

LE DROIT, LE JUGE ET LA VIOLENCE

Les arrêts Nicaragua c. Etats-Unis

par

Joe VERHOEVEN

Professeur à l'Université catholique de Louvain

SOMMAIRE

INTRODUCTION

I) LE JUGE ET LA VIOLENCE

A) L'établissement de la compétence

- a) *Les mesures conservatoires*
- b) *L'article 36 du Statut*
- c) *La déclaration Schultz*
- d) *La réserve Vandenberg*
- e) *Le traité d'amitié américano-nicaraguayen*

B) L'exercice de la compétence

- a) *La partie indispensable*
- b) *La compétence exclusive du Conseil de Sécurité*
- c) *Les limitations de la fonction judiciaire*
- d) *Le juge, la politique et la violence*

C) Le rejet de la compétence

- a) *Le retrait de la procédure*
- b) *La dénonciation de la clause facultative*

II) LE DROIT ET LA VIOLENCE**A) La source du droit**

- a) *Le droit général comme droit coutumier*
- b) *Un droit général non coutumier*
- c) *L'acte unilatéral étatique*

B) Le contenu du droit

- a) *Les justifications de la violence, la théorie avant la pratique*
- b) *Les justifications de la violence, la pratique avant la théorie*

C) L'application du droit

- a) *La réalité du fait*
- b) *L'imputabilité du fait*
- c) *La légalité du fait*

CONCLUSIONS

Le 27 juin 1986, la Cour internationale de justice a statué au fond dans l'affaire dite des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (1). Son arrêt marque l'aboutissement, relativement rapide, d'une procédure introduite sur requête par le Nicaragua contre les Etats-Unis, le 9 avril 1984, et qui avait déjà suscité plusieurs décisions de la CIJ, en particulier une ordonnance « indiquant » des mesures conservatoires, le 10 mai 1984 (2), une ordonnance déclarant irrecevable la demande d'intervention d'El Salvador, le 4 octobre 1984 (3), et un arrêt affirmant la recevabilité de la requête et la compétence de la Cour, le 26 novembre 1984 (4).

L'arrêt du 27 juin 1986 emporte une condamnation claire, même si elle demeure modérée dans sa formulation, des pratiques suivies par les Etats-Unis au Nicaragua. Dans un dispositif très détaillé, qui ne comporte pas moins de seize points, la Cour constate que certains comportements des Etats-Unis ont en l'occurrence violé le droit international, et plus particulièrement la règle prohibant le recours à la force et l'intervention dans les affaires intérieures d'autrui, ainsi que certaines dispositions du traité d'amitié, de commerce et de navigation signé à Managua le 21 janvier 1956 entre les Etats-Unis d'Amérique et la République du Nicaragua (5). La Cour décide que les Etats-Unis sont tenus de mettre fin à ces violations (6) et elle affirme le droit du Nicaragua d'obtenir réparation du préjudice que celles-ci lui auraient causé (7). La forme et le montant de cette réparation ne sont toutefois pas précisés, la Cour se réservant d'en décider ultérieurement si les parties n'arrivaient pas à s'entendre à leur propos (8). L'arrêt ne met dès lors pas un point final au différend entre les Etats-Unis et le Nicaragua. Que la Cour ne se soit pas totalement dessaisie est en l'occurrence

(1) *Rec.*, 1986, pp. 14 ss.

(2) *Rec.*, 1984, pp. 169 ss.

(3) *Rec.*, 1984, pp. 215 ss.

(4) *Rec.*, 1984, pp. 392 ss.

(5) *Rec.*, 1986, p. 146, § 292.

(6) *Ibid.*, p. 149, point 12.

(7) *Ibid.*, points 13-14.

(8) *Ibid.*, point 15.

particulièrement important puisque les Etats-Unis ont dénoncé le 7 octobre la clause facultative de juridiction obligatoire qu'ils avaient souscrite, non sans réserves, le 26 août 1946.

L'arrêt a été rendu à une large majorité. Seuls trois juges s'y sont dans l'ensemble opposés, MM. Jennings, Oda et Schwebel. Si l'opposition du juge Schwebel est systématique, comme en témoigne l'opposition dissidente particulièrement abondante qu'il a jointe à l'arrêt (9), celle des juges Jennings (10) et Oda (11) s'explique avant tout par un désaccord sur l'étendue de la compétence de la Cour. Ce dissentiment n'implique pas nécessairement une divergence sur le fond. Sir Robert Jennings, en particulier, ne manque pas de souligner que les votes négatifs qu'il a émis résultent de sa conviction que la Cour n'était pas compétente et ne préjugent aucunement des questions de fond (12).

Leur dénonciation de la clause facultative de juridiction obligatoire est le point culminant d'un processus de désengagement qui avait précédemment conduit les Etats-Unis à se retirer, le 18 janvier 1985, de la procédure. Ce qui relève d'une « disparition » (13) plus que d'un défaut est sans réel précédent dans la pratique internationale, sous la réserve de la décision prise par l'Albanie, dans l'affaire du détroit de Corfou, de ne pas participer aux débats sur l'évaluation des dommages. Pour expliquer son retrait, le gouvernement américain a fait valoir que l'arrêt du 26 novembre 1984 « was clearly and manifestly erroneous as to both fact and law. The United States remains firmly of the view, for the reasons given in its written and oral pleadings, that the Court is without jurisdiction to entertain the dispute, and that the Nicaraguan application of 9 April 1984 is inadmissible » (14). Le langage est inhabituel. Il prendra un tour franchement déplaisant lorsque, dans leur souci de se justifier, les Etats-Unis feront à la Cour reproche d'un man-

(9) Pp. 259-527.

(10) Pp. 528-546.

(11) Pp. 212-258.

(12) V. p. 529.

(13) K. Highet, *Between a Rock and a Hard Place. The United States, the International Court and the Nicaragua Case*, Speech delivered on November 1, 1986 to the American Branch of the ILA and the ASIL at the Association of the Bar of the City of New York, Extrait, p. 2.

(14) Texte in *AJIL*, 1985, p. 439.

que d'impartialité, n'hésitant pas à mettre en doute au passage l'intégrité de deux juges originaires de pays membres du Pacte de Varsovie (15).

On pourrait ne voir dans ces péripéties que l'expression d'une mauvaise humeur passagère — dont il est, à dire vrai, d'autres exemples —, même si elle n'excuse pas des propos que l'on tiendrait instinctivement pour déplacés et maladroits plutôt que réellement malveillants. Après tout, le gouvernement américain n'est pas le premier au monde à dénoncer la clause facultative après un arrêt qui lui déplait. Il y a plus néanmoins. Les réactions très vives qu'a suscitées, en sens divers, l'arrêt de la Cour aux Etats-Unis témoignent en effet de quelque traumatisme plus profond. Cela tient sans doute à ce qu'un Etat qui se vantait jusqu'alors, non sans naïveté, d'être le champion du droit et de la juridiction, se voit soudain contraint soit de se ranger aux côtés de ceux qu'il stigmatisait hier pour leur mépris du juge et de la loi, soit de porter seul à bout de bras la « justice internationale » après en avoir dépouillé ceux qui en sont les légitimes dépositaires. Il y a dans ces réactions quelque outrance, qui confine parfois à de l'enfantillage. On pourrait s'en désintéresser. Pourquoi faudrait-il que la « défaite » que subit une politique particulière conduisît nécessairement à quelque cataclysme ? L'ennui est seulement que le poids inhérent à ce qu'il est convenu d'appeler une super-puissance peut rendre ses humeurs, fussent-elles objectivement injustifiées, singulièrement dommageables pour l'organisation mondiale.

L'éclat de ces réactions américaines contraste avec l'indifférence qui, dans l'ensemble, a accueilli ailleurs le prononcé de l'arrêt. La presse notamment n'y a guère fait écho, alors même qu'elle ne cessait de se disputer sur le bien-fondé d'une politique depuis longtemps fort controversée. Il y a sans doute beaucoup d'explications à ce relatif désintérêt. Celui-ci montre bien toutefois que l'arrêt du 27 juin 1986 est un problème américain bien plus qu'un problème international. La démesure des réactions américaines pose peut-être un problème international ; l'arrêt n'en suscite point. Pourquoi ? Pour une raison qui est très simple : c'est que, dès l'instant où la Cour se reconnaissait compétente, l'issue de la procédure, c'est-à-dire la « condamnation » américaine, ne pouvait faire de doutes, sans qu'il faille de quelque manière suspecter l'impartialité des juges.

(15) *Ibid.*, pp. 440-441.

L'affaire soulevait substantiellement une question de fait : les comportements reprochés aux Etats-Unis étaient-ils établis ? et une question de droit : à les supposer établis, ces comportements étaient-ils conformes au droit international ? En son principe, la réponse à ces questions n'appelle guère d'hésitations. La question de fait est assurément complexe. Nul n'en disconvient. Cela étant, qui eût sérieusement pu douter de la réalité d'une intervention américaine au Nicaragua, dont la presse, même la plus favorable aux thèses des Etats-Unis, n'a cessé de rapporter depuis des années les multiples manifestations ? Comment croire que tous aient ou rêvé ou menti ? La question de droit est encore plus simple. S'il est vrai, comme on ne cesse de le proclamer, que les Etats sont égaux et souverains, que le recours à la force et l'intervention dans les affaires intérieures d'autrui sont interdits, qui eût pu raisonnablement croire que les pratiques américaines étaient conformes au droit des gens ? Il est vrai que, particulièrement aux Etats-Unis, des écoles, beaucoup plus proches au demeurant de la science politique que du droit, ont multiplié ces temps derniers les doctrines offrant sur des bases diverses un droit d'intervention assez large aux gouvernements soucieux de protéger leurs « amis ». Ces théories ne sont pas sans intérêt et elles ont même, peut-être, des vertus géopolitiques fondamentales. Qui a jamais cru toutefois qu'elles pussent dans l'état actuel du droit réellement prévaloir sur les dispositions de la Charte des Nations Unies dont les termes, simples, n'ont pas à ce jour été modifiées ? (16).

On conçoit à ce titre que l'arrêt de la Cour n'ait guère surpris. L'étonnant eût été qu'il surprenne. Est-ce à dire qu'il soit sans intérêt de s'y attarder, sauf à gloser sur l'étendue exacte d'une condamnation dont le principe était inévitable ? Non point. Dans l'affaire Nicaragua c. Etats-Unis, la Cour aborde en effet pour la première fois de front des questions fondamentales pour les relations internationales, qui sont relatives à l'emploi de la force et à l'intervention. L'intérêt de l'arrêt n'est cependant pas tellement dans les termes utilisés pour soutenir son dispositif. On peut d'ailleurs hésiter plus d'une fois devant les propositions générales qui sont avancées et qu'une propension doctrinale instinctive chez le juge international le conduit souvent à formuler, quand bien même

(16) V. la remarque de H.W. Briggs, *The International Court of Justice Lives up to Its Name*, AJIL, 1987, p. 85, sur le rejet par la Cour de la « Yale police-science approach ».

me elles sont immédiatement superflues. Il est plutôt de regarder comment l'ordre juridique international saisit, à l'intermédiaire de son juge privilégié — la CIJ —, un phénomène, grave, de violence dans les relations entre Etats et s'efforce, à sa façon, de le contenir, sinon d'y porter remède. C'est autrement dit de s'interroger, à la lumière de l'arrêt, sur les rapports que la violence entretient tantôt avec le juge et tantôt avec le droit dans les relations internationales. Le malaise qui s'en dégage parfois n'est pas, à lui seul, sans enseignements, bien au contraire.

Cela dit, il n'est guère possible, dans les limites du présent article, de rapporter dans le détail et de commenter en tous leurs points les arrêts sur la compétence et sur le fond que la Cour a rendus dans l'affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci. Ces décisions, et les opinions individuelles ou dissidentes qui y sont jointes, sont à l'évidence trop volumineuses pour qu'il soit possible d'en rendre compte selon les règles habituelles d'un commentaire d'arrêt. Qu'il nous soit dès lors permis, avec la part de subjectivité que de tels jugements impliquent, d'en extraire les traits qui paraissent essentiels et d'y restreindre l'analyse.

Les faits originels sont suffisamment connus pour qu'il soit inutile d'y revenir très longuement. On rappellera seulement qu'après la chute du président Somoza en 1979, un gouvernement d'union nationale est formé au Nicaragua. Il laissera place assez rapidement à un gouvernement « sandiniste », dont à peu près tous les postes sont occupés par des membres du Frente Sandinista de Liberacion Nacional. Initialement favorable aux nouvelles autorités, l'attitude des Etats-Unis va progressivement se modifier. A partir de 1981, ils soutiennent ouvertement les mouvements d'opposition au gouvernement sandiniste qui, le long de la frontière du Nicaragua avec le Honduras et le Costa-Rica, organisent avec un certain succès des opérations militaires dans le but évident de renverser le pouvoir en place. Depuis lors, les sanctions et autres pressions contre le Nicaragua se sont multipliées, jusqu'au coup de frein donné en 1985 par le Congrès américain à la politique d'intervention devenue brutale du président Reagan.

I. — LE JUGE ET LA VIOLENCE

Sur la base d'arguments, en leur principe classiques, les Etats-Unis déniaient toute compétence à la Cour pour connaître du différend qui les opposait au Nicaragua. La Cour fût-elle compétente, ils contestaient ensuite d'une manière beaucoup plus originale la recevabilité de la requête au motif que le différend était en quelque sorte trop politique pour être « justiciable » de la Cour de justice.

Leur argumentation n'ayant pas été suivie, les Etats-Unis firent défaut sur le fond, avant de dénoncer la clause facultative de juridiction obligatoire. Il n'est pas sans intérêt de s'interroger sur les conséquences de ces décisions américaines, et sur l'arrêt qui en est la cause.

A) L'établissement de la compétence

Dans sa requête introductive d'instance, le Nicaragua invoquait l'article 36 du Statut pour établir la compétence de la Cour. Il s'appuya en outre sur les dispositions du traité d'amitié de 1956 lorsque les Etats-Unis objectèrent et que les conditions de l'article 36 n'étaient pas remplies et que la réserve dite Vandenberg dont était entourée leur déclaration trouvait en l'occurrence à s'appliquer.

La Cour se déclara compétente sur la base tant du Statut que du traité d'amitié, après avoir « indiqué » aux parties certaines mesures conservatoires.

(a) LES MESURES CONSERVATOIRES

On ne reviendra pas sur l'ordonnance du 10 mai 1984 qui a été précédemment commentée dans cette *Revue* (17). Conformément à une jurisprudence bien établie, la Cour s'y reconnaît le pouvoir d'indiquer des mesures conservatoires alors même que sa juridic-

(17) V. C. Rucz, « L'indication des mesures conservatoires par la Cour internationale de justice dans l'affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci », *RGDIP*, 1985, pp. 83-111.

tion est contestée par le défendeur, dès l'instant où elle n'est pas *prima facie* manifestement incompétente. Deux brèves remarques doivent toutefois être formulées.

Dès le stade des mesures conservatoires, transparaît ce qui va devenir l'argumentation centrale des Etats-Unis, à savoir qu'il est inopportun pour la Cour d'intervenir, même à titre provisoire, dans un conflit qui ne peut être résolu par une cour de justice. Pourquoi ? Substantiellement parce que, de par nature, un différend relatif à l'emploi de la force ne se prêterait pas à un règlement juridictionnel. Tout « jugement » pourrait même avoir un effet négatif, en ce qu'il handicaperait un règlement politique, celui auquel tendent en l'occurrence les négociations de Contadora.

Le juge et la violence sont ainsi dès l'origine directement confrontés. Dans son ordonnance, la Cour ne s'attardera guère sur l'argument, qu'elle écarte sans autrement s'en expliquer. Dès l'origine, elle ne fut, autrement dit, nullement impressionnée par la violence. On ne s'en étonnera pas. Pour une toute autre raison, sa décision n'en laisse pas moins à certains égards perplexe. C'est qu'on n'y aperçoit guère quel est le préjudice irréparable dont l'imminence justifie qu'il soit d'urgence prévenu. Les mesures indiquées sont en effet d'une généralité telle que la spécificité du règlement conservatoire s'y dissout totalement. Sans doute faut-il toujours respecter le droit international, et notamment ses règles prohibant le recours à la force et l'intervention. Il était précisément demandé à la Cour de vérifier si ces règles avaient été méconnues par les Etats-Unis dans leurs aventures nicaraguayennes. Indiquer à titre conservatoire que « le droit à la souveraineté et à l'indépendance politique que possède... (le) Nicaragua... (doit être) pleinement respecté et ne (doit être) compromis d'aucune manière par des activités militaires et paramilitaires qui sont interdites par les principes du droit international » (18), c'est en quelque sorte donner implicitement, provisoirement raison au demandeur contre le défendeur. On conçoit à ce titre, comme le souhaitait le juge Schwebel (19), que l'on cherche à bilatéraliser des mesures, pour limiter le déséquilibre introduit. Il n'empêche qu'en toute hypothèse, la spécificité de la mesure conservatoire, même « bilatéralisée », disparaît en pareille perspective. L'ordonnance devient le règlement provisoire d'une question définitive, alors qu'elle devrait être le règlement définitif d'une question provisoire.

(18) *Rec.*, 1984.

(19) *Ibid.*, pp. 194 et ss.

L'évolution est étrange. A dire vrai, elle se ressent depuis longtemps dans la jurisprudence de la Cour. Elle est très sensible d'ailleurs aussi dans la pratique suivie par des juridictions de référé dans de nombreux ordres internes. D'aucuns s'en féliciteront. Nous avouons demeurer hésitant devant une conduite juridique nouvelle largement oublieuse des limites de la décision conservatoire. Il n'est pas sûr que l'audace dont elle témoigne serve réellement la crédibilité de la juridiction. Régler la violence est suffisamment périlleux pour que l'on se garde de chercher à la résoudre « provisoirement ».

(b) L'ARTICLE 36 DU STATUT

Le Nicaragua n'a pas adhéré à la clause facultative de juridiction obligatoire sous l'empire du Statut de la CIJ. Lors de sa signature, en 1929, du Statut de la CPJI, il avait toutefois déclaré reconnaître « comme obligatoire et sans condition » la juridiction de la Cour permanente. Devant la Cour, le Nicaragua se prévalait en conséquence de l'article 36, § 5, du Statut, selon lequel « les déclarations faites en application de l'article 36, § 5, du Statut de la (CPJI) pour une durée qui n'est pas encore expirée seront considérées » comme emportant acceptation de la juridiction de la CIJ.

La base de compétence eût été incontestable si le Nicaragua avait ratifié le Statut de la CPJI. A la différence du Statut de la CIJ, celui-ci était en effet soumis à ratification. L'ennui était que la ratification nicaraguayenne demeurait introuvable. Un télégramme adressé en 1939 au Secrétariat de la SDN en fait certes part. L'instrument de ratification n'est toutefois jamais parvenu à la Société des Nations.

Non sans logique, les Etats-Unis soutenaient dès lors que le Nicaragua, n'étant jamais devenu partie au Statut de la CPIJ, faute de ratification, ne pouvait être devenu partie au Statut de la CIJ en application de l'article 36, § 5, de celui-ci. L'argument est apparemment décisif. Il sera pourtant écarté par la Cour. Celle-ci considère que la déclaration effectuée en 1929, parfaitement valable en elle-même, produit « un certain effet potentiel pouvant être maintenu

indéfiniment » (20), qui suffit à l'article 36, § 5, même si cette déclaration n'a jamais eu d'effet proprement obligatoire à défaut de ratification du Statut de la CPJI.

La Cour a estimé que la différence de rédaction entre la version française de l'article 36, § 5, et sa version anglaise qui utilise les termes « *still in force* », exprimait, dans un contexte marqué par la volonté de favoriser la juridiction obligatoire, la volonté des auteurs du Statut de se satisfaire pour donner compétence à la CIJ de déclarations n'ayant pas acquiescées antérieurement force obligatoire » (21) mais pourvues comme la déclaration nicaraguayenne, d'un effet potentiel. Cette interprétation lui paraît confirmée par la conduite subséquente des Etats et des organes des Nations Unies. La Cour souligne en particulier à ce propos que la mention par les *Annuaire*s de la CIJ, dans l'édition 1946-47 et depuis l'édition 1955-56, du Nicaragua au nombre des Etats liés par l'article 36, n'a jamais suscité de protestations ni de la part du Nicaragua, ni de la part d'autres Etats parties au Statut.

La Cour ne paraît toutefois pas se contenter du seul article 36, § 5. Elle n'hésite en effet pas, si on la comprend bien, à se déclarer également compétente sur la base de l'article 36, § 2, au motif que le Nicaragua n'aurait cessé de témoigner, sous l'empire de la Charte des Nations Unies, de sa volonté de reconnaître la juridiction de la CIJ. Comment expliquer en pareil cas qu'il n'ait point remis au Secrétaire général de l'ONU la déclaration visée à l'article 36, § 4 ? La Cour semble se satisfaire d'une espèce de force majeure. Le Nicaragua ayant « été mis dans une situation exceptionnelle puisque les organes internationaux habilités à connaître de telles déclarations » (22) le considéraient apparemment comme lié en vertu de l'article 36, du fait de sa déclaration de 1929, la Cour préfère ne pas lui « tenir rigueur d'avoir attribué (à des) informations... des Nations Unies un poids qu'elles ne méritaient pas et en somme de les avoir (...) tenues pour plus fiables qu'elles ne l'étaient en réalité » (23).

L'on en arrive ainsi à la situation paradoxale d'un Etat qui est censé avoir reconnu la juridiction de la Cour sans avoir ni été

(20) P. 404, § 27.

(21) P. 408, § 35.

(22) P. 412, § 47.

(23) *Ibid.*, § 46.

indéfiniment » (20), qui suffit à l'article 36, § 5, même si cette déclaration n'a jamais eu d'effet proprement obligatoire à défaut de ratification du Statut de la CPJI.

La Cour a estimé que la différence de rédaction entre la version française de l'article 36, § 5, et sa version anglaise qui utilise les termes « *still in force* », exprimait, dans un contexte marqué par la volonté de favoriser la juridiction obligatoire, la volonté des auteurs du Statut de se satisfaire pour donner compétence à la CIJ de déclarations n'ayant pas acquis antérieurement force obligatoire » (21) mais pourvues comme la déclaration nicaraguayenne, d'un effet potentiel. Cette interprétation lui paraît confirmée par la conduite subséquente des Etats et des organes des Nations Unies. La Cour souligne en particulier à ce propos que la mention par les *Annuaire*s de la CIJ, dans l'édition 1946-47 et depuis l'édition 1955-56, du Nicaragua au nombre des Etats liés par l'article 36, n'a jamais suscité de protestations ni de la part du Nicaragua, ni de la part d'autres Etats parties au Statut.

La Cour ne paraît toutefois pas se contenter du seul article 36, § 5. Elle n'hésite en effet pas, si on la comprend bien, à se déclarer également compétente sur la base de l'article 36, § 2, au motif que le Nicaragua n'aurait cessé de témoigner, sous l'empire de la Charte des Nations Unies, de sa volonté de reconnaître la juridiction de la CIJ. Comment expliquer en pareil cas qu'il n'ait point remis au Secrétaire général de l'ONU la déclaration visée à l'article 36, § 4 ? La Cour semble se satisfaire d'une espèce de force majeure. Le Nicaragua ayant « été mis dans une situation exceptionnelle puisque les organes internationaux habilités à connaître de telles déclarations » (22) le considéraient apparemment comme lié en vertu de l'article 36, du fait de sa déclaration de 1929, la Cour préfère ne pas lui « tenir rigueur d'avoir attribué (à des) informations... des Nations Unies un poids qu'elles ne méritaient pas et en somme de les avoir (...) tenues pour plus fiables qu'elles ne l'étaient en réalité » (23).

