

## OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE ABRAHAM

*Accord avec la partie de l'arrêt qui concerne les divers aspects du différend autres que la souveraineté sur les trois îles — Désaccord sur ce dernier aspect — Principale difficulté de l'affaire: tracer la ligne entre les questions qui relèvent de la phase préliminaire et celles qui ne doivent être tranchées qu'après les débats au fond — Caractère inhabituel, à cet égard, des dispositions du pacte de Bogotá — Date à laquelle il convient de se placer pour apprécier si les conditions de l'article VI du pacte sont remplies — Question de savoir si un traité entaché de nullité peut être regardé comme en vigueur au sens de l'article VI — Question de la validité du traité de 1928 soulevant des difficultés que la Cour n'était pas à même d'aborder avec tous les éléments nécessaires au stade préliminaire — Première exception ne présentant pas, dans cette mesure, un caractère exclusivement préliminaire — Caractère exclusif du pacte de Bogotá pour le règlement judiciaire des différends entre les Etats parties au pacte — Impossibilité d'affirmer qu'il ne subsiste plus de différend entre les Parties sur la question de souveraineté sur les trois îles sans dénaturer la notion de différend — Nécessité d'éviter la confusion entre le fond et la compétence.*

1. Dans cette affaire, le demandeur — le Nicaragua — a invoqué deux titres de juridiction dont chacun, à l'en croire, suffirait à établir la compétence de la Cour: l'article XXXI du pacte de Bogotá et les déclarations facultatives faites par les deux Parties sur la base de l'article 36 du Statut de la Cour permanente de Justice internationale. Le défendeur — la Colombie — a contesté l'une et l'autre des deux bases de compétence invoquées et demandé à la Cour de se déclarer incompétente.

2. La Cour a examiné cette exception d'incompétence, d'abord en tant qu'elle visait à combattre l'invocation de l'article XXXI du pacte de Bogotá (c'est ce qu'elle a appelé par commodité la «première exception préliminaire»), puis en tant qu'elle contestait l'invocation des déclarations facultatives (ce qu'elle a appelé la «seconde exception préliminaire»). Pour chacune des deux exceptions (ou branches de l'exception) ainsi définies, la Cour a procédé à son examen en distinguant, comme elle le devait, entre les différents objets (ou «aspects»), comme les qualifie l'arrêt) du différend. Il est évident, en effet, que lorsqu'elle est saisie d'une demande portant simultanément sur plusieurs objets la Cour peut très bien être compétente pour statuer sur certains d'entre eux seulement. Il en résulte qu'en pareil cas, lorsqu'elle est appelée à se prononcer sur une exception préliminaire d'incompétence, elle ne saurait se livrer à un examen global, mais doit rechercher si l'exception est fondée (et, corrélativement, si sa compétence est établie) pour chacun des objets (ou «aspects») de la demande.

3. Cette démarche a conduit la Cour, à bon droit selon moi, à distin-

guer dans les revendications du Nicaragua trois « aspects » susceptibles de faire l'objet d'un traitement distinct au regard de la question de compétence: la souveraineté sur les trois îles nommément désignées à l'article premier du traité de 1928 conclu entre les deux Parties (San Andrés, Providencia et Santa Catalina); la souveraineté sur les autres formations maritimes en litige; enfin, la délimitation maritime suivant une ligne médiane entre les côtes des deux Etats.

En ce qui concerne la « première exception d'incompétence », la Cour a conclu que l'article XXXI du pacte de Bogotá lui donnait un titre de compétence pour connaître des deuxième et troisième aspects ainsi distingués — et que, dans cette mesure, l'exception devait être rejetée; mais que, en revanche, cette disposition, combinée avec les autres dispositions pertinentes du pacte de Bogotá, ne lui permettait pas de connaître de la revendication du Nicaragua relative aux « trois îles » — et que, dans cette mesure, l'exception devait être accueillie.

En ce qui concerne la « seconde exception d'incompétence », la Cour a conclu, d'une part, que les déclarations facultatives ne lui fournissaient pas non plus une base de compétence pour connaître de la question de la souveraineté sur les « trois îles », d'autre part, et fort logiquement, qu'elle n'avait pas besoin d'examiner cette exception en ce qui concerne les autres aspects du différend, dès lors qu'elle avait précédemment conclu que, pour ceux-ci, elle tirait de l'article XXXI du pacte du Bogotá un titre de compétence se suffisant à lui-même.

4. Je suis d'accord tant avec le dispositif qu'avec les motifs essentiels de l'arrêt pour ce qui concerne les aspects du différend autres que la souveraineté sur les « trois îles »: la Cour est compétente pour en connaître sur la base du pacte de Bogotá, et elle n'avait pas besoin, dès lors, de s'interroger sur l'existence d'un autre titre de compétence qu'auraient pu lui fournir, le cas échéant, les déclarations facultatives.

En revanche, je suis au regret d'avoir à me séparer nettement de l'arrêt pour ce qui est du traitement qu'il applique à la revendication du Nicaragua relative à la souveraineté sur les « trois îles ». En effet, j'ai voté contre le point 1 *a*) du dispositif qui retient à cet égard l'exception d'incompétence, car je pense que la Cour aurait dû déclarer que l'exception ne possédait pas, dans les circonstances de l'affaire, un caractère exclusivement préliminaire — pour autant qu'elle concernait cet aspect du différend. Et, si je partage la conclusion selon laquelle la Cour n'a pas compétence pour connaître de la même question sur la base des déclarations facultatives (j'ai voté en faveur du point 2 *a*) du dispositif), c'est pour des raisons tout à fait différentes de celles qui sont exprimées dans l'arrêt, lesquelles me paraissent juridiquement inconsistantes.

5. Avant d'entrer quelque peu dans le détail des raisons qui sont les miennes, je voudrais caractériser en quelques mots la principale difficulté à laquelle la Cour s'est trouvée confrontée dans cette affaire (à ce stade de la procédure), et qu'elle n'est pas bien parvenue, selon moi, à résoudre. Il s'agit de la difficulté consistant à tracer la ligne de partage entre les questions qui relèvent purement des exceptions préliminaires, que la Cour peut

et doit trancher dès le stade préliminaire de la procédure, et celles qui touchent au fond, que la Cour doit réserver pour ne les trancher que plus tard, après que les parties auront pu plaider complètement leur cause.

