

DÉCLARATION DE M. LE JUGE TOMKA

[Traduction]

Deux bases de compétence de la Cour.

Exception d'incompétence en vertu du pacte de Bogotá — Le traité de 1928 était-il en vigueur lorsque le pacte de Bogotá fut conclu? — Allégation de la violation flagrante de la Constitution comme motif pour invalider le traité — Incidence du comportement ultérieur de la Partie sur son droit d'invoquer la prétendue violation flagrante de la Constitution comme motif pour invalider le traité.

Allégation d'absence de capacité internationale pour conclure des traités pendant l'occupation par les Etats-Unis d'Amérique — Le traité de 1928 aurait été conclu sous la contrainte — La Cour empêchée de se prononcer sur l'argument de la contrainte exercée par un Etat qui n'est pas partie à l'instance.

La question de la souveraineté sur les îles de San Andrés, Providencia et Santa Catalina ne doit pas être tranchée au stade du fond.

* * *

1. J'ai voté en faveur de l'arrêt de la Cour. Néanmoins, certains aspects de l'affaire et de cet arrêt appellent quelques observations.

2. Le Nicaragua a invoqué, dans sa requête, *deux bases* de compétence de la Cour.

Premièrement, il s'appuie sur le paragraphe 1 de l'article 36 du Statut, qui dispose notamment que «[l]a compétence de la Cour s'étend à ... tous les cas spécialement prévus ... dans les traités et conventions en vigueur». Selon le Nicaragua, le traité américain de règlement pacifique, connu officiellement sous le nom de pacte de Bogotá, fait partie desdits traités.

Deuxièmement, le Nicaragua s'appuie en outre sur le paragraphe 2 de l'article 36 du Statut en faisant valoir que la Cour est également compétente en vertu des déclarations portant reconnaissance de la juridiction obligatoire de la Cour déposées par le Nicaragua le 24 septembre 1929 et par la Colombie le 30 octobre 1937.

3. La Colombie rejette la compétence de la Cour sur ces deux bases.

4. La Colombie invoque l'article VI du pacte de Bogotá, qui dispose que les procédures de règlement pacifique envisagées dans le pacte, dont la procédure judiciaire devant la Cour internationale de Justice, «ne pourront ... s'appliquer ni aux questions déjà réglées au moyen d'une entente entre les parties ... ni à celles régies par des accords ou traités en vigueur à la date de la signature du présent pacte»; c'est-à-dire en 1948. La Colombie fait valoir que le traité de règlement territorial entre elle et le Nicaragua signé le 24 mars 1928 (ci-après «le traité de 1928») est en

vigueur depuis 1930 et qu'il régit les questions soumises à la Cour par le Nicaragua. Par conséquent, selon la Colombie, l'article VI du pacte de Bogotá fait obstacle à l'application, en l'espèce, de la procédure judiciaire devant la Cour et celle-ci devrait se déclarer incompétente.

5. Le Nicaragua fait valoir que le traité n'était pas en vigueur car, selon lui, il n'avait pas été valablement conclu. Il conteste la validité et l'entrée en vigueur du traité de 1928, bien qu'il ait non seulement signé un protocole d'échange des ratifications le 5 mai 1930 mais aussi enregistré le traité de 1928 (avec le protocole d'échange) en 1932 auprès de la Société des Nations.

6. Le Nicaragua invoque deux motifs de nullité du traité de 1928. *Premièrement*, il allègue que le traité fut signé en violation flagrante de la Constitution du Nicaragua en vigueur à l'époque¹. *Deuxièmement*, il affirme que, pendant la période en question, le Gouvernement du Nicaragua était privé de sa capacité internationale puisqu'il ne pouvait pas exprimer librement son consentement à être lié par des traités internationaux (mémoire du Nicaragua, p. 108, par. 2.102; observations écrites du Nicaragua, p. 15).

7. Le Nicaragua estime que la Cour ne peut se prononcer à ce stade de la procédure sur les questions de savoir si le traité fut valablement conclu et s'il a été en vigueur car elles relèvent du différend au fond. Selon lui, l'exception préliminaire à la compétence de la Cour sur la base du pacte de Bogotá que la Colombie a soulevée n'a pas un caractère exclusivement préliminaire.

