

OPINION DISSIDENTE DE M. LE JUGE BENNOUNA

Caractère non exclusivement préliminaire (Règlement de la Cour, art. 79, par. 2) de l'exception soulevée par la Colombie sur la base de l'article VI du pacte de Bogotá, excluant les questions régies par les accords ou traités en vigueur — Validité du traité de 1928 entre la Colombie et le Nicaragua — L'examen de la question de la nullité du traité de 1928, prétendument conclu sous la contrainte, relève du fond de l'affaire — Exception préliminaire de la Colombie à la compétence de la Cour sur la base des déclarations facultatives des Parties (Statut, art. 36, par. 2) — Déclarations facultatives, un titre de compétence distinct et autonome — Persistance d'un différend entre les Parties au sujet de la validité du traité de 1928 entre la Colombie et le Nicaragua — En présence de deux titres de compétence, la Cour choisit celui qui pose le moins de difficulté.

Pour ce qui est de la première exception à la compétence de la Cour soulevée par la République de Colombie sur la base des articles VI et XXXI du pacte de Bogotá, je ne peux pas souscrire à la première décision du dispositif par laquelle la Cour retient cette exception, en ce qu'elle a trait à la souveraineté sur les îles de San Andrés, Providencia et Santa Catalina (dispositif, par. 1 a)).

Par ailleurs, je ne peux pas accepter le traitement réservé par la Cour à la seconde exception préliminaire soulevée par la Colombie, sur la base des déclarations des Parties reconnaissant la juridiction obligatoire de la Cour (Statut, art. 36, par. 2). En retenant cette exception, la Cour a de nouveau décliné sa compétence pour les trois îles.

Je vais me pencher successivement, dans cette opinion, sur ces deux aspects, explicitant les raisons qui ne m'ont pas permis d'adhérer, à leur sujet, au dispositif de l'arrêt de la Cour et à ses motifs.

1. A mon avis, la Cour ne pouvait retenir l'exception à sa compétence, soulevée par la Colombie, concernant la souveraineté sur les îles de San Andrés, Providencia et Santa Catalina, dans la mesure où cette exception n'a pas, dans les circonstances de l'espèce, un caractère exclusivement préliminaire, au sens de l'article 79, paragraphe 9, du Règlement de la Cour. Elle comporte en effet, comme on le verra, «à la fois des aspects préliminaires et des aspects de fond» (*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 31, par. 41).

Il convient de rappeler que l'article XXXI du pacte de Bogotá, qui confère compétence à la Cour, a repris textuellement l'article 36, paragraphe 2, du Statut en l'assortissant d'une disposition restrictive, à l'article VI, selon laquelle:

«Ces procédures ne pourront pas non plus s'appliquer ni aux

questions déjà réglées au moyen d'une entente entre les parties, ou d'une décision arbitrale ou d'une décision d'un tribunal international, ni à celles régies par des accords ou traités en vigueur à la date de la signature du présent pacte.»

Quant à l'article XXXIV, il tire des conséquences de l'article VI de la façon suivante: «Si, pour les motifs indiqués aux articles 5, 6 et 7 de ce traité, la Cour se déclarait incompétente pour juger le différend, celui-ci sera déclaré terminé.»

La Cour, à juste titre, a considéré que, s'il lui appartenait de se prononcer sur sa propre compétence en se demandant si le traité de 1928 et le protocole de 1930 ont réglé le différend qui lui est soumis, il ne lui revenait pas par contre, conformément à son Statut, de le déclarer terminé (arrêt, par. 59).

Au stade de la compétence, il revient donc à la Cour, sur la base du pacte de Bogotá, de se demander si le traité de 1928 et le protocole de 1930 ont réglé le différend, en partie ou en totalité, afin d'apprécier, ensuite, sa propre compétence pour en traiter.

La restriction posée par l'article VI du pacte de Bogotá à la compétence de la Cour concerne les questions «régies par des accords ou traités en vigueur», à savoir tous ceux qui lient les Parties dans la mesure où elles ont satisfait aux formalités nécessaires pour leur mise en œuvre, ce qui a été le cas lors de l'adoption du protocole de 1930; le consentement ainsi donné doit persister jusqu'en 1948, date de la signature du pacte de Bogotá.

