait pour des raisons qui n'étaient conformes ni au Statut ni au Règlement de la Cour.

Le caractère de précédent que l'on pourrait attribuer au jugement de la Cour dans cette affaire est encore affaibli par le fait qu'en 1984 le Nicaragua affirmait, en réponse à l'argument des Etats-Unis quant à l'effet à attribuer à l'absence d'El Salvador, du Honduras et du Costa Rica, et ce malgré les termes de sa requête et de son argumentation, qu'il n'«allégu[ait] le comportement illégal d'aucun autre Etat que les Etats-Unis» et qu'il ne demandait «réparation d'aucun autre Etat». Ces affirmations furent démenties elles aussi, dans les jours qui suivirent l'arrêt sur le fond rendu en 1986 contre les Etats-Unis, lorsque le Nicaragua introduisit devant la Cour des actions étroitement liées contre le Honduras et le Costa Rica, vis-à-vis desquels (en apparence à la différence d'El Salvador) il avait pu établir un titre de compétence.

A la lumière de ces considérations, ma position en ce qui concerne l'invocation par la Cour de l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* est la suivante: les intérêts de sécurité des Etats au profit desquels les Etats-Unis affirmaient agir dans l'exercice de la légitime défense collective étaient aussi proches voire plus proches de l'«objet même de la décision» que les intérêts de l'Albanie dans l'affaire de l'*Or monétaire* (voir à cet égard l'analyse du professeur Lori Fisler Damrosch, «Multilateral Disputes», dans Damrosch (dir. publ.), *The International Court of Justice at a Crossroads*, 1987, p. 376 et 390). Par leur nature, ces intérêts vitaux de sécurité étaient vraisemblablement

blement plus importants pour ces pays que ne l'était pour l'Albanie son intérêt financier; plus précisément, en jugeant que les Etats-Unis n'avaient pas le droit d'agir de concert avec eux dans l'exercice de leur légitime défense collective, l'arrêt de la Cour n'a pas déterminé les intérêts aussi bien juridiques que pratiques de ces Etats moins décisivement et directement qu'une décision de la Cour concernant l'Albanie aurait déterminé les intérêts de ce pays. Cette conclusion est renforcée par les prescriptions spécifiques de l'arrêt de la Cour sur le fond, qui est allé jusqu'à statuer non seulement sur les circonstances dans lesquelles El Salvador, un Etat non partie à l'instance, pourrait prendre des mesures dans l'exercice de sa légitime défense mais sur les contre-mesures proportionnées que les trois Etats non parties à l'instance, El Salvador, le Honduras et le Costa Rica, pouvaient être autorisés à prendre. L'arrêt dans l'affaire du « Nicaragua », comme en l'espèce, devait être d'effet « simultané », mais ce n'est pas sa distinction déterminante. La Cour aurait plutôt dû dans cette affaire, comme elle le devrait dans la présente affaire, accorder du poids à l'intensité et non au moment ou à la cause logique des effets en question. Si les intérêts juridiques d'un Etat tiers doivent être non seulement affectés mais effectivement déterminés par l'arrêt de la Cour, celle-ci ne doit pas rendre d'arrêt en l'absence de cet Etat tiers.

De telles affaires peuvent par leur nature être rares et il faut s'en réjouir, car le principe consistant à autoriser des Etats tiers à empêcher, en n'intervenant pas, un procès entre deux Etats sur lesquels la Cour aurait autrement compétence n'est guère attrayant. Il s'agit de réaliser un équilibre entre ce qui est approprié, à savoir que la Cour exerce pleinement la compétence qui lui a été attribuée, et ce qui ne l'est pas, à savoir déterminer les intérêts juridiques d'un Etat tiers qui n'est pas partie à l'instance. Si en pratique il peut être inhabituel que les intérêts juridiques d'un Etat tiers soient l'objet d'une telle détermination, lorsqu'ils le sont, la balance devrait pencher en faveur de cet Etat, et en faveur de l'irrecevabilité de l'action dirigée contre la partie comparante.

