

## OPINION DISSIDENTE DE M. URRUTIA HOLGUÍN

Je regrette de ne pouvoir me rallier à l'arrêt de la Cour.

Je dois exposer mes conclusions personnelles sur :

- I. Les doctrines de droit.
- II. Les notions différentes en Amérique et en Europe sur l'exercice du droit des États à contester les sentences arbitrales.
- III. La règle de l'*uti possidetis juris* qui excluait en Amérique les décisions en équité.
- IV. Vices possibles de nullité et acquiescements à la sentence du roi d'Espagne du 23 décembre 1906.

## I. DOCTRINES DE DROIT

Le Nicaragua comme le Honduras ont exposé au cours de cette procédure des doctrines de droit sur lesquelles des observations s'imposent :

*Effets des nullités des sentences arbitrales*

En droit international il n'existe pas de vices « sanables » et de vices « insanables », par le fait même qu'il n'existe pas de juridiction internationale obligatoire devant laquelle peuvent être corrigées les causes de nullité.

L'absence de cet organe en droit international ne peut conférer caractère automatique à la nullité, permettre à un État d'être juge de sa propre cause et se déclarer délié de toute obligation d'exécuter une sentence, tout comme elle ne peut non plus donner caractère automatique à la présomption absolue de validité de la sentence ni donner le droit d'exiger son exécution sans admettre le contrôle de sa validité lorsque l'autre partie soulève valablement des griefs de nullité.

Devant le conflit des droits de l'État qui invoque la nullité de la sentence arbitrale et de celui qui invoque l'autorité de la chose jugée, les pays n'ont d'autre recours que celui de demander à l'instance internationale de trancher la question de savoir s'il y a un jugement ayant force obligatoire.

En Amérique latine, dans tous les cas cités au chapitre II où la sentence a été contestée, son exécution a été suspendue et le contrôle de sa validité soumis à la décision d'un nouvel arbitre, comme du reste dans la présente affaire où le conseil du Honduras a expliqué (séance du 7 octobre) que le pays qu'il représentait demandait l'exécution de la sentence, mais que cette obligation d'exécuter ne résultait que

« ... de la constatation par la Cour de sa force obligatoire ».

Il a été demandé à la Cour de considérer les cas où les acquiescements, l'*estoppel* ou la présentation tardive des griefs de nullité peuvent limiter ou faire perdre le droit à un État de contester la validité d'une sentence.

i) *Acquiescements*. Pour étudier l'effet que peut avoir l'acquiescement sur une sentence dont la validité est contestée, il est nécessaire de définir les limites possibles de l'acquiescement et s'il est dans son pouvoir de faire revivre les effets inexistants d'une sentence nulle.

Il y a en droit civil des actes nuls qui ne peuvent revivre même par acceptation ultérieure des parties. Mais, en droit international, les États sont souverains et n'ont aucune limitation pour accepter ou convenir quoi que ce soit.

Les États peuvent convenir, si bon leur semble, de l'exécution des dispositions d'une sentence nulle, mais dans ce cas les dispositions de la sentence trouveront leur cause et leur fondement de droit non dans la sentence qui est nulle, mais dans l'accord valable entre deux États souverains.

S'il existe dans la sentence elle-même des vices essentiels que les parties ne peuvent connaître avant d'en recevoir le texte, on ne peut retenir comme acquiescement que la déclaration formelle, par l'organe compétent de l'État, manifestant qu'il renonce expressément à contester la validité de la sentence.

Dans les traités qui soumettent une question à la décision « sans appel » d'un arbitre ou d'un juge, les parties renoncent à interjeter des recours « en appel », mais ne peuvent renoncer à l'avance à ne jamais contester la nullité possible dans une sentence à venir qu'ils ne connaissent pas.

ii) *Estoppel*. L'exception de bonne foi qui existe dans presque tous les systèmes juridiques et qui interdit de tirer profit de ses propres torts et qui, dans le droit anglo-saxon, a pris le nom de « *estoppel* », serait applicable dans le cas présent s'il est prouvé que les comportements d'un des États ont déterminé l'autre à se fier aux acquiescements et à croire à une renonciation à contester la validité de la sentence.

iii) *Présentation tardive des griefs de nullité*. Il n'existe pas en droit international jusqu'à présent une coutume uniforme qui permette d'affirmer que l'inaction des États qui peuvent avoir intérêt à invoquer la cause de nullité implique une présomption de renonciation à contester la validité d'une sentence.