Certes, l'article VI ne précise pas que de tels traités doivent être valides, mais cette condition est implicite; elle suppose que l'expression du consentement n'a pas été frappée, à l'origine ou par la suite, de l'un des vices prévus par le droit des traités, et qui sont sanctionnés par la nullité absolue ou relative, selon le cas, de l'instrument juridique concerné.

Il est regrettable que la Cour n'ait pas marqué la distinction essentielle entre l'entrée en vigueur d'un traité et sa validité, et ait tout au long de son raisonnement maintenu une certaine ambiguïté dans l'utilisation de ces notions qui correspondent pourtant à des concepts juridiques distincts (arrêt, par. 73-81).

Le Nicaragua, dans son mémoire du 28 avril 2003, a contesté la validité du traité de 1928, considérant qu'il était nul et non avenue dans la mesure où, lors de sa conclusion, le pays était occupé militairement par les États-Unis et privé de sa capacité d'exprimer librement son consentement à être lié par des traités internationaux (mémoire du Nicaragua, vol. I, p. 116, partie B).

Le Nicaragua s'est référé expressément à l'article 52 de la convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités, qui refléterait une norme coutumière s'imposant en tant que telle aux parties (*ibid.*, par. 2.123).

Selon cette disposition: «Est nul tout traité dont la conclusion a été

obtenue par la menace ou l'emploi de la force en violation des principes de droit international incorporés dans la Charte des Nations Unies.»

Il est établi que cette cause de nullité, viciant le consentement donné sous la contrainte de la menace ou de l'emploi de la force, est absolue, dans le sens où elle ne peut être couverte d'aucune façon, notamment par le comportement ultérieur de la partie concernée. Dans son commentaire, la Commission du droit international l'a justifiée ainsi :

«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 devrait 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.)

Or la Cour, faisant peu de cas des caractéristiques du type de nullité invoquée par le Nicaragua, s'est contentée d'observer que «pendant plus de cinquante ans, le Nicaragua a considéré le traité de 1928 comme valide et n'a jamais prétendu ne pas être lié par celui-ci» pour en déduire que «le traité de 1928 était valide et en vigueur à la date de la conclusion du pacte de Bogotá en 1948» (arrêt, par. 79 et 81). Il est vrai que ce n'est que le 4 février 1980, avec la publication d'un «livre blanc sur le cas de San Andrés et Providencia» (mémoire du Nicaragua, vol. II, annexe 73), que le Nicaragua a invoqué pour la première fois la nullité *ab initio* du traité Bárcenas-Esguerra, et il s'en est expliqué dans ce document, estimant que ce n'est qu'à partir du 19 juillet 1979, avec l'arrivée du mouvement sandiniste au pouvoir, qu'il pouvait de nouveau agir librement. (Après le retrait des dernières troupes des Etats-Unis, en 1933, le régime «Somoza» aurait été dépourvu de marge de manœuvre sur le plan international.)

Il est surprenant que la Cour ait fait ainsi un sort à l'argumentation du Nicaragua relative à la nullité du traité de 1928, sans s'être interrogée sur une série de questions qui relèvent manifestement du fond de cette affaire, comme la pertinence de la règle de l'interdiction de la menace ou de l'emploi de la force en 1928, à une date concomitante avec l'adoption du pacte de Paris, ou pacte Briand-Kellogg, ou encore les circonstances de droit et de fait qui ont entouré la conclusion de ce traité (voir *ibid.*, vol. I, p. 129-132, par. 2.151-2.156).

En effet, le Nicaragua ne s'est pas contenté d'invoquer l'occupation du pays par «plus de cinq mille marines des Etats-Unis à l'époque où le traité a été conclu» (*ibid.*, p. 121, par. 2.132), ce qui n'aurait représenté qu'une référence, en général, à la contrainte; il est allé plus loin et a visé expressément le traité de 1928, considérant qu'il a été «négocié entre la Colombie et les Etats-Unis et imposé au Nicaragua» (*ibid.*, p. 123, par. 2.136).

