

OPINION DISSIDENTE DE M. LE JUGE AL-KHASAWNEH,
VICE-PRÉSIDENT

[Traduction]

Nature non exclusivement préliminaire de l'exception colombienne — Décision sur l'exception préliminaire déterminant également un aspect important du fond du différend — Décision sur la nullité alléguée du traité de 1928 exigeant une analyse de questions de fait et de droit complexes — Obligation de motiver les arrêts — Absence de présomption, au paragraphe 9 de l'article 79 du Règlement de la Cour, en faveur de la partie qui soulève l'exception préliminaire — Limites au pouvoir discrétionnaire de la Cour de définir l'objet du différend — Pacte de Bogotá et déclarations faites en vertu de la clause facultative: fondements de la compétence de la Cour distincts et indépendants.

1. Je ne puis souscrire à l'opinion majoritaire selon laquelle le traité de 1928 conclu entre la Colombie et le Nicaragua est valide (arrêt, par. 81), ni à la conclusion, découlant directement de cette opinion et se fondant sur celle-ci, que la première exception préliminaire d'incompétence soulevée par la Colombie est retenue en ce qu'elle a trait à la souveraineté sur les îles de San Andrés, Providencia et Santa Catalina (arrêt, alinéa 1) a) du dispositif (par. 142)).

2. Avant que mes propos ne créent un malentendu, je dois pourtant m'empresser d'ajouter que je ne veux pas laisser entendre par là que le traité et le protocole en question sont nécessairement nuls, ni que les îles susmentionnées appartiennent inévitablement au Nicaragua. Je dis simplement que je me range parmi les «sceptiques» qui estiment que des questions décisives et complexes, de la nature de celles que pose la présente affaire, ne peuvent être définitivement tranchées qu'après avoir été examinées de manière approfondie au stade du fond et non de manière sommaire, peu convaincante et prématurée comme c'est le cas en l'espèce, d'autant qu'il n'y avait pas de raison judiciaire impérieuse de procéder ainsi.

3. Je n'oublie bien évidemment pas que, dans le but d'établir sa compétence et d'en déterminer les limites, la Cour peut, à l'occasion, avoir besoin d'effleurer le fond pour mieux s'informer des faits qui l'aideront à atteindre ce but et qu'elle ne peut recueillir sans se livrer à un examen de questions de fond. Il ne fait aucun doute qu'un tel examen est admissible. Il s'impose pour des raisons de bon sens et il existe en sa faveur une longue liste de précédents. Ainsi que le juge Shahabuddeen l'a fait observer à juste titre dans une éminente opinion individuelle:

«L'idée qu'en se prononçant sur des exceptions préliminaires la Cour pouvait, lors de son examen, «effleurer le fond» remontait aux années vingt.» (*Plates-formes pétrolières (République islamique*

d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique), exception préliminaire, arrêt, C.I.J. Recueil 1996 (II), opinion individuelle du juge Shahabuddeen, p. 830. Voir *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise, compétence, arrêt n° 6, 1925, C.P.J.I. série A n° 6*, p. 15.)

4. Il convient cependant de concilier cette admissibilité d'un examen de questions de fond avec le principe bien établi selon lequel l'intégrité du fond doit être préservée et ne pas être préjugée ni prédéterminée au stade des exceptions préliminaires. Ce principe et, d'ailleurs, la division de la procédure en une phase sur la compétence et une autre sur le fond ne sont certainement pas des fins en eux-mêmes mais des outils indispensables à une bonne administration de la justice, et on ne saurait y toucher sans risquer de porter préjudice à ces idéaux et à la fonction judiciaire elle-même.

5. Ces considérations m'incitent à penser qu'en l'espèce la question de savoir si le traité de 1928 et le protocole de 1930 sont valides et en vigueur aurait pu — et aurait dû — être réservée sans risque au stade de l'examen au fond. Comme je l'ai indiqué plus haut (par. 2), on ne trouve nulle part dans l'arrêt de raison impérieuse expliquant pourquoi il fallait statuer sur la validité du traité et du protocole au stade des exceptions préliminaires et trancher ainsi la question de la souveraineté sur les îles de San Andrés, Providencia et Santa Catalina sans que cela ait donné lieu à un débat véritable, contrairement à ce qu'exige un système judiciaire contradictoire. Ainsi, les Parties n'ont pas suffisamment débattu de la question de la prétendue contrainte exercée sur le Nicaragua (qui, si elle est démontrée, peut, sous réserve du règlement de certaines questions concernant le statut en droit coutumier, à l'époque des faits, des règles qui sont à présent codifiées aux articles 45 et 52 de la convention de Vienne sur le droit des traités, se solder par la nullité *ab initio* du traité, à laquelle la pratique ultérieure des Parties ne saurait remédier)¹ au cours de la procédure orale (alors que, tout à fait à l'inverse, le Nicaragua a consacré au cours de la procédure écrite une partie importante de ses observations à ce sujet), sinon pour exiger essentiellement qu'elle soit tranchée au stade du fond (Nicaragua) ou pour s'opposer à cet argument (Colombie). Toutefois, la