8. La Cour aurait très facilement pu remettre à plus tard sa décision sur l'exception colombienne quant à sa compétence fondée sur le pacte de Bogotá. Mais, dans une situation où la Cour a statué que la question de la validité du traité de 1928 et celle de son entrée en vigueur ne constituaient pas l'objet du différend (lequel porte sur la souveraineté sur les îles contestées et autres formations maritimes ainsi que sur la délimitation maritime), et où elle disposait de solides moyens de droit pour se prononcer sur l'exception, la bonne administration de la justice et l'économie procédurale justifiaient qu'elle la retienne ou la rejette dès ce stade.

9. Je souscris à l'appréciation de la Cour selon laquelle le Nicaragua, pendant une longue période de plus de cinquante ans, a considéré le traité

¹ Il convient de noter que ce n'est pas la première fois que le Nicaragua avance le motif d'une prétendue violation de sa Constitution pour invalider un traité international qu'il a conclu. Ainsi, dans l'arbitrage avec le Costa Rica, le Nicaragua invoqua notamment cet argument à l'appui de sa prétention selon laquelle le traité de frontières signé en 1858 avec le Costa Rica n'était pas valide. Dans sa sentence du 22 mars 1888, l'arbitre conclut que le traité de 1858 était valide. Voir H. La Fontaine, *Pacificisme internationale 1794-1900, Histoire documentaire des arbitrages internationaux*, 1902 (réimpr. par éd. Martinus Nijhoff, 1997, p. 299-301); J. B. Moore, *International Arbitrations To Which the United States Has Been a Party*, vol. II, 1898, p. 1964-1967.

de 1928 comme valide et n'a jamais prétendu ne pas être lié par celui-ci (paragraphe 79 de l'arrêt). Il faut considérer que le Nicaragua, par la manière dont il s'est comporté pendant ces années, a acquiescé à la validité du traité de 1928 et à son maintien en vigueur. Il ne peut donc plus invoquer la prétendue violation flagrante de sa Constitution de 1911 comme motif pour invalider le traité de 1928.

10. Le Nicaragua avance, comme second motif de nullité du traité de 1928, que son gouvernement était privé de la capacité internationale pendant la période considérée puisqu'il ne pouvait pas exprimer librement son consentement à être lié par des traités internationaux. Bien qu'elle le mentionne dans l'arrêt, la Cour donne à cet argument une réponse assez sibylline. Il semble qu'elle l'ait traité de la même manière que celui qui était fondé sur la violation flagrante de la Constitution nicaraguayenne. En fait, on trouve, dans l'arrêt, une réponse commune à ces deux arguments (par. 78, 79 et 80). Si je partage l'opinion de la majorité des membres de la Cour s'agissant du premier, j'estime toutefois que le second appelle une réponse distincte compte tenu de la différence de nature entre ces deux motifs de nullité invoqués. La Commission du droit international, dans son commentaire de ce qui est devenu l'article 45 de la convention de Vienne de 1969, a exclu le cas où la contrainte a été exercée de l'application du principe selon lequel un Etat peut, à cause de son comportement ultérieur, perdre le droit d'invoquer la nullité d'un traité. Elle a indiqué 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» (*Annuaire de la Commission du droit international*, 1966, vol. II, p. 261; les italiques sont de moi).

11. L'argument avancé par le Nicaragua n'est pas sans soulever des difficultés. S'il devait être interprété au sens large ou de façon générale, il irait alors à l'encontre de l'autre base qu'invoque le Nicaragua pour fonder la compétence de la Cour, à savoir la déclaration faite en vertu de la clause facultative visée au paragraphe 2 de l'article 36 du Statut. Le Nicaragua a fait cette déclaration en 1929, précisément pendant la *période pertinente* au cours de laquelle, ainsi qu'il l'allègue à présent, son gouvernement aurait été privé de la capacité internationale. Lorsque, en 1984, le Nicaragua a déposé sa requête dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, la Cour a considéré que sa déclaration était valide et en vigueur (voir *C.I.J. Recueil 1984*, p. 442, par. 113, point 1).

En fait, dans toutes les procédures devant la Cour auxquelles le Nicaragua a autrefois été partie, sa déclaration de 1929 en vertu de la clause facultative a servi à fonder la compétence de la Cour (voir, par exemple, *Sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne le 23 décembre 1906 (Honduras c. Nicaragua)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1960*, p. 194; *Actions armées frontalières et transfrontalières (Nicaragua c. Honduras)*, compétence et recevabilité, arrêt, *C.I.J. Recueil 1988*, p. 71, par. 1, p. 82, par. 25; *Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Hon-*

duras dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Honduras), arrêt, C.I.J. Recueil 2007, p. 664, par. 1). On ne saurait accepter cet argument interprété au sens large, puisqu'il est contredit par les conclusions de la Cour dans de précédentes affaires auxquelles a pris part le Nicaragua.

