

## OPINION INDIVIDUELLE DE M. KOOIJMANS

[Traduction]

*L'arrêt témoigne de la faiblesse intrinsèque du système de la clause facultative — Réserves aux déclarations d'acceptation de la juridiction obligatoire formulées en vertu du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut — La formulation de telles réserves n'a jamais été contestée à condition de ne pas être incompatible avec le Statut lui-même — En concluant que la réserve canadienne est valide, la Cour a interprété correctement le droit — Le Canada a formulé sa réserve dans le but d'empêcher la Cour d'examiner la licéité d'actes qu'il s'apprêtait à accomplir — Cohérence de cette démarche avec sa préférence déclarée pour un règlement judiciaire — Le libre choix des moyens et l'acceptation de la juridiction obligatoire — Le système de la clause facultative fait partie intégrante du Statut et en est un élément essentiel. Rôle de la Cour à cet égard — La juridiction obligatoire n'est pas simplement un moyen parmi d'autres de régler des différends juridiques.*

1. J'ai voté en faveur de la décision de la Cour selon laquelle elle n'a pas compétence pour se prononcer sur le différend qui lui a été soumis par l'Espagne, ce litige étant couvert par la réserve formulée à l'alinéa *d*) du paragraphe 2 de la déclaration d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour formulée par le Canada le 10 mai 1994. Mais c'est le cœur lourd que j'ai émis ce vote, car j'ai vivement conscience que cet arrêt — s'il est sans nul doute conforme au droit international en son état actuel — témoigne de la faiblesse intrinsèque du système de la juridiction obligatoire, dit aussi système de la clause facultative, mis en place en vertu du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut, tel qu'il a pris forme au fil du temps.

2. Quoique ce système ait été institué en 1920 puis confirmé en 1945 en tant qu'expression du principe selon lequel le règlement judiciaire des différends juridiques internationaux est souhaitable et doit être recherché si d'autres modes de règlement ont échoué ou n'ont pu permettre de trouver une solution, on est loin d'approcher de cet idéal dans la pratique.

3. Il est vraiment paradoxal que la Société des Nations, alors même qu'elle s'efforçait d'amener les Etats à accepter la juridiction de la Cour, ait donné son aval à la formulation de réserves à cette acceptation (quoique le paragraphe 3 de l'article 36 du Statut n'autorise pas expressément un Etat déclarant à formuler de telles réserves): ce faisant, elle a affaibli le système qu'elle essayait de renforcer.

Le recours aux réserves était devenu si courant et servait des objectifs si divers qu'en 1955, M. Humphrey Waldock fit cette mise en garde:

«l'attitude des Etats à l'égard de la clause facultative risque de dégé-

nérer pour devenir simplement de l'opportunisme, si ceux-ci forment, annulent et modifient leurs déclarations au gré de leurs intérêts immédiats»<sup>1</sup> [traduction du Greffe].

4. Le droit des Etats d'assortir de réserves leur déclaration d'acceptation est reconnu depuis longtemps; bien plus, il n'a jamais été contesté, comme en témoigne le fait que l'on n'a même pas jugé nécessaire de l'incorporer expressément au Statut lorsque la présente Cour a été instituée, en 1945. A la conférence de San Francisco, le sous-comité D du comité IV/1 a déclaré, dans son rapport en date du 31 mai 1945:

«On sait que l'article 36 (du Statut) a constamment été interprété dans le passé comme permettant aux Etats acceptant la compétence de la Cour d'accompagner cette déclaration de réserves. Le sous-comité a considéré cette interprétation comme désormais fixée. Il a, en conséquence, jugé superflu de modifier le paragraphe 3 de l'article 36 en y mentionnant expressément la faculté pour les Etats de formuler des réserves.»<sup>2</sup>

5. Depuis cette époque, le seul point qui a été controversé à cet égard est celui de savoir si des réserves incompatibles avec le Statut lui-même sont recevables. Quoique la Cour n'ait elle-même jamais pris position à ce sujet, la question des réserves dites «automatiques» et de leur validité au titre du Statut a fait l'objet de vifs débats à l'occasion de l'affaire relative à *Certains emprunts norvégiens* et de l'affaire de l'*Interhandel*. Selon M. Lauterpacht et plusieurs de ses collègues, le paragraphe 6 de l'article 36 du Statut autorise expressément la Cour et non l'Etat déclarant à décider si la Cour est compétente pour connaître d'un différend. Une réserve aux termes de laquelle l'Etat déclarant se réserve le droit de décider si un litige relève intrinsèquement de sa juridiction nationale est «contraire à une disposition expresse» du Statut et doit par conséquent être considérée comme non valide.