En droit privé des délais de prescription existent, mais généralement, dans presque toutes les législations, on fait une exception pour les droits de l'État qui sont considérés comme imprescriptibles.

Dans les relations internationales, dans certains cas la contestation de la sentence par l'État intéressé a été immédiate. Dans d'autres, plusieurs années se sont écoulées avant la contestation. Dans l'affaire du *St. Lawrence River*, la sentence rendue en 1814 fut contestée par note de 1831 et la contestation acceptée en 1842. Dans l'affaire entre le Venezuela et la Colombie, la sentence du roi d'Espagne fut rendue en 1891. Le Venezuela accepta initialement la sentence mais obtint, en 1917, que la Colombie acceptât de soumettre la validité de la sentence à la décision du Conseil fédéral suisse. La contestation par le Costa Rica de la sentence du président Loubet de 1897 ne fut portée devant le *Chief Justice White* qu'en 1910.

En Amérique, dans onze traités bilatéraux sur arbitrage général signés avant 1911, le recours en cas de nullité de sentence a été prévu. Dans deux de ces traités on fixe une limite de trois à six mois pour présenter le recours et dans les autres il est simplement déclaré que le recours doit être présenté avant l'exécution de la sentence.

## II. NOTIONS DIFFÉRENTES EN AMÉRIQUE ET EN EUROPE SUR L'EXERCICE DU DROIT DES ÉTATS A CONTESTER LES SENTENCES ARBITRALES

Les règles et coutumes généralement acceptées en Amérique étaient en 1894 et 1907 loin de celles qui peuvent être considérées comme les plus souhaitables pour donner plus d'autorité à l'arbitrage dans le droit international de 1960.

Alors qu'en Europe on n'avait fait appel à l'arbitrage au XIX<sup>me</sup> siècle qu'avec d'extrêmes précautions et sur la base de compromis spéciaux, signés pour chaque cas particulier, l'Amérique avait devancé son époque en signant, entre 1847 et la deuxième conférence de La Haye, plus de deux cents traités généraux d'arbitrage. Dans quarante-huit d'entre eux l'obligation d'arbitrage obligatoire était prévue pour des questions territoriales.

Ceci explique qu'à la conférence de La Haye de 1907 (seul le Mexique avait été invité à celle de 1899) les représentants de l'Amérique: 1) insistaient sur l'idéal préconisé en Amérique de l'arbitrage obligatoire, même pour les questions territoriales, 2) exigeaient de le limiter au droit, et 3) appuyaient l'établissement d'un contrôle juridictionnel sur la validité des sentences. Par contre, en 1907 la prudence européenne limitait la notion de l'arbitrage: 1) aux questions qui ne mettaient pas en cause l'honneur ou les intérêts essentiels des États, 2) aux arbitrages dont toutes les règles devaient être prévues dans le compromis, et 3) à des sentences contre lesquelles on résistait à admettre la possibilité d'un recours quelconque.

Devant les difficultés que présente, en 1960, l'interprétation de ce que peut être la volonté des parties à la signature d'un traité

en 1894, les circonstances dans lesquelles se déroula une procédure en 1904, ou la portée des comportements d'États américains en 1906, la Cour ne peut perdre de vue que l'histoire diplomatique de l'évolution du principe d'arbitrage en Amérique a plus d'autorité que l'analyse littérale ou textuelle des textes.

Il est particulièrement important dans l'affaire qui nous occupe de ne pas porter de jugement sur le comportement des Parties dans leurs tentatives pour demander des explications ou contrôler la validité des sentences, sans étudier les coutumes qui, sur ces aspects de la procédure d'arbitrage, étaient acceptées en Amérique à l'époque.