12. Le Nicaragua admet lui-même qu'il n'a pas été empêché de conclure des traités internationaux de manière générale (CR 2007/19, p. 11, par. 13). Mais il est alors difficile d'admettre sa thèse selon laquelle le Gouvernement du Nicaragua aurait été privé de sa capacité internationale au cours de la période pertinente. C'est pourquoi le Nicaragua précise que, lorsqu'il était sous l'occupation des Etats-Unis d'Amérique, il était empêché de conclure des traités qui allaient à l'encontre de l'intérêt de ce pays et de refuser de conclure des traités que celui-ci lui demandait de signer. Les intérêts d'un Etat tiers, même ses exigences visant à la conclusion d'un traité, ne rendent pas celui-ci nul et non avenu *ab initio*. Telle ne peut être la conséquence que si un Etat était contraint de conclure un traité par la menace ou par l'emploi de la force en violation des principes du droit international. Il semble que c'est ce que le Nicaragua laisse entendre lorsqu'il mentionne l'article 52 de la convention de Vienne sur le droit des traités, lequel dispose que: «[e]st nul tout traité dont la conclusion a été obtenue par la menace ou l'emploi de la force en violation des principes du droit international incorporés dans la Charte des Nations Unies».

13. Les questions soulevées par le Nicaragua dans son argumentation sont complexes. Elles portent à la fois sur les faits et sur le droit, notamment sur le droit des traités applicable au moment de la conclusion du traité de 1928. Le Nicaragua l'a admis, lorsqu'il a fait observer que «le traité de 1928 «doit être apprécié à la lumière du droit de l'époque» et ce droit, comme l'indique la convention [de Vienne] de 1969 n'a pas d'effet rétroactif» (mémoire du Nicaragua, p. 116, par. 2.124). Peut-être ces questions auraient-elles pu être davantage élucidées si la Cour avait décidé de joindre au stade du fond l'examen de l'exception préliminaire. Mais l'affirmation du Nicaragua aurait encore présenté un problème fondamental. La Cour n'aurait pas été en mesure de rendre une décision sur la contrainte alléguée sans examiner la licéité du comportement des Etats-Unis d'Amérique, alors que cet Etat n'est pas partie à la procédure. Si la Cour avait conclu que les Etats-Unis avaient exercé une contrainte, elle aurait ainsi statué que cet Etat tiers, qui n'apparaît pas devant la Cour, avait agi de manière illicite. Or, les principes régissant l'exercice de la compétence par la Cour empêchent celle-ci de conclure ainsi. Même si la Cour était compétente, elle n'aurait pas été en mesure d'exercer sa compétence (voir l'affaire relative au *Timor oriental (Portugal c. Australie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1995, p. 105, par. 35).

14. Par ailleurs, le Nicaragua engage son argumentation sur une autre voie lorsqu'il affirme que la Colombie «a profité de l'occupation du Nicaragua par les Etats-Unis pour lui extorquer la signature du traité de 1928» (mémoire du Nicaragua, p. 98, par. 2.82; CR 2007/19, p. 10-11). Il suffit de faire observer que la Colombie avait déjà procédé à un échange de vues au sujet des principes essentiels de ce traité avec le Gouvernement

nicaraguayen constitué le 1^{er} janvier 1925, après des «élections qui n'avaient pas été supervisées par les Etats-Unis», comme le reconnaît le Nicaragua (mémoire du Nicaragua, p. 76, par. 2.41). Un projet de traité fut présenté au ministre des affaires étrangères du Nicaragua par l'ambassadeur de la Colombie à Managua en mars 1925. Il ressort du dossier de l'affaire que le Nicaragua participa activement à la négociation de ce traité. C'est lui qui, après la signature du traité de 1928, proposa un accord concernant la portée géographique de l'archipel de San Andrés (voir le paragraphe 64 de l'arrêt). Cet accord fut consigné dans le protocole d'échange de 1930.

15. En conséquence, je souscris aux conclusions de la Cour selon lesquelles la question de la souveraineté sur les îles de San Andrés, Providencia et Santa Catalina ne doit pas être tranchée au stade du fond.

(*Signé*) Peter TOMKA.