6. Dans l'opinion individuelle restée célèbre qu'il a rédigée à propos de l'affaire relative à *Certains emprunts norvégiens*, M. Lauterpacht n'a cependant à aucun moment mis en doute le droit des Etats de faire des réserves, pour autant que celles-ci ne puissent pas être considérées comme contraires au Statut. Il a explicitement déclaré:

«En acceptant la juridiction de la Cour, les gouvernements sont libres de la limiter de façon radicale. Il peut en résulter que le champ d'application de l'acceptation de la juridiction de la Cour soit réduit à peu de choses. Les gouvernements ont, en tant que dépositaires des intérêts qui leur sont confiés, pleinement le droit d'agir de cette manière.»<sup>3</sup>

<sup>1</sup> C. H. M. Waldock, «Decline of the Optional Clause», *British Year Book of International Law*, vol. 32, 1955-1956, p. 283.

<sup>2</sup> *UNCIO*, XIII, p. 564, doc. 702.

<sup>3</sup> *Certains emprunts norvégiens, arrêt, C.I.J. Recueil 1957*, p. 46.

La Cour a adopté un point de vue semblable dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)* lorsqu'elle a déclaré :

«Les déclarations d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour sont des engagements facultatifs, de caractère unilatéral, que les Etats ont toute liberté de souscrire ou de ne pas souscrire. L'Etat est libre en outre soit de faire une déclaration sans condition et sans limite de durée, soit de l'assortir de conditions ou de réserves.»<sup>4</sup> (Cité au paragraphe 54 du présent arrêt.)

7. Je n'ai d'ailleurs observé, dans la doctrine, nulle tendance à limiter la licéité — notion qui n'a rien à voir avec celle d'opportunité — des réserves faites aux déclarations d'acceptation (à l'exception des réserves portant atteinte au Statut). Je ne peux donc que partager l'opinion de la Cour, exprimée au paragraphe 54 de l'arrêt, selon laquelle «[J]e fait qu'un Etat puisse éprouver des doutes quant à la compatibilité de certains de ses actes avec le droit international ne constitue pas une exception au principe du consentement à la juridiction de la Cour et à la liberté de formuler des réserves». La Cour est tenue d'appliquer le droit tel qu'il est et je n'ai trouvé nulle trace, dans la pratique des Etats, de quoi que ce soit qui contredise l'opinion de la Cour.

8. Pourtant, je suis convaincu que les choses ne doivent pas en rester là. Le Canada a, en l'espèce, modifié sa déclaration d'acceptation et introduit une nouvelle réserve dans le but précis d'empêcher la Cour d'examiner la licéité d'une action qu'il s'appropriait à entreprendre. L'éventail des réserves émises est vaste, mais il est rare qu'un Etat ait modifié une déclaration parce qu'il prévoyait qu'un certain différend allait être porté devant la Cour. Merrills<sup>5</sup> en cite trois exemples : en 1954, l'Australie a modifié sa déclaration en prévision d'un litige avec le Japon à propos des pêches de perles ; en 1955, le Royaume-Uni a émis une réserve en vue de prévenir une procédure à propos de l'arbitrage Buraini ; enfin, en 1970, le Canada a émis une nouvelle réserve concernant la promulgation de la loi sur la prévention de la pollution des eaux de l'Arctique. La réserve faite par le Canada en 1994 peut désormais s'ajouter à cette liste.

9. L'incertitude ou — selon les termes utilisés par la Cour — les doutes éprouvés par un Etat quant à la compatibilité des actes qu'il projette avec le droit international, doutes qui l'ont amené à déposer une nouvelle réserve, ont fort bien été décrits par le premier ministre du Canada de l'époque alors qu'il exposait la raison d'être de la réserve émise à propos de la loi sur la prévention de la pollution des eaux de l'Arctique. Le 8 avril 1970, il déclarait à la Chambre des communes :

<sup>4</sup> *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 1984, p. 418, par. 59.

<sup>5</sup> J. G. Merrills, «The Optional Clause Today», *British Year Book of International Law*, vol. 50, 1979, p. 94.

« Mais le Canada n'est pas disposé à s'engager dans des actions en justice avec d'autres Etats sur des questions vitales lorsque le droit est insuffisant ou inexistant et n'offre donc pas de fondement solide pour une décision de justice. Nous avons donc présenté cette nouvelle réserve ... qui porte sur des aspects du droit de la mer qui sont peu développés ou inadéquats. »<sup>6</sup>

C'est un raisonnement analogue qui semble être à la base de la réserve de 1994.

