

OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE RANJEVA

Concordance entre les demandes du Nicaragua et l'objet de l'arrêt — Décision intérimaire au fond ou arrêt sur une exception préliminaire — Déclaration de validité du traité de 1928 — Statut des trois îles et clôture du différend — Intimités des liens entre le fond et le droit procédural — La double demande du Nicaragua: possessoire et pétitoire — Cumul d'actions dans l'exception colombienne — Caractère non exclusivement préliminaire de l'exception de la Colombie — Risque de conflit de décision relatif à l'exercice de la compétence — Article VI du pacte de Bogotá et article 36, paragraphe 2, du Statut — Insuffisance de motivation sur l'exclusion de la clause optionnelle.

1. Dans son mémoire, le Nicaragua demande au principal à la Cour:

«1) de dire et juger que la République du Nicaragua a la souveraineté sur les îles de San Andrés, Providencia et Santa Catalina, ainsi que sur les îlots et cayes qui en dépendent;

.

4) de dire et juger que le traité Bárcenas-Esguerra signé à Managua le 24 mars 1928 était nul, et en particulier ne pouvait fonder en droit les prétentions de la Colombie sur San Andrés et Providencia...».

La Colombie, dans sa première exception préliminaire, demande à la Cour de dire et de juger que:

«1) en vertu du pacte de Bogotá, et en particulier de ses articles VI et XXXIV, elle n'a pas compétence pour connaître du différend qui lui est soumis par le Nicaragua au titre de l'article XXXI et déclare ce différend terminé...».

Au paragraphe 90, le présent arrêt dit que:

«la Cour juge qu'elle peut, à ce stade de la procédure, considérer comme tranchée la question des trois îles de l'archipel de San Andrés expressément nommées au premier paragraphe de l'article premier du traité de 1928. Cette question [la souveraineté sur les îles de San Andrés, Providencia et Santa Catalina] a été réglée par le traité.»

2. La concordance et l'identité de l'objet apparaissant immédiatement au lecteur non averti, la Cour a fait droit en rejetant ces deux demandes du Nicaragua. On pourra faire observer que ce n'est pas par une action ou un prononcé direct que la Cour a accédé à la demande de la Colombie, mais par voie d'exception. Au vu des demandes principales, la Colombie aurait pu solliciter *in limine* une décision confirmative, aussi

bien de la validité du traité de 1928 que de la dévolution des trois îles à la Colombie. La Cour aurait pu prononcer un jugement avant dire droit au fond, à caractère intérimaire sous certaines conditions: si les deux Parties étaient d'accord, si l'une des Parties demandait une telle décision et si le Statut et le Règlement l'autorisaient. Mais la défenderesse n'a pas agi de la sorte; elle a choisi la voie de l'exception préliminaire de l'article 79 du Règlement. A la première exception de la Colombie, le présent arrêt répond en tranchant une partie du principal, s'agissant de la souveraineté sur les trois îles et de la validité du traité de 1928. La présente décision n'a cependant pas un caractère définitif, car elle ne tranche pas tout le litige et ne statue pas sur toutes les demandes au principal.

3. La première exception préliminaire de la Colombie a-t-elle un caractère exclusivement préliminaire? A cette question, la Cour a retenu une réponse affirmative. Le jugement admet ne rencontrer aucun obstacle juridique à l'exercice de sa compétence. Pour ce dire, l'arrêt a choisi une option en limitant à la délimitation maritime le seul et véritable objet du différend entre les Parties. Le traité de 1928, en reconnaissant la souveraineté de la Colombie sur les trois îles, a mis un terme au différend, au point qu'un prononcé sur la validité ou la nullité éventuelle du traité de 1928 ne saurait s'imposer en ce qui concerne la délimitation maritime sollicitée. Faute de différend et du fait du règlement conventionnel du statut territorial des trois îles, il n'y aurait donc plus lieu de statuer sur la quatrième demande principale.

4. Sur le plan formel et textuel, la concordance négative entre les demandes au principal et les conséquences directes de l'arrêt amène à un réexamen de la jurisprudence de la Cour, telle qu'elle a été fixée dans les affaires dites de *Lockerbie*:

«Cette exception s'attache à de multiples aspects du litige... [L]e Royaume-Uni tente d'obtenir de la Cour une décision de non-lieu qui mettrait immédiatement fin à l'instance. Or, en sollicitant une telle décision, le Royaume-Uni en sollicite en réalité au moins deux autres, que le prononcé d'un non-lieu postulerait nécessairement ... pour la Cour ... les droits de la Libye au fond seraient non seulement touchés par une décision de non-lieu rendue à ce stade de la procédure, mais constitueraient, à maints égards, l'objet même de cette décision. L'exception soulevée par le Royaume-Uni sur ce point a le caractère de défense au fond. De l'avis de la Cour, cette exception fait bien plus qu'«effleurer des sujets appartenant au fond de l'affaire».» (*Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. Royaume-Uni), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1998, p. 28-29, par. 50.*)

