

## OPINION DISSIDENTE DE M. LE JUGE *AD HOC* CARON

[Traduction]

*Désaccord avec le rejet par la Cour de la deuxième exception préliminaire de la Colombie — Condition de l'existence d'un « différend » constituant une restriction générale à la compétence contentieuse de la Cour — Condition particulière de l'existence d'un « différend » énoncée dans le pacte de Bogotá — Sens du terme « différend » — Caractère inédit de la présente affaire — Argument de la Colombie selon lequel l'absence de différend entre les Parties tient à l'absence de réclamation du Nicaragua susceptible de se heurter à son « opposition manifeste » — Impossibilité pour la Cour d'inférer l'existence d'une « réclamation » donnant naissance à un différend — Cour tenue de conclure, pour se déclarer compétente, que le Nicaragua a formulé une « réclamation » au sujet des points de droit ou de fait soulevés en l'espèce — Éléments démontrant l'existence d'un « différend » — Absence d'élément permettant de conclure à l'existence, avant le dépôt de la requête, d'un différend entre les Parties concernant l'objet de l'affaire portée devant la Cour.*

*Désaccord avec le rejet par la Cour de la troisième exception préliminaire de la Colombie — Négociations constituant une condition préalable à la saisine de la Cour — Définition par la Cour des situations où l'abandon des négociations est permis — Désaccord avec la Cour ayant ainsi défini la situation en l'espèce — Éléments versés au dossier ne corroborant pas la conclusion selon laquelle un règlement n'était ni possible ni envisagé par les Parties — Corrélation entre les deuxième et troisième exceptions préliminaires — Importance des négociations pour définir l'objet du différend finalement soumis au règlement judiciaire.*

### I. INTRODUCTION

1. Malgré tout le respect que je dois à la Cour, je suis en désaccord avec les conclusions auxquelles elle est parvenue au sujet des deuxième et troisième exceptions préliminaires de la Colombie, dans la mesure où elle a suivi un raisonnement qui s'écarte de sa propre jurisprudence et qui n'est pas étayé par les éléments de preuve dont elle disposait. Au-delà des particularités de l'espèce, j'estime très préoccupant que ce raisonnement, par lequel la Cour conclut à sa compétence, sape les concepts plus généraux qui sous-tendent le règlement pacifique des différends.

2. Dans le présent arrêt, la Cour statue sur la question de sa compétence pour connaître des demandes du Nicaragua, lequel fonde ladite compétence avant tout sur l'article XXXI du pacte de Bogotá. Il convient de rappeler que l'intitulé complet de cet instrument est «*Traité américain de règlement pacifique*». Le pacte de Bogotá vise à promouvoir le règlement pacifique des différends et prévoit à cet effet divers moyens : pour s'acquitter de l'«*obligation générale de régler les différends par des moyens pacifiques*» (chapitre premier, art. I à VIII), les États parties

peuvent avoir recours à la «procédure des bons offices et de médiation» (chapitre deux, art. IX à XIV), à la «procédure d'enquête et de conciliation» (chapitre trois, art. XV à XXX) ou encore à une «procédure judiciaire» de saisine de la Cour (chapitre quatre, art. XXXI et suiv.), à moins qu'ils n'aient choisi l'arbitrage (chapitre cinq, art. XXXVIII à XLIX). Les auteurs du traité ont pris soin de souligner que l'«ordre des procédures pacifiques ... ne signifie pas que les parties ne peuvent recourir à celle qu'elles considèrent le plus appropriée ... ni qu'il ... existe, sauf disposition expresse à cet égard, une préférence pour l'une d'elles» (art. III). L'expression «sauf disposition expresse à cet égard» revêt néanmoins une importance particulière. Les exceptions expressément prévues pour chaque moyen de règlement sont essentielles, et ce sont elles qui motivent mon dissentiment avec l'arrêt de la Cour en ce qui concerne les deuxième et troisième exceptions préliminaires.

3. Les procédures de règlement pacifique prévues dans le pacte de Bogotá, même si elles ne sont pas hiérarchisées, suivent néanmoins une progression prudente, allant du dialogue où les Etats s'informent mutuellement de leurs préoccupations jusqu'à la saisine de la Cour ou d'un tribunal pour obtenir le règlement de «différends d'ordre juridique», en passant par diverses voies de négociations. Un désaccord ne saurait se résumer à une ligne de conduite susceptible de traduire une divergence de vues. Ainsi qu'il est reconnu dans le pacte, la communication est essentielle, parce qu'un désaccord ne peut être réglé sans qu'un dialogue n'ait été préalablement engagé pour définir ce qui est en litige. En effet, à moins qu'il n'«existe» un différend à proprement parler, il est difficile d'appréhender ce qui doit être négocié.

4. Je ne peux souscrire à l'arrêt de la Cour parce que celui-ci affaiblit considérablement cette conception du règlement des différends, réduisant le dispositif complexe prévu à cet effet dans le traité américain de règlement pacifique à une simple acceptation de la compétence de la Cour. Modifiant fondamentalement la condition de l'existence d'un différend, la Cour considère dans son arrêt qu'un demandeur ne doit pas nécessairement avoir engagé un dialogue avec l'autre Etat, ni avoir fait part à celui-ci de ses préoccupations. Or, faute d'un tel dialogue, les parties n'auront pas eu la possibilité de définir le différend, de le circonscrire ou — dans le meilleur des cas — de le ramener à des proportions moindres, voire de le régler. Tout aussi important est le fait que, s'il n'était pas nécessaire que le demandeur ait engagé un dialogue avec l'autre partie, toute obligation de négocier s'en trouverait, en pratique, considérablement amoindrie. Les différends internationaux sont complexes, et ceux qui concernent des frontières comptent parmi les plus difficiles à résoudre. Le droit offre des réponses, mais celles-ci ne sont pas toujours les plus nuancées dans des situations d'une telle complexité. Il est crucial que la Cour, ou tout autre tribunal, ait le pouvoir d'apporter la réponse voulue à un différend en cas de besoin ou lorsque les deux parties en font la demande. Cependant, au regard du pacte de Bogotá, cela n'est nécessaire que si le différend entre deux Etats «ne p[eut] être résolu au moyen de

« négociations directes » — condition dont la Cour considère, dans sa jurisprudence, qu'elle est un préalable à l'établissement de sa compétence au titre du pacte. Il est regrettable qu'en l'espèce la Cour, dans ses conclusions sur les deuxième et troisième exceptions préliminaires, réaffirme formellement, et pourtant méconnaisse sur le fond, la condition de l'existence d'un différend et l'obligation de négocier.

## II. LA DEUXIÈME EXCEPTION PRÉLIMINAIRE RELATIVE À L'EXISTENCE D'UN DIFFÉREND

### 1. *La condition de l'existence d'un différend*

5. Dans son arrêt, la Cour réaffirme que l'existence d'un différend est une condition préalable à l'exercice de sa compétence pour connaître de la présente affaire, comme de n'importe quelle affaire d'ailleurs. Pourtant, dans le même temps, elle s'écarte de sa propre jurisprudence en ce qui concerne cette condition. Sa jurisprudence a montré combien il importait d'apprécier l'existence d'un « différend » en mettant en évidence à la fois une « réclamation » et une « opposition manifeste » à cette réclamation de la part des parties à l'instance. Au vu de la jurisprudence de la Cour relative au sens du mot « différend » et à l'existence d'un différend, je ne vois pas comment l'on pourrait affirmer qu'il existait, à la date requise, un tel « différend » concernant l'objet de la requête du Nicaragua. Dès lors, je ne puis être d'accord avec la Cour lorsqu'elle se déclare compétente pour connaître de la présente affaire.

6. La condition de l'existence d'un différend entre les parties constitue une restriction générale à la compétence contentieuse de la Cour. Dans l'affaire des *Essais nucléaires*, dans laquelle le fondement du différend est devenu sans objet en cours de procédure, la Cour a rappelé que « [l']existence d'un différend [était] ... la condition première de l'exercice de sa fonction judiciaire » (*Essais nucléaires (Australie c. France)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 270-271, par. 55; *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 476, par. 58). Il y a défaut d'objet lorsque le différend cesse d'exister; mais l'on peut aussi se demander si un différend a jamais existé, c'est-à-dire s'il s'est suffisamment cristallisé. C'est de ce dernier cas qu'il est question dans la deuxième exception.

7. En plus de la condition de l'existence d'un différend qui constitue une restriction générale à la compétence contentieuse de la Cour, une restriction analogue peut découler de l'instrument spécifique qui est invoqué comme base de cette compétence. Ainsi, en l'espèce, la Cour fait également référence à l'article XXXI du pacte de Bogotà, dans lequel les parties au pacte acceptent [sa] juridiction à l'égard des « différends d'ordre juridique... » (arrêt, par. 15 et 50). Il se peut que l'instrument sur lequel est fondée la compétence de la Cour impose des conditions supplémentaires, mais il faut alors considérer celles-ci comme visant à restreindre davantage

l'exercice de cette compétence et non à donner un sens nouveau au terme «différend». La Cour permanente de Justice internationale (CPJI) avait suivi implicitement ce raisonnement en l'affaire *Mavrommatis*:

«Avant de rechercher si l'affaire des concessions Mavrommatis concerne l'interprétation ou l'application du Mandat et si, dès lors, elle rentre, par sa nature et par son objet, dans la juridiction prévue au texte reproduit ci-dessus, il est indispensable d'examiner si elle satisfait aux autres prévisions, à toutes les autres prévisions de ce texte. Est-on bien en présence d'un différend entre l'Etat mandataire et un autre Membre de la Société des Nations? D'un différend qui ne soit pas susceptible d'être réglé par des négociations?» (*Concessions Mavrommatis en Palestine, arrêt n° 2, 1924, C.P.J.I. série A n° 2, p. 11*; les italiques sont dans l'original.)