L'on en arrive ainsi à la situation paradoxale d'un Etat qui est censé avoir reconnu la juridiction de la Cour sans avoir ni été

(20) P. 404, § 27.

(21) P. 408, § 35.

(22) P. 412, § 47.

(23) *Ibid.*, § 46.

partie au Statut de la CPJI, ni déclaré adhérer à la clause facultative contenue dans le Statut. D'aucuns n'ont pas hésité à affirmer que la décision était « grotesque » (24). Ce qui est manifestement exagéré. Il faut reconnaître toutefois que l'argumentation de la Cour n'est pas pleinement convaincante.

L'article 36, § 5, ne présentant plus guère d'intérêt pratique près d'un demi-siècle après la dissolution de la Société des Nations, on ne s'y attardera guère. Force est pourtant de convenir qu'il est étrange qu'un Etat qui n'a pas accepté la juridiction de la CPJI puisse par une manière de succession avoir accepté celle de la CIJ. Comment une personne pourrait-elle par héritage devenir propriétaire d'un bien qui n'appartenait pas au défunt ? Cela laisse sceptique quelle que soit la pertinence des arguments avancés par la Cour. Il est vrai que les versions anglaise et française de la Charte présentaient une divergence, *a priori* étrange, de formulation. Le refus délibéré de traduire : « *still in force* » par « *encore (toujours) en vigueur* » laisse croire que les auteurs du Statut ont voulu réserver quelque situation juridique extraordinaire. Plusieurs raisons, en sens divers, ont été fournies pour expliquer cette divergence. Quoi qu'il en soit, il demeure que sous couvert de la conciliation à établir entre deux textes, l'un et l'autre authentiques, la Cour en vient à une interprétation radicalement incompatible avec l'un d'entre eux. Comment soutenir en effet que les termes : « *still in force* » puissent couvrir l'hypothèse de déclarations pourvues d'un effet purement « potentiel » ? Dans sa jurisprudence antérieure, la Cour a toujours affirmé que l'article 36, § 5, ne s'appliquait qu'à des déclarations faites sous l'empire de la CPJI qui étaient en vigueur au jour où le devint le Statut de la CIJ. Dans son arrêt du 20 décembre 1984, la Cour dénie toute pertinence à ces précédents dans la mesure où les situations visées seraient par trop différentes (25). C'est possible, encore que l'on puisse en douter. Toujours est-il que l'interprétation alors défendue présente au moins l'avantage d'être compatible avec l'un et l'autre textes, même si cela n'explique pas la forme contournée de la formulation donnée en version française à des termes initialement rédigés en anglais.

Cela étant, il reste troublant que les Etats se soient apparemment conduits « comme si » le Nicaragua avait reconnu la juridic-

(24) M. Leigh, *Judicial Decisions*, *AJIL*, 1985, p. 446.

(25) P. 405, § 29.

tion de la Cour. Le fait est au moins qu'ils n'ont pas protesté contre des déclarations, mentions ou autres allusions le laissant croire. Est-ce à dire que cela puisse réellement confirmer une interprétation particulièrement audacieuse de l'article 36, § 5 ? On est en droit d'en douter. Quelque passivité suggère peut-être que les Etats croyaient à une ratification du Statut de la CPJI par le Nicaragua. L'instrument de ratification eût-il disparu, on conçoit que la Cour n'en tienne pas rigueur au Nicaragua. Trouver dans cette passivité la confirmation de ce que fut l'exacte volonté de ceux qui adoptèrent, en 1945, l'article 36, § 5, est en revanche singulièrement plus aléatoire.

L'arrêt n'en confirme pas moins l'importance, à certains égards démesurée, que prennent les silences dans le droit des gens contemporain. Dans un système qui, répudiant tout formalisme, exacerbe le consensualisme, il n'y a là en principe rien de contradictoire. Puisque la volonté suffit, la forme importe peu. L'arrêt en fournit sur ce point une illustration supplémentaire. Il va toutefois implicitement plus loin qu'une jurisprudence traditionnelle, qui trouve dans le défaut de protestations la preuve soit de l'acceptation d'une obligation, soit de la renonciation à un droit. C'est en effet moins une obligation des Etats-Unis de répondre à la requête nicaraguayenne qu'un droit du Nicaragua de citer les Etats-Unis devant elle que la Cour déduit d'un silence ambigu. Ce qui laisse perplexe. On peut sans trop de difficultés admettre qu'une souveraineté s'oblige en silence, et qu'il puisse lui être demandé compte de cette obligation. Il est plus difficile en revanche de déduire d'un silence, même généralisé, quelque droit bénéficiant à celui auquel ce silence serait censé profiter. Un droit implique sans doute toujours quelque obligation corrélative, et réciproquement. L'inférence logique ne permet cependant pas d'inverser l'objet d'une interprétation : soit une obligation dont on sait qu'elle s'accompagne quelque part d'un droit pour autrui, soit un droit dont on sait qu'il implique quelque part un devoir pour autrui. Il est vrai par ailleurs que la forme importe peu, si l'on pratique un consensualisme rigoureux. Encore faut-il néanmoins que la volonté s'exprime sans ambiguïté, ce qui est l'objet même de l'échange ou du dépôt d'un instrument de ratification ou de toute autre « déclaration » (26). Indépendamment de tout article 36, § 5, on eût pu sans guère d'hésitation admettre que,

(26) V. sur ce point l'op. dis. Ago, p. 519, § 13, et sa critique serrée de l'interprétation donnée à l'article 36, § 5.

même sans l'avoir formellement notifié au Secrétariat général, le Nicaragua se fût, de par une volonté implicite mais certaine, obligé à accepter comme défendeur la juridiction de la Cour en application de l'article 36, § 2. S'appuyer sur sa conduite pour obliger un tiers à donner suite aux requêtes qu'il introduit est singulièrement plus aventureux. Considérer « que le comportement du Nicaragua, vu les circonstances très particulières dans lesquelles il s'inscrivait, revenait à manifester un consentement à être lié » (27), c'est oublier qu'en l'occurrence, la volonté des Etats-Unis, et non plus celle du Nicaragua, doit être déterminante. De ce point de vue, la seule passivité devant les mentions d'un Annuaire est à dire vrai peu de choses, d'autant que le Nicaragua paraît avoir incidemment démenti dans des contacts bilatéraux avec les Etats-Unis son acceptation de la juridiction (28). Tout « *estoppel* » doit sans doute être exclu en l'espèce, comme le souligne la Cour. Il demeure toutefois à déterminer si la seule volonté du Nicaragua de se donner un droit suffit à obliger les Etats-Unis.

Cette question n'est pas explicitement abordée par la Cour, qui multiplie les arguments sans préciser le poids spécifique qu'elle accorde à chacun d'eux. L'idée que la justice en quelque sorte ne se contractualise pas est néanmoins, peut-être, sous-jacente à l'arrêt. L'intérêt est qu'en pareille perspective, la question en quelque sorte disparaît. Il faut assurément vouloir le juge et le vouloir ensemble pour que puisse naître le lien juridictionnel, mais l'engagement qui en résulte ne s'apprécie plus en termes de créance ou de dette. L'important n'est pas le droit que l'on acquiert sur l'autre ou l'obligation que l'un assume envers l'autre, c'est exclusivement que l'on permette à la fonction judiciaire de s'exercer. La déclaration faite en application de l'article 36 « oblige » certes ; mais elle oblige envers le juge plutôt qu'envers ceux qui souscrivent la même déclaration. Peu importe, en pareil cas, que les Etats-Unis ne se soient point obligés envers le Nicaragua ; il suffit que celui-ci se soit obligé envers la Cour internationale de justice. Dans cet ordre d'idées, on conçoit qu'un Etat ne puisse jamais prétendre souffrir quelque préjudice de l'obligation qui lui est faite de se soumettre à un règlement juridictionnel, ce qui suffit à écarter en l'occurrence tout *estoppel*. Comme la justice et le droit pourraient-ils jamais être préjudiciables à qui que ce soit ?

(27) P. 414, § 51.

(28) Pp. 413-414, §§ 49-50.

La proposition est assurément et défendable et séduisante. Il n'est pas sûr toutefois qu'elle corresponde véritablement aux conditions présentes d'exercice de la fonction juridictionnelle, et qu'elle serve réellement la crédibilité d'un juge qui demeure l'otage plus que le maître des parties.

(c) LA DECLARATION SHULTZ DU 6 AVRIL 1984

Trois jours avant le dépôt de la requête nicaraguayenne, le 9 avril 1984, le Secrétaire d'Etat américain, M. George Shultz, notifia au Secrétaire général des Nations Unies la volonté des Etats-Unis de soustraire à la juridiction de la CIJ les « différends avec l'un quelconque des Etats de l'Amérique centrale ou découlant d'événements en Amérique centrale ou s'y rapportant ». Il était précisé que cette modification de la déclaration américaine du 26 août 1946 « prendra(it) effet immédiatement et restera(it) en vigueur pendant deux ans de manière à encourager » la recherche d'un règlement négocié en Amérique centrale (29).

Il est possible que la déclaration fût inconstitutionnelle (30), ce sur quoi la Cour ne s'est pas prononcée (31). L'intention évidente n'en était pas moins de prendre de vitesse le Nicaragua et de prévenir toute tentation qu'il pourrait avoir de saisir la CIJ. Trois jours plus tard, dans une précipitation dont se ressent probablement la requête, la République du Nicaragua portait l'affaire devant la Cour.

Nonobstant l'antériorité de la déclaration par rapport à la saisine, la Cour ne s'est pas estimée sans compétence pour connaître de la requête. La déclaration américaine de 1946 précisait en effet qu'elle resterait en vigueur « jusqu'à l'expiration d'un délai de six mois à compter de la date où notification est donnée de l'intention d'y mettre fin ». La Cour a considéré que ce délai de préavis, invalidant la prétention des Etats-Unis de modifier avec effet immédiat, en 1984, une déclaration de 1946, devait être respecté. Il y aurait là une « obligation irrévocable » (32) dans un système où « le

(29) V. le texte in *Rec.*, 1986, p. 398.

(30) V. M. Glennon, *Nicaragua v. United States : Constitutionality of US. Modification of ICJ Jurisdiction*, *AJIL*, 1985, pp. 682 ss.

(31) P. 421, § 66.

(32) P. 419, § 61.

principe de la bonne foi joue un rôle essentiel » (33). Il importe peu que la déclaration nicaraguayenne de 1929, qui fut faite sans condition de durée, ne s'accompagne d'aucun délai de préavis. Au défendeur qui invoquait la réciprocité, la Cour rétorque qu'à supposer la règle de réciprocité applicable (34), celle-ci « porte sur l'étendue et la substance des engagements, y compris les réserves dont ils s'accompagnent, et non sur les conditions formelles relatives à leur création, leur durée ou leur dénonciation. Il apparaît nettement que la réciprocité ne peut être invoquée par un Etat pour ne pas respecter les termes de sa propre déclaration, quels qu'en soient le champ d'application, les limites ou les conditions » (35). La Cour ajoute que rien ne prouve en outre que la déclaration du Nicaragua puisse être dénoncée sans préavis. Tout au contraire, il faut, par analogie avec le droit des traités, considérer que la dénonciation d'un engagement assumé, comme en l'espèce, sans limitation de durée ne peut intervenir que moyennant un délai raisonnable de préavis ; à l'évidence, « le laps de temps du 6 au 9 avril ne constitue pas un délai raisonnable » (36).

Compte tenu des évolutions contemporaines de la pratique relative à la clause facultative de juridiction obligatoire, on peut demeurer sceptique devant certaines affirmations peut-être trop catégoriques, concernant par exemple le caractère irrévocable d'une obligation ou la portée d'une règle de réciprocité. Dans leurs opinions, certains juges sont d'ailleurs plus nuancés à ce propos (37). Il y a là toutefois dans une certaine mesure, un trompe-l'œil. Les propositions théoriques avancées, aussi solides soient-elles, ne sauraient en effet cacher que l'important tient avant tout à une certaine « bonne foi ». La déclaration Shultz a certainement eu de ce point de vue un effet désastreux. Indépendamment du fait qu'elle accréditait l'idée que les Etats-Unis croyaient à une compétence possible sur la base de l'article 36, comme la Cour n'a pas manqué de le souligner (38), la déclaration du 6 avril 1984 ne pouvait pas ne pas apparaître comme le signe patent d'une mauvaise foi. M.

(33) P. 418, § 60.

(34) La Cour n'en paraît pas convaincue, sans être toutefois très claire à ce propos. V. p. 420, § 64.

(35) P. 419, § 62.

(36) P. 420, § 63.

(37) V. not. l'op. dis. Jennings, pp. 545 ss.

(38) Pp. 410-411, § 41.

Shultz ne se référait certes pas spécifiquement au Nicaragua et il y a bien évidemment toujours un jour avant et un jour après une dénonciation, totale ou partielle. Comment sérieusement croire néanmoins que le Nicaragua n'était pas en fait seul visé par la déclaration américaine ou que les autorités de Washington ignoraient totalement la requête qui se préparait contre les Etats-Unis ? C'est une chose que Goliath, devenu belliqueux, utilise la force pour vassaliser ses confins ; c'en est une autre que David, même téméraire, soit, dans de telles conditions, privé de son juge. On remarquera cependant que la Cour ne fait jamais allusion à une mauvaise foi américaine ; elle se contente d'insister sur la bonne foi qui doit entourer le respect de la déclaration de 1946, et de son délai de préavis de six mois. La formule ne doit pas faire illusion. La clause de préavis a permis à la Cour d'éviter d'avoir à suspecter officiellement la bonne foi des Etats-Unis. Rien n'eût été plus délicat. Comment, en effet, établir sans doute possible la mauvaise foi d'un Etat dans un système de juridiction volontaire qui ne répugne aucunement à des dénonciations ou autres retraits unilatéraux ? Point n'est besoin de souligner la difficulté naturelle d'une telle preuve, par ailleurs difficilement supportable politiquement. En l'occurrence, il est clair d'ailleurs qu'une affirmation de la mauvaise foi des Etats-Unis n'aurait fait qu'accroître l'ire à l'encontre d'une juridiction déjà suspectée de penchants tiers-mondistes abhorrés, comme l'ont confirmé les malencontreuses déclarations ultérieures des autorités américaines. Cela étant, la déclaration de 1946 eût-elle été faite sans clause de préavis ou eût-elle même expressément comporté une faculté de dénonciation avec effet immédiat, il y a fort à parier que le résultat n'eût pas changé. La Cour se serait déclarée compétente, nonobstant la notification de M. Shultz. Mais il lui eût fallu alors incriminer ouvertement la bonne foi des Etats-Unis, sans que l'on puisse en principe y trouver à redire.

(d) LA RESERVE VANDENBERG

Lorsqu'ils souscrivirent, en 1946, à la clause facultative de juridiction obligatoire, les Etats-Unis formulèrent trois réserves (39). La première, relative à l'existence d'autres tribunaux, ne présentait

(39) V. le texte in *Ann. CIJ*, 1980-81, p. 62.

aucun intérêt dans le différend qui les opposait au Nicaragua. La seconde est la réserve Connally ou réserve dite automatique. Elle ne fut pas invoquée par le défendeur américain. Comment, à dire vrai, soutenir sérieusement que relèvent essentiellement de la compétence nationale des Etats-Unis leurs pratiques d'intervention au Nicaragua ? Le gouvernement américain s'est en revanche prévalu de sa troisième réserve pour contester la compétence de la Cour. Cette réserve dite Vandenberg soustrait à sa juridiction les « 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 ». Considérant que selon les termes mêmes de la requête nicaraguayenne, le différend « résultait » d'interprétations divergentes de la Charte des Nations Unies et de la Charte de l'Organisation des Etats américains (40) et qu'il mettait en cause El Salvador, le Costa-Rica, et le Honduras, les Etats-Unis jugeaient la réserve applicable et la Cour tenue, en conséquence, de décliner sa juridiction.

Dans un premier temps, la Cour postposera sa décision sur ce point. Considérant qu'il ne lui est possible de vérifier si un Etat tiers est « affecté » qu'à partir du moment « où les grandes lignes de son arrêt se dessinent » (41), la Cour déclare, dans son arrêt du 20 décembre 1984, que l'objection n'a pas un caractère exclusivement préliminaire. La révision de son règlement intervenue en 1972 lui interdisant de joindre l'exception au fond (42), elle a décidé en conséquence, en application de l'article 79, § 7, d'entreprendre l'examen du fond avant de statuer sur son bien-fondé (43). Il n'y a là aucun préjugé. L'arrêt du 27 juin 1986 fera d'ailleurs droit à la réserve, la Cour se déclarant partant sans compétence pour connaître des violations de la Charte des Nations Unies et de la Charte de OEA reprochées aux Etats-Unis. Ceux-ci ayant centré toute leur argumentation sur l'exercice de la légitime défense collective, elle a considéré, sans davantage s'attarder sur la situation du Costa-Rica et du Honduras, qu'El Salvador, au profit duquel la légitime défense est prétendument exercée, serait nécessairement « affecté » par sa

(40) Il est également fait, accessoirement, état de certains autres traités multilatéraux.

(41) *Rec.*, 1984, p. 424, § 75.

(42) La Cour s'explique sur la raison d'être de cette modification dans son arrêt sur le fond (pp. 29 ss, §§ 38 ss).

(43) *Rec.*, 1984, p. 424, § 76.

décision, au sens de la réserve des Etats-Unis (44). La Cour n'en conclut cependant pas qu'elle est sans compétence aucune pour connaître du différend. La réserve ne visant que les traités multilatéraux, elle a estimé que rien ne l'empêchait de statuer sur les violations du droit coutumier qui pourraient être imputées aux Etats-Unis en précisant : « la Cour ne peut rejeter les demandes nicaraguayennes fondées sur les principes du droit international général et coutumier au seul motif que ces principes sont repris dans les textes des conventions invoquées par le Nicaragua. Le fait que (ces) principes... sont codifiés ou incorporés dans des conventions multilatérales ne veut pas dire qu'ils cessent d'exister et de s'appliquer en tant que principes du droit coutumier, même à l'égard de pays qui sont parties auxdites conventions » (45).

La réserve Vandenberg, dont la raison d'être serait de protéger « les Etats-Unis et les Etats tiers contre les effets inévitablement préjudiciables qu'aurait le règlement judiciaire partiel d'un différend complexe intéressant plusieurs parties » (46), présente maints aspects mystérieux, d'aucuns n'hésitant d'ailleurs pas à mettre en doute sa validité (47). On n'en comprend, à dire vrai, ni les termes, ni la portée. Quel sens peut-il en effet y avoir à protéger par une réserve des Etats tiers ? Cela paraît à la fois prétentieux et superflu, puisque la relativité de la chose jugée les préserve en toute hypothèse. Si réserve il y a, elle défend raisonnablement les seuls intérêts de son auteur. Mais on voit mal quel peut être l'intérêt des Etats-Unis à refuser la juridiction sous le prétexte qu'est en cause un traité multilatéral. L'étrangeté, à dire vrai, importe peu. Il suffit que telle ait été la volonté discrétionnaire des Etats-Unis, même si son intérêt n'apparaît pas clairement. Force est pourtant d'admettre que les termes n'en sont pas clairs. Sur la suggestion même des Etats-Unis, la Cour semble considérer que la subordonnée : « *que la décision concerne* » (*affected by the decision*) a pour antécédent les parties et non le traité (48). La formule reste néanmoins obscure. Que faut-il entendre en effet par « *affected by* » ?

(44) *Rec.*, 1986, p. 36, § 51.

(45) *Rec.*, 1984, p. 424, § 73.

(46) *Rec.*, 1984, p. 422, § 68.

(47) V. H.W. Briggs, *Nicaragua v. United States : Jurisdiction and Admissibility*, *AJIL*, 1985, p. 378. Le même auteur a précédemment qualifié cette réserve de « lamentable » (*Reservation to the Acceptance of Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice*, *RCADI*, t. 93, (1958-I) p. 308).

(48) *Rec.*, 1984, p. 424, § 72.

Si l'on vise par là quelque force obligatoire de la décision, la réserve perd toute signification, puisque la relativité de la chose jugée interdit que le tiers soit juridiquement obligé de quelque manière que ce soit. S'il n'en va pas ainsi, comment pourrait-on en revanche faire une distinction entre les « parties » et le « traité » ? Il va de soi en effet que toutes les parties au traité seront « concernées », puisqu'est en cause un accord qui les lie même si la décision qui l'interprète ne les oblige pas. La réserve en pareil cas se comprend. Elle n'en devient pas moins dévastatrice puisqu'elle subordonne la compétence de la Cour à la présence de toutes les parties au traité, ce qui est virtuellement irréalisable s'agissant de conventions à vocation universelle.

L'affaire nicaraguayenne est à cet égard exemplaire. Pouvait-on sérieusement soutenir que la Cour n'était compétente qu'à la condition que fussent parties à l'instance tous les Etats membres de l'ONU, puisqu'était en cause la Charte des Nations Unies ? Les Etats-Unis eux-mêmes n'ont pas osé le soutenir franchement. C'eût été d'autant plus sûrement tuer la juridiction qu'il n'est pratiquement plus un conflit où la Charte des Nations Unies ne puisse, directement ou indirectement, être mise en cause. Une solution aurait été de considérer que la Charte n'est pas un traité multilatéral au sens de la réserve Vandenberg. La conclusion n'est pas indéfendable, beaucoup s'en faut, tant la portée des engagements convenus déborde en pareil cas le seul droit strictement conventionnel (49). On conçoit cependant que, tout respect de la volonté américaine mis à part, le jugement n'eût pas fait l'unanimité. Une autre solution pouvait être de déclarer la réserve nulle comme contraire à l'objet et au but de la clause facultative de juridiction obligatoire. La conclusion n'est pas sans logique mais la solution est extrême et le remède, qui sait ? pire que le mal, la nullité de la réserve risquant d'entraîner celle de l'acceptation de la juridiction dont elle n'est guère détachable. La Cour a dès lors naturellement penché pour une interprétation plus restrictive. Il faut bien constater néanmoins que la proposition qu'elle esquisse n'est au bout du compte guère compréhensible. La Cour s'en est tenue à cette évidence politique qu'El Salvador, qui avait sollicité en vain d'intervenir, n'était pas totalement étranger à la cause. La meilleure explication de sa décision est sans doute qu'à l'instigation des Etats-Unis, elle a lu la réserve comme visant les Etats parties à

(49) V. *infra*, pp. 1218-1219.

un traité multilatéral qui sont également impliqués dans un différend dont tous les intéressés ne sont pas parties à l'instance juridictionnelle. La lecture peut se défendre. Elle n'est guère compatible cependant avec les termes mêmes de la réserve Vandenberg.