6. Certes, cette difficulté n'est ni nouvelle ni inhabituelle. Nous savons bien que les questions de compétence, les questions de recevabilité et les questions de fond ne sont pas des catégories séparées de façon hermétique, et que pour statuer sur une exception d'incompétence ou d'irrecevabilité il est parfois nécessaire d'«effleurer» le fond du litige, comme l'a reconnu la Cour permanente de Justice internationale dès 1925 (*Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise, compétence, arrêt n° 6, 1925, C.P.J.I., série A n° 6*, p. 15). La Cour ne peut pas se dérober à la nécessité dans laquelle elle se trouve parfois d'aborder des points de fond dont peuvent dépendre sa compétence ou la recevabilité de la requête, mais, en même temps, elle doit se garder de juger le fond du différend dans l'arrêt par lequel elle est censée répondre à des exceptions d'incompétence ou d'irrecevabilité, la procédure au fond étant suspendue. C'est bien pourquoi l'article 79, paragraphe 9, du Règlement n'enferme pas la Cour dans le choix binaire d'accueillir ou de rejeter l'exception qui lui est présentée par le défendeur, mais lui permet aussi de déclarer que l'exception ne présente pas un caractère exclusivement préliminaire, ce qui signifie qu'il ne pourra en être décidé qu'après les débats au fond. De ces dispositions, la Cour avait fait en général, jusqu'à présent, une application caractérisée par le doigté et le discernement.

7. Il n'en va pas ainsi dans la présente affaire. Cela est dû d'abord, à mon sens, au fait que la Cour s'est trouvée en présence de dispositions assez inhabituelles, qui ont exercé sur elle un fâcheux effet d'entraînement auquel elle n'a pas su résister.

Je veux parler des dispositions combinées des articles VI et XXXIV du pacte de Bogotá. L'article VI dispose que les procédures de règlement judiciaire, que le pacte vise à favoriser, ne pourront pas s'appliquer, notamment, «aux questions déjà réglées au moyen d'une entente entre les parties», pas plus qu'à «celles régies par des accords ou traités en vigueur à la date de signature du présent pacte». Et l'article XXXIV précise que, si l'on se trouve dans un cas visé à l'article VI, la Cour internationale de Justice devra se déclarer «incompétente pour juger le différend».

8. En quoi ces dispositions sont-elles inhabituelles? Non pas, certes, en ce qu'elles expriment la volonté des Etats qui ont négocié le pacte de ne pas permettre que des procédures judiciaires soient utilisées pour chercher à remettre en cause des situations réglées par des traités en vigueur. Quel Etat accepterait que les droits qu'il tient d'un traité dûment applicable soient contestés à la faveur d'une procédure judiciaire? Et quel juge international accepterait d'être sollicité en vue de faire échec au principe *pacta sunt servanda*? Que l'on sache, les procédures de règlement judiciaire sont destinées à permettre aux traités ou accords en vigueur entre les parties de produire leurs pleins effets (dans la mesure où le différend se situe dans le champ d'application de tels traités ou accords), et non à empêcher leur mise en œuvre.

L'originalité des dispositions précitées ne se trouve donc pas dans le refus qu'elles expriment, et qui irait même sans dire, d'une remise en cause des traités conclus entre les Etats parties au pacte — pour autant qu'ils soient valides, point sur lequel je reviendrai plus loin. Elle réside exactement dans le fait suivant: la circonstance que les dispositions d'un traité en vigueur fassent obstacle aux prétentions qu'un Etat soumet à la Cour constitue pour celle-ci une cause d'*incompétence*, selon l'article XXXIV du pacte, alors que dans le régime général une telle circonstance justifierait le rejet *au fond* desdites prétentions.

Autrement dit, le système particulier du pacte transforme en une question de *compétence* ce qui, dans le régime général (par exemple, lorsque la Cour est saisie sur la seule base des déclarations facultatives), serait une pure question de *fond*, celle de savoir si la revendication d'un Etat à l'égard d'un autre est conforme ou contraire aux dispositions conventionnelles applicables dans leurs relations mutuelles.

9. Ici, par exemple, la question de savoir si le traité de 1928 attribue à la Colombie la souveraineté sur les îles et autres formations maritimes revendiquées par le Nicaragua, de même que celle de savoir si ledit traité règle la délimitation maritime, comme le prétend la Colombie, selon une ligne de partage différente de celle que réclame le Nicaragua, seraient traitées, ordinairement, comme des questions de fond, et certainement pas comme des questions ayant trait à la compétence de la Cour. Mais, vues à travers le prisme du pacte de Bogotá, elles deviennent (aussi) des questions de compétence, puisqu'elles touchent au point de savoir si la demande du Nicaragua porte sur des matières qui ont été «régées» ou qui sont «régées» par des traités en vigueur. La confusion entre le fond et la compétence devient ainsi, dans une certaine mesure, inévitable.

10. La Cour n'aurait cependant pas dû y succomber autant qu'elle l'a fait. Certes, elle devait appliquer les dispositions pertinentes du pacte de Bogotá, au moment où elle examinait l'exception d'incompétence du défendeur visant à contester l'existence du titre de juridiction que le demandeur prétendait fonder sur ledit pacte. Mais il lui appartenait aussi de veiller au respect des principes fondamentaux qui gouvernent sa procédure, tels qu'ils se déduisent de son Statut et de son Règlement, d'autant plus que le pacte de Bogotá renvoie lui-même au Statut de la Cour (comme le relève à bon droit l'arrêt, par. 59). Au nombre de ces principes fondamentaux figure la distinction entre ce qui doit relever de l'examen préliminaire de la compétence et de la recevabilité, et ce qui ne peut être décidé qu'à l'issue des débats au fond.

11. Nul doute que la tâche de la Cour n'était pas facile, puisqu'elle consistait à trouver le juste équilibre, la meilleure conciliation possible, entre les dispositions spéciales du pacte de Bogotá et les principes essentiels qui gouvernent sa procédure, alors que les unes et les autres ne paraissent pas, pour dire le moins, immédiatement en harmonie.

Comment la Cour s'est-elle acquittée de sa tâche? D'une manière qui, selon moi, n'est pas satisfaisante. A plusieurs reprises, l'arrêt tranche, sans nécessité aucune, des questions de fond que la Cour aurait été plus

avisée de réserver pour la suite de la procédure. Elle n'a donc pas fait de son mieux pour maintenir, autant que possible, la séparation entre l'examen de la compétence et le jugement du fond. La confusion atteint son comble, selon moi, avec la réponse que donne la Cour à la seconde exception préliminaire, dans laquelle, alors que l'on ne se trouve plus dans le cadre du pacte de Bogotá, elle s'appuie sur des motifs de fond pour décliner sa compétence.

Je vais reprendre à présent ces différents points, et quelques autres.