Voir aussi *Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2011 (I)*, p. 84, par. 29 (où la Cour a dit que l'«uniformité d'usage laisse à penser qu'il n'y a pas de raison de s'écarter du sens généralement admis du terme «différend» dans la clause compromissoire contenue dans l'article 22 de la CIEDR »).

8. Le sens du terme «différend» est établi de manière raisonnablement détaillée dans la jurisprudence de la Cour. Dans son arrêt de 1924 en l'affaire *Mavrommatis*, la Cour permanente de Justice internationale dit ce qui suit: «Un différend est 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, arrêt n° 2, 1924, C.P.J.I. série A n° 2, p. 11.*) Par sa jurisprudence ultérieure, la Cour a développé et précisé la position de sa devancière sur les éléments constitutifs d'un différend. Dans les affaires du *Sud-Ouest africain*, elle a ainsi conclu:

«[I]l ne suffit pas que l'une des parties à une affaire contentieuse affirme l'existence d'un différend avec l'autre partie. La simple affirmation ne suffit pas pour prouver l'existence d'un différend, tout comme le simple fait que l'existence d'un différend est contestée ne prouve pas que ce différend n'existe pas. *Il n'est pas suffisant non plus de démontrer que les intérêts des deux parties à une telle affaire sont en conflit.*» (*C.I.J. Recueil 1962, p. 328*; les italiques sont de moi.)

Si l'affaire *Mavrommatis* laisse entendre qu'un simple conflit d'intérêts n'est pas «suffisant», la Cour a pour sa part précisé le degré nécessaire de cristallisation du différend en affirmant, à maintes reprises, que la réclamation d'un Etat doit se heurter à «l'opposition manifeste» de l'autre (*Sud-Ouest africain (Ethiopie c. Afrique du Sud; Libéria c. Afrique du Sud), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1962, p. 328*; *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête: 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda), compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 2006, p. 40, par. 90*; *Application de la convention inter-*

*nationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2011 (I), p. 84-85, par. 30).*

9. Les publicistes qui se sont penchés sur la jurisprudence de la Cour ont explicité ce que signifie concrètement le fait d'exiger que la réclamation d'un Etat se heurte à «l'opposition manifeste» d'un autre. Le professeur J. G. Merrills écrit ainsi que «tout différend peut se définir comme un désaccord concret au sujet d'un point de fait, de droit ou de stratégie dans le cadre duquel une réclamation ou une prétention d'une partie se heurte à un *refus, à une demande reconventionnelle ou à une contestation* de la part de l'autre» (J. G. Merrills, *International Dispute Settlement*, 2<sup>e</sup> éd., 1993, p. 1; les italiques sont de moi). L'idée selon laquelle «l'opposition manifeste» suppose un rejet ou une contestation de la partie adverse découle implicitement du sens du mot «opposition». De la même manière, dans un commentaire bien connu du Statut de la Cour, le professeur Christian Tomuschat souligne qu'un différend présuppose une divergence de vues: «la Cour est toujours partie du principe qu'un demandeur devait formuler une réclamation juridique» (Christian Tomuschat, «Article 36», dans Andreas Zimmermann, Christian Tomuschat, Karin Oellers-Frahm et Christian J. Tams (dir. publ.), *The Statute of the International Court of Justice. A Commentary*, 2<sup>e</sup> éd., 2012, p. 642). Ainsi, toute réclamation pour violation du droit formulée par une partie doit se heurter à l'opposition manifeste de l'autre partie, exprimée par un rejet ou une contestation.

10. Il est arrivé, quoique rarement, que la réclamation du demandeur pour violation du droit se soit heurtée non pas à un «refus», mais à un silence. En pareil cas, la Cour est plus pragmatique que formaliste, et fait preuve de souplesse quant à la manière dont il convient d'établir qu'il y a opposition manifeste. En 1927, par exemple, sa devancière avait souligné ce qui suit:

«Pour ce qui est du terme «contestation», la Cour constate que l'article 60 du Statut, d'après sa teneur, n'exige pas que l'existence de la contestation se soit manifestée d'une certaine manière, par exemple par des négociations diplomatiques.» (*Interprétation des arrêts nos 7 et 8 (Usine de Chorzów), arrêt no 11, 1927, C.P.J.I. série A no 13, p. 10.*)

11. Plus récemment, la Cour, résumant sa jurisprudence en l'affaire *Géorgie c. Fédération de Russie*, a fait une constatation analogue:

«Comme la Cour l'a reconnu (voir, par exemple, *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1998, p. 315, par. 89*), l'existence d'un différend peut être déduite de l'absence de réaction d'un Etat à une accusation dans des circonstances où une telle réaction s'imposait.» (*Exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2011 (I), p. 84, par. 30.*)

12. La pratique de la Cour consistant à inférer l'opposition de «l'absence de réaction d'un Etat à une accusation [là] où une telle réaction

s'impos[e]» confirme la conclusion selon laquelle «l'opposition manifeste» suppose en général rejet ou contestation de la partie adverse. Si tel n'était pas le cas, alors il n'aurait pas été nécessaire, bien souvent, de voir une opposition dans le silence de l'Etat en cause. Dans l'affaire dite des *Otages*, par exemple, la réclamation pour violation du droit formulée par le demandeur, les Etats-Unis, s'était heurtée au silence du défendeur, l'Iran. La Cour, pour déterminer s'il existait un différend, ne s'est pas bornée à constater que les deux parties avaient des points de vue divergents, ou un conflit d'intérêts; elle a passé au crible les déclarations des Etats-Unis afin de fonder l'inéluctable conclusion selon laquelle l'Iran, malgré son silence, s'opposait de manière manifeste à la réclamation des Etats-Unis (*Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran (Etats-Unis d'Amérique c. Iran)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1980*, p. 25, par. 47).

13. La condition de l'existence d'un différend peut donc être remplie si: 1) un Etat a formulé une réclamation pour violation du droit et cette réclamation se heurte à l'opposition manifeste de l'autre Etat, c'est-à-dire que celui-ci la conteste; ou 2) un Etat a formulé une réclamation pour violation du droit et l'opposition manifeste de l'autre Etat peut être inférée de l'absence de réaction de celui-ci alors que pareille réaction s'imposait.

## 2. Le caractère inédit de la présente affaire

14. A ma connaissance, jamais dans l'histoire de la Cour la question de l'existence préalable du différend ne s'était posée de cette façon. Dans toutes les affaires auxquelles l'arrêt de la Cour et la présente opinion font référence, l'Etat demandeur avait clairement fait part d'une violation du droit à l'Etat défendeur avant d'introduire sa requête. Dans ces affaires, la question était essentiellement de savoir si l'Etat défendeur avait exprimé une opposition manifeste à l'égard de la réclamation pour violation du droit formulée par l'Etat demandeur, c'est-à-dire s'il l'avait rejetée.

15. Par exemple, en l'affaire *Mavrommatis*, les réclamations de la Grèce et, dans une moindre mesure, de son ressortissant avaient été faites sous une forme officielle et sans équivoque. De même, dans l'affaire dite des *Otages*, les Etats-Unis avaient fait connaître leur réclamation pour violation du droit de manière parfaitement claire, par l'envoi d'un représentant spécial, par l'intervention de leur chargé d'affaires à Téhéran et par leurs protestations devant le Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies (*ibid.*, p. 25, par. 47).

16. Dans l'affaire *Géorgie c. Fédération de Russie*, la Cour devait se poser la question de savoir si la condition particulière de l'existence d'un différend au sens de l'article 22 de la convention internationale de 1965 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale était remplie («Tout différend entre deux ou plusieurs Etats parties touchant l'interprétation ou l'application de la présente Convention»). La question était non pas de savoir si la Géorgie avait formulé une quelconque récla-

mation pour violation du droit, mais de savoir précisément quand, dans une longue série de déclarations ou lettres, l'on pouvait dire que pareille réclamation avait été exprimée à l'encontre de la Fédération de Russie au sujet de «l'interprétation ou l'application» de la convention. La Cour n'a eu aucune difficulté à constater, en fin de compte, que les déclarations faites par le président géorgien lors d'une conférence de presse le 9 août 2008, la déclaration du représentant de la Géorgie au Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies le 10 août 2008, le communiqué publié par le ministre géorgien des affaires étrangères le 11 août 2008 et une interview télévisée du président géorgien le même jour «se référaient ... expressément à un prétendu nettoyage ethnique perpétré par les forces russes». Elle en a conclu que ces interventions exprimaient des «griefs visa[nt] ... la Fédération de Russie» (*Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2011 (I)*, p. 120, par. 113).