¹ Voir le paragraphe 79 de l'arrêt. Le fait que l'acquiescement ne saurait valider un traité conclu par la contrainte a été clairement exposé dans les commentaires au projet d'articles sur le droit des traités :

« Les effets de la contrainte et ses incidences dans le domaine des relations internationales sont d'une gravité telle que la Commission a estimé que le consentement obtenu de cette manière devait être tenu pour absolument nul, afin de garantir à la victime de la contrainte la possibilité de déterminer librement, par la suite, ses relations futures avec l'Etat qui l'a exercée. De l'avis de la Commission, si l'on admettait l'application du présent article [le projet d'article qui devint l'article 45 prévoyant l'acquiescement de la convention de Vienne sur le droit des traités] aux cas de contrainte, cela risquerait d'affaiblir la protection que les articles 48 et 49 assurent aux Etats qui en sont victimes. » (Projet d'articles sur le droit des traités et commentaires y afférents, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1966, vol. II, p. 268-269.)

substance de la question n'a même pas été débattue de façon satisfaisante ni ultérieurement examinée par la Cour. Cela apparaît dans les phrases sommaires qui traitent du problème de la contrainte (arrêt, par. 75-80), dont il est permis de penser qu'elles ne satisfont même pas à l'obligation de motiver les arrêts. Le seul motif que présente la Cour pour trancher la question au stade actuel (préjugant en réalité de l'issue d'un examen au stade du fond) se trouve aux paragraphes 50 et 51 de l'arrêt. Le paragraphe 50 se lit comme suit :

«La Cour estime qu'il n'est pas dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice de se contenter à ce stade de faire état d'un désaccord entre les Parties sur le point de savoir si le traité de 1928 et le protocole de 1930 ont réglé les questions sur lesquelles porte le présent différend au sens de l'article VI du pacte de Bogotá, se réservant d'en trancher tous les aspects au stade du fond.»

6. Avec tout le respect que je porte à l'opinion — ou à la conviction, car le paragraphe commence en indiquant que «[l]a Cour estime» — majoritaire, on peut dire que quiconque est convaincu par la logique de ce paragraphe le sera quel que soit l'argument. Aucune tentative n'est faite pour expliquer pourquoi il est défavorable aux intérêts de la bonne administration de la justice de laisser au stade du fond la question centrale de savoir si le traité de 1928 et le protocole de 1930 étaient valides et réglaient par conséquent le différend (qualifié, par euphémisme, de «désaccord» ou de «controverse»). Il n'y a rien non plus, dans l'objet du différend, qui suggérerait l'irréversibilité ou un risque de caducité et qui, par conséquent, justifierait de se hâter. Il n'y a pas non plus de retard dans l'administration de la justice car «l'affaire s'est trouvée en état pour ce qui est des exceptions préliminaires» en 2004 seulement (arrêt, par. 6) — soit un délai normal en regard des autres affaires soumises à la Cour. Il n'y a pas non plus moyen de trouver une justification dans la proposition générale selon laquelle il convient de vider les questions préliminaires avant de passer à l'examen au fond, car il faut pour cela que lesdites questions soient de nature exclusivement préliminaire.

7. En bref, rien dans ce paragraphe, que ce soit expressément ou par allusion, ne semble répondre si peu soit-il à l'argument du Nicaragua selon lequel «on trouvera difficilement meilleur exemple d'exception n'ayant «pas dans les circonstances de l'espèce un caractère exclusivement préliminaire»» (arrêt, par. 46).