10. Ainsi qu'il ressort clairement de la déclaration précitée, un Etat qui prend une initiative unilatérale dans un domaine où le droit international semble en pleine évolution a bien conscience que son action est probablement de nature à susciter des litiges avec d'autres Etats. Il peut préférer que ces différends soient réglés par d'autres moyens que la voie judiciaire parce qu'il estime que ces moyens permettront peut-être de trouver une solution qui sera en fin de compte plus satisfaisante pour tous les Etats intéressés. En l'état actuel du droit international, les Etats sont parfaitement fondés à agir ainsi. Au paragraphe 56 de son arrêt, la Cour se réfère à cet égard au principe du libre choix des moyens consacré par l'article 33 de la Charte.

11. Mais en l'espèce, le Canada *avait* effectivement fait un choix et *s'était* de fait engagé à recourir à un mode particulier de règlement des différends en acceptant la juridiction obligatoire de la Cour. Il est vrai qu'il avait expressément stipulé, dans sa déclaration de 1985, qu'il pouvait à tout moment abroger son acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour, ou compléter, modifier ou retirer les réserves formulées dans sa déclaration; c'est précisément ce qu'il a fait lorsqu'il a déposé sa nouvelle déclaration le 10 mai 1994.

12. Un Etat qui a la faculté d'abroger à tout moment son acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour est du même coup en droit de limiter l'étendue de cette acceptation. La question que l'on doit à mon avis soulever n'a donc aucune portée juridique mais paraît néanmoins légitime. Cette question, qui se pose en l'espèce (mais non pour la première fois), est la suivante: jusqu'à quel point un Etat peut-il renforcer le système de la juridiction obligatoire par le dépôt d'une déclaration d'acceptation tout en faisant des réserves qui en diminuent l'efficacité?

13. Le système de la clause facultative a été institué afin de trouver un compromis entre les Etats qui étaient favorables à un système global de règlement judiciaire obligatoire et les autres Etats (une minorité) qui estimaient que ce n'était pas (encore) souhaitable et que par conséquent c'était irréalisable. Lorsqu'un Etat accepte la juridiction obligatoire en déposant une déclaration d'acceptation, il indique par là qu'il considère qu'un règlement judiciaire est le mode de règlement par une tierce partie

<sup>6</sup> Cité dans R. St. J. Macdonald, « The New Canadian Declaration of Acceptance of the Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice », *Canadian Yearbook of International Law*, vol. 8, 1970, p. 3.

le plus approprié pour les différends d'ordre juridique qui ne peuvent être réglés à l'amiable. Il peut assortir cette acceptation de certaines conditions et réserves, rejoignant ainsi les Etats qui estimaient qu'un système global était prématuré. En limitant la portée de la juridiction de la Cour de manière excessive, on porte atteinte à la crédibilité du système tout entier; la sincérité de l'Etat déclarant qui se dit favorable à la juridiction obligatoire s'en trouve elle aussi implicitement atténuée.

14. On a été amené dans le passé à déplorer, comme le faisait M. Waldock cité plus haut, cette attitude de certains Etats qui restreignent la compétence de la Cour de manière radicale. Or un problème d'un tout autre ordre mais cependant comparable se pose si un Etat accepte la juridiction de la Cour de manière assez généreuse, puis à un moment donné, la prive de toute compétence pour un litige dont il prévoit la survenue, en modifiant sa déclaration. La confiance témoignée par un Etat à l'égard du système judiciaire et de la Cour, attestée par le fait qu'il accepte de soumettre un large éventail de différends juridiques pouvant se produire mais non imminents à un règlement judiciaire, est dans une certaine mesure neutralisée par le fait qu'il soustrait à la juridiction de la Cour un différend dont il prévoit la survenue et donc probablement imminent.

15. Le système de la clause facultative est fragile. Les grandes espérances des fondateurs de la Cour permanente de Justice internationale ne se sont pas concrétisées. L'espoir de voir s'instaurer un dispositif global de juridiction obligatoire a été au plus haut dans les années trente mais à présent, le mieux que l'on puisse dire est qu'il s'agit d'un idéal dont il faut tenter de se rapprocher. Il n'en reste pas moins que de plus en plus d'Etats se tournent vers la Cour, et que le nombre d'entre eux qui ont déposé une déclaration d'acceptation progresse lentement mais sûrement. Dans ces conditions, j'estime que la Cour n'aurait pas outrepassé son mandat en appelant l'attention sur la fragilité du dispositif de juridiction obligatoire qui, prenant la forme du système de la clause facultative, fait partie du Statut et en est un élément essentiel, et sur les dangers qui pèsent sur lui. J'en suis d'autant plus convaincu que dans l'arrêt qu'elle a rendu récemment dans l'affaire de la *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1998*, la Cour a mis en exergue — sur un plan certes strictement juridique — l'importance de ce système.