La Cour ne pouvait manifestement pas s'engager, au stade de la compétence, dans la recherche de l'existence ou non d'une contrainte sur

l'Etat, sans traiter le fond du litige. Une telle recherche nécessite, en effet, non seulement d'analyser l'état du droit à l'époque, en matière d'interdiction de la menace ou de l'emploi de la force, mais aussi de se reporter aux circonstances qui prévalaient au moment de la conclusion du traité et aux revendications respectives des Parties à la veille de celle-ci. Autant de questions qui imposeraient à la Cour d'avoir à trancher certains aspects du litige, au fond.

De toute façon, la Cour n'était pas outillée pour en discuter et n'a pu le faire réellement et en profondeur, puisque les Parties n'ont pas mené à son terme un débat contradictoire sur cette question; le Nicaragua se réservant expressément, à l'audience, le droit d'y revenir au stade du fond:

«La Cour se penchera plus avant sur ces questions lorsqu'elle statuera sur le fond.

.....

La question que la Cour aura à trancher au stade du fond est celle de savoir si un traité dont la conclusion a été obtenue par des moyens contraires au traité de Paris de 1928 — ainsi que tous les autres instruments de droit international similaires adoptés par la suite — doit être considéré comme valide.» (CR 2007/19, p. 11-12, par. 15 et 17 (Arguëllo).)

Qu'est-ce à dire, sinon que la Partie demanderesse a avancé un moyen de défense au fond dans son mémoire et qu'elle a signifié à la Cour, au moment où elle s'est heurtée à une exception d'incompétence de l'autre Partie, qu'elle se réservait le droit de développer et d'approfondir ce moyen une fois connue la décision sur la compétence?

Dans l'affaire *Ambatielos*, la Cour a estimé que «le point soulevé ici n'a pas encore été complètement débattu par les Parties, et par conséquent il ne peut être tranché au stade actuel» ((*Grèce/Royaume-Uni*), *exception préliminaire, arrêt*, C.I.J. Recueil 1952, p. 45). Dans ce cas, les parties sont libres de reprendre l'argument en question au stade ultérieur du fond.

La Cour a été encore plus explicite dans l'affaire de la *Barcelona Traction*:

«[L]a Cour peut 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 (Belgique c. Espagne)*, *exceptions préliminaires, arrêt*, C.I.J. Recueil 1964, p. 43; les italiques sont de moi.)

De toute façon, nous nous trouvons bien ici dans l'hypothèse, prévue par l'article 79, paragraphe 2, du Règlement de la Cour, d'une exception qui n'a pas un caractère exclusivement préliminaire. En effet, celle qui a été

soulevée par la Colombie ne fait pas qu'«effleurer» le fond, comme l'a relevé la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire de *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise* (compétence, arrêt n° 6, 1925, C.P.J.I. série A n° 6, p. 15), s'autorisant ainsi à la trancher *in limine litis*, dans la mesure où elle ne touche au fond qu'à titre incident et très secondaire.

Dans l'affaire qui nous occupe, la Cour, en se prononçant sur l'exception à ce stade, règle en même temps une partie du litige et dispose de l'argument principal avancé, à son sujet, par le demandeur. Ainsi que l'a souligné la Cour dans l'affaire relative à des *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*): «L'exception soulevée par le Royaume-Uni sur ce point a le caractère d'une défense au fond. De l'avis de la Cour, cette exception fait bien plus qu'«effleurer des sujets appartenant au fond de l'affaire».» (*Exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1998*, p. 29, par. 50.)

En se référant de la sorte à l'arrêt précité de la CPJI dans l'affaire de *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, la Cour montre bien qu'il s'agit là du test qu'elle devrait faire subir à toute exception pour se prononcer sur son caractère exclusivement préliminaire ou non. Car enfin, si n'importe quelle partie pouvait tuer dans l'œuf un argument au fond, à un moment où l'autre partie n'a pas eu l'occasion d'en débattre pleinement, ce qui est son droit, il faudrait se poser la question de savoir si la justice internationale n'a pas été empêchée de s'acquitter de sa fonction principale, qui est de trancher un litige une fois que les Etats ont épuisé l'ensemble de leurs argumentations à son sujet. Il y va de la crédibilité même de la Cour internationale de Justice en tant qu'organe judiciaire principal des Nations Unies.