8. Poursuivant l'argumentation entamée au paragraphe 50, la Cour cherche, dans le paragraphe suivant, à apporter des raisons pour traiter, à ce stade, de la question de la validité du traité et du protocole. Le paragraphe 51 se lit comme suit :

«En principe, une partie qui soulève des exceptions préliminaires a droit à ce qu'il y soit répondu au stade préliminaire de la procédure, sauf si la Cour ne dispose pas de tous les éléments nécessaires pour

se prononcer sur les questions soulevées ou si le fait de répondre à l'exception préliminaire équivaldrait à trancher le différend, ou certains de ses éléments, au fond. La Cour ne se trouve en l'espèce dans aucune de ces deux situations. Rechercher si elle a compétence pourrait amener la Cour à effleurer certains aspects du fond de l'affaire (*Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise, compétence, arrêt n° 6, 1925, C.P.J.I. série A n° 6*, p. 15). Par ailleurs, la Cour a déjà établi que le point de savoir si le traité de 1928 et le protocole de 1930 ont réglé les questions en litige ne constituait pas l'objet du différend au fond. Il s'agit en fait d'une question préliminaire qu'elle doit trancher afin de déterminer si elle a compétence.» (Arrêt, par. 51.)

9. L'argumentation exposée dans ce paragraphe repose sur plusieurs méprises: elle postule une présomption qui n'existe pas en faveur de la partie qui soulève les exceptions. Le paragraphe 9 de l'article 79 du Règlement de la Cour — rappelé au paragraphe 48 de l'arrêt — dispose que la Cour «retient l'exception, la rejette ou déclare que cette exception n'a pas dans les circonstances de l'espèce un caractère exclusivement préliminaire». Il est évident que la troisième possibilité, à savoir déclarer que l'exception n'a pas un caractère exclusivement préliminaire, a tout autant de poids et constitue tout autant une réponse à l'exception en question que les deux premières, même si elle implique de retarder la réponse à l'exception jusqu'à la phase du fond.

10. En d'autres termes, la partie qui soulève les exceptions préliminaires a bien évidemment droit à une réponse au sens du paragraphe 9 de l'article 79 du Règlement de la Cour, mais non à une réponse favorable dans tous les cas.

11. Le paragraphe 51 de l'arrêt énonce ensuite deux critères à appliquer pour décider que l'exception n'a pas un caractère exclusivement préliminaire ou pour joindre effectivement l'exception au fond:

- a) la Cour n'est pas en possession de tous les faits nécessaires pour donner une réponse; ou
- b) en donnant une réponse, elle tranchera au fond le différend ou certains de ses éléments.

Dans le même paragraphe, la Cour parvient à la conclusion qu'elle ne se trouve dans aucune de ces deux situations et poursuit donc en se prononçant sur la validité du traité et du protocole. Avec tout le respect que je dois à la Cour, rien n'est plus contestable. J'ai déjà indiqué que, selon moi, la Cour ne s'est pas renseignée comme elle l'aurait dû sur les éléments de fait nécessaires (par. 5). Je ne peux qu'ajouter, à titre d'exemple, que l'histoire des négociations du pacte de Bogotá n'a pas du tout été examinée, ce qui pourtant aurait éclairé le contexte historique à considérer pour parvenir à une interprétation réfléchie du sens donné aux termes «régulé» ou «régé»; la Cour n'a pas non plus considéré la question importante et pertinente du droit intertemporel, à savoir si, en 1928, la thèse

bien établie selon laquelle les traités dont «la conclusion ... avait été obtenue par la menace ou l'emploi de la force ... ne devai[en]t plus être reconnus[s] comme juridiquement valable[s]»² avait atteint le statut de droit coutumier. Pourtant, il aurait été indispensable de le faire car ce ne sont pas l'existence factuelle du traité et du protocole ni leur pertinence au regard du pacte de Bogotá que le Nicaragua a contestées, mais leur validité même.

En d'autres termes, le Nicaragua remet en cause le premier principe sur lequel la Colombie s'est fondée pour affirmer que le traité et le protocole ont réglé ou régi le présent différend au sens de l'article 6 du pacte de Bogotá.

12. En ce qui concerne le second critère, à savoir que la réponse ne devrait pas déterminer le différend au fond, la Cour a cherché à prévenir cette éventualité en recourant au simple procédé consistant à définir d'emblée l'objet du différend de façon étroite, de manière à exclure du cadre de l'arrêt le statut du traité et du protocole.

13. En procédant ainsi, la Cour s'appuie sur des précédents étayant l'affirmation selon laquelle la Cour conserve la liberté de définir l'objet du différend sur la base des conclusions des Parties (voir *Compétence en matière de pêcheries (Espagne c. Canada)*, compétence de la Cour, arrêt, C.I.J. Recueil 1998, p. 447-449, par. 29-32; *Essais nucléaires (Australie c. France)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 262, par. 29; *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 466, par. 30). Une telle liberté ne saurait toutefois être illimitée, ne serait-ce que pour des considérations de légitimité et de bon sens. A ce sujet, et dans le contexte de la présente affaire, il aurait été prudent de tenir compte du sentiment exprimé par le juge Vereshchetin dans son opinion dissidente en l'affaire de la *Compétence en matière de pêcheries*, dans laquelle il a indiqué :