La Cour se garde de préciser explicitement que la réserve doit être lue comme visant les différends multilatéraux dont toutes les parties ne sont pas présentes devant elle. Il est possible que l'omission soit volontaire. Toute compatibilité avec ses termes écartée, il eût été difficile en effet de soutenir qu'elle demeurerait compétente pour connaître de la violation du droit coutumier, si la réserve avait eu pour objectif manifeste de prévenir qu'un différend soit tranché sans que tous les Etats intéressés soient présents. Comment prétendre, si le différend et non le droit qui y serait appliqué est décisif, que l'exclusion inhérente à la mise en cause d'un traité multilatéral n'emporte pas aussi exclusion du droit coutumier ? Il n'en va plus de même en revanche si l'objectif est seulement d'éviter qu'une interprétation du traité puisse obliger sans que tous ses signataires soient dûment appelés à la cause. Rien n'empêche en pareil cas que la Cour connaisse pour le surplus ce manquement au droit coutumier, puisque l'intégrité du traité est préservée.

La Cour ménage ainsi en quelque sorte la chèvre et le chou : elle évite de donner de la réserve une interprétation extrême qui conduirait, à la limite, à devoir mettre en doute sa validité elle cherche aussi à ne pas la comprendre exclusivement par référence à l'existence d'un conflit généralisé en Amérique centrale, pour se garder le droit d'en connaître sur le terrain du droit coutumier. On est bien en peine de le lui reprocher, tant demeurent obscurs les termes comme la *ratio* de la réserve américaine. Il est vrai que la Cour est prisonnière de la volonté des Etats, en ce que sa compétence n'existe que si elle a été voulue et dans la mesure où elle a été voulue. Encore faut-il que cette volonté soit clairement exprimée. Lorsqu'elle ne l'a pas été, il ne saurait lui être fait grief de donner d'une réserve une interprétation favorable à l'exercice de sa juridiction, singulièrement lorsque cette réserve émane d'un Etat qui se pose traditionnellement en champion de la « justice internationale ». A tout prendre, une réserve à la clause facultative de juridiction obligatoire doit toujours être d'interprétation restrictive puisqu'elle n'est jamais que l'accessoire d'une volonté plus fondamentale de se soumettre à un juge.

On notera enfin que la Cour n'a pas fait sur ce point grief aux Etats-Unis de leur défaut lors de la procédure sur le fond. Elle a jugé que cette manière de boycottage, pas plus que leur invocation de la Charte des Nations Unies dans la phase sur la compétence, ne pouvaient être interprétés comme une renonciation des Etats-Unis à se prévaloir de la réserve Vandenberg (50). On eût pu concevoir que le défendeur soit en quelque sorte déchu de son droit de faire valoir sa réserve par suite de son défaut. Rien, dans l'état actuel du droit des gens, ne justifie toutefois une telle sanction. Il importe seulement de vérifier quelle est la volonté de l'Etat intéressé. Nul doute que celle des Etats-Unis, en discutant la compétence de la Cour ou en se retirant de l'instance, n'était pas de renoncer à la réserve. Et la Cour précise : « cette conclusion se dégage avec une force d'autant plus grande que la non-participation du défendeur impose à la Cour, comme elle l'a dit par exemple dans les affaires de la compétence en matière de pêcheries « une particulière circonspection et... une attention toute spéciale » (*CIJ, Rec, 1974, p. 10, § 17 et p. 181 § 18*) » (51).

(e) LE TRAITE D'AMITIE AMERICANO-NICARAGUAYEN

Le traité d'amitié, de commerce et de navigation entre les Etats-Unis d'Amérique et le Nicaragua, signé à Managua le 21 janvier 1956, comporte un article XXIV, § 2, aux termes duquel : « 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 ».

La validité ou le maintien en vigueur du traité n'étant pas contestés, il y a là un fondement apparemment indiscutable de compétence. Les Etats-Unis objecteront en vain que l'invocation du traité est tardive, pour n'avoir pas été mentionnée dans la requête, que la tentative de règlement diplomatique n'a pas eu lieu et, de manière plus diffuse, que la Cour ne saurait, sur la base d'un tel traité, connaître d'un différend relatif à la sécurité, étranger au commerce et à la navigation.

(50) V. cependant sur ce point l'opinion contraire du juge Ni, *Rec., 1986, pp. 209-210.*

(51) *Rec., 1986, p. 33, § 45.*

Sans contester qu'il soit « souhaitable » que la requête indique toutes les bases de compétence, la Cour n'a pas tenu rigueur au Nicaragua de ne point y avoir visé le traité d'amitié de 1956. Il lui suffit que « l'intention de procéder sur cette base » en ressorte clairement (52). Il est vrai que le Nicaragua s'était, dans sa requête, réservé le droit de compléter celle-ci. Il est vrai aussi qu'« il n'y aurait aucun sens », pour une raison de pure forme, « à obliger... le Nicaragua à entamer une nouvelle procédure sur la base du traité » (53). La conclusion laisserait perplexe au regard des règles habituelles des droits judiciaires internes. Elle ne paraît guère contestable sur le terrain du droit des gens, qui répugne à sacrifier la juridiction à quelque formalisme procédural, à tout le moins tant que l'objet du litige n'est pas modifié. Quoiqu'elle n'en dise rien, il est probable en outre que la Cour ait été encline à ne pas faire grief au demandeur de l'imprécision de sa requête, que la déclaration Shultz du 6 avril 1984 avait inévitablement précipitée.

La Cour n'a pas davantage tenu rigueur au Nicaragua de ne pas avoir fait spécialement mention du traité d'amitié dans ses discussions avec les Etats-Unis : « de l'avis de la Cour, parce qu'un Etat ne s'est pas expressément référé, dans des négociations avec un autre Etat, à un traité particulier qui aurait été violé par la conduite de celui-ci, il n'en découle pas nécessairement que le premier ne serait pas admis à invoquer la clause compromissoire dudit traité. Les Etats-Unis savaient avant l'introduction de la présente instance que le Nicaragua affirmait que leur comportement constituait une violation de leurs obligations internationales ; ils savent maintenant qu'il leur est reproché d'avoir violé des articles précis du traité de 1956 » (54).

En la forme, la réponse peut paraître légère. Cela étant, comment sérieusement soutenir, dans le contexte entourant le conflit au Nicaragua, que les deux parties eussent dû engager des négociations portant spécifiquement sur le traité de 1956 aux fins de vérifier s'il pouvait être réglé de manière satisfaisante par la voie diplomatique au sens de son article XXIV ? Ce traité est parfaitement secondaire dans un contentieux dont l'enjeu est bien plus fon-

(52) *Rec.*, 1984, p. 427, § 80.

(53) *Ibid.*, pp. 428-429, § 83.

(54) *Ibid.*, pp. 428, § 83.

damental. On conçoit à ce titre que l'appui trouvé dans un traité de commerce et de navigation pour faire trancher des questions intéressant la paix et la sécurité internationales suscite quelque malaise. Les Etats-Unis ne contesteront cependant pas ouvertement sur cette base la compétence de la Cour. Comment, au demeurant, la contester juridiquement dès l'instant où la clause compromissoire est certaine et où la violation du traité, fût-elle marginale, est explicitement dénoncée (55) ? Il peut être surprenant qu'un traité de commerce et de navigation, même s'il s'avoue également « d'amitié », soit à l'origine de la saisine de la Cour dans une affaire éminemment « politique ». Cela peut inciter à la prudence ceux qui, demain, entendraient insérer des clauses compromissaires dans des accords commerciaux (56) ; cela ne peut justifier qu'aujourd'hui la Cour se déclare incompétente sous le motif que le différend en déborde les termes.

Le traité de 1956 offrait ainsi à la compétence de la Cour un fondement inattaquable. On peut s'étonner que la Cour ne s'en soit pas contentée, comme le lui suggéraient maints juges (57). Cela lui eût évité de devoir faire des détours, singulièrement plus discutables, par l'article 36, § 5, du statut (58). Quoique la Cour n'en dise rien, il est probable qu'elle a craint, en se déclarant compétente sur la seule base du traité de 1956, de devoir considérablement rétrécir l'objet du litige. Seul eût été en cause le respect dû à un traité bilatéral, la prohibition des recours à la force et l'interdiction de toute intervention dans les affaires intérieures d'autrui n'étant plus l'objet même du différend. La conclusion est certaine ; encore doit-elle être correctement comprise. La Cour n'aurait pas pu s'abstenir de vérifier s'il y avait en l'occurrence exercice du droit de légitime défense collective ou contre-mesure licite, puisque telle était l'argumentation centrale des Etats-Unis pour expliquer leur violation apparente des règles du droit des gens, en ce compris de celle qui donne force obligatoire aux dispositions d'un traité de commerce ou de navigation. Autrement dit, les motifs de l'arrêt sur le fond

(55) *Contra* : V. W.M. Reisman, *The Other Shoe Falls : the Future of Article 36 (1) Jurisdiction in the Light of Nicaragua*, *AJIL*, 1987, p. 166, qui défend une « *presumption of confinement* ».

(56) V. F. Kirgis Jr., *Nicaragua v. United States As a Precedent*, *AJIL*, 1985, p. 656.

(57) Comp. les opinions Mosler, p. 461, Oda, p. 472, Ago, p. 514 et Jennings, p. 557.

(58) V. *supra*, p. 1168.

n'eussent pour l'essentiel pas changé. Seul son dispositif aurait dû être considérablement abrégé, toutes références aux violations des règles générales du droit des gens disparaissant. Dans une procédure répressive, la modification eût été fondamentale, le prévenu n'étant passible de peines que pour les infractions pour lesquelles il est régulièrement poursuivi. Faut-il préciser toutefois qu'une procédure devant la CIJ n'a aucunement ce caractère ? Dans un arrêt que l'on dit « déclaratoire », en ce sens qu'il a pour seul objet de constater un manquement de l'Etat aux obligations que lui impose le droit des gens, aucune « sanction » ne peut être infligée. Si tel est son effet, il est secondaire à tout prendre que le manquement soit constaté dans les motifs ou dans le dispositif, au moins dans les parties des motifs qui, selon la formule classique, constituent le support indispensable du dispositif. D'aucuns estimeront peut-être, à ce titre, que la Cour eût été plus avisée de se satisfaire d'une base de compétence inexpugnable, le traité de 1956, et de ne point s'aventurer sur les terrains beaucoup plus mouvants de l'article 36, § 5. C'est néanmoins oublier une chose. Dans sa requête, le Nicaragua ne se contente pas de demander que soit constaté le manquement des Etats-Unis au droit des gens ; il demande aussi réparation. Force est à cet égard de constater que l'étendue de celle-ci est profondément différente selon qu'est pris en considération le seul dommage causé par le non respect d'un traité bilatéral de commerce, ou tout le préjudice résultant de la violation, outre ce traité, des règles générales du droit des gens. La différence n'est pas, beaucoup s'en faut, négligeable. Elle suffit à expliquer que la Cour ait cherché à asseoir sa juridiction sur l'article 36 du Statut, même si l'on hésite à croire que l'objectif du demandeur n'était pas avant tout d'obtenir, en l'occurrence, une condamnation de principe plutôt que des dommages et intérêts.

B) L'exercice de la compétence

Non contents de contester la compétence de la Cour, les Etats-Unis mettaient également en doute la recevabilité de la requête nicaraguayenne. Sur ce terrain, leur argumentation est singulièrement plus originale.

L'idée est en quelque sorte qu'il y a dans toute affaire un seuil de politisation au delà duquel un juge doit refuser d'exercer son

office. Un néologisme : « la justiciabilité » (59) d'un différend, a été forgé pour viser ces exigences nouvelles de recevabilité d'une requête.

Une fois de plus, l'argumentation des Etats-Unis n'a pas convaincu la Cour. On ne sait au demeurant pas comment elle aurait pu *juridiquement* y donner suite. Cela ne signifie toutefois pas que les objections écartées soient dépourvues d'intérêt.

(a) LA PARTIE « INDISPENSABLE »

Sans s'appuyer sur une règle bien précise, les Etats-Unis ont soutenu que la requête était irrecevable dès l'instant où elle mettait nécessairement en cause des Etats qui n'étaient pas parties à l'instance, à savoir le Costa-Rica, le Honduras et le Salvador. On retrouve, dans l'objection, quelque écho de la réserve Vandenberg. La portée de l'argument est toutefois radicalement différente. La question n'est plus de déterminer la mesure dans laquelle les Etats-Unis ont accepté par avance la compétence de la Cour. Plus fondamentalement, il ne conviendrait pas, toute volonté américaine mise à part, que la juridiction s'exerçât en une affaire sans qu'y prennent part tous les Etats qui y sont nécessairement impliqués. Pourquoi ? Parce que, semble-t-il, toute difficulté de preuve réservée, il ne convient pas que la Cour se prononce, dans une affaire intéressant la légitime défense, sur leurs droits en dehors d'eux.

La réponse de la Cour sera brève : « dans le Statut comme dans la pratique des tribunaux internationaux, on ne trouve aucune trace d'une règle concernant les « parties indispensables »... 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 » (60). Les tiers ne sauraient en souffrir préjudice puisqu'indépendamment de la relativité de la chose jugée, il leur est loisible d'intervenir dans les conditions fixées aux articles 62 et 63 du statut. La règle connaît une seule limite, qui a été indiquée par la Cour dans l'affaire de l'*Or monétaire* albanais : lorsque les « intérêts juridiques » du tiers « (sont) non seulement touchés par une dé-

(59) *Rec.*, 1986, p. 26, § 32.

(60) *Rec.*, 1984, p. 431, § 88.

cision, mais constitue(nt) l'objet même de ladite décision » (61), il convient que le juge décline sa compétence. L'exception ne trouve cependant pas à s'appliquer dans l'affaire nicaraguayenne, qui a pour seul objet les droits et obligations respectifs des Etats-Unis et de la République du Nicaragua.

Il y avait là une invitation, implicite, aux parties dites indispensables à intervenir dans la procédure si elles estimaient leurs intérêts menacés. Nul n'eût trouvé à redire à ce qu'elles le fissent, tant il était souhaitable que le différend judiciaire épousât exactement les contours du « conflit généralisé en Amérique centrale ». Aucune d'elles n'interviendra toutefois sur le fond. La décision prise par les Etats-Unis de se retirer de la procédure tuait dans l'œuf toute velléité d'intervention, même si elle n'y faisait juridiquement pas obstacle. Il est vrai aussi que l'accueil réservé par la Cour à la déclaration d'intervention, introduite le 15 août 1984 par le Salvador, n'était pas de nature à inciter outre mesure les tiers à se mêler aux discussions.

Le Salvador appuyait sa demande sur l'article 63 du Statut, qui autorise tout Etat partie à une convention à intervenir dans le procès où l'interprétation de cette convention est en cause. La demande sera déclarée irrecevable par la Cour « en ce qu'elle se rapporte à la phase en cours de l'instance introduite par le Nicaragua » (62). La décision n'est guère motivée. Elle semble s'expliquer uniquement par l'imprécision même d'une requête en intervention qui n'explique guère, comme le requiert l'article 82 du règlement de la Cour, ni les dispositions conventionnelles qui sont en jeu, ni l'interprétation qui en est proposée. La décision confirmera qu'il n'est, à l'expérience, pas aisé d'intervenir devant la Cour sur la base de l'article 62, ni sur la base de l'article 63 (63). Cela étant, il ne faut pas lui prêter plus de portée qu'elle n'en a. L'objectif fut sans doute de ne pas retarder une décision sur la compétence, la demande d'intervention paraissant à maints égards dilatoire. Rien ne permet pour le reste de soutenir qu'un Etat n'est pas en droit d'intervenir pendant la phase juridictionnelle de l'instance, ni que le Salvador

(61) *Rec.*, 1954, p. 32.

(62) Ordonnance du 4 octobre 1984, *Rec.*, 1984, p. 216.

(63) V. C.M. Chinkin, *Third-Party Intervention before the International Court of Justice*, *AJIL*, 1986, p. 531.

n'est pas en droit d'intervenir dans l'affaire Nicaragua c. Etats-Unis. Tout au contraire, la Cour réserve expressément son droit d'intervenir lors des discussions sur le fond.

Il est plus discutable, en revanche, que la Cour ait décidé de ne pas tenir d'audience sur la déclaration d'intervention, alors que l'article 34 du Règlement dispose qu'elle « entend, avant de statuer, l'Etat désireux d'intervenir ainsi que les parties », lorsqu'il « est fait objection... à la recevabilité » d'une telle déclaration. Quel que soit en effet le bien-fondé de sa décision, « il eût été plus convenable, sur le plan de l'administration de la justice que la Cour entende l'Etat désireux d'intervenir et qu'elle ne se prononce pas seulement sur la base des communications écrites » (64). Le fait est d'autant plus regrettable, en l'occurrence, qu'il alimentait inutilement une propension instinctive du défendeur à suspecter l'impartialité de son juge (65). Fait extraordinaire, certains juges confesseront publiquement par la suite leur « erreur » à ce propos (66).

(b) LA COMPETENCE EXCLUSIVE DU CONSEIL DE SECURITE

Le différend mettant en cause l'exercice du droit de légitime défense, les Etats-Unis ont soutenu qu'il n'appartenait pas à la Cour d'intervenir dans une affaire qui, selon le chapitre VII de la Charte, relève de la compétence exclusive du Conseil de sécurité. Seul celui-ci serait en droit de constater l'existence d'une agression armée dont dépend le recours à la légitime défense. Singulièrement lorsque, comme en l'espèce, le Conseil de sécurité a été saisi et qu'il s'est refusé à donner suite à une demande du Nicaragua, il serait saugrenu que la Cour connaisse en quelque sorte en appel de la « décision défavorable » qu'il a prise.

La construction est fermement condamnée par la Cour. A supposer même que le chapitre VII soit applicable, c'est une responsabilité principale, comme le souligne l'article 24 de la Charte, et non

(64) Op. conjointe Ruda, Mosler, Ago, Jennings et de Lacharrière, *Rec.*, 1984, p. 219.

(65) V. J. Sztucki, *Intervention under Article 63 of the ICJ Statute in the Phase of Preliminary Proceedings : the « Salvadoran Incident »*, *AJIL*, 1985, p. 1036.

(66) V. les op. ind. Lachs (*Rec.*, 1986, p. 170) et Oda (*Ibid.*, p. 244, § 66).

une responsabilité exclusive qui est confiée au Conseil de sécurité dans le maintien de la paix et de la sécurité. « Certes l'article 12 répartit nettement les fonctions de l'Assemblée générale et du Conseil de sécurité... mais aucune disposition semblable ne figure dans la Charte sur le Conseil de sécurité et la Cour. Le Conseil a des attributions politiques ; la Cour exerce des fonctions purement judiciaires. Les deux organes peuvent donc s'acquitter de leurs fonctions distinctes mais complémentaires à propos des mêmes événements » (67).

Tel est le motif essentiel qui justifie le refus de la Cour d'accepter qu'il puisse y avoir quelque zone interdite à l'activité juridictionnelle. Pour le reste, la Cour ne manque pas de souligner, avec une malicieuse candeur, que, dans l'affaire du personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran, « il ne semble être venu à l'esprit d'aucun membre du Conseil qu'il y eût ou pût y avoir rien d'irrégulier dans l'exercice simultané par la Cour et par le Conseil de sécurité de leurs fonctions respectives » (68).

Elle rappelle aussi au défendeur d'aujourd'hui oublieux du requérant d'hier, « que, dans les années cinquante, (il a) saisi la Cour de sept affaires mettant en cause des attaques armées de l'aviation militaire d'autres Etats contre des avions militaires des Etats-Unis » (69), sans qu'il se soit alors offusqué des interventions éventuelles de la Cour dans des emplois de la force qui relèveraient du seul jugement du Conseil de sécurité. C'est inviter à plus de constance dans une conduite judiciaire pour assurer la crédibilité d'une argumentation.

(c) LES LIMITATIONS DE LA FONCTION JUDICIAIRE

Dans l'affaire les opposant devant la Cour au Nicaragua, les Etats-Unis ont défendu une conception très restrictive de la fonction judiciaire, sans que l'on aperçoive clairement si les limitations prônées sont inhérentes à sa nature ou résultent seulement de la volonté des auteurs de la Charte planifiant la paix.

(67) *Rec.*, 1984, pp. 434-435, § 95.

(68) P. 433, § 93, citant *Rec.*, 1980, p. 21, § 40.

(69) P. 435, § 97.

En l'occurrence, ces limitations résulteraient plus précisément et du conflit armé existant en Amérique centrale et de l'existence de négociations diplomatiques seules aptes à le réduire. L'argument est apparemment qu'une juridiction se discréditerait en intervenant dans un conflit qu'elle ne serait pas à même de résoudre et qu'elle renierait sa fonction intrinsèque en compliquant un règlement politique seul adéquat.

Il y a là une vision, à tout prendre intéressante, de la mission du juge, qui parachève en quelque sorte l'argumentation tirée de la compétence exclusive du Conseil de sécurité dans les affaires intéressant l'emploi de la force. La Cour, à l'évidence, ne la partage pas. Elle n'est guère encline cependant à entrer dans de grandes discussions sur son rôle fondamental. Aussi se contente-t-elle, s'agissant de la pesanteur d'un conflit armé, de relever que la non-recevabilité d'une requête ne peut résulter de la seule difficulté de la preuve ou des craintes que l'on professerait quant au respect de sa décision, dont il ne lui appartient pas de douter (70). Il est vrai par ailleurs que, singulièrement sous les auspices du groupe de Contadora, auquel ne participent cependant pas les Etats-Unis, des efforts sont faits pour trouver une solution politique à la crise. Si ces négociations aboutissent, la requête pourrait devenir sans objet encore qu'il ne doive pas nécessairement en aller ainsi. Tant qu'elles n'ont pas abouti, rien ne saurait en revanche interdire à une juridiction de connaître des questions de droit dont elle est saisie. Et la Cour précise, citant son arrêt dans l'affaire des otages : « Nul n'a... jamais prétendu que, parce qu'un différend juridique soumis à la Cour ne constitue qu'un aspect d'un différend politique, la Cour doit se refuser à résoudre dans l'intérêt des parties les questions juridiques qui les opposent. La Charte et le Statut ne fournissent aucun fondement à cette conception des fonctions ou de la juridiction de la Cour ; si la Cour, contrairement à sa jurisprudence constante, acceptait une telle conception, il en résulterait une restriction considérable et injustifiée de son rôle en matière de règlement pacifique des différends internationaux » (71).

(70) P. 437, § 101.

(71) P. 439, § 105, citant *Rec.*, 1980, p. 20, § 37.

(d) LE JUGE, LA POLITIQUE ET LA VIOLENCE

Derrière l'argumentation américaine, court l'idée fondamentale qu'un juge international, et singulièrement la CIJ, n'est pas en mesure de statuer *utilement* dans le conflit qui, en Amérique centrale, oppose les Etats-Unis et leurs alliés, au Nicaragua. Pourquoi ? Parce qu'un juge, directement confronté à une crise « politique » prenant des formes violentes, ne pourrait, sans préjudice pour sa fonction ou pour ceux qui y sont soumis, exercer sa juridiction. Toute condamnation, nécessairement hâtive, ne pourrait que discréditer son office, tout en desservant les parties, dont la recherche d'une solution politique s'en trouverait inutilement compliquée. Mieux vaut, dès lors, sauvegarder pour d'autres emplois futurs le « pouvoir » judiciaire, en déclarant la requête irrecevable.