DIFFÉREND FRONTALIER TERRESTRE, INSULAIRE ET MARITIME

Le dernier précédent invoqué par la Cour est l'arrêt qu'elle a rendu dans l'affaire du *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras)*. Cet arrêt concernait la requête à fin d'intervention présentée par le Nicaragua en vertu de l'article 62 du Statut de la Cour. Le Nicaragua souhaitait intervenir sur divers aspects, mais non pas sur tous, d'une affaire comportant plusieurs problèmes distincts bien qu'à certains égards liés. Le Nicaragua n'affirmait pas seulement, en vertu de l'article 62, qu'il avait des intérêts d'ordre juridique susceptibles d'être affectés par la décision dans l'affaire: sur un point, il soutenait que ses intérêts étaient partie intégrante de l'objet même du litige au point que la Chambre de la Cour ne pouvait correctement exercer sa compétence s'il n'était pas partie à l'instance. Le Nicaragua arguait que s'agissant du problème

vital de ses droits dans le golfe de Fonseca et dans les eaux adjacentes, la Cour ne pouvait statuer sans son consentement.

La Chambre a noté qu'apparemment le Nicaragua suggérait ainsi que dans de telles circonstances le fait pour un Etat de ne pas intervenir, ou même le rejet d'une requête à fin d'intervention, pouvait priver la Cour du droit d'exercer de manière appropriée la compétence que lui conférait le compromis entre les deux autres Etats. Rejetant cet argument, la Chambre a invoqué en les approuvant ses conclusions concernant l'effet des articles 62 et 59 du Statut énoncées dans l'affaire de *l'Or monétaire* et dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*. Et la Chambre de citer le passage de l'arrêt rendu dans l'affaire de *l'Or monétaire* cité ci-dessus, aux termes duquel les intérêts juridiques de l'Albanie constituaient « l'objet même de ladite décision ». Elle ajoutait que si dans l'affaire du *Différend frontalier* les intérêts juridiques du Nicaragua relevaient effectivement de l'objet même de la décision, ceci justifierait à n'en pas douter une intervention du Nicaragua en vertu de l'article 62, qui pose un critère moins rigoureux. La Chambre a conclu que s'agissant des eaux du golfe, le Nicaragua avait établi qu'il avait un intérêt d'ordre juridique susceptible d'être affecté par la décision. Mais elle a jugé qu'à la différence des intérêts de l'Albanie dans l'affaire de *l'Or monétaire*, l'intérêt du Nicaragua ne constituait pas « l'objet même de la décision ». Elle a expliqué pourquoi dans les termes suivants :

« bien qu'il lui ait ainsi été démontré de manière satisfaisante que le Nicaragua a un intérêt d'ordre juridique susceptible d'être affecté par la décision qu'elle rendra sur le point de savoir si les eaux du golfe de Fonseca sont ou non soumises à un condominium ou à une « communauté d'intérêts » des trois Etats riverains, la Chambre ne saurait accueillir l'allégation du Nicaragua d'après laquelle l'intérêt juridique de cet Etat constituerait « l'objet même de ladite décision », au sens où ces termes ont été employés dans l'affaire de *l'Or monétaire pris à Rome en 1943* pour décrire les intérêts de l'Albanie... En ce qui concerne le condominium, le fond du litige entre les Parties n'est pas la validité intrinsèque de l'arrêt de 1917 de la Cour de justice centraméricaine dans les relations entre les parties à l'affaire portée devant elle, mais l'opposabilité au Honduras, qui n'y était pas partie, de cet arrêt lui-même ou du régime qui y est déclaré applicable. Le Honduras, tout en niant que l'arrêt de 1917 lui soit opposable, ne demande pas à la Chambre d'en prononcer la nullité. *Si le Nicaragua est autorisé à intervenir, l'arrêt que rendra la Chambre ne déclarera pas, pour ce qui est des rapports entre cet Etat et les deux autres, que le Nicaragua possède ou ne possède pas, sur les eaux du golfe situées au-delà de la délimitation convenue avec le Honduras, de droits découlant du condominium, mais seulement que, dans les rapports entre El Salvador et le Honduras, le régime de condominium déclaré par la Cour de justice centraméricaine est ou non opposable au Honduras.* Certes, si la Chambre décidait de rejeter les allégations d'El Salvador et de

conclure qu'il n'existe pas, sur les eaux du golfe, de condominium opposable au Honduras, cela reviendrait à conclure qu'il n'y a pas de condominium du tout. De même, juger que la « communauté d'intérêts » dont se réclame le Honduras n'existe pas entre El Salvador et le Honduras en leur qualité d'États riverains du golfe reviendrait à juger qu'il n'y a pas du tout de « communauté d'intérêts » de ce genre dans le golfe. Dans un cas comme dans l'autre, la décision affecterait donc évidemment un intérêt d'ordre juridique du Nicaragua; mais même ainsi cet intérêt ne constituerait pas « l'objet même de ladite décision », comme l'étaient les intérêts de l'Albanie dans l'affaire de l'*Or monétaire pris à Rome en 1943*. De cela résulte ... que la question de savoir si la Chambre aurait le pouvoir de statuer sur ces questions sans la participation du Nicaragua à l'instance ne se pose pas, mais que les conditions d'une intervention du Nicaragua sur cet aspect de l'affaire n'en sont pas moins manifestement remplies. » (*C.I.J. Recueil 1990*, p. 122, par. 73; les italiques sont de moi.)