Quoique depuis 1875 l'existence de causes de nullités dans les sentences arbitrales fut reconnue par l'Institut de droit international, ce n'est qu'avec une réticence très marquée que l'idée même a été acceptée en Europe.

Aux conférences de la paix à La Haye en 1899 et 1907, la possibilité de mettre en doute la validité d'une sentence a été supprimée des deux projets de conventions devant la difficulté de suggérer l'instance qui aurait à statuer sur la validité. La réticence sur cet aspect de l'évolution du droit en Europe jusqu'en 1907 est expliquée dans le cours du professeur Borel sur les « Voies de recours contre les sentences arbitrales » (1935, II), et M. Lammasch s'est fait l'interprète de la réticence européenne quand il a proposé, en 1914, que les recours contre les sentences ne soient admis qu'avec le consentement de l'arbitre.

En Amérique, par contre, dès 1899 des traités d'arbitrage avaient été signés avec des clauses qui prévoyaient les recours pour le contrôle des sentences en cas de nullités.

Ce fut l'Argentine qui, dans une série de traités dont les deux premiers furent signés en 1899 avec le Paraguay et l'Uruguay, accepta l'arbitrage sur la base de tribunaux dont la sentence pouvait être contestée en cas de falsification de documents ou « d'erreur de fait » résultant de la procédure ou des documents soumis à l'arbitre.

Quatre autres traités furent signés sur les mêmes bases avant la conférence de La Haye par la Bolivie et le Pérou en 1902, par l'Argentine et la Bolivie en 1902, le Brésil en 1907, le Chili en 1902, et deux autres en 1911 et 1912 entre la Colombie et l'Argentine et l'Argentine et l'Équateur.

Le Brésil en 1902 et 1905 a signé des traités d'arbitrage général avec la Bolivie et le Pérou, dans lesquels un nouvel aspect des nullités des sentences a été retenu: le cas où la sentence en tout ou en partie se serait basée sur une erreur de fait; et en 1907 le Pérou et la Colombie sont allés plus loin et ont admis le recours au cas où la sentence se serait basée sur une erreur de fait « positive ou négative ».

Des circonstances historiques expliquent ces deux tendances:

En Europe, jusqu'au commencement de ce siècle, on ne fit généralement appel à l'arbitrage que pour régler des questions de

concessions, réclamations ou indemnisations qui, dans 16 des 22 cas cités entre 1850 et 1910, ont dû être payées par des pays américains sur la base de sentences arbitrales le plus souvent manifestement injustes ou entachées de vices de nullité, et il est explicable que les pays européens n'ont pas été disposés à affaiblir le principe de l'autorité de la chose jugée ni à admettre de changement à la règle de l'exécution sans recours dans des sentences qui leur avait si bien réussi.

En Amérique, par contre, les abus de droit auxquels donnèrent lieu ces arbitrages firent expressément reconnaître le droit des États à contester la validité des sentences arbitrales dans les onze traités signés entre 1899 et 1912 cités plus haut, et dans tous les arbitrages sur des limites territoriales dont les sentences furent contestées et qui sont les suivants :

a) L'affaire de limites entre la Colombie et le Venezuela, dans laquelle la sentence arbitrale du roi d'Espagne fut acceptée par les parties en 1891, mais où un nouvel arbitrage du Conseil fédéral suisse fut convenu en 1917 pour décider de toutes les questions relatives à cette première sentence.

b) La sentence du président Loubet de 1897 dans l'affaire de Costa Rica et Panama qui fut contestée par le Costa Rica et jamais exécutée.

c) La sentence du *Chief Justice White* de 1910, dans le recours présenté par le Panama et le Costa Rica sur la sentence du président Loubet qui fut entachée de nullité par le Panama et ne fut jamais exécutée.

d) La validité de la sentence de 1909 du président Figueroa Alcorta dans le litige de frontière entre la Bolivie et le Pérou qui fut contestée par la Bolivie. Comme l'explique A. Sanchez de Bustamante dans son avis sur la question de Costa Rica et Panama, page 11 :