L'objection n'est à dire vrai techniquement guère construite, du moins si l'on en juge d'après ce qu'en rapportent les arrêts de la Cour. Celle-ci ne s'y attarde au demeurant guère, répondant par des propositions générales à d'autres propositions générales, les unes et les autres parfaitement respectables dans tous les sens du terme. Elle n'en manifeste pas moins une certaine hésitation lorsqu'elle revient, dans son arrêt sur le fond, sur ces problèmes de « justiciabilité » (72). Son propos demeure certes aussi ferme. Pourquoi, toutefois, laisser croire qu'elle ne serait pas dessaisie de questions de recevabilité qui ont été tranchées avec force de chose jugée dans son arrêt du 26 novembre 1984, sa décision étant sur ce point définitive et sans recours ?

Cet étrange retour en arrière est au moins le signe de la conscience que la Cour a de l'importance de la question, malgré l'aisance et la simplicité de sa réponse. Il est probable que le conflit Nicaragua c. Etats-Unis n'a pas été la meilleure occasion d'en débattre ; il n'en demeure pas moins que la question, qui met en cause la place du juge sur la scène internationale, est fondamentale.

L'argumentation américaine devant la Cour se ressent très directement d'une jurisprudence américaine bien établie, qui impose au juge de décliner sa juridiction dans des affaires « politiques »

(72) *Rec.*, 1986, pp. 26 ss, §§ 32 ss.

intéressant directement l'exécutif. Elle tend en quelque sorte à transposer au niveau des Nations Unies quelque « political questions doctrine » largement suivie aux Etats-Unis pour départager les compétences respectives de l'exécutif et du judiciaire (73). D'aucuns n'hésitent d'ailleurs pas à suggérer, sur la base de précédents américains, qu'il eût été plus sage pour la Cour de se déclarer incompétente après avoir fermement condamné, en des motifs de principe, la politique suivie au Nicaragua par le gouvernement Reagan (74) ; ce qui est une manière pour le moins curieuse de concilier l'honneur des Etats-Unis et le respect du droit international.

Cette réserve judiciaire exprime une compréhension particulière de la règle de séparation des pouvoirs. Si cette règle est traditionnelle dans les démocraties libérales, la soumission du juge à l'exécutif est loin d'être généralisée, même s'il traîne partout quelque déférence particulière envers des « actes de gouvernement ». On conçoit à ce titre que l'on hésite à transposer en droit international une règle qui est plus spécifique à la pratique américaine qu'inhérente à la démocratie. En toute hypothèse, il n'y a point, au niveau des Nations Unies, de règle véritable de séparation des pouvoirs. L'Assemblée générale, le Conseil de sécurité et la Cour ont certes des compétences distinctes ; les pouvoirs parallèles qui en découlent sont cependant totalement étrangers à une règle de séparation qui a germé dans un humus radicalement différent.

Est-ce à dire qu'il faille nécessairement exclure une telle construction ? Non point. Rien n'empêche que la séparation, et la réserve qu'elle implique, soient le cas échéant pratiquées dans le contexte du droit des gens, fût-il foncièrement différent. La Charte ne l'envisage certes pas, au moins expressément ; il serait excessif toutefois de prétendre qu'elle l'exclut nécessairement, même implicitement. La question est seulement de savoir comment l'on entend marier le juge et la pratique, surtout lorsque celle-ci se fait violente. La thèse américaine et la réponse que lui fournit la Cour expriment à cet égard des vues incompatibles. L'une et l'autre sont cependant *a priori* parfaitement défendables. La difficulté est de choisir, sachant qu'il est vain de chercher à concilier l'une avec

(73) V. A. Chayes, *Nicaragua, the United States and the World Court*, Col. L.R., 1985, pp. 1415 ss, 1450.

(74) V. M.J. Glennon, *Protecting the Court's Institutional Interests : Why not the Marbury Approach ?*, AJIL, 1987, p. 124 ; comp. cpdt. E. Gordon, *Discretion to Decline to Exercise Jurisdiction*, *ibid.*, p. 135.

l'autre. Ce n'est pas qu'il y ait des questions qui soient par nature ou politiques ou juridiques. Toute question peut être sans difficulté l'une ou l'autre, selon l'angle sous lequel elle est regardée. Le problème est uniquement de déterminer si l'on prend appui principalement sur une normativité politique ou sur une normativité juridique pour régler un différend (75). Préférer la première à la seconde, c'est nécessairement privilégier quelque exécutif, le judiciaire demeurant largement imperméable, de par nature, à ce qui n'est pas le droit.

Le débat est en son principe assez classique. On voit mal pourquoi le refuser en droit des gens. Encore faut-il toutefois s'entendre sur ses termes. La difficulté n'est pas tant à cet égard que la Cour et le Conseil de sécurité ne sont pas, l'un avec l'autre, dans les rapports d'un exécutif et d'un juge. C'est surtout que le Conseil, à l'expérience, ne s'est aucunement révélé être l'exécutif, même particulier, qu'une lecture de la Charte laissait originellement présager. La « réserve » du juge, qui l'incite à décliner sa juridiction, peut sans peine se comprendre lorsqu'elle laisse les mains libres à un autre pouvoir, dont on peut raisonnablement attendre qu'il résolve effectivement un contentieux, fût-ce par des voies étrangères au droit. *A priori*, elle n'a plus guère de sens, en revanche, lorsqu'il est établi que cet autre pouvoir n'est pas en mesure d'imposer effectivement un tel règlement. Quel sens peut-il y avoir en pareille hypothèse à renoncer au règlement juridictionnel, tout imparfait qu'il soit ? L'impuissance présente du Conseil de sécurité est à cet égard patente, toute méritoire que puisse être sous d'autres aspects son activité. Demander à la Cour de renoncer à juger pour favoriser un règlement politique, ce n'est plus du tout lui demander de ne pas entraver par des propos juridiques inconsidérés l'action d'organes des Nations Unies mieux armés pour donner à un conflit une solution efficace. C'est exclusivement lui demander de laisser la force brute s'exprimer, sous couvert de la déférence que le juge devrait à la politique. On conçoit aisément que la Cour n'ait guère été encline à partager ces considérations. Quand bien même l'on professerait plus de confiance envers le Conseil de sécurité, il faut d'ailleurs convenir que l'occasion offerte par le différend américanocaraguayen n'était pas la meilleure pour faire application de

(75) Comp. le rapport de M. Virally sur « la distinction entre textes internationaux de portée juridique et textes internationaux dépourvus de portée juridique », in *Ann. IDI*, vol. 60-I, pp. 230 ss.

quelque soumission de l'organe judiciaire devant l'organe politique des Nations Unies. Car, à tout prendre, la paralysie du Conseil de sécurité est largement imputable, en l'occurrence, à un veto des Etats-Unis eux-mêmes. Comment prêter foi à un défendeur sollicitant du juge quelque démission favorisant l'action du politique, lorsqu'il est lui-même la cause immédiate de l'impuissance, en l'espèce, de celui-ci ?

Demander au juge de s'abstenir par respect pour la cohérence d'une organisation des pouvoirs dans la « famille des Nations », ce n'est plus alors que lui demander de laisser cours à la toute puissance d'un « super-grand » que cette organisation hypertrophie. On conviendra du peu d'enthousiasme que suscite *a priori* la proposition.

Sauf à se refuser à voir les modifications fondamentales que la pratique a apportées depuis près d'un demi-siècle à la lettre de la Charte, il n'y a pas de sens en pareille perspective à solliciter de la Cour quelque déférence particulière devant un « exécutif », par respect pour une règle de séparation qui suppose existant un pouvoir qui ne l'est pas. Si donc il faut qu'elle se refuse à juger, ce ne peut être que par respect pour elle-même, c'est-à-dire pour sa fonction, et non point par respect pour un autre. L'idée est tout simplement alors qu'une juridiction ne gagne rien à ce que ses décisions ne soient pas respectées (76). Pourquoi ne le seraient-elles pas ? Les Etats-Unis n'ont pas osé suggérer qu'ils s'y refuseraient. Qui, à dire vrai, aurait jamais une telle audace ? Peut-être, après coup, un Etat arguera-t-il de quelque nullité de la décision judiciaire pour refuser ses obligations. Comment toutefois le préjuger sérieusement, alors que seule se discute la recevabilité d'une requête ? L'argument n'est dès lors pas que les Etats-Unis ne veulent pas se conformer ; c'est plutôt qu'ils ne le pourraient pas, parce que la décision de la Cour serait objectivement impuissante à résoudre un litige, que la violence aurait irrévocablement soustrait au droit. Il est *a priori* plus séduisant. Pourquoi demanderait-on à un juge de régler ce qu'il n'est pas en mesure de régler ? L'illusion est toutefois que le juge résout autre chose qu'une querelle juridique. Il tranche un point de droit ; il ne règle point le différend. La force des ordres internes est à cet égard que le système fonctionne

(76) V. M.W. Janis, Somber, *Reflections on the Compulsory Jurisdiction of the International Court*, *AJIL*, 1987, p. 146.

à l'ordinaire comme si le conflit était résolu, alors que seul le droit a été fixé. Pour des raisons structurelles bien connues, le « comme si » n'a guère d'application dans les relations internationales. Ce n'est toutefois pas le problème du juge, qui se limite à dire le droit comme l'a souligné en l'espèce, avec une fausse naïveté, la CJI.

Cela ne signifie pas que la Cour doive nécessairement donner suite à toutes les demandes qui lui sont adressées. Comme elle l'a elle-même souligné dans l'affaire des essais nucléaires, il ne lui appartient sans doute pas « de choisir parmi les affaires qui lui sont soumises celles qui lui paraissent se prêter à une décision et de refuser de statuer sur les autres » (77). Il n'empêche que l'on ne peut totalement nier que, tout choix discrétionnaire exclu, il puisse y avoir des circonstances, par nature exceptionnelles, où le droit est trop marginalisé pour que la Cour puisse sans discrédit faire « comme si ». Au moins la question, qui met en pleine lumière la tension du politique et du juridique, mérite-t-elle d'être posée. A nouveau toutefois, l'affaire nicaraguayenne ne fournit pas, beaucoup s'en faut, la meilleure occasion de la poser. Sans doute le Nicaragua n'a-t-il jamais cru qu'une décision favorable de la Cour réglerait à elle seule son problème en Amérique Centrale. Le requérant ne demandait à la Cour, au fond des choses, que de lui fournir un atout supplémentaire dans une négociation dont il sait assurément qu'elle est seule à même de résoudre une grave crise régionale. Quel atout ? Simplement d'avoir pour soi, sinon la légalité de sa politique, du moins l'illégalité de celle des Etats-Unis, ce qui n'est pas négligeable, singulièrement dans des rapports avec un Etat particulièrement sensible au respect du « droit ». Il y a là indiscutablement une part de manipulation, la Cour n'étant pas saisie par respect pour sa juridiction, mais pour l'utilité politique qu'une décision escomptée peut fournir. Derrière les règles formelles du droit qui la rendent licite, une telle conduite n'est assurément pas parfaitement saine, tant il est vrai qu'il convient de se soumettre à un juge plutôt que de s'en servir. Qui oserait toutefois, en l'occurrence, en faire le reproche au Nicaragua, et demander à la Cour, pour ce motif, de se démettre ? Qu'on le veuille ou non, David est naturellement trop défavorisé pour que l'« utilisation » du juge lui soit refusée, au profit exclusif d'un Goliath rugissant

(77) *Rec.*, 1974, p. 271, § 57.

à ses confins, qui en appelle à la dignité de la juridiction pour laisser libre cours à des jeux politiques où il est trop puissant. Les Etats-Unis seraient au demeurant mal venus de feindre la surprise devant la « manœuvre ». Ils n'ont à tout prendre pas fait autre chose lorsqu'ils ont saisi la CIJ dans l'affaire des otages, sachant bien qu'un arrêt de la Cour ne réglerait pas leur différend avec l'Iran, alors même qu'il n'y avait aucun doute raisonnable sur l'illégalité, au regard du droit des gens, de la détention d'otages dans la mission diplomatique américaine à Téhéran.

Il est vrai qu' « il y a des limitations inhérentes à l'exercice de la fonction judiciaire », pour reprendre la formule utilisée par la Cour dans l'affaire du Cameroun septentrional (78), et que ces limitations peuvent dépendre d'un rapport à établir entre le politique et le judiciaire. La question est assurément fondamentale. On ne saurait toutefois valablement y répondre dans les termes utilisés par les Etats-Unis dans l'affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci.

C) Le rejet de la compétence

Au lendemain de l'arrêt dans lequel la Cour affirmait sa compétence pour connaître du litige sur le fond, les Etats-Unis annoncèrent, le 18 janvier 1985, leur décision de ne pas participer à la procédure sur le fond, avant de dénoncer, le 1^{er} mai 1985, le traité d'amitié de commerce et de navigation conclu le 21 janvier 1956 avec le Nicaragua et, le 7 octobre 1985, la clause facultative de juridiction obligatoire.

Ces décisions ont causé un émoi certain, singulièrement aux Etats-Unis, d'aucuns n'hésitant pas à les taxer d'absurdité (79). Il ne faut néanmoins pas se méprendre. Ces décisions ne sont, en elles-mêmes, entachées d'aucune illégalité. Le défaut est un droit. Rien n'interdit par ailleurs qu'un Etat dénonce des clauses attribuant compétence à la CIJ, singulièrement lorsqu'il s'est, comme les Etats-Unis en l'occurrence, expressément réservé cette faculté de dénonciation. Si ces décisions suscitent des réserves, ce ne peut être dès lors que pour des raisons étrangères à leur légalité de principe.

(78) *Rec.*, 1963, p. 29.

(79) V. A. Chayes, *op. cit.*, *Col. L.R.*, 1985, p. 1445.

L'important, juridiquement, est toutefois de s'entendre sur leurs conséquences, qui, à dire vrai, sont aisées à établir.

(a) LE RETRAIT DE LA PROCEDURE

En notifiant leur décision de ne plus participer à la suite de la procédure, les Etats-Unis l'ont expliquée par leur conviction que « l'arrêt de la Cour (sur la compétence) était clairement et manifestement erroné en fait comme en droit » ; la Cour elle-même le rappelle (80). L'explication est parfaitement inutile. Une décision de retrait n'a pas juridiquement à être motivée. Elle est en outre singulièrement maladroite dans le chef d'un Etat qui a participé aux débats sur la compétence, la Cour ayant beau jeu de souligner qu'« il n'est pas possible de prétendre que la Cour n'était compétente que pour se déclarer incompétente » (81). On eût été en droit d'attendre du défendeur plus de « *fair play* », pour reprendre les termes utilisés par le juge Schwebel à propos de la Cour (82). L'explication tourne à l'injure lorsque, dans ses commentaires, le Département d'Etat croit devoir préciser : « *We have seen in the United Nations, in the last decade or more, how international organizations have become more and more politicized against interests of the Western democracies. It would be a tragedy if these trends were to infect the International Court of Justice... we must declare our firm conviction that the course on which the Court may now be embarked could do enormous harm to it as an institution and to the cause of international law* » (83).

La formule — « *no more than an aggressive political statement with little legal content* » (84) — est trop excessive pour ne pas être insignifiante. On peut certes ne pas être pleinement convaincu à tous égards par l'arrêt du 26 novembre 1984, dans lequel la Cour affirme sa compétence. Cela étant, comme l'a souligné Th. Franck,

(80) *Rec.*, 1986, p. 23, § 26. V. sur ce point les observations de D.R. Robinson, *Legal Adviser, U.S. Department of State*, in *AJIL*, 1985, pp. 423-430 ; comp. le reproche d'excès de pouvoir formulé par W.M. Reisman, *Has the International Court Exceeded Its Jurisdiction?*, *AJIL*, 1986, pp. 128 ss.

(81) *Ibid.*, § 27.

(82) *Rec.*, 1984, p. 194.

(83) Texte in *AJIL*, 1985, p. 441.

(84) K. Highet, *Litigation Implications of the United States Withdrawal from the Nicaragua Case*, *AJIL*, 1985, p. 1000.

« *no part of that decision... appears to this American international lawyer to be insupportable in law and then, evidently, a matter of 'politicization'* » (85).

La non-participation sur le fond d'un Etat qui a pris part aux débats sur la compétence est sans réel précédent dans la pratique internationale, hors la décision de l'Albanie de se retirer des discussions sur l'évaluation du dommage dans l'affaire du détroit de Corfou. Elle est, par hypothèse, plus exceptionnelle qu'un défaut pur et simple dès l'introduction de la requête. On voit mal toutefois comment mettre en doute sa légalité. Sur la base de principes généraux, le défaut est en droit et même la bonne foi particulière qui, dans un système de juridiction volontaire, pèse sur le défendeur, ne lui interdit pas de se retirer de la procédure, pas plus qu'elle ne l'oblige à y prendre part. La Cour, au demeurant, ne paraît pas faire reproche aux Etats-Unis de leur retrait, même si elle regrette, comme elle le fait « habituellement », une décision « qui comporte à l'évidence des conséquences négatives pour une bonne administration de la justice » (86).

On sait que, selon l'article 53, § 1, du Statut, « lorsqu'une partie ne se présente pas, ou s'abstient de faire valoir ses moyens, l'autre partie peut demander à la Cour de lui adjuger ses conclusions ». En l'espèce, la CIJ n'a toutefois pas adjugé au demandeur ses conclusions, comme le lui demandait le Nicaragua. Conformément à sa jurisprudence antérieure, qui est devenue abondante depuis une décennie, elle a jugé qu'il lui appartenait d'en vérifier préalablement le bien-fondé. On ne saurait le lui reprocher, l'article 53, § 2, disposant expressément que la Cour est tenue de « s'(en) assurer » avant de faire droit à la requête. L'obligation se conçoit. Le juge, même statuant par défaut, sert la justice et non le demandeur. Il n'empêche que l'attention prise par la Cour à « s'assurer » du bien-fondé de la demande déséquilibre l'interprétation de l'article 53. Sous le prétexte de respecter son § 2, c'est pratiquement le § 1 de l'article qu'abandonne sa jurisprudence, le droit du demandeur d'obtenir que ses conclusions lui soient adjugées étant, à l'expérience, parfaitement théorique. La Cour est sans doute en retrait sur ce point par rapport à maintes jurisprudences nationales. Dans les ordres internes, traîne largement l'idée que l'adjudication des

(85) *Icy Day at the ICJ*, *AJIL*, 1985, p. 384.

(86) *Rec.*, 1986, p. 23, § 27.

conclusions est en quelque sorte la sanction du défaut, celui-ci fût-il parfaitement légal, le défendeur n'ayant qu'à s'en prendre à lui-même s'il est fait quelque peu hâtivement droit à la demande. Un tel sentiment n'est aucunement partagé par la Cour. La raison en est peut-être qu'un juge comme la CIJ, dont la compétence n'est pas obligatoire, prête un souci particulier à la crédibilité de ses décisions. Il y a probablement une justification plus fondamentale : c'est que dans un système judiciaire qui, à la différence des ordres internes, ne connaît pas de recours, il ne subsiste aucune possibilité de redresser une décision qui apparaîtrait, en fait ou en droit, erronée. En pareil contexte, il se comprend sans peine que le juge international veille tout spécialement à « s'assurer » avant d'« adjuger », quitte à privilégier le § 2 de l'article 53 par rapport à son § 1. L'arrêt du 27 juin 1986 témoigne de la même prudence.

Toute légitime que soit l'attention particulière du juge sur ce point, elle n'en présente pas moins le risque de déséquilibrer, après l'article 53 du Statut, les parties elles-mêmes. C'est que la Cour, soucieuse du bien-fondé de son jugement, sera naturellement encline à opposer au demandeur tout moyen de fait ou de droit qu'il lui est loisible de faire valoir, sans être aucunement limitée par les conclusions — inexistantes — d'un défendeur défaillant. A la limite, le défaut fournit à celui-ci le conseil le plus compétent qui soit : la Cour elle-même. Le paradoxe est ainsi que, loin de faire grief au défendeur de son absence, le juge international en viendrait indirectement à pénaliser le demandeur de sa présence. Ce qui revient à accorder une étrange prime au défaut. Le propos est assurément quelque peu caricatural. Le souci d'égalité entre les parties que professe la Cour ne l'a jamais conduite à entériner officiellement un déséquilibre favorable au défaillant. Même s'il est impossible de formuler en cette matière des paramètres objectifs précis, on ne peut s'empêcher, toutefois, de trouver sa jurisprudence très — d'aucuns diront trop — favorable dans l'ensemble à la partie défaillante, depuis l'affaire de la compétence en matière de pêcheries.

L'arrêt dans l'affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua manifeste néanmoins un certain changement de ton à ce propos. Si la Cour ne revient aucunement sur ses conclusions antérieures, elle y exprime plus fermement un souci dominant d'équilibre, en soulignant que « l'article 53 ne vise à défavoriser ni l'une ni l'autre des parties en cas de non-comparution ; celle qui s'abstient de comparaître ne saurait donc être admise à tirer

profit de son absence, car cela reviendrait à désavantager la partie qui comparait » (87). Concrètement, cette volonté expliquera qu'en fait la Cour se soit à certains égards contentée de commencements de preuve, sans exiger du demandeur des compléments, que seul le défendeur aurait été à même ou d'apporter ou de démentir.

Telle est, pratiquement, la seule conséquence importante du retrait américain, les Etats-Unis s'étant mis dans l'impossibilité de démentir sérieusement ce qu'ils s'obstinaient à tenir pour des allégations mensongères. Après l'effet psychologiquement « désastreux » de la déclaration Shultz, la décision du 18 janvier 1985 a eu des conséquences objectivement désastreuses sur le terrain de la preuve (88).

La maladresse est apparemment si grossière qu'on serait enclin à y trouver quelque aveu déguisé. C'eût été une bonne raison pour adjuger au demandeur ses conclusions. La Cour s'y est toutefois catégoriquement refusée quel que fut son souci de « veiller... à une application *appropriée* de l'article 53 de son Statut » (89).

(b) LA DENONCIATION DE LA CLAUSE FACULTATIVE

Dans les commentaires entourant leur décision de ne pas participer aux débats sur le fond, les Etats-Unis annonçaient leur intention « *to clarify (its) 1946 acceptance of the Court's compulsory jurisdiction* » (90). On eût pu croire qu'ils se contenteraient d'en modifier les termes (91). La mesure sera plus radicale ; le 7 octobre 1985, le Secrétaire général des Nations Unies est averti de la dénonciation de la clause facultative de juridiction obligatoire.

La dénonciation est sans effet immédiat sur la compétence de la Cour. Comme celle-ci l'a rappelé, la caducité ou le retrait d'une clause d'acceptation de la juridiction postérieurement à l'intro-

(87) P. 26, § 31.

(88) K. Highet, *Between a Rock and a Hard Place, The United States, the International Court, and the Nicaragua Case*, Speech delivered on November 1, 1986 to the American Branch of ILA, and the ASIL at the Association of the Bar of the City of New York, Extrait, pp. 2 ss.

(89) P. 38, § 57. C'est nous qui soulignons.

(90) *Loc. cit.*, AJIL, 1985, p. 411.

(91) A. D'Amato, *Modifying United States Acceptance of the Compulsory Jurisdiction of the World Court*, AJIL, 1985, pp. 385 ss ; *id.*, *The United States Should Accept, by a New Declaration, the General Compulsory Jurisdiction of the World Court*, *ibid.*, 1986, pp. 331 ss.

duction de la requête ne saurait, conformément à une jurisprudence constante, « retirer à la Cour une compétence déjà établie » (92). La force obligatoire de l'arrêt du 27 juin 1986 ne prêterait pas à doute, pas plus que celle de l'arrêt que la Cour pourrait être amenée à rendre, faute d'accord entre les parties, sur la réparation due au Nicaragua, la Cour ayant expressément réservé sa compétence à ce propos (93). Il est possible que la dénonciation, intervenant avant le prononcé de l'arrêt sur la compétence, n'ait pas eu psychologiquement un effet très heureux. Rien ne laisse toutefois croire que la Cour ait tenu rigueur aux Etats-Unis d'un acte dont la légalité est, au demeurant, indiscutable.