Il résulte du raisonnement ci-dessus, semble-t-il, qu'au cas où la Chambre, à l'encontre de ce qu'elle a jugé, aurait estimé nécessaire de décider si le Nicaragua possédait des droits dans un condominium, elle en aurait conclu que les intérêts du Nicaragua faisaient partie de l'objet même de la décision. Ainsi interprété l'arrêt dont il s'agit ne justifie pas la position de Nauru — et de la Cour — sur la question dont la Cour est maintenant saisie, mais la position de l'Australie.

LA RESPONSABILITÉ INTERNATIONALE ENCOURUE POUR L'ADMINISTRATION DE NAURU

Il reste à rechercher si, quand on se reporte à la situation pendant les années au cours desquelles Nauru fut un territoire administré sous le régime d'un mandat de la Société des Nations et, par la suite, fut administré comme un territoire sous tutelle de l'Organisation des Nations Unies, les faits autorisent ou non à conclure que la Cour ne saurait statuer à l'égard de l'Australie sans statuer en réalité à l'égard des États absents, le Royaume-Uni et la Nouvelle-Zélande.

Le 2 juillet 1919 un accord fut conclu entre « le Gouvernement de Sa Majesté à Londres, le Gouvernement de Sa Majesté du Commonwealth d'Australie et le Gouvernement de Sa Majesté du Dominion de Nouvelle-Zélande ». Il rappelait qu'un mandat pour l'administration de Nauru avait été conféré par les puissances alliées et associées à « l'Empire britannique », mandat qui devait prendre effet à l'entrée en vigueur du traité de paix avec l'Allemagne, et qu'il était « nécessaire de définir les conditions de l'exercice dudit mandat et de l'exploitation des gisements de phosphates sur ladite île ». Les trois gouvernements ont donc décidé d'un commun accord que l'administration de Nauru était conférée à un administrateur et ils stipulèrent que :

« Le premier administrateur doit être désigné pour une période de cinq ans par le Gouvernement australien ; par la suite l'administrateur sera désigné de la manière fixée par les trois gouvernements. » (Mémoire de la République de Nauru, vol. 4, annexe 26, art. 1.)

Il était stipulé que l'administrateur avait le pouvoir de prendre des ordonnances pour maintenir la paix et l'ordre et assurer le bon gouvernement de l'île. L'accord précisait en outre que le titre sur les phosphates de Nauru était conféré à un *Board of Commissioners* (désigné par la suite comme les *British Phosphates Commissioners*, ou « BPC »), composé de trois membres, qui devaient être nommés chacun par l'un des trois gouvernements, et exerçant chacun ses fonctions tant qu'il ne serait pas révoqué par le gouvernement qui l'avait désigné. L'accord stipulait que les gisements de phosphates devaient être exploités et vendus sous la direction, la gestion et le contrôle des *Commissioners*. Il stipulait aussi ce qui suit :

« Les trois gouvernements s'engagent à ne pas intervenir dans la direction, la gestion, ou le contrôle des opérations d'exploitation, d'expédition, ou de vente des phosphates ; chacun des trois gouvernements s'engage à n'accomplir et à ne permettre d'accomplir aucun acte ou aucune chose contraire aux dispositions et fins du présent accord ou incompatible avec celles-ci. » (Mémoire de la République de Nauru, vol. 4, annexe 26, art. 13.)

L'accord attribuait aux trois gouvernements des parts de la production des phosphates et en prévoyait la vente par d'autres clauses.

L'accord de 1919 fut modifié par la suite afin de renforcer l'autorité de l'Australie dans l'administration de Nauru, en particulier de telle sorte que l'administrateur soit désigné par l'Australie et agisse conformément aux instructions de son gouvernement, qui restait obligé, de son côté, de procéder à des consultations avec le Royaume-Uni et la Nouvelle-Zélande.