« La sentence arrêtée par le D<sup>r</sup> Figueroa Alcorta le 9 juillet 1909 suscita immédiatement la protestation de la Bolivie parce que l'arbitre avait excédé ses pouvoirs et ne s'en était pas tenu aux termes du compromis... : malgré les passions mal informées et surexcitées dangereusement, le patriotisme tant à Buenos Aires comme à Lima finit par entendre la raison, le Gouvernement du Pérou renonça à une partie des avantages que lui offrait la décision de l'arbitre et s'entendit directement avec son ancien adversaire pour arranger de manière amicale la limite de leurs possessions respectives. »

e) Les États-Unis contestèrent et contestent encore aujourd'hui la validité de la sentence de 1910 dans l'affaire de *Chamizal* avec le Mexique. Ce dernier n'a pu obtenir jusqu'à présent ni l'exécution de la sentence ni l'acceptation de soumettre son contrôle à la constatation d'un nouveau tribunal.

f) Dans une affaire où n'étaient pas seulement en cause des pays américains mais la Grande-Bretagne, les États-Unis contestèrent la sentence du roi de Hollande sur la frontière du *St. Lawrence River*; ses griefs furent acceptés par la contrepartie et la sentence n'eut pas d'effets.

Dans plusieurs affaires entre pays américains portant sur des réclamations qui furent soumises à l'arbitrage, le droit de vérifier la validité de la sentence a été aussi reconnu (*Akra Silver Mining* en 1898, *Paraguay Navigation Company* en 1860, affaire de l'*Orinoco*, 1904), mais dans les affaires ayant trait à la souveraineté nationale et à des questions territoriales, dans tous les cas la contestation fut acceptée ou soumise au contrôle d'un nouvel arbitre.

### III. LES ARBITRAGES CONVENUS SUR LA BASE DE L'« UTI POSSIDETIS JURIS » NE POUVAIENT ÊTRE QU'EN DROIT STRICT ET EXCLUAIENT LES DÉCISIONS EN ÉQUITÉ

Les pays de l'Amérique latine dont les constitutions avaient fixé les frontières sur la base de l'*uti possidetis juris* existant au moment de leur indépendance n'ont envisagé que des décisions en droit strict lorsqu'ils se sont engagés à soumettre à arbitrage les délimitations de leurs frontières.

Cette règle que posaient les parties pour pouvoir recourir à l'arbitrage n'était pas une simple doctrine, mais une condition *sine qua non* et avait son origine dans les constitutions mêmes des États.

Le motif qui fit que la Colombie, le Costa Rica, le Venezuela, le Nicaragua, le Honduras, le Pérou et l'Équateur se soient adressés au roi d'Espagne est expliqué dans la sentence du Conseil fédéral suisse dans le recours sur l'arrêt rendu par le roi d'Espagne en 1891 dans l'affaire entre la Colombie et le Venezuela :

« Lorsque les colonies espagnoles de l'Amérique centrale et méridionale se proclamèrent indépendantes, dans la seconde décade du dix-neuvième siècle, elles adoptèrent un principe de droit constitutionnel et international auquel elles donnèrent le nom d'*uti possidetis juris* de 1810, à l'effet de constater que les limites des Républiques nouvellement constituées seraient les frontières des provinces espagnoles auxquelles elles se substituaient. Ce principe général offrait l'avantage de poser en règle absolue qu'il n'y a pas en droit, dans l'ancienne Amérique espagnole, de territoire sans maître; bien qu'il existât de nombreuses régions qui n'avaient pas été occupées par les Espagnols et de nombreuses régions inexplorées ou habitées par des indigènes non civilisés, ces régions étaient réputées appartenir, en droit, à chacune des Républiques qui avaient succédé à la Province espagnole à laquelle ces territoires étaient rattachés en vertu des anciennes ordonnances royales de la mère-patrie espagnole. Ces territoires, bien que non occupés en fait, étaient de commun accord considérés comme occupés en droit, dès la première heure, par la nouvelle République. Des empiétements et des tentatives de colonisation intempestive de l'autre côté de la frontière, comme aussi les occupations de fait, devenaient sans portée ou sans conséquences en droit. »

Les pays qui demandèrent au roi d'interpréter l'*uti possidetis juris* selon les titres de souveraineté espagnols le firent donc parce qu'ils pensaient que c'était l'autorité la plus qualifiée pour interpréter ses propres règles de droit, mais ne pouvaient certainement pas songer à confier à « son équité » l'interprétation de clauses constitutionnelles approuvées justement pour rompre le joug espagnol.