16. On conviendra d'emblée que le système de la juridiction obligatoire n'est pas, ainsi que le croyaient de nombreux Etats en 1922 et 1945, la clé d'un monde pacifique et bien organisé. Mais il ne faut en aucun cas sous-estimer le rôle crucial qu'il joue en tant que dispositif de règlement des différends et plus généralement en tant qu'élément de l'ordre mondial. A cet égard, il est peut-être bon de rappeler ce que déclara M. Bin Cheng lors de la conférence de l'association du droit international organisée à Tokyo en 1964, en réponse à un collègue qui avait fait valoir qu'il existait d'autres modes de règlement des différends internationaux qui étaient probablement tout aussi bons que les décisions des instances judiciaires internationales. La déclaration de M. Cheng peut paraître un peu

trop catégorique, mais elle comporte des éléments sur lesquels il convient à mon avis de bien réfléchir, et peut-être davantage aujourd'hui qu'en 1964.

17. Voici ce que M. Cheng déclarait à cette occasion :

«L'acceptation de la juridiction obligatoire des tribunaux internationaux n'est pas seulement une question de procédure, c'est aussi une question de fond. En réalité, elle modifie la nature du droit régissant les relations internationales. On peut considérer qu'il existe ... différents degrés du droit international. Tout d'abord, il y a un droit international qui s'applique par auto-interprétation, lorsque les Etats n'ont pas accepté l'obligation de s'en remettre à un tribunal international. En pareil cas, lorsqu'un litige se présente, chaque partie est en droit de défendre sa propre interprétation du droit.»

18. Il ajoutait :

«Mais lorsqu'un Etat a accepté par avance l'obligation de s'en remettre aux décisions d'une instance judiciaire internationale, il ne peut plus agir ainsi. Il doit toujours se comporter de telle sorte que, s'il est appelé à comparaître devant ce tribunal, sa conduite ait au moins une chance raisonnable d'être considérée comme acceptable. En d'autres termes, lorsqu'un Etat accepte à l'avance de devoir en référer à la Cour internationale ou rechercher un règlement d'arbitrage, le droit international qui lui est applicable change de nature. On peut le qualifier de droit se prêtant à une décision judiciaire ou arbitrale, et il est d'un ordre infiniment supérieur au droit international de type auto-interprétatif.»

M. Cheng concluait :

«le règlement judiciaire obligatoire n'est pas simplement un moyen comme un autre de régler les différends internationaux. Il fait passer le droit applicable entre les Etats concernés du stade auto-interprétatif au stade supérieur, celui où un recours judiciaire est possible.»<sup>7</sup>

19. Ce point de vue semble être partagé par un autre éminent auteur qui a appelé l'attention sur le fait que :

«la fréquence des règlements non judiciaires dans le système juridique interne résulte peut-être en partie de l'existence de recours judiciaires; chaque partie sait qu'en cas d'échec de la recherche d'une solution amiable, l'autre partie peut en référer aux tribunaux, avec toutes les incertitudes que cela comporte ... Bien plus, la perspective de devoir en venir en définitive à un règlement judiciaire influe néces-

<sup>7</sup> International Law Association, *Report of the Fifty-First Conference*, Tokyo, 1964, p. 43-44.

sairement sur la conception qu'ont du droit les parties; elles seront inévitablement amenées à négocier et à considérer les différentes propositions de règlement en tenant compte de la façon dont elles pensent qu'un tribunal tranchera.»<sup>8</sup>

20. Je n'irai certainement pas jusqu'à dire que le point de vue exposé dans ces citations trouve pleinement son illustration dans le système de la clause facultative tel qu'il s'est développé jusqu'à présent. Mais je suis absolument convaincu que la substance de ce qu'elles expriment — à savoir le fait que la juridiction obligatoire n'est pas simplement un moyen comme un autre de régler des différends juridiques — doit servir de référence à la Cour lorsqu'elle réfléchit au système de la clause facultative. Etant donné que l'arrêt de la Cour — aussi inéluctable soit-il — ne nous rapproche en rien des critères qualitatifs que je viens d'évoquer, c'est à regret que j'ai voté en faveur de cette décision de la Cour; j'ai jugé nécessaire de faire part de mes inquiétudes qui ne se limitent nullement à la présente affaire.

(Signé) P. H. KOIJMANS.

---

<sup>8</sup> Richard Bilder, «International Dispute Settlement and the Role of International Adjudication», dans L. Fiesler Damrosch, dir. publ., *The International Court of Justice at a Crossroads*, 1987, p. 159-160.