17. En l'espèce, par sa deuxième exception préliminaire, la Colombie ne soulevait même pas la question de savoir s'il y avait eu opposition manifeste à une quelconque réclamation du Nicaragua. Elle avançait un argument bien plus fondamental, à savoir que le Nicaragua n'avait jamais formulé de réclamation susceptible de se heurter à une opposition de sa part.

18. Il s'agit là d'une différence notable, qui n'est pourtant pas traitée dans l'arrêt. La Cour est fondée à inférer qu'il y a opposition manifeste à une réclamation; mais, selon moi, elle ne saurait inférer qu'une réclamation a été formulée. Premièrement, une telle inférence vide de sa substance la condition relative à l'existence d'un différend. Deuxièmement, qu'advient-il de la condition de l'opposition manifeste du défendeur à une réclamation si celle-ci n'est pas claire, voire seulement implicite? Une réclamation qui ne serait qu'inférée n'est pas une réclamation. Il n'est pas exagéré d'attendre du demandeur qu'il fasse connaître son grief d'une manière ou d'une autre. Troisièmement, même si l'on infère l'existence de la réclamation en soi, l'objet du différend demeure vague et imprécis. Je reconnais qu'il appartient à la Cour de déterminer, de manière objective, ce qui constitue l'objet du différend, et qu'elle peut donc apporter elle-même un éclairage. Mais si procéder à pareille détermination objective par une analyse des protestations émises, des lettres échangées et des arguments avancés ultérieurement est une chose, cela en est une autre que de déterminer objectivement l'existence d'un différend non pas sur la base d'une réclamation formulée par le demandeur et de la réponse exprimée par le défendeur (y compris sous la forme d'un silence injustifié), mais en l'inférant du contexte général dans lequel évoluent les parties. Procéder de cette manière pour tenter une détermination objective est, à mon avis, très risqué, pour les parties comme pour la Cour, et pourrait aisément se transformer en abus de pouvoir. En l'espèce, les dangers sont évidents.

19. Dans son arrêt, la Cour ne s'arrête pas sur le caractère inédit de la présente instance. Au paragraphe 50, elle rappelle qu'«[i]l doit avoir été établi «que la réclamation de l'une des parties se heurte à l'opposition

manifeste de l'autre»», citant les affaires du *Sud-Ouest africain*. Puis, immédiatement après avoir rappelé ce critère, elle ajoute une phrase qui, dans les circonstances de l'espèce, suppose une modification radicale du droit applicable et occulte le fait qu'elle s'écarte ensuite de manière significative de sa jurisprudence. Elle dit en effet ce qui suit : « Il importe peu de savoir laquelle d'entre elles [c'est-à-dire les parties] est à l'origine de la réclamation, et laquelle s'y oppose. » Selon la situation propre à l'affaire, cela peut être exact. En l'espèce, il est très clair que tel n'est pas le cas.

20. L'écrasante majorité des procédures contentieuses concerne des différends dans le cadre desquels un grand nombre de protestations et de lettres diplomatiques a été échangé par les parties au sujet de l'objet du différend soumis à la Cour. Même si une exception préliminaire est soulevée relativement à l'existence du différend, elle peut être examinée dans le contexte factuel que constituent ces déclarations et protestations. Pour autant que l'exigence énoncée au paragraphe 50 fasse référence aux affaires dans lesquelles se présente pareille situation, je suis d'accord pour dire qu'il importe peu, pour rechercher si un différend s'est fait jour, de savoir si, en définitive, c'est le demandeur ou le défendeur qui était à l'origine de l'échange de protestations et de lettres diplomatiques. Ce qui compte, c'est que les éléments factuels du dossier établissent que la réclamation de l'une des parties s'est heurtée à l'opposition manifeste de l'autre. Or, et c'est là un point essentiel, c'est loin d'être le cas en l'espèce.

21. En particulier, lorsqu'une partie a gardé le silence plutôt que d'exprimer une opposition manifeste aux réclamations de l'autre partie, c'est à celle-ci qu'il appartient de démontrer que ce silence doit néanmoins être compris comme une opposition auxdites réclamations. Ainsi, dans les affaires où l'une des parties est restée silencieuse, ce sera toujours le demandeur qui sera à l'origine de la « réclamation » propre à faire naître le « différend ». Telle est la situation en l'espèce.

22. Avant de me pencher sur les conclusions de la Cour quant à l'existence des griefs qui fondent les demandes du Nicaragua, j'insiste sur le fait que celui-ci ne conteste pas directement l'affirmation de la Colombie selon laquelle il ne s'est pas plaint, à proprement parler, d'une violation du droit, et encore moins de manière officielle, avant de déposer sa requête. Le Nicaragua s'est borné à dire qu'il était « clair » qu'il existait un différend. Au paragraphe 3.5 de son exposé écrit sur les exceptions préliminaires de la Colombie, il affirmait qu'« [i]l est parfaitement clair que les deux Parties sont en désaccord sur différents points de droit, et que leurs thèses juridiques et intérêts s'opposent ». Mais il ne disait rien qui prouvât qu'une réclamation pour violation du droit avait été formulée par ses représentants, sous quelque forme que ce soit. Au contraire, au paragraphe 3.15 de son exposé écrit, il notait que l'« on peut se demander pourquoi la Colombie considère [que la responsabilité en] incombe au Nicaragua... ». Mais cela n'est qu'une autre manière de dire précisément ce que cette affaire a d'inédit. La question qui se pose en l'espèce n'est pas la même que dans d'autres affaires. Si la présente instance était semblable aux autres, la question à trancher serait celle de savoir si le défendeur — la Colombie — a fait part

de son opposition manifeste à la réclamation du Nicaragua ou a rejeté celle-ci. Or, cette question ne se pose pas; ce qu'il faut déterminer ici, c'est si le demandeur, tenu aux termes du paragraphe 1 de l'article 40 du Statut et du paragraphe 2 de l'article 38 du Règlement de la Cour de définir l'«objet du différend» dans sa requête, a jamais formulé, sous *quelque forme que ce soit*, la moindre réclamation pour violation du droit en lien avec le différend, de sorte que ladite réclamation ait pu se heurter à l'opposition manifeste du défendeur, établissant par là même l'existence du différend.

23. Compte tenu de ce qui précède, on ne saurait considérer, me semble-t-il, qu'un différend s'était fait jour entre les Parties si le Nicaragua n'avait pas formulé de «réclamation» susceptible d'être rejetée par la Colombie, et n'avait pas fait part à celle-ci de cette réclamation, sous quelque forme que ce soit. Autrement dit, le Nicaragua devait, avant le dépôt de sa requête, avoir communiqué à la Colombie ses vues sur les points de droit ou de fait constituant l'objet des réclamations qu'il a ensuite portées devant la Cour.

### 3. *Les conclusions de la Cour*

24. Dans son arrêt, la Cour commence, à juste titre, par se demander quels sont les griefs qui constituent selon le Nicaragua l'objet de l'instance; elle reconnaît ainsi que c'est à elle qu'il appartient d'évaluer objectivement et d'énoncer précisément l'objet du différend. Examinant la requête et le mémoire du Nicaragua, la Cour recense deux demandes, dont chacune repose sur un grief distinct. Dans la requête, l'«objet du différend» est décrit, premièrement, comme des «violations des droits souverains et des espaces maritimes du Nicaragua reconnus à celui-ci par la Cour dans son arrêt du 19 novembre 2012» et, deuxièmement, comme «la menace de la Colombie de recourir à la force pour commettre ces violations» (requête du Nicaragua, p. 3, par. 2). Les conclusions formulées dans le mémoire du Nicaragua confirment que ces deux griefs constituent l'objet de la présente instance. Une fois ces deux griefs mis en évidence, la Cour examine le point de savoir s'il existait un différend au sujet de l'un ou l'autre, ou des deux, au moment du dépôt de la requête.

25. S'agissant du premier grief, la Cour conclut, aux paragraphes 69 à 74, qu'il existait bien un différend portant sur les droits du Nicaragua dans les espaces maritimes en question au moment du dépôt de la requête. Pour parvenir à cette conclusion, elle se réfère à deux éléments de preuve en particulier. Ce qui est frappant, et mérite d'être souligné à ce stade, c'est le contraste avec l'affaire *Géorgie c. Fédération de Russie*, dans laquelle la Cour, cherchant à déterminer à quel moment il pouvait être dit que la Géorgie avait formulé une réclamation susceptible de se heurter à l'opposition manifeste de la Fédération de Russie, avait examiné plus de 50 éléments distincts, notamment des lettres, des déclarations, des décrets et d'autres documents déposés par le demandeur, la Géorgie.

26. S'agissant du point de savoir s'il existait un différend portant sur la menace de recours à la force, la Cour conclut, aux paragraphes 75 à 78,

que tel n'est pas le cas. Elle ne dit pas qu'il n'existait pas de différend parce que le Nicaragua n'avait formulé aucune réclamation, protestation ou objection relativement au recours à la force dont l'aurait menacé la Colombie; elle pouvait pourtant le faire, étant donné qu'il n'y a trace dans le dossier d'aucune réclamation, protestation ou menace; mais elle ne le fait pas. Au lieu de cela, elle renvoie à deux éléments qui prouvent que, pour les représentants du Nicaragua, le calme régnait en mer.