### I. PREMIÈRE EXCEPTION PRÉLIMINAIRE

12. Par sa première exception préliminaire (ou la première branche de son exception préliminaire unique, mais cela importe peu), la Colombie a contesté que le pacte de Bogotá fournisse à la Cour une base de compétence en la présente affaire, au motif que les questions soulevées par le Nicaragua dans sa demande ont toutes été réglées par le traité de 1928 et le protocole de 1930 (ou plutôt, pour reprendre les termes exacts de l'article VI du pacte de Bogotá, que ces questions sont «régies» par lesdits traité et protocole, mais je suis d'accord avec le paragraphe 39 de l'arrêt lorsqu'il indique qu'aucune distinction n'est à faire pour les besoins de l'espèce entre «régies» et «régées»).

13. L'article VI du pacte n'interdisant d'appliquer les procédures de règlement judiciaire qu'aux questions régies (ou réglées) par «des accords ou traités en vigueur à la date de la signature du présent pacte», la Cour a eu à se demander, pour répondre à cette exception, si le traité de 1928 était «en vigueur» à la date qui est ainsi visée, soit le 30 avril 1948.

Mais, à cet égard, la Cour n'avait pas les mêmes obligations selon que l'on considère, d'une part, la partie de la demande relative aux trois îles expressément mentionnées à l'article premier du traité de 1928 (San Andrés, Providencia et Santa Catalina) et, d'autre part, les autres aspects du différend — c'est-à-dire tout le reste.

Je commencerai par les «autres aspects», bien que l'arrêt ne les traite qu'après la question des trois îles, ce que je n'entends nullement critiquer, l'ordre étant indifférent.

#### *A. Les aspects du différend autres que la souveraineté sur les trois îles: le reste de l'archipel de San Andrés, les cayes de Roncador, Quitasueño et Serrana, la délimitation maritime*

14. En ce qui concerne ces divers aspects du différend, j'adhère pleinement à la conclusion de l'arrêt selon laquelle aucun d'entre eux ne saurait être regardé comme ayant été «régulé» ou «régé» par le traité de 1928, contrairement à la thèse de la Colombie.

15. Il en résulte une conséquence importante: à l'égard de ces aspects du différend, il n'était pas nécessaire pour la Cour de se prononcer sur le point de savoir si le traité de 1928 était «en vigueur» en 1948, ni, *a for-*

*tiori*, s'il a été conclu dans des conditions propres à affecter sa validité. En effet, pour que la compétence de la Cour soit *écartée*, en application des articles VI et XXXIV combinés du pacte de Bogotá (en d'autres termes, pour que la Cour accueille une exception d'incompétence fondée sur ces dispositions), il faut que *deux* conditions soient cumulativement remplies :

- que la question soumise à la Cour par l'Etat demandeur soit régie (ou réglée) par un traité liant les deux Parties ; et
- que ce traité ait été « en vigueur » à la date de signature du pacte, soit 1948.

Si la première de ces deux conditions n'est pas remplie, et elle ne l'est pas pour tous les aspects du différend autres que la souveraineté sur les trois îles susmentionnées, il n'est pas nécessaire de rechercher si la seconde condition est remplie. Bien que l'arrêt examine le « point de savoir si le traité de 1928 était en vigueur en 1948 » — et qu'il y réponde par l'affirmative — *avant* de passer à l'examen des différentes demandes du Nicaragua, aussi bien celle relative à la souveraineté sur les « trois îles » que les autres, il est manifeste que, pour ces dernières, la réponse donnée à la question précitée est sans aucun effet, puisque l'arrêt explique ensuite qu'en ce qui concerne rien n'est réglé par le traité.

J'approuve donc la conclusion de la Cour en ce qui concerne les « autres aspects » du différend, alors même que je considère, comme je l'expliquerai plus loin, que la Cour n'aurait pas dû se prononcer dès maintenant sur la question de savoir si le traité de 1928 était « en vigueur ».

16. Il y a cependant un point qui n'est pas tout à fait évident.

Ce point est abordé au début de l'examen de la première exception préliminaire (par. 45-52), et il concerne à la vérité l'ensemble des questions débattues dans le cadre de la première exception, aussi bien la compétence de la Cour pour connaître de la question des « trois îles » que sa compétence pour connaître des « autres aspects » du différend. Il s'agit de la question de savoir *si la première exception de la Colombie présentait un caractère exclusivement préliminaire*, et si, par suite, il devait y être répondu complètement dès le stade actuel de la procédure.

17. A mes yeux, la réponse n'était pas évidente, même pour les aspects du différend autres que la souveraineté sur les « trois îles » (en ce qui concerne ce dernier aspect, je reviendrai un peu plus loin sur la question).

En effet, en déclarant que le traité de 1928 n'a réglé aucune des questions dont il s'agit (le reste de l'archipel, les trois cayes, la délimitation maritime), la Cour se prononce sur des points qui non seulement ne sont pas étrangers au fond de l'affaire, mais qui se trouvent même, au moins pour partie, au cœur des arguments que les Parties s'apprêtent vraisemblablement à présenter à la Cour dans les débats sur le fond. Par exemple, en ce qui concerne la délimitation maritime, une partie substantielle de la thèse de la Colombie sur le fond est tirée du traité de 1928 et du protocole de 1930 dans l'interprétation (que je suis d'accord avec l'arrêt pour ne pas

trouver convaincante) qu'en donne la défenderesse. En écartant cette interprétation, et en le faisant en termes catégoriques (par. 120), il est clair que la Cour fait plus qu'«effleurer» — pour reprendre le terme employé dans la jurisprudence classique — des questions de fond.

18. Cela étant dit, je suis d'accord avec l'arrêt pour considérer qu'*il ne suffit pas que l'examen d'une exception d'incompétence place la Cour dans la nécessité de prendre position sur certaines questions de fond pour que, ipso facto, la Cour soit empêchée de statuer sur ladite exception dans la phase préliminaire*, et qu'elle soit tenue de «joindre l'exception au fond» (selon l'ancienne rédaction du Règlement) ou d'en renvoyer l'examen jusqu'à la décision suivant les débats sur le fond en déclarant qu'elle ne possède pas un caractère «exclusivement préliminaire» (selon l'actuelle formule). La jurisprudence de la Cour contredit nettement une approche aussi restrictive de l'«exception préliminaire».

19. Il n'en reste pas moins que se posait à la Cour, une fois de plus, la question de savoir ce qu'il faut entendre par une exception qui «n'a pas dans les circonstances de l'espèce un caractère exclusivement préliminaire», au sens de l'article 79, paragraphe 9, du Règlement.

20. J'adhère, pour l'essentiel, à la formule qui figure au paragraphe 51 de l'arrêt, et qui distingue un *principe* et des *exceptions*.

Le principe est qu'«une partie qui soulève des exceptions préliminaires a droit à ce qu'il y soit répondu au stade préliminaire». Ce n'est donc que dans des *circonstances particulières* que la Cour doit renvoyer à plus tard (après les débats au fond) l'examen d'une exception d'incompétence ou d'irrecevabilité.