Les Etats-Unis rejoignent ainsi la France dans le rang de ceux qui, au lendemain d'un arrêt jugé défavorable, répudient la juridiction de la Cour. D'aucuns semblent considérer que le retrait américain a porté à la clause facultative un coup fatal (94), le Royaume-Uni demeurant le seul des cinq grands qui y soit partie. Même sans effet sur la compétence de la Cour dans l'affaire Nicaragua-Etats-Unis, la dénonciation ne serait dès lors pas sans incidence sur la juridiction internationale.

Il est probable que l'arrêt n'incitera guère les Etats à adhérer à la clause facultative de juridiction obligatoire. La preuve est faite que la clause expose son signataire à être attiré devant la Cour à propos d'une affaire qu'il n'eût jamais accepté de lui soumettre par la voie d'un compromis, la protection qu'il croyait tirer de réserves qu'il imaginait ingénieuses s'avérant à l'expérience illusoire. Il est probable d'ailleurs aussi que, pour la même raison, les Etats hésiteront désormais à insérer dans des traités à objet limité des clauses compromissaires susceptibles indirectement d'une application très générale. Faut-il pour autant en conclure à la mort de la clause facultative ? Sans doute, oui, même s'il subsistera toujours l'un ou l'autre Etat pour y souscrire. Il ne faut toutefois point exagérer sur ce point l'importance de la décision américaine. Celle-ci brise peut-être l'illusion qu'avaient les Etats-Unis d'être de farouches défenseurs de la juridiction internationale ; elle ne tue pas le mécanisme mis en place à

(92) P. 29, § 36.

(93) P. 149, point 15 du dispositif.

(94) V. W. Wengler, *Gerichtszuständigkeit und Klagezulässigkeit im Verfahren Nicaragua/Vereinigte Staaten vor dem Internationalen Gerichtshof*, NJW, 1985, pp. 1266-67 ; G.C. Scott et C.L. Carr, *The ICJ and Compulsory Jurisdiction : The Case for Clauses the Clause*, AJIL, 1987, pp. 57 ss.

l'article 36, § 2, du Statut. En réalité, la clause était à l'agonie depuis longtemps. Une quarantaine d'Etats y sont certes toujours partie. Force est pourtant de reconnaître qu'ils ne constituent même plus une minorité homogène au sein de la communauté internationale ; force est en outre de constater que leurs déclarations sont fréquemment entourées de réserves telles que l'adhésion à un ersatz de juridiction obligatoire est purement et simplement un trompe-l'œil.

Peut-être la dénonciation américaine précipite-t-elle à cet égard une agonie. Elle ne saurait toutefois, de près ou de loin, être prise pour la cause, même partielle, d'un processus entamé depuis plusieurs décennies et qui est probablement, à moyen terme, irréversible. L'heure est au compromis occasionnel, la procédure en chambre, dont la composition est téléguidée par les parties même si la Cour en demeure formellement maîtresse, offrant en outre l'avantage de ne pas se heurter à trop de sensibilités contradictoires. On n'est pas loin de l'arbitrage gratuit.

L'expérience semble prouver au demeurant que la formule est bénéfique, puisque les appels à la Cour se multiplient. La preuve est faite que les Etats ne sont pas prêts à accepter, sous une forme déguisée, la juridiction obligatoire même s'ils ne répudient pas la fonction de juger. Quoique l'on ait pu croire un moment qu'il devenait un pouvoir s'imposant aux Etats, le juge international ne demeure présentement qu'un outil à leur disposition, sans autre valeur que l'utilité que son emploi présente le cas échéant. C'est un signe parmi d'autres des difficultés, bien connues, d'organiser la « famille des Nations ». On peut le regretter. Il n'y a pas lieu toutefois de faire preuve de trop de fétichisme envers la fonction juridictionnelle. L'important est d'abord que les différends se règlent de manière pacifique. Nonobstant certains échecs spectaculaires, les progrès de la pratique contemporaine sont en cette voie indéniables, même si le juge n'y joue aujourd'hui qu'un rôle marginal. Cette marginalisation n'est d'ailleurs pas exclusivement fonction de données structurelles, liées à un postulat de souveraineté dont l'intransigeance ne s'atténue pas. C'est aussi que le droit, auquel le juge doit une dévotion obligée, est souvent impuissant à régler adéquatement un conflit. Ses règles sont parfois d'une imprécision telle que le risque d'en demander la signification à un tiers « indépendant et impartial » est trop hasardeux. Tout comme il est exclu que ceux qui récuse un droit, lorsqu'il est précis, acceptent de

voir tranchés sur la base de ses préceptes les différends auxquels ils sont parties. La conduite américaine dans l'affaire Nicaragua-Etats-Unis n'est pas de ce point de vue sans enseignement.

Le succès de la juridiction, judiciaire ou arbitrale, dans les délimitations maritimes est à cet égard très remarquable. Le fait est que la règle est devenue en ces matières on ne peut plus insaisissable, le commandement du droit se dissolvant à la limite totalement dans des appels à l'« équité ». Or pourtant, la juridiction dans l'ensemble triomphe. Ce qui prouverait que c'est du droit, et non du juge, que se méfient les Etats (95).

II. — LE DROIT ET LA VIOLENCE

La compétence de la Cour et la recevabilité de la requête nicaraguayenne réservées, l'intérêt premier de l'arrêt du 27 juin 1986 est sans doute que la Cour internationale de Justice y aborde de front les problèmes de l'emploi de la force et de l'intervention dans les relations internationales. Ces questions, soulevées notamment dans l'affaire du détroit de Corfou, ne lui étaient certes pas demeurées auparavant totalement étrangères. Jamais la légalité d'une politique systématique d'assistance et d'intervention, expliquée par le droit de légitime défense collective, n'avait toutefois constitué à ce jour l'objet d'un contentieux juridictionnel, dans un contexte, à maints égards exemplaire, comparable à celui du différend américano-nicaraguayen.

Nonobstant les objections américaines, la Cour n'a pas hésité à se saisir du dossier et à trancher au fond. Son arrêt, sur ce point, comporte substantiellement trois parties. La première est consacrée à un examen minutieux du fait, la Cour s'efforçant, dans la limite des possibilités que lui laissait la décision des Etats-Unis de se retirer de la procédure, d'établir et la réalité des comportements dénoncés et leur imputabilité au demandeur ou au défendeur. La seconde est relative au droit, la Cour explicitant la portée des règles du droit international régissant le recours à la force et l'intervention. Conformément au syllogisme judiciaire, et même si on eût été

(95) V. J. Verhoeven, « A propos de la fonction de juger en droit international public », in Ph. Gérard, F. Ost et M. van de Kerchove, *Fonction de juger et pouvoir judiciaire. Transformations et déplacements*, 1983, pp. 462 ss.

voir tranchés sur la base de ses préceptes les différends auxquels ils sont parties. La conduite américaine dans l'affaire Nicaragua-Etats-Unis n'est pas de ce point de vue sans enseignement.

Le succès de la juridiction, judiciaire ou arbitrale, dans les délimitations maritimes est à cet égard très remarquable. Le fait est que la règle est devenue en ces matières on ne peut plus insaisissable, le commandement du droit se dissolvant à la limite totalement dans des appels à l'« équité ». Or pourtant, la juridiction dans l'ensemble triomphe. Ce qui prouverait que c'est du droit, et non du juge, que se méfient les Etats (95).

II. — LE DROIT ET LA VIOLENCE

La compétence de la Cour et la recevabilité de la requête nicaraguayenne réservées, l'intérêt premier de l'arrêt du 27 juin 1986 est sans doute que la Cour internationale de Justice y aborde de front les problèmes de l'emploi de la force et de l'intervention dans les relations internationales. Ces questions, soulevées notamment dans l'affaire du détroit de Corfou, ne lui étaient certes pas demeurées auparavant totalement étrangères. Jamais la légalité d'une politique systématique d'assistance et d'intervention, expliquée par le droit de légitime défense collective, n'avait toutefois constitué à ce jour l'objet d'un contentieux juridictionnel, dans un contexte, à maints égards exemplaire, comparable à celui du différend américano-nicaraguayen.

Nonobstant les objections américaines, la Cour n'a pas hésité à se saisir du dossier et à trancher au fond. Son arrêt, sur ce point, comporte substantiellement trois parties. La première est consacrée à un examen minutieux du fait, la Cour s'efforçant, dans la limite des possibilités que lui laissait la décision des Etats-Unis de se retirer de la procédure, d'établir et la réalité des comportements dénoncés et leur imputabilité au demandeur ou au défendeur. La seconde est relative au droit, la Cour explicitant la portée des règles du droit international régissant le recours à la force et l'intervention. Conformément au syllogisme judiciaire, et même si on eût été

(95) V. J. Verhoeven, « A propos de la fonction de juger en droit international public », in Ph. Gérard, F. Ost et M. van de Kerchove, *Fonction de juger et pouvoir judiciaire. Transformations et déplacements*, 1983, pp. 462 ss.

enclin à inverser la majeure et la mineure, la troisième porte sur la licéité des faits dont la réalité est établie.

Il est bien évidemment impossible de rendre compte dans le détail de toutes les questions envisagées ou tranchées par la Cour à ces propos. Cela étant, il n'est pas inutile de tenter de mettre en lumière les traits saillants de sa démarche à chacune de ses étapes, en privilégiant les points de droit dont l'intérêt déborde le seul conflit américano-nicaraguayen.

A) La source du droit

L'une des originalités majeures de l'arrêt tient sans doute à ce que toute référence au droit conventionnel en est en principe exclue. Ayant fait droit à la réserve américaine, la Cour s'interdisait en effet de vérifier par rapport à des traités multilatéraux — singulièrement la Charte de l'ONU et celle de l'OEA — la légalité des politiques suivies par les Etats-Unis au Nicaragua, les traités bilatéraux demeuraient certes applicables, et notamment le traité d'amitié américano-nicaraguayen. Dans des matières touchant aux racines mêmes de l'ordre juridique international, leur importance est néanmoins beaucoup plus secondaire.

Comme elle le rappelle en s'y attardant sans doute plus que la force de chose jugée attachée à ses arrêts ne l'eût strictement demandé, la Cour a estimé que la réserve Vandenberg ne l'empêchait pas de vérifier par rapport au droit international « général et coutumier » la licéité des comportements suivis par les Etats-Unis (96). Pour l'essentiel, la décision de la Cour repose dès lors sur les règles générales du droit des gens en ces matières. On ne saurait assez en souligner l'intérêt *a priori* fondamental, le jugement de la Cour ne s'appuyant en principe aucunement sur des règles accidentelles exclusivement tributaires de la volonté discrétionnaire de contractants souverains.

Quoiqu'elle statue sur la seule base du droit coutumier, la Cour ne néglige pas totalement le droit conventionnel, et singulièrement la Charte des Nations Unies. Mais elle prend exclusivement en considération celui-ci aux fins d'identifier ce que peut être la règle générale, dépouillée de toute adjonction conventionnelle. Avant de s'attacher à la portée de règles générales, cela conduit naturelle-

(96) V. *supra*, p. 1174.

ment à s'interroger sur les conditions qui permettent d'en affirmer l'existence. Pour l'essentiel, il y a là un processus coutumier parfaitement banal. L'expression « droit international général et coutumier » laisse croire toutefois qu'il y a en l'occurrence d'autres règles générales que les règles coutumières.

Le droit « général » est ainsi dominant dans l'arrêt de la Cour. Il ne faut cependant pas totalement négliger la contribution que celui-ci apporte également à la théorie de l'acte juridique unilatéral.

(a) LE DROIT GENERAL COMME DROIT COUTUMIER

Appelée à « identifier les règles du droit international coutumier applicables au... différend », la Cour déclare devoir « examiner la pratique et l'*opinio juris* des Etats » (97). La démarche, pleinement conforme à sa jurisprudence antérieure, est en son principe très classique. Sans à proprement parler définir la coutume, la Cour confirme que sa création repose sur deux facteurs : l'un matériel — une pratique générale et constante — et l'autre intentionnel — l'*opinio juris*. C'est ce que l'on a appelé la théorie des deux éléments de la coutume.

Il n'y a dans tout cela rien de très nouveau, tout au contraire. On notera d'ailleurs que la Cour ne s'engage aucunement dans les innombrables controverses que suscite une exacte compréhension de phénomène coutumier. Il lui suffit de rappeler que la coutume suppose une pratique et une *opinio juris*, celle-ci fécondant en quelque sorte celle-là. Avec raison, la Cour souligne néanmoins « que, pour qu'une règle soit coutumièrement établie, la pratique correspondante (ne doit pas) être rigoureusement conforme à cette règle. Il... paraît suffisant, pour déduire l'existence de règles coutumières, que les Etats y conforment leur conduite de manière générale et qu'ils traitent eux-mêmes les comportements non conformes à la règle en question comme des violations de celle-ci et non pas comme des manifestations de la reconnaissance d'une règle nouvelle » (98). La formule mélange deux problèmes, relatifs respectivement à la création de la coutume et à son maintien en vigueur.

(97) P. 97, § 183.

(98) P. 98, § 186.

Le motif rappelle d'abord qu'une pratique ne doit pas être absolument uniforme pour donner naissance à une coutume. Des comportements contraires n'affectent pas nécessairement sa généralité, singulièrement lorsque ceux qui les adoptent témoignent, même négativement, de l'existence d'une règle de droit. Il souligne ensuite que la seule violation d'une coutume ne suffit pas à en mettre en doute l'existence. Cela va de soi, dès l'instant où il est de l'essence de la « loi » juridique, à la différence par exemple de celle qui veut que la pomme de Newton lui tombe sur la tête, de pouvoir être violée. Que le vol se généralise ne signifie pas que le droit de propriété disparaît, même s'il ne se respecte plus. La difficulté propre à la règle coutumière est seulement que des violations, en s'accumulant, peuvent à terme substituer une règle les légalisant à celle qui originellement les condamne. L'intérêt de la manière de « reconnaissance » à laquelle fait allusion la Cour est alors de sauvegarder sans doute possible une règle dont l'existence, et point seulement le respect, est virtuellement mise en cause par toute méconnaissance de son prescrit.

La précision n'est pas sans importance dans une matière comme l'emploi de la force où le respect du droit, naturellement aléatoire, se heurte, dans le contexte actuel des relations internationales, aux rivalités et autres tensions qui se multiplient entre les Etats. L'originalité véritable de l'arrêt est néanmoins ailleurs ; c'est d'inverser en quelque sorte, du moins en apparence, des rapports entre la pratique et l'*opinio juris*.

Traditionnellement, la jurisprudence, tant interne qu'internationale, s'attache à l'élément matériel de la coutume plutôt qu'à son élément subjectif. Si elle établit l'existence d'une pratique générale, elle affirme, sans autrement la prouver, l'*opinio juris* indispensable pour que cette pratique ne demeure pas purement et simplement un usage dans l'affaire Nicaragua c. Etats-Unis la Cour, s'interrogeait sur le droit coutumier en matière d'emploi de la force et d'intervention, adopte apparemment une attitude inverse : elle s'attarde longuement sur l'*opinio juris* sans s'appesantir sur la pratique (99). La démarche a été critiquée ; comme si elle voulait masquer, en l'occurrence, quelque défaillance de l'élément matériel de la coutume. La critique paraît injustifiée.

(99) V. F.L. Kirgis Jr., « Custom on a Sliding Scale », *AJIL*, 1987, pp. 146 ss.

On pourrait se contenter de rappeler que dans la mesure où le juge « sait » le droit, il n'a pas à se justifier sur l'existence de règles coutumières. Il lui suffit de les « déclarer », sans avoir à proprement parler à les « prouver ». Il y a plus néanmoins. Dans une matière comme l'emploi de la force où la règle de principe formule une interdiction, l'élément matériel de la coutume est en effet nécessairement réduit puisqu'une obligation de ne pas faire est imposée aux Etats. Sans doute faut-il que les Etats s'abstiennent d'utiliser la force ; l'important est toutefois moins de s'abstenir que d'exprimer la conviction que l'abstention est obligatoire. L'accent se déplace naturellement vers l'élément subjectif : c'est l'« âme » des Etats plutôt que leur pratique que le juge sonde pour vérifier s'il est coutumièrement interdit d'utiliser la force armée. Cela n'exclut certes pas que des dérogations soient le cas échéant apportées à une interdiction de principe, c'est-à-dire que des Etats soient exceptionnellement autorisés à recourir à la force. L'élément matériel de la coutume revient alors *a priori* au premier plan : il convient d'établir si et dans quels cas des Etats ont utilisé la force dans leurs relations internationales. Un tel emploi n'est guère contestable dans la pratique contemporaine. Il est vrai que la Cour ne s'y attarde guère. Ce n'est point toutefois qu'elle en néglige l'importance ; il lui suffit que cette pratique confirme la conviction des Etats qu'hors la légitime défense, il n'y a pas de justification au recours unilatéral à la force. On retrouve en pareil cas l'élément subjectif de la coutume, éclipsant progressivement son élément matériel. L'originalité de l'arrêt est sans doute de mettre ainsi cet élément subjectif à l'avant-plan, tant pour affirmer la règle d'interdiction — ce qui paraît inévitable — que pour écarter les dérogations qu'on prétendrait y apporter — ce qui dispense de façon commode de s'interroger plus avant sur des pratiques particulières d'emploi de la force.

Tout importante que soit en l'occurrence l'*opinio juris*, la Cour n'en donne aucune définition précise. D'aucuns n'ont pas manqué de le lui reprocher, estimant que l'arrêt « reveals the august judges of the ICJ as collection naive about the nature of custom » (100). On ne peut qu'hésiter à partager un tel jugement tant il est vrai que la naïveté est plutôt de croire à une définition crédible de l'*opinio juris*. Nul n'en a à ce jour offert une compréhension indis-

(100) A. D'Amato, « Trashing Customary International Law », *AJIL*, 1987, p. 105.

cutée, même si les explications, et notamment celles de l'auteur de la citation précitée, se sont multipliées. C'est un peu le sourire de la Joconde du droit international ! Le résultat est certes clair : la pratique devient règle. L'alchimie qui conduit du fait au droit demeure néanmoins mystérieuse. Il faut sans doute voir dans le processus coutumier quelque reconnaissance diffuse par une communauté de la juridicité de mœurs sociales. Les instruments de cette reconnaissance n'en demeurent pas moins on ne peut plus incertains. La jurisprudence de la Cour, malgré des formules apparemment fermes, témoigne à cet égard de maintes hésitations (101). L'arrêt du 27 juin 1986 ne les dissipe pas. Il confirmera toutefois l'importance que revêt un « sentiment » de juridicité, singulièrement dans des matières aussi sensibles pour la communauté internationale que l'emploi de la force et la non-intervention. Il n'y a pas à s'en étonner. On peut assurément proposer de la coutume une explication qui échappe aux ambiguïtés de la théorie des « deux éléments ». On ne saurait toutefois reprocher à la Cour de s'y être implicitement tenue conformément à sa jurisprudence habituelle, sans autrement s'aventurer dans des digressions doctrinales qui, même fondamentales, sont étrangères à l'œuvre juridictionnelle.

(b) UN DROIT GENERAL NON COUTUMIER ?

A diverses reprises, la Cour fait mention de « principes » dont la signification n'est pas toujours parfaitement claire. L'intérêt serait de vérifier si la mention implique l'existence de quelque règle générale dont l'origine ne serait pas strictement coutumière.

L'implication est parfois expressément écartée par la Cour elle-même, l'utilisation du vocable « principes » répondant pour l'essentiel à des impératifs d'écriture. Ainsi en va-t-il par exemple lorsque la Cour précise que « le principe de non-intervention... fait partie intégrante du droit international coutumier » (102). Il peut néanmoins être intéressant de mettre en lumière l'importance que l'existence d'une règle particulière revêt pour la compréhension du droit international dans son ensemble. C'est ce que la Cour a sans doute en vue lorsqu'elle souligne « *le concept juridi-*

(101) V. P. Haggemacher, « La doctrine du droit coutumier dans la pratique de la Cour internationale », *RGDIP*, 1986, pp. 5 ss.

(102) P. 106, § 202.

que *fondamental* de la souveraineté des Etats » et le « *principe* du respect de la souveraineté des Etats » (103). On peut hésiter devant la formule. Y a-t-il autre chose qu'une règle coutumière de respect de la souveraineté, toute fondamentale que soit l'inspiration que le droit des gens puise dans « ce principe structurel » (104) ? Si le « concept » est important pour la compréhension de la règle, il ne s'y substitue pas. La Cour semble néanmoins aller plus loin lorsque, appelée à vérifier la légalité d'un manuel sur les opérations psychologiques dans la lutte contre la guérilla, elle vise les « principes généraux de base du droit humanitaire dont, à son avis, les conventions de Genève (du 12 août 1949) constituent à certains égards le développement et qu'à d'autres égards elles ne font qu'exprimer » (105).

La Cour ne fait pas référence à la codification du droit coutumier qu'auraient réalisée les conventions de Genève du 12 avril 1949. L'omission est probablement volontaire, les conventions n'étant, selon les termes de l'arrêt, que « l'expression concrète » des « principes généraux du droit humanitaire » (106). Toute référence à un droit coutumier exclu, l'intention semble être de trouver dans des « considérations élémentaires d'humanité », selon la formule utilisée dans l'affaire du détroit de Corfou (107), des règles minimales s'imposant à tous les Etats.

Le principe n'est alors plus seulement une pierre d'angle ; il est aussi immédiatement une règle. On se félicitera sans doute de cette moralisation de la violence qu'entraîne l'affirmation de règles générales dépouillées de tout caractère coutumier. Force est pourtant de constater qu'elle laisse songeur. Si l'on conçoit que des considérations d'humanité expliquent des conventions, il demeure *a priori* plus aventureux de se contenter d'elles pour affirmer, en dehors de conventions, l'existence de règles indépendantes de toute pratique des Etats. On expliquera peut-être l'existence de telles règles dans le droit de la guerre par une généralisation de la célèbre clause de Martens, encore que celle-ci fût initialement l'élément d'un accord entre des Etats. Il serait intéressant de vérifier toutefois quel emploi pourrait être fait, en dehors du droit humanitaire, de

(103) P. 111, § 212. C'est nous qui soulignons.

(104) Soerensen, *Les sources du Droit international*, 1946, pp. 145 ss.

(105) P. 111, § 212.

(106) P. 114, § 220.

(107) *Rec.*, 1949, p. 22, cité p. 114, § 218.

« principes », détachés de toute pratique coutumière, énonçant une règle générale. Il serait intéressant aussi de vérifier comment, en dehors de vérités axiomatiques ou de solutions communes aux systèmes juridiques contemporains, ces « principes » fournissent des règles générales. La réponse est sans doute qu'une philosophie instinctive ou une morale intuitive prescrivent des commandements bruts qui n'auraient pas dû recevoir une sanction juridique immédiate, si les incertitudes du droit coutumier ou les aléas du droit conventionnel n'avaient pas obligé à y faire référence pour n'avoir pas à avouer quelque vide législatif. C'est un autre triomphe d'une *opinio juris* d'un nouveau genre.