La Cour a relevé que c'est par voie d'exception que le Royaume-Uni a, de manière indirecte, demandé une réponse qui concernait les droits du demandeur au principal et aurait mis fin à l'instance et au différend. Si la Cour statuait sur l'exception du Royaume-Uni, selon laquelle les résolutions du Conseil de sécurité ont privé de tout objet les demandes de la Libye, elle statuerait inmanquablement sur le fond; telle aurait été la conséquence, que l'exception britannique fût accueillie ou écartée. Or, en invoquant l'article 79, le défendeur a mis en œuvre une procédure qui vise précisément à empêcher la Cour de ce faire. Elle a retenu le caractère non exclusivement préliminaire en raison non pas des effets de la décision sur le fond du litige, mais du fait que la décision disposerait du fond des droits en litige dans le cadre d'une procédure incidente sur les questions de compétence et de recevabilité.

5. En la présente espèce, le problème est de savoir si, en clôturant le débat sur la validité du traité de 1928, le jugement de la Cour ne statuait pas de manière incidente au fond sur les demandes du Nicaragua. Il est évident que la délimitation territoriale impliquait au préalable une réponse sur le statut territorial des îles. Or, l'exception de la Colombie visait à empêcher la Cour de le faire, c'est-à-dire de discuter des dispositions de fond du traité dont le Nicaragua contestait la validité et soutenait la nullité. Le problème était alors double: la demande en nullité du traité et le blocage d'une telle adjudication par le recours à l'article 79 du Règlement.

6. La remise en cause de la validité du traité de 1928 est étroitement liée au statut territorial des îles de l'archipel de San Andrés, Providencia et Santa Catalina, mais elle est présentée comme une demande autonome dans la stratégie nicaraguayenne. Un Etat peut-il être questionné par voie judiciaire sur les fondements de ses titres territoriaux? Le problème tient au fait que le Nicaragua a, de manière explicite, affirmé limiter à la seule dimension de la compétence son argumentation sur la nullité et réservé de nouveaux moyens complémentaires sur la même question pour la phase du fond. Or, ni la Partie défenderesse ni la Cour ne l'ont interpellé sur ce point alors que deux causes de nullité ont été invoquées: la coercition et la violation des dispositions constitutionnelles. En disposant *in limine* et de manière apparemment définitive de la question de la nullité du traité de 1928, la décision de la Cour a été prise au mépris de la règle du contradictoire.

7. La Cour aurait pu faire droit à une telle exception non exclusivement préliminaire si, d'une part, une action abusive du demandeur avait existé, notion discutée, voire inexistante, dans le Statut et le Règlement de la Cour, et si, d'autre part, le défendeur au principal avait soutenu un tel argument. Ces deux conditions présumées ne sont pas remplies en l'espèce. A supposer qu'une telle action existât en droit international, elle n'a de sens que, pour autant qu'au préalable les droits au fond soient établis, elle ne peut pas avoir un caractère exclusivement préliminaire. L'abus de procédure consisterait à tenter de rouvrir devant le juge une

question déjà résolue et à remettre en cause les droits constatés. La remise en cause du fondement même de ces droits devient alors une question connexe au fond du droit; elle ne se limiterait pas seulement à en effleurer le fond, mais toucherait le fond même du droit du demandeur. Le droit d'action devant la Cour étant de base consensuelle, c'est le consentement des parties qui ouvre à la Cour la voie de l'exercice de sa compétence.

8. En traitant comme étant exclusivement préliminaire la première branche de la réponse à la première exception préliminaire afférant au statut territorial des trois îles pour le règlement par voie conventionnelle du différend y afférant, l'arrêt dispose incidemment au fond de la quatrième demande du Nicaragua. L'arrêt a tranché directement la question de la validité du traité au stade des exceptions préliminaires. Opposer l'article XXXIV du pacte de Bogotá pour déclarer le différend terminé était concevable si la nullité dudit instrument pour vices de fond n'était pas sollicitée comme étant une demande formelle autonome. La démarche analytique de caractère formaliste suivie dans l'arrêt ne reflète pas fidèlement l'économie générale de la demande du Nicaragua: l'arrêt, en effet, n'examine pas les rapports véritables entre la première et la quatrième demande.

9. Le Nicaragua, dans sa première conclusion, demandait à la Cour de protéger sa possession. La demande faite au juge est de trancher la question du possessoire: sa souveraineté sur les trois îles, et les îlots et cayes qui en dépendent, et ce, dans le cadre d'un chef de demande indépendant du point de savoir s'il est titulaire d'un titre juridique valide ou non. Or, en l'espèce, l'action possessoire du Nicaragua était accompagnée d'une action pétitoire. Au principal, le demandeur met en cause le fond du droit: en réclamant la nullité du traité de 1928, le Nicaragua sollicite de la Cour une réponse à la double question suivante: existe-t-il un titre territorial et qui en est le titulaire? Car le même traité de 1928 serait revendiqué par la Colombie comme titre juridique sur San Andrés, Providencia et Santa Catalina.