Le mandat pour Nauru adopté par le Conseil de la Société des Nations le 17 décembre 1920 rappelait que le traité de paix stipulait « qu'un mandat [était] conféré à Sa Majesté britannique pour administrer ... Nauru... » Il donnait acte du fait que « Sa Majesté britannique » s'était engagée à accepter le mandat sur Nauru et avait « entrepris de l'exercer au nom de la Société des Nations... » Il définissait les termes du mandat : il accordait au mandataire « pleins pouvoirs d'administration et de législation sur le territoire soumis au présent mandat comme portion intégrante de son territoire » et disposait qu'« il accroîtra, par tous les moyens en son pouvoir, le bien-être matériel et moral, ainsi que le progrès social des habitants du Territoire... »

Le mandat fut remplacé par l'accord de tutelle pour le Territoire de Nauru, que l'Assemblée générale des Nations Unies approuva le 1^{er} novembre 1947. Cet accord fut conclu conformément aux dispositions de l'article 81 de la Charte des Nations Unies, aux termes duquel « l'auto-

rité qui assurera l'administration du territoire sous tutelle» peut être constituée par « un ou plusieurs Etats ou par l'Organisation elle-même ».

L'accord de tutelle rappelait qu'en vertu du mandat conféré à Sa Majesté britannique Nauru « a été administré ... par le Gouvernement de l'Australie, *au nom* des Gouvernements de l'Australie, de la Nouvelle-Zélande et du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord » (les italiques sont de moi). Il rappelait que :

« Sa Majesté désire placer le Territoire de Nauru sous le régime de tutelle et les Gouvernements de l'Australie, de la Nouvelle-Zélande et du Royaume-Uni s'engagent à l'administrer selon les conditions exposées dans le présent accord de tutelle. » (Nations Unies, *Recueil des traités*, 1947, vol. 10, n° 138, p. 5.)

Dans l'accord « les Gouvernements de l'Australie, de la Nouvelle-Zélande et du Royaume-Uni (ci-après dénommés l'« autorité chargée de l'administration ») » étaient « *conjointement désignés ... comme l'autorité* qui exercera l'administration du Territoire » (les italiques sont de moi). L'accord stipulait en outre :

« L'autorité chargée de l'administration répondra de la paix, de l'ordre, de la bonne administration et de la défense du Territoire. A cette fin, en vertu d'un accord conclu entre les Gouvernements de l'Australie, de la Nouvelle-Zélande et du Royaume-Uni, le Gouvernement de l'Australie continuera à exercer dans ledit territoire pleins pouvoirs législatifs, administratifs et judiciaires, *au nom de* l'autorité chargée de l'administration — à moins que les trois gouvernements susmentionnés en décident autrement et jusqu'au moment où une décision dans ce sens interviendrait. » (*Ibid.*, p. 6; les italiques sont de moi.)

Le 26 novembre 1965 les trois gouvernements convinrent de modifier les accords en vigueur qu'ils avaient conclus, en particulier afin de prévoir l'instauration d'un conseil législatif, d'un conseil exécutif de Nauru et de tribunaux nauruans. Certains pouvoirs étaient attribués à ces organes, tandis que d'autres étaient réservés à un administrateur désigné par le Gouvernement australien, ainsi qu'à ce gouvernement.

En 1967, à la suite de séries de pourparlers intensifs entre les représentants de Nauru, d'une part, et ceux de l'Australie, de la Nouvelle-Zélande et du Royaume-Uni de l'autre, un accord fut conclu sur les deux exigences principales de Nauru : son accession à l'indépendance et l'acquisition, par Nauru, de l'entreprise des phosphates. Les accords qui en résultèrent furent signés par des représentants des trois gouvernements qui composaient conjointement l'autorité administrante et par ceux de Nauru.

Le 9 février 1987 les trois gouvernements conclurent un accord pour mettre fin à l'accord de 1919. Cet accord, qui, comme de nombreux autres documents soumis à la Cour dans cette affaire, qualifie en termes exprès les trois gouvernements de « gouvernements participants », mit fin aux

fonctions des BPC et stipula des modalités de répartition de leurs actifs. Pendant toutes les années qui s'écoulèrent de 1919 à 1968, sauf celles de l'occupation japonaise pendant la seconde guerre mondiale, l'exploitation des phosphates — pratiquement la seule activité économique organisée sur l'île — fut administrée non par l'Australie, mais par les BPC, qui étaient dirigés par trois Commissioners désignés par les trois gouvernements.