L'arrêt identifie ensuite deux exceptions au principe sus-énoncé (à mon avis, il est imprudent de présenter, comme le fait l'arrêt, ces deux exceptions comme limitatives, car on ne saurait exclure d'autres circonstances particulières; mais ce sont sans doute les plus importantes). La première concerne le cas où la Cour ne dispose pas de tous les éléments nécessaires pour se prononcer sur les questions soulevées, notamment parce qu'elle n'aurait pas été suffisamment éclairée par le débat entre les parties au cours de la phase préliminaire. En pareil cas, la sagesse commande de ne pas trancher à la légère des questions qui ne pourront être envisagées dans tous leurs aspects qu'après que les parties auront été à même de présenter complètement leurs arguments sur le fond. La seconde exception vise le cas où le fait de répondre à l'exception préliminaire équivaudrait à trancher le différend (ou certains éléments du différend) au fond. Selon moi, cette exception au principe s'impose plus encore lorsque la Cour serait portée à *rejeter* l'exception préliminaire que lorsqu'elle serait tentée de l'*accueillir*. Car, dans le premier cas, la Cour laisserait se poursuivre une procédure dont l'issue serait en fait «préjugée» par les motifs de l'arrêt préliminaire (même si, formellement, le dispositif de celui-ci se borne à permettre à la Cour de procéder à l'examen du fond), de telle sorte que la procédure subséquente serait privée de tout intérêt pratique — si la Cour s'estime liée par les motifs de son arrêt sur l'except-

tion — ou que la Cour s'exposerait au risque de se contredire — si elle ne s'estime pas liée. Une telle situation serait, évidemment, hautement indésirable.

21. En appliquant ces critères — que je crois justes — à la première exception préliminaire en tant qu'elle est relative aux aspects du différend autres que la souveraineté sur les «trois îles», je pense que la Cour a eu raison d'estimer qu'il n'existait en l'espèce aucune circonstance particulière justifiant qu'elle ne statuât pas dès maintenant sur l'exception pour la rejeter.

Certes, la procédure se poursuivra sur le fond, alors que la Cour, dans son arrêt préliminaire, a pris parti sur des arguments non dénués d'importance du point de vue de la démonstration que cherche à faire la Colombie pour établir le bien-fondé de ses prétentions. Mais on ne peut pas dire que la solution au fond est «prédéterminée» dans une mesure telle qu'il ne reste presque plus rien, ou trop peu de choses, à débattre utilement par la suite.

Une fois que l'on a dit, par exemple, que la délimitation maritime ne résulte pas directement du traité de 1928, il reste à déterminer les bases et les modalités d'une telle délimitation, c'est-à-dire, tout de même, l'essentiel du différend sur ce point. Et je ne crois pas non plus que l'on se trouve dans l'autre cas: la Cour a été suffisamment éclairée par les débats entre les Parties pour pouvoir affirmer avec des arguments solides que tous ces aspects du différend ne sont pas réglés par le traité de 1928, et il est peu probable que les débats qui vont suivre apportent, à cet égard, des éléments de nature à infirmer l'appréciation de la Cour.

22. Il reste une dernière question qui revêt à mes yeux une grande importance, mais que l'arrêt s'abstient de trancher, selon moi à juste titre. Il s'agit de la question de savoir si et dans quelle mesure les positions qu'adopte la Cour sur des points de fond dans les motifs (mais non pas, par construction, dans le dispositif) de son arrêt sur les exceptions préliminaires s'imposent aux parties lorsqu'elles viennent ensuite plaider sur le fond, et s'imposent à la Cour elle-même dans son arrêt final.

Il s'agit là d'une question fort délicate. A n'en pas douter, lorsque la Cour prend parti sur des points de fond dans l'arrêt préliminaire, les positions qu'elle adopte ne sauraient rester sans incidence sur la manière dont le fond pourra ultérieurement être débattu entre les parties. Cela ne signifie pas pour autant qu'il soit forcément interdit aux parties de rouvrir (ou de poursuivre) le débat sur ces points de fond, dans la dernière phase de la procédure, et à la Cour de modifier ses appréciations y relatives si on lui fournit de bonnes raisons à cette fin.

La question est difficile. Ce n'est pas dans son arrêt sur la compétence que la Cour doit la trancher, car ce n'est d'aucune utilité aux fins de la décision sur les exceptions préliminaires. C'est dans l'arrêt sur le fond que la Cour sera appelée le cas échéant — c'est-à-dire si une Partie plaide sur un point de fond examiné dans l'arrêt préliminaire — à se prononcer sur la portée de l'autorité qui s'attache à son arrêt antérieur. C'est pourquoi je ne souhaite pas exprimer une opinion sur ce point dès maintenant.

B. *La partie du différend relative à la souveraineté sur les trois îles :  
San Andrés, Providencia et Santa Catalina*

23. Pour cette partie du différend, il est clair que la question a été «réglée», ou est «régie», par le traité de 1928. La Cour devait donc se poser la question de savoir si ce traité était «en vigueur à la date de la signature» du pacte de Bogotá, au sens de l'article VI du pacte. Répondre à cette question supposait de régler deux questions préliminaires : premièrement, à quelle(s) date(s) faut-il se placer pour apprécier la réalisation de la condition posée à l'article VI ? Deuxièmement, un traité peut-il être regardé comme «en vigueur» au sens de cette disposition si sa conclusion a été entachée d'un vice de nature à affecter sa validité ? Si la réponse à cette deuxième question était négative, la Cour avait alors à se demander si elle devait prendre parti dès l'arrêt préliminaire sur les arguments du Nicaragua relatifs à la nullité du traité.

1. *A quelle(s) date(s) faut-il se placer ?*

24. Le paragraphe 73 de l'arrêt répond à cette question en relevant que l'article VI mentionne la «date de la conclusion du pacte», et que cette date est 1948. Le paragraphe 81 est plus explicite encore : il indique que 1948 est la «date à retenir aux fins de déterminer si les dispositions de l'article VI de ce pacte, qui prévoient une exception à la compétence dévolue à la Cour en vertu de son article XXXI, trouvent à s'appliquer». Cela permet ensuite à la Cour d'ajouter (par. 82, dernier alinéa) que

«la question de savoir si le traité a pris fin en 1969 est sans pertinence quant à sa compétence, étant donné que le point déterminant ... est celui de savoir si le traité de 1928 était en vigueur à la date de la signature dudit pacte, c'est-à-dire en 1948, et non en 1969».

25. Cette motivation me paraît trop abrupte. Il me semble qu'une interprétation raisonnable de l'article VI du pacte de Bogotá, quant à la date pertinente, ne peut pas être absolument *symétrique*, et qu'il y a lieu de distinguer deux cas.