«Pour régler ce différend apparu à l'intérieur du différend, la Cour devrait se fonder sur le paragraphe 1 de l'article 40 du Statut, qui dispose que c'est à l'Etat demandeur d'indiquer l'objet du différend. Dès lors, s'il est vrai qu'il «ressort de la jurisprudence de la Cour que celle-ci ne se contente pas de la formulation employée par le demandeur, lorsqu'elle détermine l'objet du différend» (paragraphe 30 de l'arrêt), il n'en est certainement pas moins vrai que, lorsqu'elle qualifie ce qui constitue le différend principal entre les parties, la Cour ne saurait sans motifs dûment étayés redéfinir l'objet du différend sans tenir compte des termes de la requête et des autres moyens présentés par le demandeur. C'est pourtant ce qu'elle semble avoir fait dans son arrêt...» (*Compétence en matière de pêcheries (Espagne c. Canada)*, compétence de la Cour, arrêt, C.I.J. Recueil 1998, opinion dissidente du juge Vereshchetin, p. 571, par. 4.)

² Projet d'articles sur le droit des traités et commentaires y afférents, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1966, vol. II, p. 246.

En effet, je ne puis trouver, en l'espèce, de motif dûment étayé pour définir l'objet du différend sans tenir aucun compte des conclusions du Nicaragua.

14. En outre, la manière dont ce problème est abordé dans l'arrêt n'est pas sans contradictions. Ainsi, au paragraphe 42 de l'arrêt, la Cour reconnaît notamment que la souveraineté sur le territoire (c'est-à-dire sur les îles et autres formations maritimes que les Parties revendiquent) et le tracé de la frontière maritime entre les Parties sont les questions qui opposent celles-ci au fond. Or, la Cour a indiqué au paragraphe 40 :

«La Cour note que le Nicaragua a soutenu que les considérations relatives à la validité et à la terminaison alléguée du traité de 1928 ainsi qu'à la question de savoir si le traité et son protocole de 1930 couvraient ou réglaient l'ensemble des points en litige entre les Parties, notamment l'étendue géographique de l'archipel de San Andrés, la souveraineté sur Roncador, Quitasueño et Serrana et la délimitation maritime, s'inscrivaient toutes dans le cadre du différend dont elle est saisie...

De l'avis de la Cour, tous ces aspects se rattachent au seul point de savoir si le traité de 1928 et le protocole de 1930 ont réglé les questions en litige entre les Parties au sujet de la souveraineté sur les îles et autres formations maritimes et du tracé de la frontière maritime. La Cour considère toutefois que tel n'est pas l'objet du différend entre les Parties et que, dans les circonstances de la présente espèce, il s'agit d'une question préliminaire...»

15. Ce raisonnement soulève une interrogation fondamentale : un aspect (la validité du traité de 1928) essentiel pour le règlement d'une question reconnue comme opposant les Parties au fond (la souveraineté sur les îles nommément désignées de l'archipel de San Andrés) peut-il ne pas faire partie de l'objet du différend ? La réponse doit évidemment être négative.

16. A cet égard, l'absurdité flagrante du raisonnement montre bien que la distinction est artificielle. Elle montre en particulier que la question de la validité du traité et du protocole ne relève pas d'une argumentation secondaire mais constitue une étape logique, cruciale et indispensable, du règlement au fond du différend en ce qui a trait à la souveraineté sur les îles de San Andrés, Providencia et Santa Catalina. La question fait partie intégrante du différend et n'est préliminaire qu'en raison de son antériorité dans le processus logique du règlement du différend, mais ce n'est pas un point préalable au litige sur lequel on peut statuer séparément. En d'autres termes, l'exception préliminaire est, dans cette affaire, si indissociable du fond que trancher dans un sens ou dans l'autre la question de la validité du traité de 1928 et du protocole de 1930 équivaut à régler le différend au fond en faveur de l'une ou l'autre des Parties en ce qui concerne les îles susmentionnées et à influencer sur l'issue de toute délimitation mari-

time. En effet, la présente affaire est l'exemple par excellence d'un cas dans lequel la Cour devrait juger que :

«l'exception est tellement liée au fond ou à des points de fait ou de droit touchant au fond qu'on ne saurait l'examiner séparément sans aborder le fond, ce que la Cour ne saurait faire tant que la procédure sur le fond est suspendue aux termes de l'article 62, ou sans préjuger le fond avant que celui-ci ait fait l'objet d'une discussion exhaustive» (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (nouvelle requête: 1962) (Belgique c. Espagne), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1964, p. 43*).