Certes, il convient que la justice internationale ne soit pas entravée par des arguments «frivoles» et de caractère dilatoire, dans la mesure où ils sont manifestement dénués de pertinence. Et, si tel était le cas, la Cour devrait le souligner et n'en prendre aucun compte :

«Il n'y a guère de doute que, comme cela ressort implicitement de la Charte des Nations Unies et comme le reconnaît l'article 52 de la convention de Vienne sur le droit des traités, un accord dont la conclusion a été obtenue par la menace ou l'emploi de la force est nul en droit international contemporain. Il est non moins clair qu'un tribunal ne peut prendre en considération une accusation aussi grave sur la base d'une allégation générale et vague qu'aucune preuve ne vient étayer.» (*Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*, compétence de la Cour, arrêt, C.I.J. Recueil 1973, p. 14, par. 24.)

Mais nous n'en sommes pas là dans l'affaire qui oppose le Nicaragua à la Colombie, puisque la réalité de l'occupation militaire du Nicaragua, au moment de la conclusion du traité territorial, n'a pas été contestée et qu'il se trouve que la règle de l'interdiction du recours à la force prenait son

essor simultanément. On peut voir là une présomption en faveur de la non-futilité de l'argumentation mettant en cause le traité, sans pour autant préjuger de toute décision au sujet de sa validité, une fois le débat au fond épuisé.

En définitive, le test du «caractère non exclusivement préliminaire» d'une exception concerne autant la nature que la portée des aspects du fond de l'affaire qui sont concernés par celle-ci, surtout le point de savoir si, en se prononçant au stade préliminaire, la Cour en arrive à disposer définitivement de certains droits revendiqués par le demandeur. Ainsi que la Cour l'a souligné dans l'affaire *Lockerbie*:

«Cette exception s'attache à de multiples aspects du litige. En soutenant que les résolutions 748 (1992) et 883 (1993) du Conseil de sécurité ont privé les demandes de la Libye de tout objet, le 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: d'une part une décision établissant que les droits revendiqués par la Libye aux termes de la convention de Montréal sont incompatibles avec les obligations découlant pour elle des résolutions du Conseil de sécurité; et d'autre part une décision faisant prévaloir ces obligations sur ces droits par le jeu des articles 25 et 103 de la Charte.

Il ne fait dès lors pas de doute pour la Cour que 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.» (*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.*)

Paraphrasant cet arrêt, on pourrait dire que, en sollicitant une décision de non-lieu qui mettrait fin à l'instance pour ce qui est des trois îles en question, la Colombie en sollicite en réalité au moins deux autres, que le prononcé d'un non-lieu postulerait nécessairement: d'une part, que la règle prévoyant la nullité absolue d'un traité conclu sous la contrainte de la menace ou de l'emploi de la force n'était pas applicable au moment de la conclusion en 1928 du traité Bárcenas-Esguerra; et, d'autre part, que le comportement ultérieur du Nicaragua entre 1928 et 1979 (date de l'arrivée au pouvoir du gouvernement sandiniste) l'empêche désormais de contester tout vice de consentement dont aurait été frappé ce traité.

Il est clair que la Cour n'a pas appliqué le test, dégagé dans sa jurisprudence, à cette affaire, dans la mesure où elle n'a apprécié ni la pertinence de l'argumentation invoquée par le Nicaragua ni l'impact de sa

propre décision, à ce stade, sur le fond de l'affaire. La Cour a pris un chemin de traverse en insistant sur l'acquiescement implicite au traité par le Nicaragua, ce qui l'empêcherait, par la suite, de le remettre en cause, sachant bien que, si la nullité absolue pouvait être démontrée au fond, un tel chemin ne déboucherait, à ce stade, que sur une impasse.

Je considère en conséquence que la décision de la Cour est, d'une part, prématurée, alors qu'il n'y avait pas d'urgence à procéder de la sorte, et, d'autre part, imprudente, puisqu'elle traite de façon cavalière la question de la capacité de contracter des Etats qui est au cœur du droit international contemporain et de son universalité. Par-delà le différend qui oppose le Nicaragua et la Colombie, une telle décision de statuer sur la validité d'un traité, au stade de la compétence, et de trancher par voie de conséquence la question de la souveraineté sur les trois îles en question, constitue un précédent regrettable, parce que préjudiciable à la perception que le monde extérieur se fait du rôle et de la fonction de la Cour. Ceux qui pensaient éloigner de la sorte tout doute sur les traités territoriaux, qui pourrait avoir un effet déstabilisateur, ne se sont pas demandé un seul instant quelle serait la portée du dommage occasionné à la Cour par une décision hâtive à ce stade de la compétence.