Si le traité dont se prévaut la partie qui invoque l'incompétence de la Cour (le défendeur) *n'était pas en vigueur* en 1948, alors il convient, pour cette seule raison, de rejeter l'exception ; peu importe que le traité en cause ait été en vigueur à une date *antérieure* à 1948 (mais plus à cette date), ou même qu'il ait été conclu *postérieurement* à 1948 — mais antérieurement à l'introduction de l'instance devant la Cour. Cette dernière circonstance aura certes une influence sur la solution du litige au fond, mais elle ne fait pas obstacle à la compétence de la Cour.

Si, au contraire, le traité *était en vigueur* en 1948 (et qu'il règle la question qui fait l'objet du différend), il me semble que la Cour ne devrait se déclarer incompétente que si ce traité *était toujours en vigueur à la date de l'introduction de l'instance*. Dans ce cas, il n'y a pas une seule date qui soit pertinente, mais deux. En effet, l'interprétation contraire — celle que retient l'arrêt, et qui peut se réclamer d'une lecture littérale de l'ar-

ticle VI — aboutit à des conséquences déraisonnables, dont on ne peut pas supposer qu'elles aient été voulues par les rédacteurs du pacte de Bogotá. Cela signifierait que la Cour ne serait pas compétente pour connaître d'un différend qui porterait sur une question réglée par un traité en vigueur en 1948, alors même que ce traité aurait cessé d'être en vigueur (par exemple, parce qu'il aurait été abrogé d'un commun accord entre les parties) entre 1948 et la date de la saisine de la Cour. Il est vraiment difficile de penser que les Etats qui ont conclu le pacte de Bogotá, et qui ont poursuivi le but de favoriser autant que possible le règlement judiciaire des différends entre eux, aient pu vouloir une conséquence aussi étrange. Aussi, selon moi, faut-il comprendre l'article VI comme faisant obstacle à la compétence de la Cour dans le cas où la question en litige est régie par un traité en vigueur en 1948 (cela est écrit), pourvu que ledit traité soit toujours en vigueur à la date de l'introduction de l'instance (cela est sous-entendu).

26. Je n'adhère donc pas au raisonnement exposé au paragraphe 82: je pense que la Cour, pour répondre à la première exception préliminaire en ce qui concerne les «trois îles» — ce dont elle aurait dû s'abstenir selon moi, pour des raisons que j'exposerai au point 3 ci-après —, ne pouvait pas se borner à rechercher si le traité de 1928 était en vigueur en 1948, en déclarant inopérant l'argument du Nicaragua selon lequel le traité — à le supposer valide — a pris fin en 1969.

27. La Cour ne paraît d'ailleurs pas avoir été elle-même vraiment convaincue par son interprétation, puisque au paragraphe 89 elle fait exactement ce que, au paragraphe 82, elle a annoncé qu'elle ne ferait pas: elle se prononce sur l'argument du Nicaragua relatif à la prétendue extinction du traité de 1928 par suite de sa violation en 1969 par la Colombie, l'écartant au motif que, même si cela était exact, «cela ne changerait rien à la souveraineté de la Colombie sur les [trois] îles» — c'est-à-dire non seulement en 1948, date du pacte de Bogotá, mais aujourd'hui encore. Mais, s'il était vrai que pour décider de la compétence de la Cour il faut se placer exclusivement en 1948 et rechercher quelles questions étaient réglées à cette date par des traités en vigueur, pourquoi la Cour aurait-elle éprouvé le besoin d'ajouter l'affirmation, non dénuée d'importance, qui figure au paragraphe 89? Puisque je ne saurais expliquer cette apparente contradiction par un manque de cohérence de la part de mes collègues, je dois bien supposer que la Cour a voulu ici, tout simplement, régler le fond du différend. Ce faisant, elle est sortie du rôle qui est le sien à ce stade de la procédure.

2. *Un traité privé de validité peut-il être regardé comme «en vigueur» en 1948 au sens de l'article VI du pacte?*

28. Pour combattre l'exception de la Colombie tirée de l'article VI du pacte, le Nicaragua a soutenu que le traité de 1928 ne pouvait être regardé comme «en vigueur» en 1948, et ne pouvait avoir réglé aucune

question, dès lors qu'il avait été conclu dans des conditions de nature à le rendre invalide.

29. L'argument du Nicaragua, sur ce point, n'est opérant que si l'on commence par admettre qu'un traité ne peut avoir été «en vigueur» au sens de l'article VI que s'il n'est pas entaché de nullité; autrement dit, qu'il ne suffit pas qu'il ait été *formellement* en vigueur, c'est-à-dire que, étant entré initialement en vigueur selon ses propres stipulations, il n'ait fait l'objet, à la date pertinente (1948), d'aucune procédure d'abrogation, de dénonciation ou de suspension.

30. La Cour ne traite pas expressément cette question. Mais l'arrêt la résout implicitement, puisque, après avoir examiné l'argument du Nicaragua, il conclut (par. 81) que «le traité de 1928 était valide et en vigueur à la date de la conclusion du pacte de Bogotá en 1948». En d'autres termes, la Cour semble bien admettre qu'un traité ne saurait être en vigueur au sens de l'article VI, à la date pertinente, s'il n'était pas, à la même date, valide.

31. J'approuve la position de la Cour sur l'interprétation de la notion de «traité en vigueur», quoique je regrette qu'elle ne se soit pas expliquée plus clairement sur ce point.

Un traité n'est en vigueur qu'à partir du moment où il est apte à produire ses pleins effets juridiques à l'égard des parties (ou, réciproquement, il ne produit ses pleins effets juridiques qu'à partir du moment de son entrée en vigueur). Or, selon l'article 69, paragraphe 1, de la convention de Vienne sur le droit des traités, qui exprime sans aucun doute le droit coutumier, «[l]es dispositions d'un traité nul n'ont pas de force juridique», d'où il résulte qu'un traité entaché de l'une des causes de nullité définies par la convention de Vienne — pour autant qu'elle codifie la coutume — ne saurait être regardé comme «en vigueur», dans le sens ordinaire du terme.

32. Peut-être la proposition qui précède pourrait-elle être nuancée pour ce qui concerne les causes de nullité visées aux articles 46 à 50 de la convention de Vienne, qui entraînent une nullité «relative», laquelle ne peut être constatée que si elle a été invoquée par la partie qui y a intérêt (la partie «victime»), selon la procédure décrite à l'article 65. A l'égard de ces causes de nullité, on pourrait soutenir à la rigueur qu'un traité entaché de l'une d'entre elles demeure en vigueur aussi longtemps, au moins, que la partie qui pourrait le faire ne l'a pas invoquée (et peut-être, d'ailleurs, ne l'invoquera-t-elle jamais). Mais même cette proposition n'est pas évidente, car la nullité d'un traité, une fois constatée (par exemple judiciairement), entraîne en principe, et quelle qu'en soit la cause, des effets rétroactifs *ab initio*, sous réserve des tempéraments prévus à l'article 69, paragraphe 2, de la convention de Vienne.