(c) L'ACTE UNILATERAL ETATIQUE

Pour établir l'*opinio juris* s'agissant de l'emploi de la force et de l'intervention, la Cour s'appuie très largement sur des résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies, et notamment sur la résolution 2625 (XXV) relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats (108). Il en ressort à son estime quelque « conviction » de l'illégalité du recours à la force et de l'intervention dans les affaires intérieures d'autrui. Il y a là à première vue quelque chose d'intrigant. Comment une assemblée qui n'a pas de pouvoirs « législatifs » pourrait-elle réellement avoir une conscience législative ? Ce n'est pas toutefois à la volonté exprimée par l'organe des Nations Unies que l'arrêt fait véritablement référence ; c'est plutôt à la somme des volontés étatiques qui s'y expriment indirectement. La conduite de chaque Etat y prime le comportement collectif que leur convergence engendre. On conçoit qu'en pareille perspective, la Cour prête une attention particulière aux votes ou autres « attitudes » des Etats-Unis, de manière à vérifier quelle fut *in tempore non suspecto* la « conscience » d'un défendeur prônant devant elle une compréhension laxiste des exceptions à l'interdiction du recours unilatéral à la force.

Dans un contexte où les résolutions à vocation normative se multiplient, la remarque n'est pas sans importance, beaucoup s'en faut : à la limite, « voting for a norm-declaring resolution » devient

(108) V. not. pp. 99 ss, §§ 188 ss.

« an exercise in *opinio juris* » (109). Elle ne suscite de soi aucune difficulté de principe, quelles que puissent être les divergences sur les volontés ou autres intentions qui s'expriment en fait dans le vote d'une résolution. On soulignera que la construction récupère par le biais de la théorie de l'acte unilatéral l'absence de force obligatoire des résolutions de l'Assemblée générale, c'est-à-dire la défaillance d'un pouvoir législatif. Le détour paraîtra curieux. Il est pleinement conforme pourtant aux prolégomènes d'un système qui hypertrophie la souveraineté des Etats. C'est parce que leur volonté est souveraine qu'elle doit toujours être respectée, quelles que soient les occasions où elle trouve à s'exprimer.

La Cour ne va toutefois pas aussi loin. Une somme de comportements unilatéraux lui permet exclusivement d'établir l'*opinio juris* indispensable à une coutume qui a seule force obligatoire. Ce n'est point parce que les Etats-Unis ont voté, à l'ONU ou à l'OEA, en faveur de textes condamnant le recours à la force que l'emploi de celle-ci leur est interdit ; c'est uniquement parce que la règle coutumière, que ces votes manifestent, le prohibe. L'attention prêtée par la Cour aux votes américains témoigne cependant d'un changement latent de perspectives. Il n'y a qu'un pas à faire pour vérifier, derrière la généralité d'une règle, la bonne foi d'un défendeur et l'obliger sur la base de sa seule volonté indépendamment de toute règle générale. L'acte unilatéral trouve alors toute son autonomie. On sait que la Cour a allègrement franchi le pas dans l'affaire des essais nucléaires (110). Elle confirme pour partie, dans l'affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua, sa jurisprudence.

Parmi d'autres arguments, les Etats-Unis invoquaient, pour justifier leurs interventions, le manquement du Nicaragua à un « plan de paix » communiqué par le gouvernement de reconstruction nationale au Secrétaire Général de l'OEA et comportant divers engagements en matière de respect des droits de l'homme, dont l'organisation d'élections libres. La Cour « qui ne trouve... rien dans ... « le plan de paix » qui permette de conclure à l'intention de faire naître un engagement juridique (111) », écarte le moyen en fait. Il n'y a pas eu « offre formelle pouvant constituer, par son

(109) T.M. Franck, « Some Observations on the ICJ's Procedural and Substantive Innovations », *AJIL*, 1987, p. 120. V. également, Fl. Morrison, « Legal Issues in the Nicaragua Opinion », *AJIL*, 1987, p. 161.

(110) *Rec.*, 1974, pp. 253 ss.

(111) P. 132, § 261.

acceptation, une promesse en droit et donc une obligation juridique » ; il y a tout au plus une « promesse essentiellement politique, faite non seulement à l'organisation mais aussi au peuple du Nicaragua qui devait en être le premier bénéficiaire » (112). Et la Cour ajoute : « à supposer même que cette promesse politique ait eu valeur d'engagement juridique, elle n'aurait nullement pu permettre aux Etats-Unis de réclamer la mise en œuvre d'un tel engagement, pris non pas envers eux directement, mais à l'égard de l'organisation, seule habilitée à en vérifier l'exécution » (113).

La Cour ne conteste dès lors pas que l'engagement unilatéral puisse obliger. Elle constate seulement qu'en l'occurrence un tel engagement fait défaut soit qu'il n'y ait eu volonté de s'obliger, soit que cette volonté n'ait pas été de s'obliger selon le droit. Il est curieux que la Cour, habituellement encline à s'appuyer sur ses propres décisions, ne fasse aucune référence à son arrêt dans l'affaire des essais nucléaires. Comme si le précédent la dérangeait... On dira que le précédent était en fait embarrassant, tant l'apparente facilité avec laquelle fut alors découvert un engagement juridique contraste avec la rigueur qui soustrait aujourd'hui au droit des promesses « essentiellement » politiques. Mais, après tout, c'est à la Cour seule et souverainement qu'« il appartient ... de se faire sa propre opinion sur le sens et la portée que l'auteur a entendu donner à une déclaration unilatérale d'où peut naître une obligation juridique » (114). Tout jugement du fait réservé, il subsiste toutefois entre les deux arrêts une nuance qui n'est pas négligeable. Dans l'arrêt en l'affaire sur les essais nucléaires, l'accent est principalement, sinon exclusivement, posé sur la bonne foi, sur « la confiance mutuelle si indispensable dans les rapports entre Etats » (115). Il suffit qu'un engagement ait été pris pour qu'il doive être respecté, sans qu'il soit nécessaire « pour que ces déclarations eussent un effet juridique, ... qu'elles fussent adressées à un Etat en particulier, ni qu'un Etat quelconque signifiât son acceptation » (116). Dans l'arrêt du 27 juin 1986, toute référence à la bonne foi a, en revanche, disparu. On dira que les circonstances de l'espèce suffisent à l'expliquer sans qu'il faille accorder à l'omission grande importance.

(112) *Ibid.*

(113) *Ibid.*, § 262.

(114) *Rec.*, 1974, p. 29, § 48.

(115) *Ibid.*, § 51.

(116) *Ibid.*, § 50.

Il est frappant de constater, toutefois, que, la bonne foi oubliée, c'est l'acceptation d'une offre qui est mise en lumière pour constituer « une promesse en droit et donc une obligation juridique ». Autrement dit, il ne suffit plus d'un engagement ; il faut encore qu'il soit accepté. Ce qui est apparemment très en retrait par rapport à une jurisprudence antérieure...

Dans cette mesure, l'arrêt rendu dans l'affaire Nicaragua c. Etats-Unis semble revenir à une conception plus restrictive de l'acte unilatéral, à dire vrai plus conforme aux solutions habituelles des droit internes. La nuance est en tout cas indiscutable, même s'il est prématuré d'en tirer des conclusions définitives.

B) Le contenu du droit

Le droit relatif à l'emploi de la force, et accessoirement à l'intervention, est au centre de l'arrêt du 27 juin 1986, même s'il n'en constitue pas l'objet exclusif, puisque la Cour, indépendamment du traité d'amitié de 1956, s'appuie parfois sur d'autres règles, et notamment sur les « principes de base du droit humanitaire », pour « condamner » les Etats-Unis.

Dans une matière très controversée, on eût pu s'attendre à de longs développements sur la portée de règles fondamentales. Les motifs de principe demeurent néanmoins dans l'ensemble fort brefs. Cela se comprend sans trop de peine. Le défaut des Etats-Unis lors de la procédure sur le fond a empêché le défendeur de formuler de manière détaillée les exceptions à l'interdiction de la force qui justifieraient ses pratiques envers le Nicaragua. La Cour s'en est dès lors tenue au droit de légitime défense collective, dont les Etats-Unis s'étaient prévalus dans leur mémoire sur la compétence pour contester la recevabilité de la requête. Par respect pour un défendeur défaillant, elle s'interroge toutefois sur les autres arguments qui pourraient être avancés pour justifier les comportements qui lui sont reprochés.

(a) LES JUSTIFICATIONS DE LA VIOLENCE :
LA THEORIE AVANT LA PRATIQUE

Dans sa recherche des justifications possibles, la Cour s'arrête principalement à trois hypothèses : la légitime défense, ce qu'on pourrait appeler l'assistance idéologique et les représailles.

(i) *La légitime défense collective*

La Cour ne conteste pas l'existence en droit coutumier d'un droit de légitime défense, individuelle ou collective. Que ce droit soit dit « naturel » à l'article 51 de la Charte des Nations Unies suffit, apparemment, pour que sa réalité coutumière ne soit pas mise en doute (117).

Quelles en sont les conditions d'exercice ?

La Cour mentionne sans s'y attarder les « critères de nécessité et de proportionnalité des mesures prises au nom de la légitime défense » (118), dont l'exigence n'a pas été contestée par les parties.

La Cour considère en outre qu'il n'y a légitime défense « que si l'Etat intéressé a été victime d'une agression armée » (119). La menace imminente d'une agression suffit-elle ? La Cour ne se prononce pas sur la question, que les parties n'ont pas envisagée « en raison des circonstances dans lesquelles est né leur différend » (120). Il n'empêche qu'il n'y a pas légitime défense s'il n'y a pas agression, fût-elle seulement imminente. On notera que la Cour tient la conclusion pour acquise, sans autrement s'interroger sur la divergence de formulation que présentent sur ce point les versions anglaise et française de la Charte, l'expression « armed attack » utilisée dans le texte anglais de l'article 51 ayant permis à un important courant doctrinal de soutenir qu'il pouvait y avoir légitime défense sans agression (121).

(117) P. 102, § 193.

(118) P. 103, § 194.

(119) *Ibid.*, § 195.

(120) *Ibid.*, § 194.

(121) Nombreux sont toutefois ceux qui se contentent des termes anglais sans autrement se soucier de l'expression « agression armée » utilisée dans la version française. V. par ex. J.L. Hargrove, « The Nicaragua Judgment and the Future of the Law of Force and Self-Defense », *AJIL*, 1987, p. 139.

De « l'agression », la Cour ne propose pas de définition. Elle tient toutefois l'article 3,g) de la résolution 3314 (XXIX) pour « l'expression du droit international coutumier » (122) en tant qu'il vise l'agression indirecte, en précisant : « la Cour ne voit pas de raison de refuser d'admettre qu'en droit international coutumier la prohibition de l'agression armée puisse s'appliquer à l'envoi par un Etat de bandes armées sur le territoire d'un autre Etat si cette opération est telle, par ses dimensions et ses effets, qu'elle aurait été qualifiée d'agression armée et non de simple incident de frontière si elle avait été le fait de forces armées régulières ». Elle ajoute cependant, la précision n'étant pas sans importance, compte tenu du grief fait au Nicaragua de soutenir les rebelles salvadoriens : « mais la Cour ne pense pas que la notion d' « agression armée » puisse recouvrir non seulement l'action de bandes armées dans le cas où cette action revêt une ampleur particulière, mais aussi une assistance à des rebelles prenant la forme de fourniture d'armements ou d'assistance logistique ou autre » (123).

Ces conditions mises à l'exercice de la légitime défense individuelle doivent à l'évidence être respectées en cas de légitime défense collective. Encore faut-il en ce cas que « l'Etat se jugeant victime d'une agression armée » en fasse la demande », apparemment après s'être officiellement « déclaré » victime d'une telle violation du droit des gens (124). On peut estimer peu « réaliste » d'exiger en l'occurrence « une déclaration et une demande formelles » (125). Il n'empêche que la réalité de cette demande d'assistance doit être rigoureusement établie, singulièrement dans un système où l'exercice de la légitime défense « collective » n'est aucunement subordonné à quelque menace pesant sur celui qui l'exerce pour secourir autrui. Toute autre conclusion compromettrait radicalement la sécurité des relations internationales, en offrant une faculté quasi illimitée d'utiliser la force sous couvert de l'intérêt bien compris d'autrui. Force est à cet égard de constater que le soudain appel au secours d'El Salvador, dont il fait état dans sa déclaration d'intervention, est trop tardif pour n'être pas suspect.

On sait que l'article 51 de la Charte fait obligation à l'Etat qui exerce la légitime défense de « porter immédiatement » à la con-

(122) *Ibid.*, § 195.

(123) P. 103-104, § 195.

(124) P. 105, § 199.

(125) *Op. diss. Jennings*, p. 545.

naissance du Conseil de sécurité les mesures qu'il prend à ce titre. La Cour n'a pas admis qu'existe en droit coutumier une obligation de même ordre ; elle a jugé la procédure « trop étroitement dépendante du contenu d'un engagement conventionnel et des institutions qu'il établit » (126) pour être imposée au titre de règle générale. Il ne saurait dès lors être reproché aux Etats-Unis, sur la base du droit coutumier, de n'avoir pas averti le Conseil de Sécurité des mesures qu'ils déclarent aujourd'hui avoir prises dans l'exercice de la légitime défense. La Cour n'en souligne pas moins que « l'absence de rapport au Conseil de sécurité peut être un des éléments indiquant si l'Etat intéressé était convaincu d'agir dans le cadre de la légitime défense » (127).

(ii) *Le soutien idéologique*

La règle de non-intervention dans les affaires intérieures d'autrui est apparemment bien établie, comme l'attestent d'innombrables résolutions des Nations Unies. Elle n'en suscite pas moins certaines difficultés.

La première est de savoir ce qu'est une affaire intérieure au sens de la règle et quelle intervention, parmi les multiples interférences possibles, est prohibée. La Cour affirme à ce propos qu'est une affaire intérieure celle « à propos (de laquelle) le principe de la souveraineté des Etats permet à chacun d'eux de se décider librement », notamment de choisir son « système politique, économique, social et culturel » (128). Ce qui rend par ailleurs l'intervention illicite, c'est l'utilisation de la contrainte, « élément... constitutif de l'intervention prohibée et formant son essence même... particulièrement évident dans le cas d'une intervention utilisant la force » (129), directement ou indirectement.

La seconde est de s'entendre sur les exceptions que connaîtrait l'interdiction de toute intervention. Quoique la Cour ne soit pas très explicite à ce propos, il paraît clair que la légitime défense autorise provisoirement à y déroger dans la mesure nécessaire à la sauvegarde des intérêts fondamentaux de l'Etat victime d'une agression armée. D'autres dérogations sont-elles admissibles ? On

(126) P. 105, § 200.

(127) *Ibid.*

(128) P. 108, § 205.

(129) *Ibid.*

ne peut *a priori* l'exclure, la multiplication récente d'interventions en tous genres révélant quelque « croyance en une sorte de droit général qui autoriserait les Etats à intervenir, directement ou non, avec ou sans force armée, pour appuyer l'opposition interne d'un autre Etat, dont la cause paraîtrait particulièrement digne en raison des valeurs politiques et morales avec lesquelles elle s'identifierait » (130). La Cour dénie cependant à cette croyance tout bien-fondé. On ne saurait trouver dans une pratique de plus en plus répandue quelque coutume en formation dérogeant à la prohibition de toute intervention. La raison en est simplement que l'intervention, fût-elle constante, il ne s'en dégage aucune *opinio juris* révélant quelque conviction des Etats d'agir conformément au droit. La Cour ne procède toutefois pas à une étude exhaustive de cette pratique contemporaine ; considérant qu'il ne lui appartient pas de « statuer sur la conformité avec le droit international de comportements d'Etats qui ne sont pas parties au présent différend ou de comportements des parties sans lien avec ce dernier », elle se contente d'analyser les politiques suivies par les Etats-Unis au Nicaragua (131). Or, il ressort clairement des déclarations des autorités américaines qu'elles interviennent au Nicaragua sur la seule base de « considérations de politique internationale », tenant notamment à la politique intérieure de ce pays, à son idéologie, au niveau de ses armements ou à l'orientation de sa politique extérieure » (132). Tout droit spécial d'intervention est exclu, comme le confirme l'« appel (qui est fait) à des règles « classiques », à savoir la légitime défense collective » (133) pour assurer la licéité de pratiques qui ne témoignent pas de l'émergence de quelque « nouveau » droit d'intervenir dans les affaires intérieures d'un autre Etat.

On peut concevoir à cet égard qu'il soit politiquement reproché au Nicaragua de chercher à « établir une dictature communiste totalitaire » (134), comme le soutient le Congrès américain. Le grief fût-il fondé, il n'existe cependant aucun droit d'« intervention idéologique » (135) qui autoriserait à intervenir dans les affaires d'un autre Etat « pour le motif que celui-ci aurait opté pour une idéo-

(130) P. 108, § 206.

(131) P. 109, § 207.

(132) *Ibid.*

(133) P. 109, § 208.

(134) P. 133, § 263.

(135) P. 134, § 266.

logie ou un système politique particulier » (136). Toute autre conclusion, souligne la Cour, « reviendrait à priver de sens le principe fondamental de la souveraineté des Etats sur lequel repose tout le droit international, et la liberté qu'(a tout Etat) de choisir son système politique, social, économique et culturel » (137).

(iii) *Les représailles ou « contre-mesures »*

La politique américaine envers le Nicaragua est, on le sait, principalement justifiée, selon le gouvernement des Etats-Unis, par les interventions dont cet Etat se serait rendu coupable dans les affaires intérieures de ses voisins, et singulièrement du Salvador.

La Cour a jugé « incontestablement pertinente d'un point de vue théorique » la question de savoir « si un Etat possède un droit de riposter à l'intervention par l'intervention qui irait jusqu'à justifier l'usage de la force en réaction à des mesures qui, sans constituer une agression armée, pourraient néanmoins impliquer l'emploi de la force » (138). Elle la juge toutefois sans incidence sur le différend dont elle est saisie, car celui-ci ne porte pas sur les rapports entre le Salvador et le Nicaragua et sur la légalité des contre-mesures que celui-là aurait prises à l'égard de celui-ci.

La tentation est grande de construire un droit de contre-intervention collective sur le modèle de la légitime défense collective. Elle est toutefois sans ambiguïté écartée par la Cour, au moins lorsqu'il est fait recours à la force. « La légitimité de l'utilisation de la force par un Etat » étant subordonnée à l'existence préalable d'une agression armée, « de l'avis de la Cour, dans le droit international en vigueur aujourd'hui — qu'il s'agisse du droit international coutumier ou du système des Nations Unies — les Etats n'ont aucun droit de riposte armée " collective " à des actes ne constituant pas une " agression armée " » (139).

Autrement dit, il n'y a pas de représaille pour autrui qui, parallèlement à la légitime défense, puisse être admise, au moins lorsqu'elle implique le recours à la force armée.

(136) P. 133, § 263.

(137) *Ibid.*

(138) P. 110, § 210.

(139) P. 110, § 211.

(b) LES JUSTIFICATIONS DE LA VIOLENCE : LA PRATIQUE
AVANT LA THEORIE ?

De l'arrêt du 27 juin 1986, ressort ainsi une ferme condamnation du recours à la violence dans les rapports internationaux. Hors les décisions prises par les Nations Unies, seule la légitime défense, restrictivement interprétée, peut expliquer qu'il en soit exceptionnellement fait unilatéralement usage.

On ne peut que se réjouir en principe de la fermeté du propos. Il n'en dégage pas moins un parfum quelque peu surréaliste. Ce n'est pas qu'il soit incompatible avec les termes ou l'esprit de la Charte des Nations Unies. Tout au contraire. Ce n'est pas non plus, comme on l'a prétendu, qu'il soit « highly arbitrary, intricate and technical » (140) car sa logique est d'une grande simplicité, sauf à abuser du langage utilisé par la Cour. C'est seulement qu'il paraît quelque peu irréel compte tenu de la situation effective de cette famille désorganisée qu'on appelle la communauté internationale.

La réserve à laquelle elle fit droit lui interdisant de vérifier par rapport à la Charte de l'ONU ou de l'OEA la légalité des comportements reprochés aux Etats-Unis, la Cour inscrit son propos dans le plan juridiquement le plus fondamental, celui du droit international « général ». On ne contestera pas à cet égard que l'interdiction du recours à la force, telle qu'exprimée à l'article 2, § 4, de la Charte de San Francisco, soit une règle générale. Toute autre conclusion laisserait les Etats tiers aux Nations Unies libres d'utiliser la force armée dans leurs rapports internationaux, ce que nul, à notre connaissance, n'a jamais sérieusement soutenu. La difficulté est toutefois de penser les exceptions à l'interdiction du recours à la force, et notamment la légitime défense, en dehors de toute référence à un système de sécurité collective, comparable à celui qu'organisent aujourd'hui les Nations Unies. La question n'est pas de s'accorder sur la portée de la réserve Vandenberg ; on peut parfaitement admettre que la Cour en fournisse une interprétation restrictive, sauvegardant son droit de statuer sur la base du droit international général dans des différends mettant en cause des

(140) J.L. Hargrove, « The Nicaragua Judgment and the Future of the Law of Force and Self-Defence », *AJIL*, 1987, p. 143.

traités multilatéraux (141). Elle est beaucoup plus fondamentale-ment de s'entendre sur la signification que peut revêtir la légitime défense, ou toute autre dérogation à l'interdiction du recours à la force, en dehors de tout système organisant la sécurité.

Dans son opinion dissidente, Sir Robert Jennings souligne à cet égard que la légitime défense n'était pas de droit coutumier avant la Charte des Nations Unies et que si elle l'est devenue depuis lors, elle lui demeure trop étroitement tributaire pour que le différend puisse être en l'espèce tranché sans enfreindre la réserve américaine (142). On peut ne pas partager cette lecture de la réserve. Il est difficile toutefois de contester le lien nécessaire que présente la prohibition de l'emploi de la force, et la légitime défense qui en est inséparable, avec un système de sécurité collective dont l'origine, dans l'état actuel du droit des gens, ne peut qu'être « conventionnelle ».

Tant que le recours à la force n'est pas par principe interdit, il y a juridiquement peu d'intérêt à s'interroger sur la « légitimité » de son emploi. Hors des abus manifestes, celle-ci ne peut être appréciée qu'en fonction de critères moraux, politiques, ... mais non juridiques. La « légitime défense », quelles qu'en soient les conditions, ne trouve juridiquement un sens qu'à partir du moment où l'emploi de la force est prohibé. Mais il n'y a pas de sens à prohiber la force si, dans le même moment, ne sont pas mis en place des mécanismes de substitution qui permettent de rencontrer les fins qui expliquaient auparavant qu'il y soit fait recours. Substantiellement, cela requiert d'abord que soient imaginés les moyens et de parvenir à une solution pacifique des différends internationaux et de garantir raisonnablement la sécurité élémentaire des Etats. Un tel règlement ne peut forcément avoir, dans un milieu caractérisé par la souveraineté de ses membres, qu'une origine conventionnelle, puisque sa mise en place est impossible sans l'accord de tous, ou du moins de la plupart. Il n'en est pas moins dans le même moment nécessairement « général » tant est absurde la prétention d'organiser dans une communauté la paix et la sécurité en la garantissant aux uns et pas aux autres.

Une interdiction du recours à la force implique nécessairement quelque organisation collective de la paix et de la sécurité

(141) V. *supra*, p. 1177.