Pour ma part, je demeure persuadé qu'il était possible de sauvegarder la stabilité des traités territoriaux, tout en veillant sur la crédibilité de la Cour. Il suffisait d'analyser le traité en lui-même, suivant son sens ordinaire, en ce qu'il règle la question de la souveraineté de la Colombie sur les trois îles et de réserver la décision finale au stade du fond, une fois qu'auront été appréciées les questions de droit et de fait portant sur la validité du traité de 1928.

Qu'est-ce que cela aurait changé à la position de la Colombie, qui est présente de toute façon sur l'archipel de San Andrés? Dans les faits, rien. Par contre, en différant sa décision, la Cour lui garantirait la pleine conformité avec la légalité internationale et la revêtirait du sceau de la légitimité, par référence à tout l'arrière-plan historique de cette affaire.

2. Lorsqu'elle aborde l'examen de la seconde exception préliminaire que la Colombie a opposée à sa compétence fondée, selon le Nicaragua, sur les déclarations des Parties faites en vertu du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut, la Cour relève qu'il s'agit là de «deux bases distinctes de compétence de la Cour qui ne s'excluent pas mutuellement» (arrêt, par. 136) et même que «la clause facultative pourrait lui conférer une compétence plus étendue que celle qui découle du pacte de Bogotá» (par. 137).

On se serait attendu dès lors à ce que la Cour examinât les déclarations en elles-mêmes, y compris les réserves qu'elles contiennent, et cela de façon distincte des conclusions auxquelles elle est parvenue lors de l'analyse du pacte de Bogotá.

Mais il n'en est rien. Il est pour le moins surprenant de voir la Cour s'appuyer, au contraire, sur ses propres conclusions tirées du pacte de

Bogotá pour accueillir l'exception opposée par la Colombie aux déclarations facultatives :

«La Cour ayant conclu qu'il ne subsistait pas de différend juridique entre les Parties sur la question de la souveraineté sur les îles de San Andrés, Providencia et Santa Catalina, elle ne peut être compétente pour connaître de cette question, ni sur la base du pacte de Bogotá, ni sur celle des déclarations faites en vertu de la clause facultative.» (Arrêt, par. 138.)

Or, si les deux titres de compétence sont distincts, et non exclusifs, on ne voit pas comment la Cour peut appliquer sa conclusion, relative à l'absence de différend, tirée du pacte de Bogotá, aux déclarations facultatives fondées sur l'article 36, paragraphe 2, du Statut. En effet, dans le premier cas, le pacte de Bogotá écarte les questions «régies par des accords ou traités en vigueur à la date de la signature du présent pacte», alors que, dans le second cas, les déclarations s'appliquent aux «différends d'ordre juridique ayant pour objet ... tout point de droit international». Or il est incontestable que le différend qui oppose les Parties sur la validité du traité de 1928 concerne bien un «point de droit international». Et il est encore moins possible ici, comme l'a fait la Cour lors de l'examen de la première exception, de régler la question de la validité du traité au stade de la compétence.

Les déclarations facultatives, en tant que titre de compétence distinct et autonome, doivent être appréciées en elles-mêmes, afin de déterminer si elles lient toujours les parties et si elles comportent des réserves affectant leur champ d'application. La Cour s'est crue libre de se dispenser de cet exercice (arrêt, par. 139), consistant à apprécier le retrait *in extremis* de sa déclaration par la Colombie (juste avant le dépôt de la requête du Nicaragua) et la réserve *ratione temporis* incluse dans la déclaration de la Colombie du 30 octobre 1937, limitant son champ d'application «aux différends nés de faits postérieurs au 6 janvier 1932». Au lieu de procéder à cette investigation qui l'aurait probablement conduite à bâtir sa compétence sur les déclarations, la Cour a préféré les écarter d'un revers de la main en leur appliquant la restriction de l'article VI du pacte de Bogotá, dont ce n'était manifestement ni l'objet ni la destination.