33. En tout cas, il me paraît qu'on ne saurait regarder comme ayant été à un quelconque moment «en vigueur» un traité entaché d'une nullité absolue, ce que soutient le Nicaragua — à tort ou à raison, mais à tort selon l'arrêt — au sujet du traité de 1928.

Sans doute cette interprétation aurait-elle pu être écartée, ou contredite, s'il y avait eu de sérieuses raisons de comprendre l'expression «traités en vigueur», dans le contexte particulier de l'article VI du pacte de Bogotá, dans un sens différent. Mais la Cour n'en a pas trouvé. Il aurait fallu pour cela pouvoir établir que l'intention des Etats ayant élaboré le pacte avait été d'interdire à un Etat de contester, à l'occasion des procédures de règlement judiciaire des différends, la validité de tout traité formellement en vigueur en 1948. Une telle intention ne se présume pas. Elle n'a pas été démontrée.

34. Cela étant, la Cour, sur la base de l'interprétation qu'elle a retenue de la notion de «traité en vigueur», s'est engagée dans l'examen de la thèse du Nicaragua alléguant la nullité (ou l'invalidité, je ne fais guère la différence) du traité de 1928. Cela l'a conduite, sans se prononcer directement sur les deux causes de nullité invoquées par le demandeur, à constater que le Nicaragua avait constamment reconnu la validité du traité en question dans les cinquante années suivant sa conclusion, et qu'il était donc à présent privé du droit d'invoquer la nullité du traité pour quelque cause que ce soit (par. 77-80).

Ce faisant, la Cour a pris parti sur un point de fond d'une grande complexité; je pense qu'elle aurait mieux fait de s'en abstenir à ce stade de la procédure. Cela m'amène au point suivant.

3. *La Cour devait-elle prendre parti sur la question de la validité du traité de 1928 dès le stade de la décision sur les exceptions préliminaires?*

35. Nous en revenons aux critères permettant d'apprécier si une exception présente, ou non, un caractère exclusivement préliminaire.

36. Au paragraphe 51 de l'arrêt, la Cour, après avoir énoncé les deux cas dans lesquels elle doit s'abstenir de se prononcer immédiatement sur une exception (elle ne disposerait pas de tous les éléments nécessaires, ou bien cela équivaldrait à trancher le fond du différend), ajoute qu'elle «ne se trouve en l'espèce dans aucune de ces deux situations».

Je crois au contraire que, en ce qui concerne la question de la validité du traité et ses effets quant à la souveraineté sur les «trois îles», la Cour se trouvait dans *l'un et l'autre* de ces deux cas.

37. En premier lieu, il est manifeste que, en statuant comme elle l'a fait, la Cour a réglé définitivement, et réglé au fond, le différend relatif aux «trois îles». Que nous dit l'arrêt — supposé ne se prononcer que sur la compétence de la Cour? Que le traité de 1928 a attribué à la Colombie la souveraineté sur les trois îles nommément désignées à son article premier. Que le Nicaragua ne saurait à présent invoquer quelque cause de nullité du traité, à supposer même qu'une telle cause pût être décelée à l'origine, en raison de son comportement postérieur pendant une longue période. Qu'enfin, même si le traité avait pris fin en 1969 comme le prétend le Nicaragua, cela ne changerait rien à la permanence des effets juri-

diques de celles de ses dispositions qui attribuent à la Colombie la souveraineté sur les «trois îles». Et que, en conséquence, la Cour ne s'occupera plus désormais de la partie du différend relative aux trois îles en question.

Que faut-il de plus pour considérer que «le fait de répondre à l'exception préliminaire équiva[u]t à trancher le différend, ou certains de ses éléments, au fond», selon la formule qui définit l'un des deux cas dans lesquels, selon la Cour elle-même, elle devrait s'abstenir de statuer sur l'exception?

38. Pour justifier son choix, la Cour relève, au paragraphe 51, que la question de la validité du traité «ne constitu[e] pas l'objet du différend au fond», et qu'«[i]l s'agit en fait d'une question préliminaire qu'elle doit trancher afin de déterminer si elle a compétence»: ainsi, il n'y aurait, dans les motifs qu'elle adopte, nul empiètement sur le fond du différend. Il est difficile d'être convaincu par ces justifications. Il est exact, selon moi, que la question de la validité du traité ne constitue pas l'objet même du différend. Sur ce point, j'adhère au raisonnement de l'arrêt, et j'approuve la première des deux propositions précitées. Mais pas la seconde: il est tout à fait erroné de présenter la question de la validité du traité comme étant seulement une question préliminaire à la détermination de la compétence de la Cour; c'est aussi, et surtout, une question qui commande la solution du différend au fond, dans l'argumentation du Nicaragua. Et, en la tranchant, la Cour fait donc nécessairement plus que de se prononcer sur sa compétence.

39. A vrai dire, malgré les observations qui précèdent, j'aurais pu me rallier à la démarche de la Cour sur ce point si la question de la validité du traité de 1928 avait appelé une réponse simple, et que la solution se fût imposée avec évidence.

Après tout, comme je l'ai dit, c'est le pacte de Bogotá lui-même qui crée une confusion, rendue dans une certaine mesure inévitable, entre le fond et la compétence. Et j'ai aussi indiqué plus haut qu'il me semblait moins critiquable que la Cour se prononce sur des points de fond en vue de statuer sur une exception préliminaire lorsqu'elle *accueille* celle-ci, car en pareil cas l'arrêt met un point final au procès (sur tout ou partie des questions qui forment l'objet du différend).

40. Mais il y a plus grave: pour trancher la question de la validité du traité de 1928, la Cour a dû prendre parti sur des points de droit et de fait d'une grande complexité, à propos desquels le débat entre les Parties ne s'était pas encore suffisamment développé à ce stade, et sur lesquels, par suite, elle «ne dispos[ait] pas de tous les éléments nécessaires». Elle se trouvait donc aussi dans l'autre des deux cas dans lesquels, selon sa propre définition, elle devrait s'abstenir de décider sur l'exception.

41. Pour rejeter l'argument du Nicaragua tiré de la nullité du traité de 1928, la Cour se livre d'abord à un exposé détaillé du comportement du Nicaragua entre 1928 et 1980, date à laquelle il a pour la première fois officiellement argué de la nullité du traité (par. 78 et 79).