(142) Pp. 530 ss.

est, dans cette mesure, au delà de la distinction entre droit coutumier et droit conventionnel. Dans cette mesure aussi, il est impossible de penser la Charte des Nations Unies comme un simple traité multilatéral, même si elle en adopte formellement les traits. La Charte comme l'organisation qu'elle met en place constituent une catégorie spécifique qu'elles épuisent nécessairement tant il est inconciliable avec leur nature fondamentale que d'autres puissent coexister avec elles. L'une et l'autre peuvent avoir un successeur ; elles ne peuvent admettre un concurrent.

On peut discuter en pareille perspective — comme la doctrine internationale n'a pas manqué de le faire — de la mesure exacte dans laquelle le système des Nations Unies tolère un certain emploi unilatéral de la force armée, même s'il ne peut être qu'exceptionnel tant il déroge à l'interdiction de principe formulée à l'article 2, § 4, de la Charte. Il est vrai au demeurant que les termes de son article 51 ne sont pas parfaitement clairs, surtout si l'on compare les versions anglaise et française. Cela étant, on ne saurait dénier à la lecture très restrictive qu'en fournit la Cour une cohérence indéniable. Nul doute qu'elle respecte plus que d'autres l'esprit fondamental du système mis au point au crépuscule du second conflit mondial pour éviter qu'il n'en survienne un troisième.

L'ennui, c'est que la preuve est aujourd'hui faite que ce système ne fonctionne pas. On a pu croire, dans les premières années des Nations Unies, que le dysfonctionnement serait passager. Après un demi-siècle d'expérience, il est difficile de ne pas admettre l'évidence : la sécurité collective, telle qu'elle fut imaginée en 1945, ne fonctionne pas et n'a jamais fonctionné. La machinerie est totalement en panne. La raison en est simple : le Conseil de sécurité, paralysé par le veto, n'a jamais été en mesure d'exercer les pouvoirs qui lui furent théoriquement conférés pour maintenir la paix et la sécurité. On peut regretter la rivalité sourde qui s'est installée entre des grandes puissances auxquelles, plus qu'à d'autres, des responsabilités fondamentales avaient été confiées. Encore qu'il ne soit pas sûr que les Etats se fussent sans rechigner pliés devant un accord de ces grands dont ils déplorent aujourd'hui le désaccord... Le fait n'en est pas moins indéniable. La faillite n'est certes pas totale. Par des biais détournés, privilégiant notamment l'Assemblée générale, une certaine sécurité élémentaire a été, dans des conditions approximatives, garantie. Il n'empêche que, tel

qu'il fut construit par la Charte, l'appareil ne fonctionne pas. Il se comprend dès lors que les recours à la force se soient multipliés dans la pratique contemporaine, même si l'on s'efforce vainement d'en réduire les effets pervers. Les exemples abondent. Les politiques suivies par les Etats-Unis au Nicaragua en offrent une illustration supplémentaire. Les fondements juridiques de ces emplois de la force ne sont à l'ordinaire guère précisés, une logique politique suffisant apparemment à leur conférer quelque indispensable légitimité. Force est en tous les cas de constater que les appels explicites de la légitime défense sont demeurés très exceptionnels.

L'usage de la force étant patent, on peut se contenter de le répudier dans l'illégalité lorsqu'il ne répond pas aux conditions, strictement interprétées, de l'article 51 de la charte. Rien n'est juridiquement plus simple, tant l'illégalité ou l'illicéité sont intimement dans le droit. Il n'empêche que ce droit perd progressivement toute correspondance avec les réalités ; il est un seuil au delà duquel l'illégalité présente plus de vertu poétique que juridique. Tout « réalisme » mis à part, l'étrange est surtout que l'on persiste à penser par référence aux seuls articles 2 et 51 de la Charte toute la légalité du recours à la force, en oubliant que le système de sécurité ne fonctionne pas. Il est vrai que dans la logique des Nations Unies, l'emploi unilatéral de la force « est inutile et illicite », parce que la Charte présente un « système de garanties » qui le prive de toute utilité (143). Comment toutefois sérieusement défendre une telle conclusion alors que la carence du système est patente ? Au moins, l'« inutilité » n'est-elle plus évidente. La démarche n'est pas seulement curieuse ; elle est aussi erronée, tant il est impossible de construire l'interdiction du recours à la force, et les exceptions qu'elle autorise, en fonction d'un mécanisme de sécurité dont l'expérience a prouvé qu'il était sans efficacité. Cela ne signifie sans doute pas que les articles 2 et 51 de la Charte ne sont plus en vigueur ; le fait est néanmoins que les membres des Nations Unies « collectively behave as if they did not exist » (144).

Si l'on récuse cette condamnation naïve de la pratique comme illégale, il demeure à trouver le moyen de réintroduire dans la légis-

(143) C. Calogeropoulos-Stratis, *Le recours à la force dans la société internationale*, 1986, p. 74.

(144) J. Combacau, *The Exception of Self-Defence in UN Practice*, in A. Cassese, *The Current Legal Regulation of the Use of Force*, 1986, p. 30.

lité un emploi de la force qui excède les limites fixées par la Charte des Nations Unies. Fondamentalement, il n'y a pas trente-six solutions : ou bien on ouvre la légitime défense, par une extension de la notion d'agression, ou bien l'on accepte quelque droit de représaille armée. La première solution paraîtra formellement plus conforme à la Charte ; l'expression : « armed attack », utilisée dans le texte anglais de son article 51, pourrait d'ailleurs expliquer que des libertés soient prises avec la définition qui est donnée de l'agression dans la résolution 3314 (XXIX). Elle entretient toutefois l'illusion que le système fonctionne. Peut-être serait-il plus sage à ce titre d'accepter comme un pis-aller provisoire quelque droit de représaille, même armée, qui avoue ouvertement ne devoir sa consécration qu'à l'impuissance présente des Nations Unies à mettre en œuvre le système de sécurité collective mis au point à San Francisco. Cela devrait éviter en tout cas qu'on en revienne, lorsque le système fonctionnera, d'une manière ou d'une autre, à une conception par trop laxiste de la légitime défense, héritée de ses défaillances.

Rien de ces hésitations ne transparait dans l'arrêt du 27 juin 1986. La Cour s'en tient à une lecture formelle de la Charte, déniait toute pertinence aux « croyances » que les Etats pourraient avoir dans un droit d'utiliser la force qui serait plus large que ce que permettent ses termes. Faut-il toutefois s'en étonner ? Qui eût pu sérieusement s'attendre à ce qu'un juge, et singulièrement l'organe judiciaire des Nations Unies exceptionnellement saisi d'un conflit mettant en cause l'emploi de la force, déclare en quelque sorte caduques les dispositions de la Charte à son propos, ou leur apporte du moins quelque révision silencieuse sous couvert de l'autorité juridictionnelle ? Il faut reconnaître que c'eût été pour le moins incongru, singulièrement lorsqu'aucun accord n'apparaît entre les Etats sur les règles qu'il faudrait, même provisoirement, substituer à des prescrits dont la rigueur est devenue impraticable. Car le fait est patent : si les Etats s'accordent à mettre entre parenthèses la Charte, s'agissant du recours à la force, ils sont impuissants à s'entendre sur d'autres règles, tout en n'admettant pas que ce recours soit devenu parfaitement « libre » comme il l'était naguère. La Cour ne manque d'ailleurs pas de souligner que si le recours à la force se développe, les Etats ne témoignent guère d'une *opinio juris* qui en rendrait l'emploi indiscutablement licite (145).

(145) V. *supra*, pp. 1205-1215.

Il est sans doute présomptueux d'affirmer que leurs actes manifestent clairement le sentiment de quelque illégalité. Il n'en est pas moins vrai qu'aucune règle dépourvue d'ambiguïté ne s'en dégage. Dans un tel contexte, ce serait abuser du juge que lui demander en quelque sorte de « légiférer ». Certains juges nationaux s'y sont essayés, dans des hypothèses *mutatis mutandis* comparables, dans les ordres internes. Les précédents ne sont pas, beaucoup s'en faut, convaincants. Ils suffisent à eux seuls à décourager le juge international de s'engager dans une voie semblable.

Au demeurant, il ne faut pas tirer de l'arrêt plus que ce qu'il comporte. La Cour statue sur le seul conflit américano-nicaraguayen et elle ne manque pas, continuellement, de le souligner. Certaines de ses formules ont sans doute des allures très généralisantes et elles paraîtront dans cette mesure trop catégoriques. Un certain style judiciaire ne saurait toutefois faire oublier l'objet précis et limité d'un différend. On reprocherait hâtivement à cet égard à la Cour d'avoir totalement négligé la pratique, pour s'en tenir à une lecture formelle de la Charte dans sa recherche du droit applicable à la force. La Cour est en effet moins ferme qu'elle y paraît à première vue. Elle n'affirme pas absolument que seule la légitime défense, strictement interprétée, peut justifier un emploi unilatéral de la force, réservant parfois même expressément des questions dont l'enjeu « théorique » est incontestable (146). Le qualificatif ne signifie pas que la question est sans intérêt pratique ; il signifie seulement qu'elle est sans application concrète dans le litige dont elle est saisie. Pourquoi ? Pour la simple raison que les Etats-Unis, hors des considérations politiques, n'ont jamais invoqué, comme en témoignent les débats sur la compétence, que la légitime défense. La Cour ne regarde pas la pratique internationale ; elle scrute seulement la conduite des Etats-Unis, estimant n'avoir pas à s'interroger outre mesure sur des arguments que le défendeur n'a pas fait valoir.

Une fois de plus, le défaut l'a admirablement servie. Plaidant sur le fond, les Etats-Unis auraient aisément pu contraindre la Cour, et le demandeur, à s'interroger sur les correctifs véritables qu'une pratique généralisée a apporté à la Charte. Mais il ne l'ont pas fait. On dira que la Cour, « sachant » le droit, aurait pu d'initiative élargir son propos plus qu'elle ne le fit. Il est vrai que sa

(146) V. *supra*, p. 1216.

jurisprudence contraste, au moins implicitement, avec une certaine complaisance envers le défendeur défaillant dont témoignaient ses arrêts antérieurs (147). On ne saurait le lui reprocher en droit ; aucun ordre public ne l'obligeait en l'occurrence à déroger aux termes du contrat judiciaire qui fut noué devant elle. En toutes hypothèses, l'affaire des « activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci » était une trop mauvaise cause pour que la Cour s'aventurât à démêler les épineux problèmes que soulèvent le droit et le fait dans l'emploi international de la force. Quelle que soit la légitimité politique dont, en toute bonne foi, se targue chacun des protagonistes, ce n'est pas un conflit survenant aux confins de quelque empire moderne entre un trop grand et un trop petit, dans des conditions particulièrement troubles comme la suite des événements n'a cessé de le confirmer, qui offrira jamais à la juridiction internationale une occasion propice de réconcilier en ces matières la « théorie » dont se prévaudrait l'un et la « pratique » dont se prévaudrait l'autre.

C) L'application du droit

Dans son dispositif (148), la Cour détaille les manquements au droit international qu'elle juge établis, après avoir écarté l'exception de légitime défense en l'absence principalement de toute agression armée. Substantiellement, cinq types de manquements sont constatés : la violation de la règle de non-intervention, par suite de l'aide apportée aux *contras* et plus largement du soutien prêté à des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci ; la violation de la règle prohibant le recours unilatéral à la force, par suite, outre certains faits d'intervention, d'attaques effectuées en territoire nicaraguayen ; la violation de la souveraineté du Nicaragua, par suite du survol sans autorisation de son territoire ou de la pose de mines dans ses eaux intérieures et territoriales (149) ; la violation des « principes généraux du droit humanitaires

(147) V. *supra*, p. 1195.

(148) Pp. 146 ss., § 292.

(149) Pour une affirmation de l'illégalité, selon le droit américain, de la pose de ces mines, v. K.J. Church, *The Briar Patch of Reality : A Legal Analysis of the Mining of Nicaragua's Harbors*, N.Y. Univ., JILP, 1985-86, pp. 191 ss.

re », par suite de la diffusion d'un manuel sur les opérations psychologiques dans la lutte de guérilla encourageant les contras à n'en pas respecter les prescrits ; ainsi que la violation de certaines dispositions du traité d'amitié, de commerce et de navigation signé à Managua le 21 janvier 1956 entre les Etats-Unis et le Nicaragua.

Seul le point 10 de ce dispositif suscite quelque perplexité. La Cour y décide que les Etats-Unis, pour avoir lancé des attaques contre le Nicaragua et décrété un embargo général sur le commerce avec celui-ci, « ont commis des actes de nature à priver de son but et de son objet » le traité d'amitié de 1956 (150), contrairement à la règle de droit international général protégeant la force obligatoire des conventions (151). La conclusion ne laisse d'intriguer (152). De deux choses l'une, en effet : ou bien les dispositions du traité sont violées, et il n'est pas besoin de son objet et de son but ; ou bien elles ne le sont pas, mais comment son objet et son but pourraient-ils alors être illégalement méconnus ? On dira que le traité oblige à l'amitié. C'est toutefois prêter au considérant d'un préambule plus de force obligatoire qu'il n'en a. A supposer même que l'accord engageant à l'amitié puisse se concevoir juridiquement — faut-il sur ce point rappeler des pages célèbres de la théorie des contrats dans les ordres internes ? —, la Cour ne manque d'ailleurs pas de souligner que « même lorsqu'un traité d'amitié est en cause, il doit nécessairement exister une distinction entre la grande catégorie des actes inamicaux et la catégorie plus étroite d'actes tendant à faire échouer le but et l'objet du traité. Ce but et cet objet sont de manifester une amitié effective dans les domaines précis prévus par le traité, et non une amitié en un sens large et général » (153).

Sous cette seule réserve, le dispositif de l'arrêt soulève exclusivement des questions de fait. Dans l'exercice de sa fonction de juger, la Cour a souverainement apprécié à cet égard et la matérialité des faits dénoncés devant elle et leur imputabilité à l'une ou l'autre partie. Le jugement ne convaincra sans doute pas tout le monde, le juge Schwebel ayant d'ailleurs joint à son opinion dissidente un

(150) P. 148.

(151) V. p. 135, § 270.

(152) V. op. diss. Jennings, p. 542.

(153) P. 137, § 273.

volumineux appendice exclusivement appelé à démentir en fait les conclusions de la Cour (154). Il n'en serait pas moins aussi incongru qu'outrecuidant de prétendre, sur ce point qui plus qu'un autre relève d'une appréciation discrétionnaire, contrôler en quelque sorte un juge. Cela dit, l'arrêt se singularise par le soin que la Cour prend à s'assurer du fait, dans la mesure de ses moyens, ainsi que par la prudence de ses conclusions sur ces points. Compte tenu des griefs formulés, on ne peut que trouver très modérée la « condamnation » que formule la Cour, même si toute appréciation est en l'occurrence particulièrement subjective.

Une appréciation souveraine réservée, il demeure utile de s'arrêter brièvement sur les diverses étapes suivies pour juger en l'occurrence du respect des règles du droit des gens.

(a) LA REALITE DU FAIT

Peu de matières demeurent sans doute aussi imprécises en droit des gens que les règles qui régissent l'admissibilité et l'autorité des preuves devant le juge international. On se contente à l'ordinaire d'insister sur l'obligation qui incombe aux parties de collaborer dans la recherche de la vérité et sur l'absence de tout formalisme en droit international, pour ne pas autrement s'y attarder, même si certains arrêts ou sentences, bien connus, apportent quelques précisions à ce propos.

L'arrêt du 27 juin 1986 présente à cet égard indéniablement l'intérêt de formuler certaines propositions générales, dont le champ d'application dépasse très largement le seul différend Nicaragua-Etats-Unis. La tâche de la Cour était en l'occurrence particulièrement ardue, comme elle ne s'en est pas cachée (155). Dans une « situation conflictuelle persistante », le défaut américain ne facilitait pas l'obtention des preuves indispensables à la vérification du bien-fondé de la requête. Sans lui en tenir rigueur, la Cour a cherché à faire une application « appropriée » de l'article 53 (156). Il est possible que certains éléments de preuve dont disposait le défendeur soient demeurés ignorés des juges. Dès l'instant où les

(154) Pp. 395-527.

(155) Pp. 38-39, §§ 57-58.

(156) V. *supra*, pp. 1197-1198.

Etats-Unis ont décidé de ne pas participer aux débats sur le fond, on voit mal toutefois comment ils pourraient sérieusement leur en faire grief. Il est pour le moins aléatoire de soutenir par exemple qu'il existait une « *overwhelming evidence of aggression by Nicaragua* » (157), justifiant l'exercice par les Etats-Unis du droit de légitime défense collective. Si tel était bien le cas, la décision du gouvernement américain de se retirer de la procédure n'en est toutefois, en toute hypothèse, que plus incompréhensible encore.

La Cour ne formule néanmoins pas à proprement parler des « règles ». Elle s'efforce plus exactement de préciser, à la lumière de « principes généraux », les instruments de preuve qui, dans les circonstances — exceptionnelles — de la cause, peuvent être utilisés pour établir la réalité de faits contestés, en insistant continuellement sur la prudence qui doit entourer leur emploi.

Compte tenu de la « situation conflictuelle persistante », « la Cour estime que les principes généraux régissant la procédure judiciaire exigent que les faits à retenir dans son arrêt soient ceux qui se sont produits jusqu'à la clôture de la procédure orale sur le fond » (158). La précision peut surprendre. Ne serait-ce pas à la date d'introduction de la requête que les faits pertinents doivent être établis ? La Cour, en visant les « faits à retenir », semble toutefois se référer à des moyens de preuve plutôt qu'à l'objet du différend. Il est vrai en outre que la requête vise en termes particulièrement larges les comportements illégaux liés à une situation « persistante ».

S'agissant des instruments de preuve, la Cour fait en premier lieu mention de la liberté que lui laisse l'article 50 de son Statut de procéder à une enquête. « Il lui a toutefois paru douteux qu'une telle enquête fût praticable ou désirable » (159), ce qui se comprend sans peine.

La Cour s'appuie ensuite sur des informations documentaires, tirées d'articles de presse et autres documents divers. Tout en ac-

(157) J.N. Moore, *The Nicaragua Case and the Deterioration of World Order*, *AJIL*, 1987, p. 152, l'auteur renvoyant à son étude : *The Secret War in Central America and the Future of World Order in AJIL*, 1986, pp. 43 ss. V. sur ce point la réponse de J.P. Rowley, *Secret War, Self-Defense and The Charter*, *ibid.*, pp. 568 ss.

(158) P. 39, § 58.

(159) P. 40, § 61.

ceptant d'y avoir recours, elle se refuse toutefois à y découvrir autre chose que des éléments pouvant, « dans certaines conditions, corroborer... à titre d'indices » (160) l'existence de faits établis sur d'autres bases. La Cour n'exclut cependant pas que certains faits soient de notoriété publique et qu'elle puisse à ce titre, comme elle l'a fait dans l'affaire du personnel diplomatique et consulaire à Téhéran, « en tenir compte dans une certaine mesure » (161). L'intérêt de la notoriété publique, à laquelle contribue la diffusion d'informations dans la presse, tient à ce qu'elle permet de tenir pour fondées des allégations sans établir par d'autres voies de droit la réalité des faits qui y sont visés.

La Cour fait également un assez large usage des déclarations qui furent faites par des représentants officiels des Etats intéressés, soit à la presse, soit devant des autorités publiques, nationales, régionales ou internationales. Elle précise à ce propos « que des déclarations de cette nature, émanant de personnalités politiques officielles de haut rang, parfois même du rang le plus élevé, possèdent une valeur probante particulière lorsqu'elles reconnaissent des faits ou des comportements défavorables à l'Etat que représente celui qui les a formulées. Elles s'analysent alors en une sorte d'aveu » (162). On comprend aisément que leur fiabilité varie toutefois en fonction notamment du caractère officiel ou non de la publication qui les rapporte et de la communication qui en fut faite à la Cour, de la langue utilisée ou plus simplement de la clarté des propos formulés.

La Cour se repose enfin sur les témoignages écrits ou oraux, présentés par le demandeur. Tout crédit ne peut pas leur être dénié au seul motif qu'ils n'ont pas été soumis à un contre-interrogatoire par suite du retrait américain, « encore qu'ils aient été longuement questionnés du siège » (163). Le témoignage est néanmoins sans guère d'autorité lorsqu'il exprime « de simples opinions sur le caractère vraisemblable ou non de l'existence de (certains) faits, dont le témoin n'(a eu) aucune connaissance directe » ou qu'il ne rapporte que par « ouï-dire » (164). Lorsqu'il n'y a pas seulement

(160) *Ibid.*, § 62.

(161) *Ibid.*, § 63.

(162) P. 41, § 64. V. égalt. p. 44.

(163) P. 42, § 67.

(164) *Ibid.*, § 68.

allégation, la Cour estime que « dans la pratique générale des tribunaux, deux types de dépositions sont considérées comme ayant *a priori* une valeur probatoire élevée : tout d'abord celles de témoins désintéressés — qui ne sont pas parties au litige et n'ont rien à y gagner ni à y perdre — et ensuite celles d'un des plaideurs qui vont à l'encontre de ses propres intérêts » (165). On retrouve ici la manière d'aveu déjà souligné par la Cour. Considérant que le représentant d'un Etat « s'efforcera en témoignant de ne rien dire qui puisse nuire » à la cause de celui-ci, la Cour a estimé pouvoir « certainement retenir, dans les déclarations faites oralement ou par écrit par des ministres, les éléments qui peuvent être considérés comme contraires aux intérêts ou aux thèses de l'Etat dont dépend le témoin ou ceux qui ne sont pas mis en doute » (166). Pour le reste, l'intéressement des témoins en la cause impose de traiter leur déposition « avec beaucoup de réserve » (167).

Rien n'est véritablement nouveau ou original dans ces précisions que fournit la Cour. On peut être déconcerté par le champ très large de preuves que la Cour déclare admissibles, si l'on songe aux exclusives, d'ailleurs fort variables d'un Etat à l'autre, que fulminent en ces matières des droits nationaux. Cela étant, aucune règle ne limite en droit international, sauf convention contraire, les preuves sur lesquelles un juge ou un arbitre peut s'appuyer. Aucune des techniques mentionnées dans l'arrêt du 27 juin 1986 n'était à cet égard inconnue de la jurisprudence antérieure de la Cour. L'originalité de l'arrêt est néanmoins qu'il y ait été fait simultanément un usage aussi large (168), ce que les circonstances de l'affaire expliquent aisément.

Il paraît clair que, parmi ces techniques, la Cour a privilégié les inférences résultant de témoignages ou autres déclarations de représentants officiels des parties en ce qu'elles étaient défavorables à leur cause. Nul doute que la technique ait « défavorisé » les Etats-Unis (169), les déclarations nicaraguayennes, même peu crédibles car trop intéressées, ne comportant guère d'éléments directement préjudiciables à la requête du Nicaragua. La remarque

(165) P. 43, § 69.

(166) *Ibid.*, § 70.

(167) *Ibid.*

(168) V. l'étude très détaillée de K. Highet, *Evidence, the Court and the Nicaragua Case*, *AJIL*, 1987, pp. 1 ss, 51.