27. Les conclusions qui précèdent, selon lesquelles il existait un différend sur un point mais pas sur l'autre, sont à mon sens erronées. Avant d'expliquer les raisons de mon dissentiment, il me faut commencer par faire ce que la Cour n'a pas fait, à savoir examiner les éléments de preuve de manière approfondie.

#### 4. *L'examen des éléments de preuve*

28. Avant d'examiner l'ensemble des éléments de preuve produits en l'espèce, il importe de relever ce qui n'y figure pas: il n'y a aucune lettre de protestation diplomatique antérieure au dépôt de la requête du Nicaragua. Bien que les deux pays aient reconnu que leurs chefs d'Etat respectifs s'étaient réunis à plusieurs reprises, il n'y a aucun procès-verbal de ces réunions, ni de témoignages des personnes y ayant assisté. Étant donné que, pour déterminer si la condition de l'existence d'un différend est remplie, il est nécessaire d'examiner la réclamation du demandeur et le rejet ou la contestation du défendeur, il est particulièrement étonnant et révélateur que les éléments versés au dossier n'incluent qu'un nombre très limité de déclarations de responsables nicaraguayens. En réalité, seules quelques déclarations de ce type ont été invoquées par les Parties. En outre, la plupart d'entre elles proviennent d'articles de presse publiés à l'époque. La Cour n'a donc pas eu la possibilité, comme dans l'affaire *Géorgie c. Fédération de Russie*, de se borner à rechercher une «réclamation» contenue dans des déclarations du demandeur parmi des «documents et déclarations qui revêtent un caractère officiel» (*Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2011 (I)*, p. 86, par. 33). En l'espèce, seul un petit nombre de documents susceptibles d'exprimer pareille «réclamation» a été présenté.

29. Il importe de souligner également que les déclarations faites par des responsables nicaraguayens avant le dépôt de la requête du Nicaragua se divisent, du point de vue chronologique, en deux catégories: la première comprend les trois mois qui ont immédiatement suivi le prononcé de l'arrêt de la Cour en novembre 2012; et la seconde débute six mois plus tard pour prendre fin moins de deux mois avant le dépôt de la requête. Dans les paragraphes qui suivent, j'examinerai le point de savoir si l'une quelconque de ces déclarations contenait une «réclamation» susceptible de se heurter à l'«opposition manifeste» de la Colombie, de manière à engen-

drer un «différend» entre les Parties. Je rechercherai également si une telle «réclamation», à supposer qu'elle existe, avait trait à l'objet des demandes à présent soumises à la Cour.

30. Le 21 novembre 2012, un article de presse révélait que le président Ortega avait qualifié l'arrêt de 2012 de «victoire nationale», et exhorté son voisin sud-américain «à respecter la décision de la Cour» (mémoire du Nicaragua, annexe 26, «La Cour internationale attribue davantage d'espaces maritimes au Nicaragua et les cayes les plus éloignées, à la Colombie», *Diálogo*, 21 novembre 2012, p. 355-356). Je ne discerne dans ces déclarations aucune «réclamation» par laquelle il serait reproché à la Colombie de manquer aux obligations lui incombant, et encore moins de «réclamation» par laquelle il lui serait reproché de violer les droits que le Nicaragua invoque maintenant en la présente instance.

31. Le 26 novembre 2012, le président Ortega a adressé un discours au «peuple nicaraguayen» (mémoire du Nicaragua, annexe 27, «Message adressé par le président Daniel [Ortega] au peuple nicaraguayen», *El 19 Digital*, 26 novembre 2012, p. 359-362), dans lequel il mentionnait de nouveau l'arrêt de 2012, faisant état de «[ses] inquiétudes quant à la manière dont [le président colombien] a[vait] réagi en rejetant la décision de la Cour», ajoutant que,

«[d]urant les jours qui ont suivi cette décision, le président Santos a durci sa position en ajoutant à ses propos que les forces navales de l'Armada colombienne avaient pour mission de multiplier leurs activités de surveillance dans les territoires maritimes accordés par la Cour internationale de Justice au Nicaragua» (*ibid.*, p. 359).

Le président Ortega poursuivait son discours en relevant que, en réponse à ces propos et actes, «le Gouvernement du Nicaragua a[vait] réagi très posément», et qu'il a[vait] «attendu, et escompt[é], que le Gouvernement colombien décide une fois pour toutes de se conformer à la décision de la Cour internationale de Justice». Il ajoutait que la volonté du Nicaragua était d'établir de «nouvelles conventions avec la Colombie afin de combattre le trafic de drogue et le crime organisé», et évoquait les questions liées à la pêche.

32. Dans ces déclarations non plus, aucune accusation n'est formulée concernant une quelconque menace de recours à la force qu'aurait proférée la Colombie. Qui plus est, aucune accusation n'est formulée concernant une quelconque violation, par la Colombie, des droits souverains ou des espaces maritimes du Nicaragua. Tout au plus, les propos tenus par le président Ortega pourraient-ils constituer une réclamation relative à l'exécution, par la Colombie, de l'arrêt de 2012; mais le Nicaragua reconnaît lui-même que le différend qu'il invoque devant la Cour «ne concerne pas une «divergence d'opinions ou de vues entre les parties quant au sens et à la portée d'un arrêt rendu par la Cour»» (mémoire du Nicaragua, p. 17, par. 1.33).

33. Le 29 novembre 2012, le président Ortega aurait indiqué, peu avant une rencontre avec son homologue à Mexico, qu'il souhaitait «tendre la main au président Santos et lui dire que la population nicaraguayenne et

[lui]-même av[aient] à cœur de régler le problème en toute fraternité» (mémoire du Nicaragua, annexe 31, «MM. Santos et Ortega se rencontreront samedi à Mexico», *La República*, 29 novembre 2012). Il n'existe pas de compte rendu officiel de la rencontre des deux présidents, qui eut lieu le 1<sup>er</sup> décembre 2012. La Colombie se réfère à un communiqué de presse dans lequel le président Santos révèle une partie des échanges :

«Nous — la ministre des affaires étrangères et moi-même — nous sommes réunis avec le président Ortega. Nous lui avons exposé notre position dans les termes les plus clairs : nous voulons que soient rétablis et garantis les différents droits des Colombiens, ceux des *raizales*, des droits qui incluent, mais sans s'y limiter, ceux des pêcheurs pratiquant la pêche artisanale. Il nous a entendus.

.....

Nous allons également continuer d'explorer les mécanismes qui sont à la disposition de la Cour internationale de La Haye et de la diplomatie internationale pour rétablir les droits auxquels cet arrêt a porté atteinte. Cela n'exclut pas ces voies de communication avec le Nicaragua, qui, à mon sens, constituent un important complément.

En ce sens, nous continuerons à rechercher — et nous l'avons dit clairement au président Ortega — le rétablissement des droits auxquels cet arrêt a porté atteinte sur une question chère aux Colombiens». (Exceptions préliminaires de la République de Colombie, annexe 9, «Déclaration du président de la République de Colombie», 1<sup>er</sup> décembre 2012, p. 109-110.)

34. D'après un autre article publié le 3 décembre 2012, M. Santos aurait déclaré après la réunion que,

«à la suite de cette rencontre, les deux gouvernements aborderaient la question de l'arrêt de la Cour de La Haye avec discernement et circonspection : « Nous procéderons avec discernement et circonspection, sans nous insulter par médias interposés. S'il y a un problème, nous nous consulterons par téléphone. » » (Exposé écrit de la République du Nicaragua sur les exceptions préliminaires de la République de Colombie, annexe 5, «Le Gouvernement de la Colombie ne mettra pas en œuvre l'arrêt de la CIJ tant que les droits des Colombiens n'auront pas été rétablis», *El Salvador Noticias.net*, 3 décembre 2012, p. 103.)

35. Le Nicaragua a souligné qu'il cherchait, par cette réunion, à «engager un dialogue constructif sur l'exécution de l'arrêt du 19 novembre» (mémoire du Nicaragua, par. 2.7). Selon lui, il ressort des propos échangés à cette occasion entre les présidents que «[l]a position du président Santos était que son pays ne se conformerait pas à l'arrêt de la Cour tant que «les droits des Colombiens, qui [avaient] été bafoués, n'aur[aient] pas

été rétablis et leur respect, garanti»» (CR 2015/23, p. 12, par. 9 (Arguëllo); mémoire du Nicaragua, par. 2.7). Il n'a présenté toutefois aucun élément qui attesterait de la position adoptée par le président nicaraguayen au cours de la réunion, se contentant d'affirmer que

«le président Ortega a[vait] exposé la position du Nicaragua, soulignant que, s'il était essentiel que les deux Etats respectent l'arrêt de la Cour, les modalités de sa mise en œuvre pouvaient encore se discuter; quoi qu'il en fût, la question devait être réglée de manière pacifique et sans confrontation» (mémoire du Nicaragua, par. 2.7, citant un article de presse publié avant la rencontre: «MM. Santos et Ortega se rencontreront samedi à Mexico», *La República*, 29 novembre 2012; *ibid.*, annexe 31, p. 379).