42. Elle en tire ensuite une conséquence de droit au paragraphe 80: le

Nicaragua ne peut plus, dès lors, se prévaloir de l'invalidité du traité de 1928 pour affirmer qu'il n'était pas en vigueur en 1948. Cela lui permet de conclure au paragraphe 81 que le traité «était valide et en vigueur» en 1948.

Il est clair que la Cour a entendu faire ici application de la règle selon laquelle un Etat ne peut plus invoquer une cause de nullité d'un traité si, après avoir eu connaissance de cette cause — et avoir été ainsi mis à même de la dénoncer —, il doit, à raison de sa conduite subséquente, être considéré comme ayant acquiescé à la validité du traité.

43. Je n'aurais rien à objecter à une telle motivation si le Nicaragua s'était borné à invoquer, en tant que cause de nullité du traité de 1928, la prétendue méconnaissance, au moment de la conclusion du traité, de ses propres règles constitutionnelles. La solution s'imposerait alors clairement.

44. Mais le Nicaragua a aussi invoqué la nullité qui résulterait, selon lui, de la contrainte sous laquelle il se trouvait placé en 1928, du fait de l'occupation d'une partie de son territoire par les forces armées des Etats-Unis, et qui aurait altéré son libre arbitre.

A cet égard, la motivation de l'arrêt soulève une difficulté majeure.

45. En effet, selon la convention de Vienne, qui doit sans doute être regardée comme exprimant sur ce point le droit coutumier actuel des traités, la règle qui fait obstacle à ce qu'un Etat invoque une cause de nullité lorsque, par son comportement ultérieur, il a acquiescé à la validité du traité ne s'applique pas dans le cas de la nullité *absolue* découlant de ce que le traité a été conclu sous la contrainte résultant de la menace ou de l'emploi de la force en violation des principes du droit international incorporés, à présent, dans la Charte des Nations Unies. C'est ce qui se déduit de la combinaison des articles 45 et 52 de la convention de Vienne. La solution retenue par la Cour dans la présente affaire est donc incompatible avec le droit actuel des traités.

46. Cela ne signifie pas pour autant que cette solution soit nécessairement erronée. Car, en l'espèce, ce ne sont ni la convention de Vienne ni le droit coutumier actuel des traités qui s'appliquent, puisqu'il s'agit d'apprécier la validité d'un traité conclu en 1928 et appliqué sans contestation jusqu'en 1980.

On pourrait soutenir qu'en 1928 la contrainte résultant de la menace ou de l'emploi de la force ne constituait pas une cause de nullité d'un traité international. Même si l'on écarte la proposition précédente, on pourrait aussi soutenir (avec plus de raison selon moi) que le droit coutumier applicable à l'époque considérée ne donnait pas à ladite nullité un caractère *absolu*, de telle sorte qu'elle pouvait être couverte par le comportement subséquent de l'Etat victime, ce qui ne serait plus le cas aujourd'hui.

47. Le problème, c'est que l'arrêt n'explique rien de tout cela, en grande partie parce que ces points n'ont pas été vraiment débattus à ce stade de la procédure. Le Nicaragua, qui a soulevé l'argument de la nul-

lité du traité, s'est réservé expressément d'y revenir pour le développer dans les débats au fond, ce qui ne m'apparaît pas de sa part une démarche imprudente ou illégitime car, comme je l'ai dit plus haut, il est clair que ce point touchait au moins autant au fond qu'à la compétence.

48. Dès lors, il me semble que, par les motifs qu'elle a retenus, la Cour est entrée de manière un peu légère dans une matière extrêmement délicate et d'une grande importance, celle du droit international des traités, qu'elle l'a fait sans donner d'explication suffisante sur le fondement de la solution adoptée, et sans nécessité aucune, puisqu'il lui aurait été facile de réserver ces questions pour la suite de la procédure.

49. Je crains donc que sur ce point l'arrêt rendu, loin de clarifier le droit applicable, ne contribue à jeter un peu de confusion: telle n'est pas l'idée que je me fais de la mission de la Cour, et c'est pourquoi je ne m'y suis pas associé.

\* \* \*

## II. SECONDE EXCEPTION PRÉLIMINAIRE

50. L'examen de la «seconde exception préliminaire» ne présentait plus d'intérêt que pour la partie du différend concernant la souveraineté sur les «trois îles». Pour le reste du différend, en effet, la Cour s'étant reconnue compétente sur la base du pacte de Bogotá, il ne lui était pas utile de rechercher s'il pouvait exister une autre base de compétence — les déclarations facultatives — qui eût été en tout état de cause superflète: c'est ce qu'exprime le paragraphe 132, en des termes que j'approuve pleinement.

51. Un argument aurait permis d'accueillir cette seconde exception sans qu'il soit besoin de décider si les déclarations du Nicaragua et de la Colombie continuaient à produire effet à la date d'introduction de l'instance et si la réserve *ratione temporis* figurant dans la déclaration colombienne s'appliquait en l'espèce: c'est l'argument tiré du caractère *exclusif* du pacte de Bogotá comme base de compétence de la Cour pour connaître de différends entre des Etats parties au pacte.

Je considère pour ma part cet argument comme convaincant. L'arrêt l'écarte pour les motifs qui figurent aux paragraphes 133 à 136, lesquels me paraissent particulièrement faibles.

52. Le paragraphe 133 se borne à constater que, dans son arrêt de 1988 sur l'affaire relative à des *Actions armées frontalières et transfrontalières (Nicaragua c. Honduras)*, compétence et recevabilité, la Cour n'a pas écarté la thèse selon laquelle les déclarations facultatives de l'article 36 pourraient constituer une base de compétence distincte et suffisante entre Etats parties au pacte. C'est parfaitement exact, et cela signifie que la Colombie a eu tort de plaider le contraire, en sollicitant à l'excès le sens de l'arrêt de 1988. Mais cela ne fournit aucun argument en faveur de la thèse que la Cour, en 1988, n'a pas écartée. Elle ne l'a pas écartée, certes,

mais elle ne l'a pas davantage approuvée. On se trouve donc en présence d'un point de droit à propos duquel la jurisprudence antérieure est muette (puisqu'il a été réservé), et il faudrait par conséquent donner les raisons pour lesquelles ce point devrait être tranché aujourd'hui dans un sens plutôt que dans l'autre.

53. C'est ce que ne fait pas l'arrêt. Car le paragraphe 134 n'en dit pas plus, à cet égard, que le paragraphe 133. Il ne fait que reprendre, sous une forme différente, l'idée selon laquelle l'arrêt de 1988 n'a pas tranché la question dans le sens plaidé par la Colombie. On attend toujours les raisons qui justifient que la question soit tranchée *dans l'autre sens*.