On en arrive à se demander finalement si la Cour ne se rallie pas indirectement à la thèse de la Colombie selon laquelle la compétence au titre du pacte de Bogotá est exclusive de toute autre base de compétence et, en l'occurrence, de celle fondée sur les déclarations facultatives. Et, de fait, celles-ci sont jugées sans pertinence par référence à l'absence de différend en application de l'article VI du pacte de Bogotá. Pourtant, cette thèse a été expressément rejetée par la Cour, en s'appuyant sur la jurisprudence (arrêt, par. 135 et 136), selon laquelle

«la multiplicité d'engagements conclus en faveur de la juridiction obligatoire atteste chez les contractants la volonté d'ouvrir de nouvelles voies d'accès à la Cour plutôt que de fermer les anciennes ou

de les laisser se neutraliser mutuellement pour aboutir finalement à l'incompétence» (*Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie (Belgique c. Bulgarie)*, arrêt, 1939, C.P.J.I. série A/B n° 77, p. 76).

Il est curieux de constater qu'après cette référence à l'institution qui l'a précédée, la Cour en arrive au même résultat qu'elle est censée éviter, les deux titres invoqués en faveur de sa juridiction obligatoire se neutralisant mutuellement, pour déboucher sur son incompétence à statuer sur les trois îles en question.

La Cour a eu certes le souci de ne pas se contredire dans le même arrêt en traitant successivement des deux exceptions d'incompétence, mais il y a précisément dans la jurisprudence un moyen d'éviter cette contradiction, en optant pour le titre juridique qui lui confère clairement compétence et en ne traitant pas de celui qui pourrait soulever des difficultés, comme c'est le cas pour le pacte de Bogotá, qui renvoie à un accord dont la validité a été remise en cause. Ainsi que l'a souligné Shabtai Rosenne:

«Lorsque l'acte introductif d'instance invoque plusieurs titres de compétence, et que l'un quelconque d'entre eux suffit à fonder la compétence de la Cour pour connaître de l'affaire en question, la Cour choisit en général, si nécessaire, le titre le plus commode et ignore celui qui pourrait soulever des difficultés.» (*The Law and Practice of the International Court: 1920-2005*, vol. II, *Jurisdiction*, 4^e éd. (2006), p. 926.)

La Cour permanente de Justice internationale avait donné une définition du différend juridique souvent reprise dans la jurisprudence de l'actuelle Cour: «un désaccord sur un point de droit ou de fait, une contradiction, une opposition de thèses juridiques ou d'intérêts entre deux personnes» (*Concessions Mavrommatis en Palestine, 1924, arrêt n° 2, C.P.J.I. série A n° 2*, p. 11).

Il s'agit donc d'une opposition entre les appréciations subjectives des Etats concernés. Certes, la Cour avait estimé que «[l]'existence d'un différend international demande à être établie objectivement», tout en précisant qu'elle entend par là que «[l]e simple fait que l'existence d'un différend est contestée ne prouve pas que ce différend n'existe pas» (*Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie, première phase, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1950*, p. 74). Il appartient, en effet, à la Cour de vérifier «objectivement» si le différend en question entre ou non dans les catégories prévues par le titre de compétence invoqué.

Il ne peut être question, comme le suggère la Cour dans l'affaire qui nous concerne ici, de se substituer aux Etats, en procédant à «la détermination» du différend, car cela ferait «partie intégrante de [sa] fonction judiciaire» (arrêt, par. 138). Il lui appartient par contre de prendre acte de l'opposition des thèses juridiques en présence et de se demander

si elle entre dans l'une des catégories de différends pour lesquels elle a compétence.

La Cour a toujours interprété avec souplesse la définition du différend, se contentant de constater la présence d'allégations opposées des Etats sur un point de droit. On voit mal comment elle pourrait, lors de l'examen du second titre de compétence avancé par le Nicaragua, conclure à l'absence de différend, parce qu'elle aurait déjà «établi que le traité de 1928 attribuait la souveraineté sur ces trois îles à la Colombie aux fins de déterminer si elle avait compétence pour connaître de cette question en vertu du pacte de Bogotá» (arrêt, par. 138), alors que la compétence au titre des déclarations facultatives est complètement distincte, ne comportant pas la restriction prévue par le pacte de Bogotá, et qu'elle concerne un désaccord sur tout point de droit, les Parties s'opposant en l'occurrence sur la validité du traité de 1928, ce qui constitue «un point de droit» par excellence.