(169) V. Th. M. Franck, *op. cit.*, *AJIL*, 1987, p. 117.

met une fois de plus en lumière l'importance attachée en droit international à la cohérence de comportements. Cela étant, l'« aveu » implicite dont la Cour fait un très large usage demeure strictement situé sur le terrain de la preuve ; il n'implique aucunement quelque reconnaissance qui obligerait comme expression unilatérale d'une volonté. On est ainsi plus proche de la logique probatoire de l'*estoppel*, au sens strict que le terme reçoit en droit anglo-saxon.

La prudence dont fait montre la Cour l'a conduite à ne tenir pour établis qu'un nombre de faits à tout prendre limité, dont l'existence lui paraissait indéniable. D'aucuns jugeront peut-être qu'elle eût pu aller beaucoup plus loin. L'impression demeure toutefois que la Cour, pour ne pas exposer inutilement la crédibilité de son jugement, a préféré s'en tenir à des faits qui fussent en quelque sorte au dessus de tout soupçon. Le principe de la « condamnation » importe sans doute plus que son étendue exacte. C'est un peu comme un juge pénal qui, particulièrement dans un système où les peines ne se cumulent pas, se contenterait de condamner fermement pour un seul meurtre, dont la réalité est clairement établie, une personne qui est également poursuivie pour une dizaine d'autres assassinats. La réserve se conçoit sans peine. La difficulté est seulement qu'en l'occurrence la Cour, qui n'est pas appelée à réprimer, ne peut se borner davantage à constater un manquement, avec tout le poids symbolique qui s'attache à une telle constatation. Elle doit aussi se prononcer sur la réparation due si, comme le rappelle expressément le dispositif de l'arrêt, les parties ne s'entendent pas à ce propos. Il sera intéressant de vérifier alors dans quelle mesure la Cour, pour fixer le dommage, ne sera pas amenée à faire preuve de moins de réserve. Que deviendraient autrement les réclamations des veuves du conjoint dont le meurtrier n'a pas été officiellement reconnu coupable d'assassinat ? On peut le souhaiter. Le problème est néanmoins que l'arrêt du 27 juin 1986 a force de chose jugée quant aux faits illicites imputables aux Etats-Unis. Que la Cour se réserve de déterminer « les formes et le montant » de la réparation ne saurait l'autoriser à rouvrir un débat clos. Seule l'indétermination relative du contenu dommageable de faits ou comportements dont elle a établi et la réalité et l'illicéité lui permettra dès lors d'apporter le cas échéant certaines corrections à la portée réductrice de son jugement de principe.

(b) L'IMPUTABILITE DES FAITS

La réalité d'un fait établi, il importe de vérifier s'il est imputable à la partie à laquelle il est reproché.

S'agissant du minage des eaux du Nicaragua, des attaques menées sur son territoire, des manœuvres militaires, des soutiens financiers ou autres assistances, l'imputabilité aux Etats-Unis ne prête pas à doutes. Sont en effet en cause des actes accomplis par des personnes dont la qualité officielle d'agent ou de fonctionnaire, civil ou militaire, des Etats-Unis ne prête pas à doutes. On notera à cet égard que la Cour évoque à diverses reprises la responsabilité de la CIA (170), sans mettre en doute un instant qu'il y ait là un organe officiel des Etats-Unis.

La question est singulièrement plus délicate s'agissant des actes accomplis par les forces *contras* puisque, formellement au moins, celles-ci ne relèvent pas de services américains, militaires, administratifs ou autres. Ce n'est dès lors pas une qualité officielle d'« organe » — qui leur fait défaut — qui permettrait d'imputer aux Etats-Unis la responsabilité de leurs comportements, et notamment des violations du droit humanitaire qui leur sont reprochées. Si cette responsabilité doit leur être imputée, ce ne peut être qu'en prêtant *de facto* aux *contras* quelque qualité d'agents du gouvernement américain. La conclusion n'est pas indéfendable. Elle est toutefois fermement écartée par la Cour, devant laquelle le requérant soutenait pourtant que les *contras* n'étaient que des « bandes de mercenaires » sans autonomie par rapport aux autorités américaines. Après avoir soigneusement retracé l'histoire de forces dont elle souligne la création « spontanée », la Cour a jugé « que, même prépondérante ou décisive, la participation des Etats-Unis à l'organisation, à la formation, à l'équipement, au financement et à l'approvisionnement des *contras*, à la sélection de leurs objectifs... et à la planification de toutes leurs opérations demeure insuffisante en elle-même... pour que puissent être attribués aux Etats-Unis les actes commis par les *contras* au cours de leurs opérations militaires ou paramilitaires au Nicaragua » (171). Le contrôle même « général » qu'ils exercent

(170) V. par ex. pp. 73 ss.

(171) P. 64, § 115.

« sur une force extrêmement dépendante » ne « signifie pas » que les Etats-Unis « aient ordonné ou imposé » des actes contraires au droit humanitaire, qui « auraient fort bien pu être commis en dehors de (leur) contrôle... Pour que la responsabilité juridique de ces derniers soit engagée, il devrait en principe être établi qu'ils avaient le contrôle effectif des opérations militaires ou paramilitaires au cours desquelles les violations en question se seraient produites » (172). On notera que le motif, que d'aucuns expliquent par le souci de la Cour de ménager l'opinion américaine (173), ne laisse pas clairement apparaître le fondement exact sur lequel repose la conclusion de la Cour. La responsabilité des Etats-Unis est-elle dégagée parce que les *contras* n'ont aucune qualité d'organe, même *de facto*, des Etats-Unis nonobstant le contrôle généralisé que ceux-ci exercent à leur égard ou seulement parce que, malgré ce contrôle « général », et la qualité d'organe *de facto* qui en découle, les Etats-Unis n'exerçaient pas un contrôle « spécial » sur les opérations au cours desquelles le droit des gens fut violé ? Le résultat est assurément le même, dans l'une et l'autre hypothèses. La justification en droit est néanmoins très différente selon que l'on adopte l'une ou l'autre hypothèse.

Mutatis mutandis, la Cour fait application des mêmes règles au Nicaragua. Elle ne s'attarde aucunement toutefois sur des problèmes d'imputabilité, pour se concentrer totalement sur l'établissement de la matérialité de faits. Ceux-ci sont attribués à la République du Nicaragua, *modo generico*, sans que les personnes qui ont ou n'ont pas accompli des actes soient autrement précisées.

Il faut souligner enfin que la Cour ne précise pas expressément les règles de droit qui gouvernent en l'occurrence l'imputabilité à un Etat des comportements délictueux qui lui sont reprochés. Comme n'a pas manqué de le souligner le juge Ago, les règles dont elle fait implicitement application sont néanmoins conformes à celles que formule le projet d'articles de la Commission du droit international sur la responsabilité des Etats (174). Cela confortera dans leur opinion ceux qui inclinent à juger d'ores et déjà les articles de ce projet déclaratifs, pour l'essentiel, du droit coutumier.

(172) P. 64-65, § 115.

(173) V. F.A. Boyle, *Determining United States Responsibility for Contra Operations under International Law*, *AJIL*, 1987, p. 86.

(174) V. op. ind., p. 188.

(c) LA LEGALITE DU FAIT

La réalité des faits litigieux et leur imputabilité aux parties établies, il demeurerait à en apprécier la conformité avec le droit des gens.

Il ne fait guère de doute à cet égard que les minage, attaques, manœuvres... ou autres interventions militaires violent l'interdiction du recours à la force, que le survol sans autorisation du territoire du Nicaragua par des aéronefs militaires est incompatible avec sa souveraineté, que l'appui fourni aux *contras* « sous forme de soutien financier, d'entraînement, de fourniture d'armes, de renseignements et de soutien logistique, constitue une violation indubitable du principe de non-intervention » (175), ... ou que la diffusion d'un manuel incitant à « neutraliser » certaines « cibles soigneusement triées et préparées » y compris des juges, des fonctionnaires de police ou de la sûreté de l'Etat, etc..., après avoir rassemblé la population locale pour qu'elle « prenne part à l'événement et formule des accusations contre l'opresseur » » (176) est contraire au droit humanitaire.

Nul ne peut sérieusement s'en prétendre surpris. L'intérêt est plutôt de savoir si ces violations peuvent exceptionnellement trouver en l'occurrence une justification. Les Etats-Unis ont constamment invoqué à ce propos, lors des débats sur la compétence, la légitime défense collective. Il est certain que, mise à part la violation du droit humanitaire, l'exception eût permis au défendeur de justifier ses manquements *prima facie* au droit des gens. Elle sera toutefois écartée par la Cour, ses conditions, telles que précédemment précisées (177), n'étant pas remplies.

L'argument central est à cet égard qu'aucune agression armée ne peut être reprochée au Nicaragua. Celui-ci a sans doute, à une certaine époque, fourni des armes aux rebelles salvadoriens — la Cour ne parle plus d'assistance logistique (178) — ou opéré cer-

(175) P. 124, § 242. On notera que la Cour n'a pas jugé contraire à la non-intervention l'embargo commercial décidé par les Etats-Unis (v. p. 126, § 245).

(176) P. 129, § 255.

(177) V. *supra*, pp. 1212 ss.

(178) V. sur ce point les doutes de Sir Robert Jennings, *op. diss.*, p. 543.

taines « incursions transfrontières » à l'intérieur du territoire du Honduras ou du Costa-Rica. Ni l'une ni l'autre de ces circonstances, à les supposer même mieux établies qu'elles ne le sont en réalité, n'est toutefois constitutive, selon la Cour, d'une agression armée au sens du droit des gens (179). Il est possible que l'une et l'autre soient illicites. Quand bien même la résolution 3314 (XXIX) de l'Assemblée générale serait jugée exagérément restrictive, on ne saurait sérieusement contester toutefois que la seule fourniture d'armes ne suffit pas plus à conclure à l'agression, que la surveillance d'incidents frontaliers liés à des « incursions ».

Dès l'instant où l'existence d'une agression est déniée, l'argument tiré de la légitime défense s'écroule. La Cour eût pu en rester là, sans que nul n'y eût trouvé à redire (180). Elle ne s'en tient toutefois pas à cette seule considération, si déterminante soit-elle. L'arrêt relève d'abord qu'il n'y a trace avant 1984 d'aucune demande d'assistance du Salvador aux Etats-Unis et que ceux-ci n'ont jamais fait rapport au Conseil de Sécurité sur les mesures prises, comme le requiert l'article 51. Le motif laisse croire à quelque manquement formel, entachant d'irrégularité le recours à la légitime défense. L'important est néanmoins plutôt que l'argument tiré de la légitime défense n'est guère crédible dès lors que, comme le souligne la Cour, « les Etats concernés ne se sont pas comportés *comme si* une agression armée était en cours au moment où les activités attribuées au Nicaragua par les Etats-Unis, sans constituer vraiment une agression armée, avaient cependant le caractère le plus marqué ; ils n'ont eu ce comportement que lorsque ces faits s'éloignaient le plus de ce qui serait nécessaire pour que la Cour puisse constater l'existence d'une agression armée du Nicaragua contre El Salvador » (181). La Cour a jugé enfin qu'en toute hypothèse les mesures prises par les Etats-Unis n'étaient ni strictement « nécessaires », ni « proportionnées » au péril engendré par l'assistance que le Nicaragua aurait fournie aux rebelles salvadoriens, ce qui est un « motif supplémentaire d'illicéité » (182).

La légitime défense écartée, rien ne peut, selon la Cour, justifier que les Etats-Unis aient eu recours à la force armée. Il demeure

(179) Pp. 119-120, §§ 230-231.

(180) Comp. op. ind. Ruda, p. 176.

(181) P. 122, § 236. C'est nous qui soulignons.

(182) *Ibid.*, § 237.

a priori possible qu'en tant qu'elles ne font pas appel à la force armée, certaines interventions des Etats-Unis soient justifiables sur d'autres bases. La Cour dénie cependant toute pertinence aux exceptions qui pourraient, à ce titre, être avancées.

La Cour admet que la fourniture d'une assistance strictement humanitaire ne peut être assimilée à une intervention condamnable, lorsqu'elle est prodiguée de manière non discriminatoire. Se référant aux « principes fondamentaux proclamés par la 20^e Conférence internationale de la Croix-Rouge », elle estime toutefois qu'il n'y a d'aide humanitaire que là où l'assistance s'efforce sans discrimination de « prévenir et (d')alléger la souffrance des hommes », de « protéger la vie et la santé », ainsi que de « faire respecter la personne humaine » (183). Faut-il préciser que ces conditions n'étaient en l'occurrence pas satisfaites ?

La Cour rejette par ailleurs catégoriquement toute justification tirée d'une demande d'assistance qu'auraient formulée les *contras* : « on voit mal ... ce qui resterait du principe de non-intervention en droit international si l'intervention, qui peut déjà être justifiée par la demande d'un gouvernement, devait aussi être admise à la demande de l'opposition à celui-ci » (184). On remarquera que la Cour ne paraît pas contester le droit d'un Etat tiers d'intervenir à la demande du gouvernement officiel. La fermeté de l'affirmation est quelque peu étrange tant l'évolution contemporaine du droit semble en principe interdire, en cas de conflit interne, l'intervention au profit de l'une ou l'autre des parties, fût-elle officiellement sollicitée par le gouvernement en place (185). La Cour ne parle certes pas expressément de l'intervention dans un conflit interne. On voit mal toutefois comment autrement qualifier la situation créée au Nicaragua par l'opposition des *contras* au gouvernement sandiniste.

La Cour s'interroge enfin sur la justification tirée d'un droit éventuel de prendre des contre-mesures. A supposer établis cer-

(183) P. 125, §§ 242-243.

(184) P. 126, § 246. Dans le même sens, v. par ex. J.N. Moore in *Georgia JICL*, 1983, p. 235.

(185) V. la résolution sur le principe de non-intervention dans les guerres civiles, adoptée par l'Institut de droit international lors de la session de Wiesbaden, in *Ann. IDI*, vol. 56, p. 544. Comp not. C.C. Joyner et M.-A. Grimaldi, *The United States and Nisaragua : Reflections on the Lawfulness of Contemporary Intervention*, *Virg. JIL*, 1985, pp. 643-647.

tains comportements illicites du Nicaragua, comme la fourniture d'armes ou des « incursions transfrontières », la Cour ne conteste pas que « des contre-mesures proportionnées » puissent être le cas échéant prises par « l'Etat qui en aurait été victime, c'est-à-dire El Salvador, le Honduras ou le Costa-Rica » (185). Elle dénie toutefois catégoriquement à un Etat tiers le droit de prendre des contre-mesures, « et en particulier une intervention impliquant l'usage de la force » (187). C'est apparemment rejeter tout droit de représailles collectives, qui serait défendu par analogie avec le droit de légitime défense collective. Le motif est toutefois moins clair qu'il n'y paraît à première vue. Il est difficile, en effet, de déterminer si la Cour entend condamner toute contre-mesure prise en quelque sorte pour compte d'autrui, quand bien même elle n'impliquerait pas l'emploi de la force armée, ou si elle se contente de condamner la contre-mesure collective qui fait appel à la force. Cette dernière interprétation est sans doute plus conforme aux termes généralement utilisés par la Cour et à la place dominante qu'occupe dans son arrêt le recours à la force. S'il en est bien ainsi, la question de la légalité d'une contre-mesure collective non armées demeure ouverte, la pratique contemporaine des sanctions économiques inclinant au demeurant à y répondre favorablement. Il resterait à vérifier en pareil cas ce qui aurait pu être justifié sur cette base dans les politiques suivies par les Etats-Unis envers le Nicaragua. Sauf à lire ses termes comme excluant que quoi que ce soit puisse être justifié, soit qu'il n'y ait aucun droit de représailles collectives, soit que le recours, même partiel, à la force, corrompt tout, l'arrêt ne procède pas à cette vérification.

Si son emploi « collectif » est douteux, la contre-mesure, lorsqu'elle est individuelle, est admise par la Cour au moins lorsqu'elle est prise par l'Etat victime d'une violation du droit qui lui est préjudiciable et lorsque, sans s'appuyer sur la force, elle demeure proportionnée au péril qu'elle entend conjurer. Les Etats-Unis ont fait à cet égard état de la violation par le Nicaragua de certaines règles en matière de droits de l'homme. Toutes promesses purement politiques mises à part (188), la Cour semble dénier au gouvernement américain quelque pouvoir de police en ces matières, au motif que

(186) P. 127, § 249.

(187) *Ibid.* V. T.J. Farer, *Drawing the Right Line*, *AJIL*, 1987, p. 113, sur certaines ambiguïtés de l'arrêt à ce propos.

(188) V. *supra*, pp. 1208-1211.

l'OEA était seule compétente pour vérifier le respect des engagements souscrits (189). Le motif est cependant trop vague pour qu'on puisse en déduire une négation catégorique de la légalité de la contre-mesure, non armée, que prendrait un Etat pour « réprimer », sans justifier d'un préjudice propre, la violation d'une obligation consentie en quelque sorte *erga omnes*. Ici aussi, le motif dominant a sans doute été que la force « *omnia corrumpit* » : « de toute manière, si les Etats-Unis peuvent certes porter leur propre appréciation sur la situation des droits de l'homme au Nicaragua, l'emploi de la force ne saurait être la méthode appropriée pour vérifier le respect de ces droits » (190). Les termes paraissent condamner l'intervention dite d'humanité, au moins lorsqu'elle fait appel à la force armée. Il n'est pas sûr toutefois que telle ait bien été l'intention véritable de la Cour, même s'il est vrai que l'intervention d'humanité est généralement proscrite aujourd'hui, sans doute quelque peu hâtivement. Il est plus probable que, sans réellement préjuger de la solution à donner à une question délicate, la Cour ait eu pour seul objectif de stigmatiser ce qui n'en était en toute hypothèse qu'une caricature grossière. Pour la même raison, il est difficile de ne pas trouver exagérément simpliste l'affirmation selon laquelle « *as a matter of morality anyone committed to human rights must regard the Court's endorsement of the right of dictators to appoint themselves as oppressors of their peoples as profoundly disturbing* » (191). Les rapports entre l'Etat et son peuple sont certes à maints égards « profondément inquiétants », et point seulement en droit des gens. L'arrêt de la Cour quant aux rapports entre un Etat et le peuple d'un autre n'en est pas moins réconfortant.

(189) P. 134, § 267.

(190) *Ibid.*, § 268.

(191) F.R. Teson, « *Le peuple c'est moi!* ». *The World Court and Human Rights*, *AJIL*, 1987, p. 183.

III. — CONCLUSIONS

Alors que d'aucuns y voient « *one of the most important judgments* » jamais rendu par la Cour internationale de Justice (192), l'arrêt du 27 juin 1986 a été accueilli par d'autres comme une « *tragedy for world order and for hopes to strengthen international adjudication* » (193).

Ces commentaires témoignent des réactions contradictoires qu'a suscitées, au moins aux Etats-Unis, la décision rendue dans l'affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci. Quelque passion n'y est pas étrangère. Il n'est pas sûr qu'elle soit justifiée.

Il est clair que des considérations de politique intérieure expliquent en partie l'apparente démesure qui entoure parfois les réactions américaines. Au lendemain de l'arrêt « condamnant » les Etats-Unis, certains ont d'ailleurs insisté pour qu'un contrôle parlementaire accru soit exercé sur la politique de l'administration Reagan (194). Il est clair aussi qu'un certain « honneur » américain a été meurtri par le démenti très ferme que la Cour a apporté à la légalité d'une politique devenue de plus en plus trouble au fil du temps. Le camouflet est d'autant plus cinglant que les déclarations, manœuvres... et autres décisions prises par le gouvernement américain ne pouvaient en l'occurrence que faire douter, toute maladresse objective mise à part, de la bonne foi d'un Etat qui s'enorgueillit traditionnellement de sa fidélité au droit et de son respect pour la justice.

Peut-être l'arrêt de la Cour constitue-t-il dans cette mesure une « tragédie » pour les Etats-Unis. On voit mal néanmoins quelle « tragédie » il représenterait ou pour le monde « libre » ou pour l'ordre mondial. On dira qu'il n'encouragera pas à souscrire à la clause facultative de juridiction obligatoire. C'est probable. Il y a longtemps toutefois que la clause était à l'agonie, la dénonciation

(192) K. Highet, *Evidence...*, *op. cit.*, *AJIL*, 1987, p. 1.

(193) J.N. Moore, *The Nicaragua Case and the Deterioration of World Order*, *AJIL*, 1987, p. 152.

(194) V. R.A. Falk, *The World Court's Achievement*, *AJIL*, 1987, p. 106.

américaine n'y changeant rien. Il ne s'ensuit aucun recul nécessaire de la juridiction. L'heure est seulement aux compromis occasionnels, la pratique récente laissant d'ailleurs croire qu'ils pourraient se développer. On dira aussi que l'arrêt emporte une ferme condamnation du recours à la force et de l'intervention dans les affaires intérieures d'autrui. Il incitera sans nul doute à la prudence les Etats que des légitimités en tous genres inclinaient rapidement ces temps derniers à « secourir » autrui, fût-ce *manu militari*. On voit mal néanmoins comment l'ordre mondial pourrait réellement s'en trouver en péril, même si des « grands » y perdent les prérogatives de police internationale que des politiques leur conféraient hâtivement. Tout au contraire, l'arrêt pourrait heureusement rappeler que la sécurité est d'abord l'œuvre des Nations Unies et que, moins que d'autres, ceux qui y exercent des responsabilités particulières ne peuvent légitimement s'y soustraire. Il est probable à cet égard que les réactions des autorités américaines aux arrêts « nicaraguayens » de la Cour témoignent d'une certaine volonté de répudier le système des Nations Unies (195), dont il est d'autres manifestations. Le danger pour l'organisation mondiale est certain. On conviendra toutefois qu'il est difficile de l'imputer à la juridiction internationale.

Est-ce à dire que l'arrêt soit réellement « l'un des plus importants » ? Il l'est peut-être symboliquement par ce qu'il rappelle et que nul, en ce compris un « super-grand », n'est au-dessus de la loi et que la force, même apparemment banalisée, est contraire au droit. Cette dimension politico-symbolique mise à part, il n'est pas sûr qu'au delà de l'espèce tranchée, la décision soit réellement d'une importance déterminante. L'affaire a mis en lumière deux questions fondamentales : ce qu'on a appelé la « justiciabilité » d'un différend mettant en cause la sécurité, d'une part, et la légalité de l'emploi de la force, d'autre part. Il n'y a substantiellement rien à redire à la réponse que leur a donnée la Cour, dans l'état actuel des règles qui, au moins formellement, gouvernent et l'exercice de la juridiction et le recours à la force ou l'intervention. Il demeure toutefois que ces règles sont dans une large mesure en porte-à-faux par rapport aux réalités internationales. Il n'appartenait à la Cour, pour

(195) V. B.S. Chimni, *The International Court and the Maintenance of Peace and Security : the Nicaragua Decision and the United States Response*, ICLQ, 1986, p. 965. V. égalt. Th. Franck, *Unnecessary United Nations Bashing Should Stop*, AJIL, 1986, p. 336.

ce seul motif, ni de les nier, ni de les corriger. Faut-il souligner en outre que la cause était tout sauf propice à ce qu'un juge s'aventurât dans des voies aussi délicates ? Il n'empêche que le malaise subsiste et que l'on ne pourra pas éternellement en feindre l'ignorance. Peut-être certaines formules de la Cour eussent-elles, à ce titre, gagné à être soit plus ouvertes, soit dépouillées d'un tour généralisant, superflu. Mais parfois comme en architecture, le style est d'abord, en matière de jugements, affaire de « goût ».