54. Les trouve-t-on au paragraphe suivant (il serait temps, puisque c'est le dernier précédant la conclusion)?

Pas vraiment: le paragraphe 135 se borne à citer le *dictum*, de caractère général, de l'arrêt de la CPJI de 1939 dans l'affaire de la *Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie*, affaire dans laquelle on chercherait en vain un rapport avec les dispositions très particulières du pacte de Bogotá. Ce *dictum* énonce que, lorsque des engagements multiples ont été contractés par les Etats en faveur de la juridiction obligatoire de la Cour, lesdits engagements doivent s'additionner plutôt que se neutraliser mutuellement. Idée incontestablement juste *en règle générale*, mais qui ne tient compte d'aucune des spécificités du pacte de Bogotá. L'arrêt ne répond donc pas aux arguments de la Colombie, en particulier ceux exposés au paragraphe 126, arguments que pour ma part je trouve convaincants.

55. En particulier, la formule très spécifique figurant à l'article XXXIV du pacte, selon laquelle, si la Cour se déclare incompétente pour juger un différend, pour l'une des causes d'incompétence mentionnées aux articles V, VI et VII, ce différend «sera déclaré terminé», me paraît exclure clairement que la Cour puisse être saisie du même différend sur la base d'un autre titre de compétence à la suite d'un arrêt par lequel elle aurait décliné sa compétence sur la base du pacte de Bogotá. Par suite, cette disposition me paraît également faire obstacle, logiquement, à ce qu'un différend soit soumis à la Cour par un Etat partie au pacte de Bogotá contre un autre Etat partie sur la base d'un titre de compétence autre que le pacte lui-même, ou encore sur la base, simultanément, du pacte et d'un autre titre de compétence, comme en l'espèce.

56. Plus généralement, je comprends le pacte de Bogotá, compte tenu de ses dispositions particulières et de son économie générale, comme ayant institué entre les Etats parties un mécanisme de règlement judiciaire des différends devant la Cour internationale de Justice exclusif de tout autre, dans sa portée comme dans ses limites, rendant ainsi inopérantes, dans les rapports entre Etats parties au pacte (mais seulement dans ces rapports), les déclarations facultatives que lesdits Etats peuvent avoir faites par ailleurs sur la base de l'article 36, paragraphe 2, du Statut de la Cour.

57. L'arrêt retient l'interprétation contraire. Cependant, il parvient également à la conclusion (que je partage) que la Cour n'est pas compé-

tente pour connaître de la question de la souveraineté sur les « trois îles » sur la base des déclarations facultatives, mais pour un motif qui, je dois l'avouer, me plonge dans un abîme de perplexité.

C'est que, explique la Cour au paragraphe 138, il ne subsiste plus de différend entre les Parties sur la question de la souveraineté sur les trois îles.

58. Une telle affirmation, outre qu'elle me paraît contraire au bon sens le plus élémentaire — mais il est vrai que le bon sens des uns n'est pas forcément celui des autres —, repose sur une dénaturation complète, et fort préoccupante, de la notion même de « différend ».

59. Voici que se présentent devant la Cour deux Etats qui revendiquent l'un et l'autre la souveraineté sur les mêmes îles. L'un d'eux affirme (apparemment à bon droit) qu'il possède cette souveraineté depuis qu'elle lui a été reconnue par un traité conclu entre les deux Etats en cause. L'autre répond (sans doute à tort, mais ce n'est pas la question ici) que ce traité est nul depuis l'origine, et que de toute façon, même s'il était valide initialement, il a cessé depuis lors d'être en vigueur, si bien qu'il ne peut plus lui être opposé en tant que titre de souveraineté.

Ne trouve-t-on pas ici tous les éléments caractéristiques d'un différend susceptible d'être soumis à la décision judiciaire? Non, répond tranquillement la Cour: il n'y a plus de différend.

60. La raison donnée par le paragraphe 138 — car il y en a une — est que le différend n'existe plus car il a été réglé par le traité de 1928, pour les raisons qui ont été exposées à l'occasion de l'examen de la première exception préliminaire.

N'est-il pas évident qu'on se trouve là en présence d'une confusion complète entre le fond et la compétence?

61. Je laisse de côté la question, tout à fait secondaire, de savoir si l'absence de différend réel et actuel entre les parties constitue une cause d'*incompétence* de la Cour ou un cas d'*irrecevabilité* de la demande, ce qui, à vrai dire, ne fait guère de différence.

62. Ce que le traité de 1928 a pu régler — à supposer qu'il l'ait fait de manière valide —, c'est le différend qui existait à l'époque entre les deux Etats. Mais il n'a pas réglé, et ne pouvait évidemment pas régler, le différend tel qu'il se présente *aujourd'hui* à la Cour, et qu'on ne saurait confondre avec le précédent. Certes, l'*objet* est le même: c'est la souveraineté sur les trois îles. Mais la *cause* n'est pas la même: car le différend actuel est né de ce que l'un des deux Etats parties au traité s'est mis à prétendre — assez tardivement, il est vrai — que son consentement à être lié avait été obtenu, à l'époque, par l'exercice de la contrainte.

63. En vérité, ce que signifie réellement le paragraphe 138, c'est qu'il ne servirait à rien que la Cour retienne sa compétence pour statuer sur cet aspect de l'affaire, parce que l'on connaît d'avance la solution qu'elle serait encline à lui apporter, étant donné les motifs par lesquels elle a fait partiellement droit à la première exception préliminaire.

Certes. Mais cela ne démontre aucunement la disparition du différend entre les Parties; cela ne fait que renforcer, plutôt, l'idée que la Cour

aurait mieux fait de s'abstenir de statuer comme elle l'a fait sur la première exception, et de renvoyer l'examen des points en discussion après les débats au fond.

64. Une dernière remarque: la Cour eût-elle procédé d'abord à l'examen du titre de compétence, fondé sur les déclarations facultatives, qu'elle n'aurait certainement pas pu l'écarter par les motifs qu'elle retient ici, et qui sont entièrement tirés de la réponse qu'elle fait sur le terrain du pacte de Bogotá. On croyait jusqu'à présent que l'ordre d'examen des titres de compétence était, en droit, indifférent quant au bien-fondé de chacun de ces titres. Ici, il est clair qu'il ne l'est pas: n'est-ce pas parce que quelque chose ne va pas dans le raisonnement de la Cour?

65. Il reste à espérer que certains Etats défendeurs liés par une déclaration facultative ne prendront pas prétexte, à l'avenir, de ce fâcheux précédent pour contester, à titre préliminaire, la compétence de la Cour par des arguments de fond; que la Cour saura circonscrire la solution adoptée dans notre affaire aux circonstances particulières de l'espèce; qu'en somme, le présent arrêt, sur ce point, ne fera pas jurisprudence.

(Signé) Ronny ABRAHAM.

---