Il importe peu que l'argumentation du Nicaragua au sujet de l'absence de validité du traité de 1928 ou que le rejet de celle-ci par la Colombie soient fondés ou non. Le différend juridique n'en existe pas moins. Ainsi que la Cour l'a relevé dans l'affaire relative au *Timor oriental (Portugal c. Australie)*: «A tort ou à raison, le Portugal a formulé des griefs en fait et en droit à l'encontre de l'Australie et celle-ci les a rejetés. Du fait de ce rejet, il existe un différend d'ordre juridique.» (*Arrêt, C.I.J. Recueil 1995*, p. 100, par. 22.)

En réalité, le raisonnement de la Cour part du présupposé qu'elle a statué sur l'attribution de la souveraineté sur les trois îles, alors qu'elle n'est censée se prononcer que sur sa propre compétence au titre du pacte de Bogotá. Il était du devoir de la Cour, si les déclarations facultatives lui offraient un titre de compétence plus net pour l'examen du différend sur les trois îles, de leur donner la priorité et d'éviter ainsi de tomber dans cette situation inédite où sa réponse en relation avec le premier titre de compétence (Bogotá) condamnait *ipso facto* le second titre fondé sur les déclarations facultatives.

La Cour s'est jugée incompétente du fait de l'inexistence d'un différend juridique, mais celui-ci ne peut être effacé d'un trait de plume, puisque les Parties se sont opposées et s'opposent toujours au sujet de la validité du traité de 1928. Pourtant, comme l'a rappelé Christian Tomuschat dans son commentaire de l'article 36 du Statut: «Il ne semblerait pas que la Cour ait jamais refusé de connaître d'une affaire au motif qu'il n'y aurait pas de différend.» (*The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, sous la dir. de A. Zimmermann *et al.*, 2006, p. 597.)

Je considère, respectueusement, que le précédent ainsi créé est regrettable; il tend indirectement à donner corps à une doctrine contestable selon laquelle il y aurait des limites inhérentes au règlement judiciaire de par les caractéristiques ou les implications politiques de certains différends. Hersch Lauterpacht avait en son temps démystifié cette doctrine de la sorte:

«La doctrine voulant qu'existeraient des limites inhérentes au règlement judiciaire entre les Etats est essentiellement à mettre au compte de juristes internationaux soucieux de donner une expression juridique à la revendication des Etats selon laquelle ceux-ci seraient indépendants du droit.» (*The Function of Law in the International Community*, 1933, p. 6.)

Décidée à préserver sa crédibilité, la Cour a, jusqu'à présent, fait preuve de fermeté à ce sujet, affirmant qu'elle «ne s'[était] jamais dérobée devant l'examen d'une affaire pour la simple raison qu'elle avait des implications politiques ou comportait de sérieux éléments d'emploi de la force» (*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 1984, p. 435, par. 96).

Le même souci de crédibilité a toujours exigé de la Cour de trancher les litiges soumis par les parties et de répondre aux questions juridiques adressées par les instances autorisées du système des Nations Unies. La Cour ne pourrait même pas, selon M^{me} le juge Higgins, s'abriter derrière «l'état actuel du droit international» pour refuser de statuer, car ce serait recourir, ni plus ni moins, à «la notion du *non liquet*» qui «ne fait pas partie de la jurisprudence de la Cour» (*Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 1996, opinion dissidente du juge Higgins, p. 591, par. 36).

Dans l'affaire qui nous concerne, la majorité a cherché à éviter un débat au fond sur la validité d'un traité prétendument conclu sous la contrainte de la menace ou de l'emploi de la force. En statuant, à ce stade, sur une question aussi controversée, et sans disposer de tous les éléments pour fonder son jugement, la Cour s'expose à des critiques sur la façon dont elle s'acquitte de sa fonction judiciaire.

La complexité des problèmes soulevés dans cette affaire ne pourra pas occulter les interrogations qui demeurent quant au traitement réservé par l'organe judiciaire principal des Nations Unies à certains principes et méthodes en matière de règlement judiciaire des différends internationaux.

(Signé) Mohamed BENNOUNA.