36. Dès lors, il est impossible d'inférer que le Nicaragua avait, au cours de cette réunion, formulé une quelconque «réclamation» susceptible de donner naissance à un «différend» entre les Parties. En outre, les déclarations publiques qu'ont faites les deux présidents à la même époque portaient essentiellement sur le respect de l'arrêt de 2012 par la Colombie. Toute «réclamation» qui se dégagerait de ces déclarations porterait donc sur un objet autre que la violation alléguée des droits souverains et des espaces maritimes du Nicaragua ou que le manquement de la Colombie à ses obligations relatives à l'emploi de la force, que le Nicaragua invoque en l'espèce.

37. Le 5 décembre 2012, le général Avilés, commandant en chef de l'armée nicaraguayenne, a confirmé que les autorités de son pays étaient en contact avec leurs homologues colombiennes, et qu'«il n'y a[vait] eu aucune tentative d'arraisonnement de bateaux de pêche» (CR 2015/22, p. 33, par. 10 (Bundy)). Le même jour, le président Ortega s'est de nouveau entretenu avec le président Santos. Selon un article de presse consacré à cette réunion,

«le Président Ortega a également dit que la marine nicaraguayenne avait reçu l'ordre de ne pas arraisonner de pêcheurs colombiens au cours de ce qu'il a qualifié de «période de transition».

«Nous devons procéder pas à pas, jusqu'à ce que l'arrêt de la Cour soit pleinement respecté, sans porter atteinte à la réserve ni provoquer d'incidence sur les pêcheurs ou les activités menées sur l'île de San Andrés», a-t-il affirmé.» (Mémoire du Nicaragua, annexe 33, «Nicaragua: pas de concessions pétrolières dans la réserve Seaflower», *Nicaragua Dispatch*, 6 décembre 2012, p. 387.)

Là encore, rien dans ces déclarations n'indique que le Nicaragua ait fait grief à la Colombie d'avoir manqué aux obligations juridiques qui lui incombent, et encore moins que cette dernière ait manqué à ses obligations en ce qui concerne l'emploi de la force ou les droits souverains et les espaces maritimes du Nicaragua.

38. Les deux présidents se sont de nouveau réunis en février 2013. Un article de presse a rapporté ce qui suit:

«Selon le président Ortega, il est nécessaire de trouver, par le dialogue, des mécanismes permettant de parvenir à un consensus, grâce auxquels nos deux nations se rapprocheront au lieu de s'affronter: «Je propose au Gouvernement colombien et au président (Juan Manuel) Santos de mettre en place ces commissions au plus tôt afin qu'elles puissent procéder à la démarcation dans la zone où les Raizals peuvent pêcher conformément à leurs droits historiques»... Ortega soutient que la question a été instrumentalisée par la Colombie à des fins «électorales» et que «de puissants intérêts» incitent à un affrontement armé entre le Nicaragua et la Colombie, dans les eaux que La Haye a attribuées à son pays. «Je suis persuadé que le président Santos et les Colombiens savent bien que recourir à la force en déployant des navires de guerre dans la zone concernée n'est pas la solution face à l'arrêt de la Cour internationale de Justice; il faut au contraire s'organiser, organiser la mise en œuvre de cette décision, son application», a-t-il affirmé. Le président Ortega a indiqué qu'il avait pu évoquer la question avec son homologue colombien à plusieurs reprises, au Mexique, lors de l'investiture du président Enrique Peña Nieto, et au cours du récent sommet des Etats latino-américains tenu au Chili, et qu'il avait toujours été question de prendre des mesures conjointes. Il a affirmé que son pays n'avait aucun intérêt à rechercher le conflit avec qui que ce soit, et que les gardes-côtes nicaraguayens se bornaient à «faire respecter la décision de La Haye «fermement et calmement», en veillant à donner «la priorité au dialogue»» (Mémoire du Nicaragua, annexe 35, «Le Nicaragua demande à Bogotá de constituer des commissions chargées de l'application de l'arrêt de La Haye», *La Opinión*, 22 février 2013, p. 395-396.)

Cette déclaration est la première pièce versée au dossier qui évoque l'hypothèse d'un affrontement armé entre les deux Etats. Elle appelle toutefois deux commentaires. Premièrement, c'est non pas le président qui fait cette supposition, mais le journaliste. Le président semble au contraire reconnaître que «les Colombiens savent bien que recourir à la force ... n'est pas la solution». Deuxièmement, M. Ortega ne formule à l'encontre de la Colombie aucune accusation précise de violation des droits souverains ou des espaces maritimes du Nicaragua, ou des obligations internationales relatives à l'emploi de la force. Ces déclarations ne peuvent tout simplement pas être interprétées comme une «réclamation» juridique adressée à la Colombie à cet égard.

39. De par la date à laquelle elles ont été faites (entre novembre 2012 et février 2013), ces déclarations relèvent de la première catégorie des éléments de preuve. La deuxième catégorie de déclarations comprend celles faites environ cinq mois après les premières, peu de temps avant le dépôt de la requête du Nicaragua en la présente instance (soit entre août et novembre 2013).

40. Il ressort de plusieurs de ces déclarations que le Nicaragua a toujours considéré que le calme régnait en mer, et qu'il n'«accusait» nullement la Colombie de violer ses droits souverains ou ses espaces maritimes

ni de le menacer de recours à la force. Le 14 août 2013, par exemple, le président Ortega déclarait ce qui suit :

«[N]ous devons reconnaître que ... la marine colombienne, qui est très puissante, qui dispose assurément d'une très grande puissance militaire, s'est montrée prudente et respectueuse, et qu'aucune confrontation n'a eu lieu entre les forces navales colombiennes et nicaraguayennes.» (Exceptions préliminaires de la Colombie, annexe 11, «Déclaration du président de la République du Nicaragua», 14 août 2013, p. 118.)

Le 18 novembre 2013, le commandant en chef de la marine nicaraguayenne, l'amiral Corrales Rodríguez, a également déclaré ce qui suit : «Il n'y a pas eu le moindre conflit, et je tiens par conséquent à souligner que, en une année de présence, nous n'avons rencontré aucun problème avec les forces navales colombiennes.» (*Ibid.*, annexe 43, «En patrouille dans la mer reconquise», *El Nuevo Diario*, 18 novembre 2013, p. 355.)

41. D'autres déclarations faites à cette époque se rapportent à l'exécution de l'arrêt. Le 23 août 2013, par exemple, on pouvait lire ce qui suit dans la presse :

«Le Nicaragua ... affirme que la décision est déjà mise en œuvre et que la décision du Gouvernement colombien de ne pas la respecter défie le bon sens. «L'arrêt de la CIJ produit ses effets depuis le 19 novembre 2012. En fait, la Colombie a fait appel à un certain nombre de cabinets juridiques pour recenser les ressources territoriales», a affirmé Mauricio Herdocia, l'avocat qui représente le Nicaragua dans cette affaire. «Toutes les questions seront, en fait, réglées par la Cour, dont le Règlement dispose qu'un arrêt doit être respecté même lorsque qu'un recours est envisagé», a ajouté Herdocia.» (Mémoire du Nicaragua, annexe 38, «Selon le vice-président, la décision de la Cour mondiale sur les frontières maritimes est inapplicable en Colombie», *Colombia Reports*, 23 août 2013, p. 407-408.)

42. Outre qu'elle n'émane pas d'un représentant du Gouvernement nicaraguayen, cette déclaration ne contient de toute façon aucune «réclamation» particulière concernant le comportement de la Colombie, qui serait susceptible d'être rejetée par cette dernière.

43. Le 10 septembre 2013, le président Ortega aurait déclaré ce qui suit :

«L'appel que je lance au président Santos, au Gouvernement de Colombie, à certains gouverneurs d'Amérique centrale qui font des déclarations parlant d'expansionnisme, c'est qu'à l'heure actuelle le droit doit prévaloir, et non la force... Recourir à la force équivaudrait à un retour à l'âge de pierre. Choisir la voie de la légalité entraînerait un renforcement de la paix; opter pour la force reviendrait à créer une nouvelle zone de conflit dans le monde. Choisir la légalité permettra d'éloigner la guerre et d'œuvrer pour la paix dans le monde», a-t-il assuré. Ainsi, il a réaffirmé que le Nicaragua était attaché à la paix, comme les pays d'Amérique latine et les Caraïbes.» (Mémoire du

Nicaragua, annexe 39, «Daniel: 40 ans après le martyre d'Allende, la paix doit prévaloir», *El 19 Digital*, 11 septembre 2013, p. 411.)

44. Devant l'insistance de la Colombie à négocier avec le Nicaragua un traité permettant d'exécuter l'arrêt de 2012, le président Ortega a répondu :

«Nous comprenons la position du président Santos, mais nous ne pouvons dire que nous l'approuvons... Nous convenons que le dialogue est nécessaire et qu'il faut rechercher un genre d'accord ou de traité — qu'importe le nom qu'on lui donnera — afin d'assurer la mise en œuvre harmonieuse de l'arrêt de la Cour internationale de Justice.» (Mémoire du Nicaragua, annexe 39.)

Le président Ortega a également déclaré :

«Les décisions de la Cour sont obligatoires... Elles ne souffrent pas de discussion car cela reviendrait à manquer de respect à la Cour. C'est comme si nous décidions de ne pas exécuter une décision au motif que nous n'avons pas obtenu tout ce que nous avons demandé, c'est-à-dire, en l'espèce, l'archipel de San Andrés.

.....