17. Je ne cherche aucunement, dans cette assez brève opinion, à proposer des formules théoriques permettant d'établir quelles exceptions préliminaires devraient être déclarées comme ne revêtant pas un caractère exclusivement préliminaire et, quoi qu'il en soit, je doute qu'une telle tentative aboutisse étant donné que chaque affaire dépend de ses propres faits et circonstances. Mais je puis indiquer avec suffisamment d'assurance que, lorsque la prétention à l'origine de l'exception n'est pas sans fondement et qu'en outre elle est défendable et plausible, la Cour ne devrait pas couper court aux tentatives de faire pleinement valoir les arguments au fond³. Comme l'a indiqué le juge Read dans son opinion dissidente en l'affaire de l'*Anglo-Iranian Oil Co.* :

«Il m'est impossible de méconnaître la grave injustice que causerait à un Etat demandeur un arrêt qui admettrait une exception d'incompétence et refuserait d'autoriser un prononcé sur le fond, tout en tranchant en même temps, à l'encontre de l'Etat demandeur, un important point de fait ou de droit faisant partie du fond. Le refus d'autoriser un jugement du différend aurait pour effet de renvoyer l'Etat demandeur et l'Etat défendeur à d'autres mesures juridiques ou politiques, en vue de régler le différend. Au moment de rechercher une autre solution au différend, ni le demandeur ni le défendeur ne devraient être placés dans un état d'infériorité à la suite d'une décision sur un point de fait ou de droit touchant le fond.» (*Anglo-Iranian Oil Co. (Royaume-Uni c. Iran), exception préliminaire, arrêt, C.I.J. Recueil 1952, opinion dissidente du juge Read, p. 149.*)

18. Enfin, il me paraît évident que la compétence de la Cour en vertu du paragraphe 2 de l'article 36 de son Statut est à la fois indépendante du système juridictionnel établi par le pacte de Bogotá et plus vaste que celle qui découle du pacte. Néanmoins, pour établir sa compétence dans ce cas précis, si la Cour avait commencé par se placer dans l'optique de la clause

³ Pour une autre affaire, antérieure, dans laquelle ce point a été mûrement réfléchi, voir celle des *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique)*, exception préliminaire, arrêt, C.I.J. Recueil 1996 (II), opinion dissidente du juge Shahabuddeen, p. 824-825.

facultative de juridiction obligatoire, elle aurait été tenue de traiter la question de savoir s'il existait un «différend d'ordre juridique» entre les Parties. Comme le note la Cour au paragraphe 138 de l'arrêt, la question de savoir si le traité de 1928 a réglé le différend qui lui a été soumis est donc tout aussi importante pour déterminer sa compétence en vertu de la clause facultative qu'elle l'est pour établir celle-ci aux termes du pacte de Bogotá. Cependant, pour les raisons que je viens d'exposer dans mon opinion, j'estime aussi que le point tranché par la Cour au paragraphe 138 de l'arrêt, à savoir qu'il ne «subsistait pas de différend juridique entre les Parties», est si indissociable du fond que sa détermination aurait dû être renvoyée au stade de la procédure consacré à celui-ci.

19. Il est intéressant de souligner à cet égard que, dans aucune des affaires qu'elle a jugées, la Cour permanente de Justice internationale n'a accepté *in limine litis* l'argument selon lequel il n'existait pas de différend d'ordre juridique au sens du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut. Ces questions furent toujours renvoyées au stade du fond⁴. Il faut noter en outre que la citation tirée de l'affaire du *Sud-Ouest africain* qui figure au paragraphe 138 de l'arrêt, et sur laquelle la Cour s'appuie en partie pour juger qu'il ne subsiste pas de différend entre les Parties, est incomplète. L'arrêt omet de citer la déclaration très importante selon laquelle un différend existe s'il peut être «démontr[é] que la réclamation de l'une des parties se heurte à l'opposition manifeste de l'autre» (*Sud-Ouest africain (Ethiopie c. Afrique du Sud; Libéria c. Afrique du Sud), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1962, p. 328*). L'existence d'un différend s'établit ainsi sur un critère d'opposabilité et non sur celui d'une liberté sans entrave de la Cour. En l'espèce, il semble indéniable que la prétention du Nicaragua selon laquelle le traité de 1928 est nul se heurte à l'opposition manifeste de la Colombie.

(Signé) Awn Shawkat AL-KHASAWNEH.

⁴ Voir Shabtai Rosenne, *The Law and Practice of the International Court 1920-2005*, 2006, vol. II, par. II.195.