Par application des instruments dont on a fait état, ce fut le mandataire ou l'autorité administrante, mais non l'Australie, qui était responsable et fut uniformément considéré comme responsable vis-à-vis de la Société des Nations et de l'Organisation des Nations Unies. Les communications étaient adressées au mandataire ou à l'autorité administrante, d'une part, la Société des Nations ou à l'Organisation des Nations Unies de l'autre et étaient échangées entre ces entités. L'administration en place à Nauru et la législation appliquée à Nauru étaient celles de l'Australie. Cependant tout acte accompli par l'Australie — l'un des trois gouvernements « conjointement désignés ... comme l'autorité » qui exercera l'administration de Nauru selon les termes de l'accord de tutelle — le fut, de 1919 jusqu'à l'indépendance de Nauru, « au nom » des Gouvernements de la Nouvelle-Zélande et du Royaume-Uni autant qu'en son propre nom. Non seulement l'Australie, mais aussi bien la Nouvelle-Zélande et le Royaume-Uni étaient membres du Conseil de tutelle en vertu de l'article 86 de la Charte, parce qu'ils étaient « chargés d'administrer des territoires sous tutelle » ; pendant un certain temps la Nouvelle-Zélande n'eut d'autre titre à rester membre du Conseil de tutelle que celui d'être chargée d'administrer le Territoire de Nauru, comme l'un des trois Etats qui constituaient l'autorité administrante.

Pour sa part Nauru n'a cessé de soutenir que non seulement l'Australie, mais les trois gouvernements participants portaient la responsabilité de la remise en état des terres à phosphates épuisées ; par exemple le compte rendu des pourparlers du 16 mai 1967 déclare : « des échanges qui suivent il ressort que les Nauruans maintiendront leur réclamation contre les gouvernements participants au sujet de la remise en état des zones exploitées dans le passé... » A la trente-quatrième session du Conseil de tutelle en juin 1967 le représentant de Nauru proposa que « les gouvernements participants » acceptent la responsabilité de remettre en état les terres épuisées avant le 1^{er} juillet 1967 et il réaffirma cette position devant le Conseil le 22 novembre 1967 en déclarant : « il incombe aux trois gouvernements d'assurer la remise en état des terres exploitées avant le 1^{er} juillet 1967 ». En 1986 Nauru fit savoir aux trois gouvernements qu'elle avait désigné une commission pour rechercher « quel gouvernement ou organisation devrait assumer la responsabilité de la remise en état... » et elle sollicita la coopération de chacun de ces gouvernements, notamment la communication de documents. En 1987 Nauru pria « les trois gouvernements participants de l'Australie, de la Nouvelle-Zélande et du Royaume-Uni » de conserver intacts les fonds des BPC jusqu'à ce que la commission d'enquête ait achevé sa tâche. Après avoir reçu le rapport de la commis-

sion d'enquête Nauru envoya des notes identiques, le 20 décembre 1988, aux Gouvernements de l'Australie, de la Nouvelle-Zélande et du Royaume-Uni; la note destinée à la Nouvelle-Zélande est libellée en partie dans les termes suivants :

« Le département des affaires extérieures tient à réaffirmer la position constamment prise par le Gouvernement de Nauru depuis l'indépendance, et qui était celle des représentants élus du peuple nauruan avant l'indépendance, selon laquelle *l'autorité administrante en vertu du mandat et de la tutelle pour Nauru était et demeure responsable de la remise en état des terres à phosphates épuisées pendant la période au cours de laquelle elle a administré Nauru*, avant le 1^{er} juillet 1967, date à laquelle l'accord de 1967 sur les phosphates de l'île de Nauru est entré en vigueur.

En particulier, le département des affaires extérieures tient à réaffirmer que *la Nouvelle-Zélande, qui était l'un des trois Etats intéressés et parties au mandat et à l'accord de tutelle pour Nauru*, n'a pas pris les dispositions nécessaires pour satisfaire les besoins à long terme de la population nauruane dont le bien-être constituait une mission sacrée et une responsabilité primordiale en vertu des accords pertinents; que ce manquement, qui constituait une violation desdits accords et du droit international général, s'est notamment manifesté par le fait de n'avoir pris aucune disposition pour remettre suffisamment en état les terres à phosphates épuisées afin que la population nauruane puisse y vivre en tant que nation souveraine. Le département note qu'*à aucun moment le Gouvernement de Nauru ni aucun représentant autorisé du peuple nauruan n'a accepté ou reconnu que l'accord sur les phosphates de l'île de Nauru ait exonéré les gouvernements participants ou l'un quelconque d'entre eux de leurs responsabilités pour la remise en état des terres.*

En conséquence, le département des affaires extérieures réaffirme que le Gouvernement néo-zélandais était et demeure tenu de réparer ce manquement, soit sous la forme d'une indemnisation ou en prenant, en coopération avec le Gouvernement de Nauru, toutes les dispositions pour la remise en état des terres en question selon des modalités à convenir entre les parties. » (Mémoire de la République de Nauru, vol. 4, annexe 80, n° 22; les italiques sont de moi.)