#### IV. VICES POSSIBLES DE NULLITÉ ET ACQUIESCEMENTS A LA SENTENCE DU ROI D'ESPAGNE

Des quatre arbitrages soumis au roi d'Espagne par ces pays, celui entre la Colombie et le Venezuela ne put être exécuté qu'après l'arrêt de 1923 dans le nouveau recours devant le Conseil fédéral suisse. L'arbitrage entre la Colombie et le Costa Rica fut retiré de la considération du roi en 1896, peu après sa sentence dans l'affaire antérieure, et le roi s'excusa lui-même en 1910 de prendre une décision dans l'arbitrage entre le Pérou et l'Équateur vingt-trois ans après en avoir été saisi. Le quatrième est l'arbitrage entre le Honduras et le Nicaragua.

Sur la base des principes exposés aux chapitres précédents et sans perdre de vue les raisons historiques qui expliquent l'origine de cet arbitrage, étudions dans la sentence du roi d'Espagne du 23 décembre 1906

- a) si les vices extrinsèques de la sentence entraînent sa nullité;
- b) si des vices intrinsèques sont manifestes dans la sentence et si le Nicaragua a perdu la faculté que lui accordait le droit des gens de dénoncer ces griefs, du fait de ses acquiescements, ou par leur présentation tardive.

##### a) *Vices extrinsèques*

La Cour considère que les vices extrinsèques de la sentence résultant du manque de pouvoir de l'arbitre sont couverts par les acquiescements postérieurs du Nicaragua.

Je considère que les vices extrinsèques n'entraînent pas la nullité de la sentence, mais pour des raisons différentes:

1) La désignation du roi fut irrégulière, car tous les procédés prévus par le traité ne furent pas suivis. Les arbitres n'étaient pas autorisés à sauter de l'article III à la partie finale de l'article V en perdant de vue des dispositions obligatoires qu'il n'était ni dans leurs fonctions ni dans leurs attributions de pouvoir modifier.

2) D'autres irrégularités sont évidentes, comme celle de l'intervention du ministre d'Espagne M. Carrere y Lembeye dans le choix du roi d'Espagne comme arbitre unique, car si le tribunal prévu au traité Gámez-Bonilla était déjà constitué le 2 octobre 1904, M. Carrere y

Lembeye était le troisième arbitre, et le tribunal, une fois constitué, ne pouvait renoncer à ses fonctions pour les reporter sur un nouvel arbitre. Si au contraire il s'agissait d'une simple séance préparatoire, les arbitres du Honduras et du Nicaragua n'avaient que faire de M. Carrere y Lembeye, qui ne pouvait intervenir dans les délibérations du tribunal que s'il avait été déjà désigné troisième arbitre.

Les irrégularités de procédure dans les réunions des 2, 10 et 18 octobre n'étaient cependant pas en contradiction avec l'objet principal du traité Gámez-Bonilla qui était de soumettre la question à une procédure qui envisageait la possibilité prévue à l'article V de désigner le Gouvernement espagnol comme arbitre.

Le fait que les deux gouvernements acceptèrent la désignation du roi, se félicitèrent du choix et plaidèrent le procès à Madrid prouve qu'ils ne considéraient pas comme essentielles les règles de procédure établies, et les vices non essentiels n'entraînent pas de nullité.

Des doutes ont aussi été avancés sur la date à laquelle avait commencé la durée de dix ans du traité Gámez-Bonilla. L'intention des Parties n'est pas claire, et différentes interprétations du traité pourraient se justifier si le Nicaragua et le Honduras eux-mêmes, de bonne foi, n'avaient estimé en 1904 que le traité n'était pas arrivé à échéance.