Le Nicaragua aspire à la paix... Nous n'avons pas d'ambitions expansionnistes ... nous ne voulons rien d'autre que ce qui nous a été accordé par l'arrêt de la Cour de La Haye.» (Exposé écrit de la République du Nicaragua sur les exceptions préliminaires de la République de Colombie, annexe 7, «La Colombie entend remettre en cause la frontière maritime avec le Nicaragua», *ABC News*, 10 septembre 2013, p. 115.)

45. Trois points ressortent clairement de ces déclarations faites par le président Ortega le 10 septembre. Premièrement, s'il rappelle que le Nicaragua aspire à la «paix», le président n'accuse nullement la Colombie de menacer cette «paix», ni d'enfreindre les droits du Nicaragua. Deuxièmement, bien que ces déclarations aient été faites le lendemain de la promulgation par la Colombie du décret 1946, le président Ortega n'y fait nullement référence, alors que ce texte est à présent au cœur du «différend» qui serait né entre les deux Parties à l'époque (mémoire du Nicaragua, p. 26-33). Troisièmement, à supposer que ces déclarations contiennent une quelconque «réclamation» du Nicaragua ou révèlent un désaccord entre les Parties, la mésentente ne porterait que sur les mesures à mettre en œuvre pour donner effet à l'arrêt de novembre 2012 et, plus précisément, comme le souligne le Nicaragua, à l'«obligation de conclure un traité pour donner à l'arrêt de novembre 2012 un caractère exécutoire ou contraignant vis-à-vis des Parties» (*ibid.*, par. 2.59). Ces déclarations, en revanche, ne contiennent aucune accusation de violation par la Colombie des droits souverains ou des espaces maritimes du Nicaragua, ni ne font état d'une quelconque menace de recours à la force.

46. Le 12 septembre 2013, le Parlement nicaraguayen a déclaré « approuver pleinement la position du Gouvernement du Nicaragua qui permettra une solution pacifique, *via* la conclusion d'un traité donnant effet à l'arrêt de la CIJ » (mémoire du Nicaragua, par. 2.59; et annexe 40, « L'Assemblée nicaraguayenne favorable au dialogue avec la Colombie », *El Universal*, 12 septembre 2013). Les députés ont aussi appelé la Colombie à « respecter le droit international et [à] se conformer à la décision de la Cour internationale de Justice, qui est définitive et d'exécution obligatoire. » Cette déclaration peut tout au plus laisser entendre que la Colombie devait encore respecter l'arrêt de 2012, mais ne contient aucune « réclamation » concernant une quelconque violation des droits souverains ou des espaces maritimes du Nicaragua, ni une quelconque menace de recours à la force liées à ce non-respect présumé de l'arrêt.

47. Le 13 septembre 2013, le président Ortega a demandé de nouveau la création d'une commission chargée de veiller à l'exécution de l'arrêt de 2012 :

« Nous sommes disposés à créer une commission qui se réunirait avec une commission équivalente du Gouvernement de la Colombie, notre pays frère. Ainsi, nous pourrions, ensemble, rendre possible la mise en œuvre de l'arrêt de la Cour, et nous y veillerons en mettant les moyens nécessaires. En effet, l'arrêt a déjà été rendu, il n'y a plus qu'à lui donner effet, et ce, par un traité entre la Colombie et le Nicaragua... Par ce traité, nos deux pays se mettront en conformité avec l'arrêt de la CIJ. C'est la voie qui mène à la paix, à l'unité et à la fraternité. (Exceptions préliminaires de la Colombie, annexe 41, « M. Ortega déclare que le Nicaragua est disposé à créer une commission visant à ratifier l'arrêt rendu par la CIJ », *La Jornada*, 13 septembre 2013, p. 345.)

48. Cette déclaration est, parmi celles invoquées par les Parties, la dernière du président Ortega avant le dépôt de la requête du Nicaragua, le 26 novembre 2013.

49. Aucune des déclarations susmentionnées — qu'elles soient prises individuellement ou dans leur ensemble — ne peut être interprétée comme constituant une « réclamation » susceptible d'être rejetée par la Colombie. Ce qui est révélateur, c'est ce que ces déclarations ne disent pas, tout comme l'absence d'autres qui n'ont pas été produites. Deux points méritent d'être soulignés.

50. Premièrement, rien ne prouve que le Nicaragua ait jamais fait grief à la Colombie de ses agissements en invoquant les droits juridiques à présent en cause devant la Cour. En réalité, les déclarations faites par des responsables nicaraguayens sont en général vagues et imprécises; et celles qui *sont* précises font référence non pas à l'objet des réclamations portées devant la Cour, mais aux mesures qu'il était nécessaire de prendre pour exécuter l'arrêt de 2012.

51. Deuxièmement, un certain nombre de ces déclarations laissent pen-

ser l'inverse, à savoir que les Parties ne considéraient pas que leurs griefs «se heurtaient à l'opposition manifeste» de l'autre, et soulignent au contraire les efforts constructifs déployés pour mettre en œuvre l'arrêt de 2012.

52. S'il peut être justifié, comme je l'ai dit plus haut, d'inférer du comportement d'un défendeur un rejet implicite des réclamations formulées par un demandeur, l'inverse ne saurait être vrai. La Colombie ne peut rejeter — ni expressément ni implicitement — des réclamations qui n'ont jamais été formulées. Dans les circonstances de l'espèce, on voit mal en quoi l'une quelconque des déclarations citées plus haut a pu constituer une «réclamation» susceptible de «se heurter à l'opposition manifeste» de la Colombie ou d'engendrer un «désaccord sur un point de droit ou de fait» entre les Parties au sujet des droits à présent en litige.

53. Après avoir examiné avec attention les éléments factuels de l'affaire, je conclus que le Nicaragua, avant de déposer sa requête, n'avait jamais reproché à la Colombie d'avoir violé ses droits souverains ou ses espaces maritimes, ni d'avoir enfreint l'interdiction de recourir à la menace de la force. Dès lors, il ne pouvait exister entre les Parties de «différend» sur ces questions à la date requise. A supposer qu'un différend se *soit fait* jour, il ne pouvait porter que sur la manière dont les Parties interprétaient ou appliquaient l'arrêt de 2012. Or ce n'est pas la question que le Nicaragua a demandé à la Cour de trancher en l'espèce.

5. *L'analyse de la Cour est infirmée par les éléments versés au dossier*

54. Ayant examiné les éléments de preuve produits en l'espèce, j'en reviens aux conclusions de la Cour, résumées plus haut, selon lesquelles l'un des différends existait, mais pas l'autre.

55. Au paragraphe 69, la Cour commence son analyse quant à l'existence d'un différend sur les droits souverains et les espaces maritimes du Nicaragua en ces termes :

«[A] la suite du prononcé de l'arrêt de 2012, le président colombien a proposé au Nicaragua de négocier un traité concernant les effets dudit arrêt, et ... le président nicaraguayen s'est, quant à lui, maintes fois montré disposé à engager des négociations en vue de conclure un traité qui permettrait de donner effet à l'arrêt, en tenant compte des préoccupations de la Colombie en matière de pêche, de protection de l'environnement et de trafic de drogue.»

J'en déduis logiquement que, à la suite du prononcé de l'arrêt de 2012, il n'existait pas de différend entre les Parties à l'égard des droits souverains et des espaces maritimes du Nicaragua. Cependant, la Cour anticipe cette déduction en tirant, dans le même paragraphe, la conclusion — singulière, à mon sens — que «le fait que les Parties restaient disposées à dialoguer ne prouve pas en soi que, à la date du dépôt de la requête, il n'existait pas entre elles de différend».

56. Comme je l'ai indiqué précédemment (par. 25), la Cour fait référence, au paragraphe 69, à deux éléments de preuve: la déclaration du président colombien, M. Santos, en date du 1<sup>er</sup> décembre 2012 et celle du président nicaraguayen, M. Ortega, en date du 10 septembre 2013. Ce sont les seuls éléments sur lesquels elle s'appuie pour conclure qu'«[i]l ressort de ces déclarations que les Parties avaient des points de vue opposés sur la question de leurs droits respectifs dans les espaces maritimes visés par l'arrêt de 2012» et qu'il existait donc un différend. La Cour conclut en particulier que «les Parties avaient des points de vue opposés» après avoir juxtaposé la déclaration du président Santos de décembre 2012 et celle du président Ortega de septembre 2013. Or, il y a lieu de souligner trois failles dans ce raisonnement :