Enfin, quand Nauru introduisit une instance contre l'Australie devant la Cour, elle envoya des notes identiques à la Nouvelle-Zélande et au Royaume-Uni le 20 mai 1989; la note destinée à la Nouvelle-Zélande est libellée en partie dans les termes suivants :

« Le département des affaires extérieures a en outre l'honneur de faire connaître que, le 19 mai 1989, il a déposé une requête devant la Cour internationale de Justice, à La Haye, pour faire valoir ses demandes relatives à la remise en état des terres en question...

Le département a en outre l'honneur d'attirer l'attention du haut-commissariat sur le fait que la requête désigne le Commonwealth

d'Australie comme seul défendeur en ce qui concerne la demande. Cela est sans préjudice de la position du département, exposée dans sa note du 20 décembre 1988, selon laquelle la Nouvelle-Zélande, étant l'un des trois Etats impliqués et partie au mandat et à la tutelle concernant Nauru était aussi responsable des violations de ces accords et du droit international général auxquelles il est fait référence dans cette note.» (Mémoire de la République de Nauru, vol. 4, annexe 80, n° 29.)

Si l'on tient compte du fait essentiel que, de 1919 jusqu'à l'indépendance de Nauru en 1968, l'Australie a toujours agi en tant que membre d'une autorité administrante conjointe composée de trois Etats et qu'elle a toujours agi au nom des autres membres de ladite autorité administrante comme en son propre nom, il résulte que ses actes ont engagé, ou peuvent avoir engagé non seulement sa responsabilité — à supposer qu'il en existe une à un titre quelconque — mais celle des « gouvernements participants ».

Par conséquent, si la Cour statuait sur la responsabilité de l'Australie, cela reviendrait à statuer, semble-t-il, sur la responsabilité de la Nouvelle-Zélande et du Royaume-Uni. Certes la décision de la Cour dans la présente instance ne s'adresserait, selon ses termes, qu'aux parties à l'instance et elle ne sera obligatoire que pour les parties à cette affaire déterminée. Supposons toutefois que Nauru puisse et veuille s'engager dans une série de procès comme l'a fait le Nicaragua d'abord contre les Etats-Unis, puis, après avoir obtenu un arrêt contre les Etats-Unis, contre le Costa Rica et le Honduras. A supposer, pour les besoins de l'argumentation, que la Cour prononce sur le fond une décision défavorable à l'Australie, peut-on sérieusement soutenir que les autres Etats qui, conjointement avec celle-ci, formaient l'autorité administrante, seraient entendus sans que l'objet même du débat ait déjà donné lieu à une décision de la Cour dans la présente affaire ?

Nauru soutient ce qui suit :

« La Cour ne statuerait sur aucun droit, sur aucune responsabilité de l'un ou l'autre Etat en l'espèce, à la fois par l'effet de l'article 59 du Statut et parce que la demande porte avant tout sur les actes et omissions de l'Australie et de fonctionnaires australiens responsables de l'administration de Nauru.» (Exposé écrit de la République de Nauru, p. 93, par. 262.)

La réponse à cette allégation fondamentale, c'est que la protection accordée aux Etat absents par l'article 59 serait plutôt théorique que pratique compte tenu des caractères très exceptionnels de la présente affaire; et que si la demande porte avant tout sur les actes et omissions de l'Australie et de fonctionnaires australiens responsables de l'administration de Nauru, ces actes et omissions furent ceux de l'Australie agissant comme l'un des trois Etats qui formaient conjointement l'autorité administrante et furent ceux de l'Australie agissant pour le compte de la Nouvelle-Zélande et du Royaume-Uni.

La question de l'importance à attribuer à la situation d'Etats absents peut dépendre d'un équilibre subtil. En l'espèce, pour les raisons indiquées, j'estime, quant à moi, que l'équilibre penche du côté d'une décision déclarant irrecevable la demande formée contre l'Australie seule.

(Signé) Stephen M. SCHWEBEL.