Ce serait douter de la bonne foi du président du Nicaragua que de croire qu'il adressait le 7 octobre 1904 un télégramme souhaitant l'acceptation de l'arbitrage par le roi le jour même où le traité prenait fin.

Ce ne sont pas des acquiescements ou des acceptations qui revallident ces irrégularités mais les interprétations des parties du traité Gámez-Bonilla en 1904 qui sont définitives et ne peuvent être remises en cause.

#### b) *Acquiescement et vices intrinsèques de la sentence*

Pour pouvoir affirmer comme le fait la Cour que le Nicaragua a, par ses déclarations expresses et par son comportement, reconnu le caractère valable et obligatoire de la sentence et qu'il ne lui est plus possible de revenir sur cette acceptation pour la contester, il faut établir d'abord s'il existe des vices essentiels.

#### I. *Vices intrinsèques*

La question fondamentale sur laquelle mon opinion diffère de celle de la majorité de la Cour est celle de l'interprétation des règles du compromis posées par l'article II du traité Gámez-Bonilla. Les interprétant de manière différente, j'arrive à la conclusion que le roi a excédé ses pouvoirs et, devant la nullité de la sentence, ne puis donner la même portée aux acquiescements retenus par la Cour.

i) *Interprétation des règles du compromis*

Pour les raisons exposées aux chapitres II et III sur les règles de droit acceptées par les pays américains, je considère que tous les paragraphes de l'article II n'avaient pas la même valeur.

Les règles *sine qua non* qui conditionnaient tout l'arbitrage sont celles des paragraphes 3 et 4 sur la détermination des frontières suivant les titres de droit existant au moment de l'Indépendance.

Cette règle est renforcée par l'interdiction expresse faite à l'arbitre de ne reconnaître aucune valeur juridique à la possession de fait.

Ces deux règles obligatoires correspondaient aux dispositions constitutionnelles des pays, et il est invraisemblable de croire que les parlements aient ratifié ce traité en donnant aux autres paragraphes (5, 6 et 7) de l'article II une portée qui les ferait prévaloir ou qui contredirait la norme de leurs constitutions.

Le texte adopté aux paragraphes 5 et 6 de l'article II du traité Gámez-Bonilla fut pratiquement le même que celui proposé en 1886 par la Colombie au Venezuela, repris dans le traité de 1886 entre le Nicaragua et le Costa Rica, le traité de 1902 entre la Bolivie et le Pérou et le traité de 1930 entre le Guatemala et le Honduras.

L'interprétation donnée tant par les parties que par les arbitres aux clauses rédigées dans les mêmes termes que celles de l'article II du traité Gámez-Bonilla correspond à la notion d'arbitrage en droit strict et n'admet pas la faculté pour l'arbitre de choisir une ligne « en équité ».

Ces traités et les interprétations qui leur ont été données sont les suivants :

a) *Arbitrage du président Figueroa Alcorta*

Le Pérou et la Bolivie signèrent en 1902 un compromis d'arbitrage qui fixait une règle similaire à celle du paragraphe 4 de l'article II du traité Gámez-Bonilla :

« *Art. 3.* — La possession d'un territoire exercée par une des parties ne pourra s'opposer ni prévaloir contre des titres ou dispositions royales qui établissent le contraire »,

et un autre article qui autorisait les compensations dans les termes suivants :

« *Art. 4.* — Seulement dans les cas où des actes ou dispositions royales ne définissent pas le domaine sur un territoire de manière claire, l'arbitre tranchera la question équitablement en suivant autant que possible le sens de ceux-ci et l'intention qui les aurait inspirés. »

Ces deux articles donnaient à l'arbitre des facultés incontestablement plus claires et plus amples que celles conférées par le traité Gámez-Bonilla.

Malgré ces autorisations, le président Figueroa Alcorta ne voulut pas les interpréter comme une faculté de décider l'ensemble de la question en équité, mais simplement de déterminer le tracé de la frontière de manière qu'elle suivît les accidents géographiques les plus proches de la ligne de droit.