- Premièrement, conformément à la jurisprudence, il s'agissait de déterminer si le Nicaragua avait jamais formulé une quelconque réclamation susceptible de se heurter à une opposition manifeste de la part de la Colombie. A cet égard, seul l'un des deux éléments de preuve était réellement pertinent. La question n'était pas de savoir si les déclarations des deux Etats faites à près d'un an d'intervalle devaient être interprétées comme traduisant un conflit d'intérêts.
- Deuxièmement, les déclarations citées laissent tout au plus apparaître un conflit d'intérêts concernant l'exécution de l'arrêt de 2012. Or, comme le Nicaragua et la Cour l'ont répété maintes fois, la question de l'inexécution de cet arrêt n'est pas l'objet du différend en l'espèce. Les déclarations du président Ortega (il y en a deux en date du 10 septembre 2013), citées *in extenso* et examinées aux paragraphes 43 à 45 ci-dessus, témoignent de la préférence du Nicaragua pour la «paix» et ne contiennent aucune allégation selon laquelle la Colombie menacerait cette «paix», ni ne dénoncent une quelconque atteinte aux droits du Nicaragua. De plus, elles ont été formulées le jour suivant la promulgation, par la Colombie, du décret 1946, qui n'est pas même mentionné par le président Ortega alors qu'il occupe maintenant une place centrale dans le «différend» qui aurait existé entre les deux Parties à cette date (mémoire du Nicaragua, p. 26-33). Les déclarations du 10 septembre 2013 ne font état d'aucune «réclamation» à l'égard de la Colombie concernant une violation des droits souverains et des espaces maritimes du Nicaragua ou une quelconque menace de recours à la force.
- Troisièmement, il est frappant que la Cour ait choisi de mettre en parallèle deux déclarations faites à près d'un an d'intervalle. L'entretien accordé à la presse le 15 septembre 2013 par la ministre colombienne des affaires étrangères, peu après la déclaration faite par le président Ortega le 10 septembre 2013, semble plus pertinent que la déclaration faite par le président Santos le 1<sup>er</sup> décembre 2012 (soit quelques jours seulement après le prononcé de l'arrêt). Tel était en effet le point de vue de la ministre, María A. Holguín :

«*María A. Holguín s'exprime sur les quatre axes de la défense de la souveraineté nationale dans la mer des Caraïbes.*

La ministre des affaires étrangères, M<sup>me</sup> María Angela Holguín, a expliqué à *El Tiempo* la portée de la «stratégie globale» visant à défendre la souveraineté colombienne dans la mer des Caraïbes. Elle a indiqué que le gouvernement n'avait pas désavoué l'arrêt de la Cour de La Haye — dans lequel celle-ci a reconnu davantage de droits au Nicaragua sur ces eaux —, mais que le pays se heurtait «à un obstacle juridique» l'empêchant de l'appliquer.

.....  
*Quand et comment entendez-vous dialoguer avec le Nicaragua afin de signer un traité de limites?*

La Colombie est prête à dialoguer avec le Nicaragua en vue de signer un traité qui établisse les frontières et un régime juridique contribuant à la sécurité et à la stabilité de la région. Le gouvernement a indiqué qu'il attendait la décision de la Cour constitutionnelle avant de prendre la moindre mesure.» (Exceptions préliminaires de la Colombie, annexe 42, «La ministre des affaires étrangères explique en détail la stratégie adoptée contre le Nicaragua», *El Tiempo*, 15 septembre 2013, p. 349.)

La Cour ne s'est pas penchée sur les propos de la ministre María A. Holguín, qui sont contemporains de ceux du président Ortega et qui remettent dans leur contexte les déclarations antérieures du président Santos, indiquant que la Colombie ne «s'opposait» pas à la mise en œuvre de l'arrêt de 2012, ni n'en contestait le caractère contraignant, mais s'interrogeait sur les mesures juridiques nécessaires à son application.

57. Au paragraphe 70 de l'arrêt, faisant référence à «la proclamation, par la Colombie, d'une «zone contiguë unique»», la Cour relève que «les Parties ont adopté des positions différentes quant aux implications de cet acte en droit international». Elle ne cite cependant aucun élément qui montrerait sous quelle forme ou par quel moyen ces «positions différentes» se sont exprimées, et pour cause: elle ne disposait tout simplement pas de tels éléments.

58. Au paragraphe 72, la Cour fait observer qu'une «protestation diplomatique officielle» n'est pas une condition préalable. J'en conviens. Toutefois, en la présente affaire, il n'y a pas davantage de protestation officieuse, ni de déclaration qui constituerait une réclamation de la part du Nicaragua quant à la violation d'un droit. La Cour ne traite pas dans l'arrêt de l'exception soulevée par la Colombie en raison de l'absence d'une telle réclamation ou plainte sous quelque forme que ce soit. Au contraire, elle dit — à nouveau sans s'appuyer sur le dossier — que

«les éléments de preuve indiquent clairement, dans les circonstances propres à l'affaire, que... la Colombie savait que la promulgation du décret 1946 et son comportement dans les espaces maritimes que la

Cour avait reconnu au Nicaragua dans son arrêt de 2012 se heurtaient à l'opposition manifeste du Nicaragua» (arrêt, par. 73).

Ce faisant, la Cour va complètement au rebours de sa jurisprudence concernant la condition selon laquelle il doit exister un différend au moment du dépôt de la requête. En l'espèce, elle ne cherche pas à savoir si le demandeur — le Nicaragua — s'est plaint de quelque manière que ce soit d'une violation du droit avant le dépôt de la requête; mais elle déduit que le défendeur devait «savoir» que les mesures qu'il avait prises se heurtaient à l'opposition manifeste du demandeur. Malgré tout le respect que je lui dois, force m'est de constater que la Cour, dans ce raisonnement, méconnaît sa jurisprudence relative à la condition de l'existence d'un différend. Par ce qu'il tait, ce raisonnement ne rend pas fidèlement compte de tous les éléments existants. Cette conclusion de la Cour met de fait un terme à l'application de la condition justifiée de l'existence d'un différend.

59. S'agissant de la question de savoir si un différend existait au sujet de la menace de recours à la force, la Cour ne conclut pas à l'absence d'un tel différend au motif que le Nicaragua n'a pas formulé de réclamation, ni de protestation ou objection face à une quelconque menace de la Colombie de recourir à la force. Elle aurait pu le faire, puisqu'il n'y a effectivement aucune trace de réclamation, protestation ou menace dans le dossier. Au contraire, l'arrêt renvoie à des éléments qui prouvent que, pour les représentants du Gouvernement nicaraguayen, la situation en mer était calme. D'après une déclaration faite par le président du Nicaragua le 14 août 2013, «aucune confrontation n'a eu lieu entre les forces navales» des deux Etats. Le 18 novembre 2013, le commandant en chef de la marine nicaraguayenne déclarait qu'il n'y avait aucun problème ou conflit avec les forces navales colombiennes. Il est singulier que la Cour ne se soit pas penchée sur la question de savoir si, pour commencer, il y avait eu une réclamation pour violation présumée du droit. Il y a dans l'arrêt une confusion entre la tâche qui consiste à établir l'existence d'une réclamation formulée par le demandeur au sujet d'une violation du droit et celle, éventuellement nécessaire, qui consiste à inférer l'existence d'une opposition manifeste à cette réclamation par le défendeur. En dehors de la question de savoir en quoi des déclarations faisant état d'une situation calme ou d'une absence de conflit sont pertinentes pour apprécier l'existence d'un différend qui concernerait la *menace* de la force, le fait est qu'il n'existe pas de réclamation que le Nicaragua aurait formulée, sous quelque forme que ce soit, avant le dépôt de sa requête, dans laquelle il reproche à la Colombie de l'avoir menacé de recourir à la force.

60. Si la Cour avait conclu dans l'arrêt qu'il n'existait aucun différend relativement à la menace de la Colombie de recourir à la force parce que le Nicaragua n'avait formulé à cet égard aucune réclamation pour violation du droit, alors le même raisonnement devrait conduire à la même conclusion, à savoir qu'il n'existait aucun différend relativement aux droits du Nicaragua dans les espaces maritimes en cause.

### III. LA TROISIÈME EXCEPTION PRÉLIMINAIRE SUR LA QUESTION D'ÉVENTUELLES NÉGOCIATIONS

61. L'article II du pacte de Bogotá dispose notamment que, «au cas où surgirait, entre deux ou plusieurs Etats signataires, un différend qui, de l'avis de l'une des parties, ne pourrait être résolu au moyen de négociations directes suivant les voies diplomatiques ordinaires, les parties s'engagent à employer les procédures établies dans ce Traité...». Dans le présent arrêt, la Cour s'appuie sur sa conclusion de 1988, selon laquelle la référence aux négociations directes qui est faite dans cet article «constitue dans tous les cas une condition préalable du recours aux procédures pacifiques du pacte» (*Actions armées frontalières et transfrontalières (Nicaragua c. Honduras)*, compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 1988, p. 94, par. 62). Ce faisant, la Cour conclut au paragraphe 95 que le critère permettant de déterminer si un règlement est impossible est celui de savoir «si les éléments de preuve qui lui ont été soumis démontrent que, à la date du dépôt de la requête du Nicaragua, aucune des deux Parties ne pouvait soutenir de manière plausible que le différend qui les opposait pouvait être résolu au moyen de négociations directes suivant les voies diplomatiques ordinaires» (arrêt, par. 95).

62. La Cour estime qu'aucun des éléments qui lui ont été soumis «n'indique que, à la date du dépôt de la requête du Nicaragua, les Parties avaient envisagé, ou étaient en mesure, de tenir des négociations en vue de régler le différend relatif à de prétendues violations par la Colombie des droits du Nicaragua dans les zones maritimes» concernées; c'est pour ce motif qu'elle rejette la troisième exception préliminaire de la Colombie (*ibid.*, par. 100-101).