Le Nicaragua a cumulé deux actions. A cette demande, la Colombie opposait une action pétitoire négative, à savoir la reconnaissance implicite, au stade de la procédure incidente, de la validité du traité de 1928 par la Cour, pour que la conséquence en fût déduite: la clôture du différend entre les Parties, pour reprendre les termes dudit instrument.

10. La présence simultanée de deux actions pétitoires contraires avec une action possessoire aura contribué à créer la confusion. Dans la présente affaire, ces différences étaient intimement liées au fond du droit procédural. On peut, en effet, au niveau procédural concevoir une solution portant sur le possessoire, en raison de sa nature. Mais, s'agissant du pétitoire, les questions se posent en termes différents. On a eu affaire à une opposition entre une action en revendication et une action en négation portant sur le titre de souveraineté et le traité de 1928. Les Parties ne s'y sont pas méprises, compte tenu de la place réservée à la question de la

nullité et de la validité du traité de 1928 dans les échanges. Ce débat a mis en cause le fond du droit litigieux sur la souveraineté.

La Cour, en déboutant le Nicaragua de son action tant possessoire que pétitoire et en acceptant la demande de la Colombie, a assuré la continuité de ce cumul d'actions. Par une décision unique, la possession souveraine et le titre de souveraineté ont été tranchés. Elle a ainsi considéré que la question de la souveraineté sur les îles de San Andrés, Providencia et Santa Catalina était réglée par le traité de 1928, sans relever que les actions des Parties, apparemment procédurales, étaient liées au double aspect de l'objet du différend sur ce point. En procédant de ce fait, l'arrêt a implicitement tranché une question qui constituait une partie de l'objet du différend : la validité du titre territorial. Dès lors, le problème se pose de savoir si un traité frappé de nullité *ex tunc* et non *ex nunc* peut être toujours considéré comme en vigueur, en particulier en 1948, ainsi qu'à la date de l'introduction de la requête. La prise en compte, décrite dans l'arrêt, du comportement du Nicaragua est un élément de paramètre incontournable pour déterminer si le traité était en vigueur aux yeux du demandeur, mais, dans la mesure où l'exception vise la nullité et non l'opposabilité dudit traité, l'arrêt tranche un argument portant sur le fond du droit. Cependant, il est aberrant de concevoir un seul instant qu'un traité puisse être en vigueur s'il est entaché de nullité, nonobstant les dispositions de l'article VI du pacte de Bogotá.

11. Dans ces conditions, la première exception préliminaire ne pouvait pas avoir un caractère exclusivement préliminaire.

12. Le cumul d'actions a eu pour conséquence le choix du seul pacte de Bogotá comme base de compétence, avec pour effet la clôture du différend entre les Parties et le non-lieu à statuer sur la seconde base : les clauses optionnelles de l'article 36 du Statut de la Cour permanente de Justice internationale.

13. Le non-lieu décidé par l'arrêt requiert des explications complémentaires. La juridiction internationale est libre de choisir, parmi les bases proposées, celle qui lui paraît la plus appropriée pour l'exercice de sa compétence ; encore y a-t-il lieu d'expliquer les raisons de la préférence. Sur le plan politique, le pacte de Bogotá est plausible, mais, sur le plan juridique et judiciaire, la Cour, face à la conclusion à laquelle est parvenu l'arrêt, devait pratiquer le test de non-conflit, alors que deux bases autonomes de compétence étaient revendiquées. Le droit d'accès à la Cour est soumis à des conditions strictes, d'une part fixées par le Statut et le Règlement et de l'autre développées par la jurisprudence. L'impérativité caractérise le droit et l'exercice de la compétence judiciaire de la Cour ; lorsque les conditions requises sont satisfaites, la Cour au contentieux ne peut disposer de sa propre compétence. Aussi devait-elle en l'espèce s'assurer de l'absence de risque de conflit de décisions. Telle aurait été la situation si l'examen des déclarations optionnelles respectives avait abouti à une conclusion différente : le caractère non exclusivement préliminaire de la première exception.

14. Au paragraphe 138, l'arrêt oppose à l'applicabilité de la clause optionnelle l'absence de différend juridique dans le sens où l'arrêt l'entend. Logiquement, sur le plan théorique, la clause optionnelle peut encore être utile. Le différend sur les îles étant considéré comme résolu par l'arrêt par un traité déjà déclaré «valide», la Cour dispose-t-elle d'une compétence pour revenir, d'une autre manière, sur une question déjà tranchée?

A cette question, il était indispensable de donner une réponse non équivoque pour écarter un conflit possible de décision.

Les problèmes ainsi évoqués et toute l'argumentation exposée par les Parties confirment le caractère non exclusivement préliminaire de la première exception soulevée par la Colombie.

(*Signé*) Raymond RANJEVA.