Même l'application dans ce sens si restreint de la faculté prévue dans le compromis donna lieu à des protestations, et l'Argentine et la Bolivie rompirent leurs relations, mais l'internationaliste argentin, Sanchez Sorondo, dans le livre qu'il publia pour justifier la sentence et l'attitude du président Figueroa Alcorta, explique dans les termes suivants comment fut interprété cet article du compromis par le président argentin :

« L'arbitre était en tout cas un juge de droit et en aucun cas un juge de conscience. Le traité prévoyait deux règles pour qualifier les résultats de son investigation historique et juridique. La première directe et qui émane du titre explicite et la seconde approximative et découlant du sens et de l'esprit des titres qui ne furent ni clairs ni précis. Mais l'équité dont parle le traité n'est pas la subjective mais celle d'interprétation des documents présentés.

... il ne pouvait tracer des lignes capricieuses fondées sur des raisons qui ne puissent pas être déduites des documents, ni trancher le différend en tant que médiateur par la répartition proportionnelle du territoire en question. »

Dans son avant-dernier considérant, le président Figueroa Alcorta confirme qu'il « procède à régler ces questions équitablement en suivant la signification des dispositions royales ».

b) *Arbitrage du roi d'Espagne dans l'affaire des limites entre le Venezuela et la Colombie*

Signée en 1881, le Venezuela se refusa à accepter la clause qui conférait des facultés de juger « en équité » en expliquant que les décisions en droit pouvaient être considérées comme déclaratives, tandis qu'une décision en équité impliquerait une cession de territoire interdite par la constitution fédérale.

En 1886, la Colombie obtint dans un acte additionnel signé à Paris, la clause suivante :

« ... L'arbitre pourra fixer la ligne de la manière qu'il croira la plus approchée des documents existants lorsque dans l'un ou l'autre point de la ligne, ils ne présenteront pas la clarté voulue. »

Cette faculté était similaire à celle prévue dans le traité Gámez-Bonilla, et cependant le roi n'en fit usage que pour deux secteurs et pour les raisons suivantes: 1) dans la région de Sarrare, parce que « la cédula royale de 1786 qui doit servir de base légale pour la détermination de la frontière de la cinquième section, suscite des doutes en ce qu'elle cite des lieux inconnus aujourd'hui, savoir: las Barrancas de Sarrare et le Paso Real de los Casanares », le roi choisit

le cours de la rivière « Sarrare », en interprétant d'anciens documents qui indiquaient que ces deux points se trouvaient « dans la communication du Sarrare avec l'Arauca »; 2) dans la deuxième partie du sixième secteur, le roi retint comme titre de souveraineté la cédule royale de 1786 et, considérant que ses termes ne sont pas suffisamment clairs pour fixer les limites extrêmes du secteur, il retint comme frontière une ligne qui suit, à l'ouest de l'Orénoque, les rivières Casiquiare et Rio Negro dont parle la même cédule royale.

Dans cet arbitrage, le roi d'Espagne ne fait donc pas usage de la faculté qui lui fut accordée en 1886 de s'écarter de la ligne de droit et de prendre une décision « en équité ». Il se limite à chercher dans d'autres documents les noms ou rivières qui correspondaient le mieux aux lignes générales de frontières des titres royaux.

Le roi rendit cet arbitrage en 1891, et le plus probable est que le Nicaragua et le Honduras adoptèrent la même formule dans le traité de 1896, convaincus que les arbitres n'interpréteraient cette autorisation que dans les mêmes limites que l'avait fait le roi d'Espagne en 1891.

#### c) Arbitrage entre le Guatemala et le Honduras

Cet arbitrage ne fut convenu qu'en 1930 et démontre que vingt-quatre ans après la sentence du roi d'Espagne dans l'affaire du Honduras et du Nicaragua, les pays de cette région de l'Amérique insistaient sur l'arbitrage sur la base du droit strict, se refusaient à soumettre des questions de limites à l'arbitrage en équité, n'acceptaient les compensations que sur des points déterminés et seulement si elles étaient convenues par des tribunaux de conciliation formés avec des représentants des parties en cause.