63. Je conviens avec la Cour qu'une obligation de négocier est réputée satisfaite dès lors qu'il n'y a aucune perspective de règlement. Dans l'affaire *Mavrommatis*, sa devancière avait décrit comme suit l'exception à l'obligation de mener des négociations qui incombait aux parties :

«Une négociation ne suppose pas toujours et nécessairement une série plus ou moins longue de notes et de dépêches; ce peut être assez qu'une conversation ait été entamée; cette conversation a pu être très courte: tel est le cas si elle a rencontré un point mort, si elle s'est heurtée finalement à un *non possumus* ou à un *non volumus* péremptoire de l'une des Parties et qu'ainsi il est apparu avec évidence que le différend n'est pas susceptible d'être réglé par une négociation diplomatique.» (*Concessions Mavrommatis en Palestine*, arrêt n° 2, 1924, C.P.J.I. série A n° 2, p. 13.)

64. Toutefois, les éléments de preuve en l'espèce non seulement n'étaient pas la conclusion de la Cour, selon laquelle «[a]ucun élément ... n'indique que... les Parties avaient envisagé, ou étaient en mesure, de tenir des négociations en vue de régler le différend» (arrêt, par. 100), mais au contraire l'*infirmité*.

65. La Cour commence son raisonnement en constatant que, «par

divers échanges qu'ont eus leurs chefs d'Etat depuis le prononcé de l'arrêt de 2012, l'une et l'autre des Parties avaient indiqué être prêtes à engager un dialogue pour examiner certaines questions soulevées par la Colombie conséquemment à l'arrêt» (arrêt, par. 97). C'est en effet ce que montrent les éléments de preuve.

66. La Cour observe également ce qui suit :

« Parmi les questions au sujet desquelles les Parties envisageaient de dialoguer, figuraient notamment [1] les activités de pêche des habitants de San Andrés, Providencia et Santa Catalina dans des eaux dont la Cour a reconnu qu'elles appartenaient au Nicaragua, [2] la protection de la réserve de biosphère marine Seaflower et [3] la lutte contre le trafic de drogue dans la mer des Caraïbes. » (*Ibid.*)

Là encore, cette constatation est corroborée par les éléments de preuve.

67. Ainsi, d'entrée de jeu, la constatation de la Cour selon laquelle il n'existe « [a]ucun élément » indiquant que les Parties avaient envisagé de tenir des négociations n'est pas cohérente avec les éléments disponibles.

68. Cependant, la Cour s'exprime de manière plus subtile et met l'accent sur le fait qu'il n'existe pas d'élément de preuve indiquant que les Parties envisageaient de tenir des négociations « *en vue de régler le différend* » (*ibid.*, par. 100 ; les italiques sont de moi).

69. A y regarder de plus près, le raisonnement de la Cour repose sur l'idée que les Parties, bien qu'elles se soient déclarées prêtes à aborder les questions de fond, subordonnaient toutes deux les négociations à des conditions si diamétralement opposées qu'elles n'envisageaient pas de négocier un règlement ou n'étaient pas en mesure de le faire. La Cour évoque ces conditions au paragraphe 98 de l'arrêt.

70. S'agissant des conditions qu'aurait imposées le Nicaragua, la Cour semble, au paragraphe 98, renvoyer à sa propre définition de ce qu'elle estime être le différend du Nicaragua. Elle écrit que « [les négociations] devaient, dans [l']esprit [du Nicaragua], se limiter aux modalités ou mécanismes d'exécution de [l']arrêt [de 2012] », mais elle ne s'appuie sur aucune déclaration du Nicaragua et ne cite, de fait, aucun élément de preuve.

71. S'agissant des conditions qu'aurait imposées la Colombie, la Cour déclare, au paragraphe 98, que celle-ci n'a pas « circonscri[t] » ainsi l'objet des négociations, et cite l'entretien accordé le 15 septembre 2013 par la ministre colombienne des affaires étrangères, M<sup>me</sup> María A. Holguín, qui est reproduit plus haut au paragraphe 56. Elle reprend les propos de la ministre, qui déclarait que la Colombie était ouverte à un dialogue avec le Nicaragua pour « *signer un traité qui établ[ît] les frontières* », afin de démontrer que, si les deux nations étaient peut-être ouvertes au dialogue, leurs positions étaient relativement différentes sur le contenu de celui-ci, ce qui rendait très improbables les perspectives de règlement.

72. Le parallèle que fait la Cour entre les objectifs de négociation est infondé, tant au vu du dossier qu'en droit.

— Premièrement, à maintes reprises ailleurs dans l'arrêt, la Cour rappelle à juste titre l'importance d'examiner le fond et non la forme. Pourtant,

dans son raisonnement sur le point qui nous occupe ici, elle s'arrête aux aspects formels des négociations, sans s'intéresser au fond. Comme je l'ai souligné précédemment, les Parties se sont à plusieurs occasions déclarées prêtes à examiner de nombreuses questions de fond, en particulier celles des droits de pêche. Le règlement de l'une quelconque de ces questions aurait pu permettre de régler le litige ou, certainement, d'au moins le circonscrire. Il est possible que les conditions imposées (si tant est qu'il y en ait eu) ne soient qu'un élément d'une stratégie de négociation et doivent à ce titre être appréciées avec précaution.

- Deuxièmement, la comparaison des conditions imposées pour les négociations pouvait peut-être montrer que les chances étaient faibles de parvenir à un règlement négocié, si une Partie avait clairement déclaré n'envisager le dialogue qu'à la seule condition que la question qu'elle invoquait soit réglée préalablement. Or tel n'est pas le cas ici. Le dossier de l'affaire ne contient aucune déclaration de ce genre de la part de la Colombie (ni du Nicaragua) dans les mois précédant le dépôt de la requête.
- Troisièmement, et c'est plus frappant encore, les éléments du dossier infirment directement la conclusion de la Cour. Certes, la déclaration de la ministre colombienne des affaires étrangères «circonscrivait» en un sens l'objectif des négociations tel que l'envisageait la Colombie, mais pas d'une manière différente de celle du Nicaragua et certainement pas comme le laisse entendre la Cour. Celle-ci cite ladite déclaration pour étayer l'idée selon laquelle la Colombie souhaitait un traité qui rétablît les frontières antérieures à l'arrêt de 2012. Cette thèse serait incompatible avec l'interprétation infondée que fait la Cour, au même paragraphe, de la position du Nicaragua sur les négociations. Mais elle est aussi catégoriquement infirmée par le dossier. Dans sa déclaration, la ministre des affaires étrangères parlait manifestement non pas de rétablir les frontières antérieures à l'arrêt, mais d'établir celles définies par l'arrêt, au moyen d'un traité qui répondrait aux exigences juridiques internes du droit constitutionnel de son pays. Elle déclarait ce qui suit :

«[L]e Gouvernement n'[a] pas désavoué l'arrêt de la Cour de La Haye — dans lequel celle-ci a reconnu davantage de droits au Nicaragua sur ces eaux —, mais ... le pays se heurt[e] «à un obstacle juridique» l'empêchant de l'appliquer.

.....

La Colombie est prête à dialoguer avec le Nicaragua en vue de signer un traité qui établisse les frontières et un régime juridique contribuant à la sécurité et à la stabilité de la région. Le gouvernement a indiqué qu'il attendait la décision de la Cour constitutionnelle avant de prendre la moindre mesure.» (Exceptions préliminaires de la Colombie, annexe 42, «La ministre des affaires étrangères explique en détail la stratégie adoptée contre le Nicaragua», *El Tiempo*, 15 septembre 2013, p. 349.)

73. Ayant réaffirmé l'obligation de poursuivre des négociations en vertu de l'article II du pacte de Bogotá, la Cour conclut, contrairement aux déclarations des Parties, qu'il n'existait aucune perspective de règlement. Je ne suis pas de cet avis. Outre qu'elle n'est pas étayée par des éléments de preuve, cette conclusion pose plus largement problème, car la Cour sape ainsi le caractère central d'une obligation de négocier dans le cadre du règlement pacifique des différends et en particulier dans celui prévu par le pacte de Bogotá. Il est important de rappeler la position de sa devancière à cet égard :

«La Cour se rend bien compte de toute l'importance de la règle suivant laquelle ne doivent être portées devant elle que des affaires qui ne sont pas susceptibles d'être réglées par négociations; elle reconnaît, en effet, que, avant qu'un différend fasse l'objet d'un recours en justice, il importe que son objet ait été nettement défini au moyen de pourparlers diplomatiques.» (*Concessions Mavrommatis en Palestine, arrêt n° 2, 1924, C.P.J.I. série A n° 2, p. 15.*)

#### IV. CONCLUSION

74. La Cour peut être appelée, lorsqu'elle détermine objectivement l'objet des différends qui lui sont soumis, à faire de subtiles distinctions. En l'espèce, elle a opéré une distinction très subtile entre une demande pour inexécution d'un de ses arrêts et une demande pour violation des droits accordés par ledit arrêt. Il ressort clairement de la décision rendue aujourd'hui que la Cour n'a pas mis autant de soin à distinguer si un élément de preuve donné confirmait l'inexécution de l'arrêt de 2012 ou la violation des droits souverains et des espaces maritimes définis dans cet arrêt. La facilité avec laquelle ces deux demandes se recoupent et la difficulté qu'a eue la Cour à évaluer les éléments de preuve risquent de rendre l'examen au fond de l'affaire ardu.

(Signé) David D. CARON.

---