L'article 5 du compromis est ainsi conçu :

« Art. 5. — Les Hautes Parties contractantes sont d'accord que la seule ligne juridique qui puisse s'établir entre leurs pays est celle de l'*uti possidetis* de 1821. En conséquence, elles conviennent que le tribunal détermine cette règle. Si le tribunal trouve que l'une ou l'autre des parties au cours de son développement ultérieur a établi, au-delà de cette ligne, des intérêts dont on doit tenir compte pour établir la frontière définitive, le tribunal modifiera comme il le considérera approprié la ligne de l'*uti possidetis* de 1821 et fixera la compensation territoriale ou d'autre nature qu'il trouvera juste que l'une des parties doive payer à l'autre. »

Ce compromis insiste sur la règle *sine qua non* de l'*uti possidetis* et n'accorde des autorisations de faire des compensations que pour des territoires déterminés au préalable d'accord avec l'*uti possidetis* comme se trouvant « au-delà de cette ligne » de droit.

Cette faculté ne fut accordée de plus qu'à un tribunal de conciliation dont les membres devaient être désignés par les deux pays, car, comme l'expliqua le délégué du Honduras, D<sup>r</sup> Mariano Vasquez, à la réunion du 22 janvier 1930 à Washington :

« Un tribunal d'arbitrage n'est pas prévu, nous le savons bien, pour concilier des intérêts, ni pour concilier ce qui convient à l'une des parties au litige, mais pour faire justice à qui en a le droit.

Les questions internationales d'importance fondamentale pour les peuples, comme les limites territoriales, ne peuvent que difficilement être l'objet de conciliations et même parfois d'arbitrage, parce qu'on craint l'effet politique local que pourrait causer une sentence adverse. »

d) *Arbitrage entre le Costa Rica et le Nicaragua*

Dans cet arbitrage, la seule autorisation donnée, non à l'arbitre mais à une commission mixte, fut de « s'écarter légèrement de la ligne prescrite pour trouver une limite naturelle » (traité de 1858, art. 3), clause qui, dans le traité de 1886, fut limitée à un mille de la ligne de droit.

Le roi ne pouvait méconnaître cette hiérarchie des différentes règles de l'article II, car, comme l'a affirmé M. Maura dans la duplique présentée au roi en 1905 :

« La hiérarchie des preuves est *preceptive* et aucun document public de plus grande valeur ne peut être en contradiction avec le titre de droit... »

Je ne puis me rallier à l'opinion de la Cour qui, en affirmant que le roi devait suivre toutes les règles de l'article II, interprète d'une part le paragraphe 6 comme une autorisation conférée au roi et non à la Commission mixte, et lui prête d'autre part une portée qui ne limiterait pas cette clause à des facultés de faire des compensations mais conférerait à l'arbitre le droit de trancher le différend par un compromis de circonstance.

L'autorisation de faire des compensations ne pouvait s'appliquer à l'arbitrage du roi.

Pour les raisons exposées par le délégué du Honduras, D<sup>r</sup> Mariano Vasquez, le 22 juillet 1930 à Washington, les pays de l'Amérique latine n'étaient prêts à accepter des compensations locales, une fois la ligne de droit déterminée, que si elles étaient convenues par des commissions mixtes.

Le roi avait toutes les facultés prévues au traité Gámez-Bonilla, mais à condition que l'on n'entende par là que celles qui étaient prévues pour l'étape de « l'arbitrage » et non celles de l'étape préliminaire de conciliation. Les articles II, VII et IX du traité ne peuvent être interprétés dans le sens que le roi avait à « se réunir » avec qui que ce soit « dans les localités de frontière », qu'il devait consigner « sur deux livres spéciaux les points de désaccord », prendre « des décisions à la majorité » ou « commencer ses travaux avant la saison des pluies ».

Le Honduras lui-même affirmait avec raison que toutes les clauses du traité Gámez-Bonilla ne pouvaient pas s'appliquer à l'arbitrage du roi et que certaines d'entre elles ne concernaient que le tribunal arbitral.

Au sujet de l'article VI, par exemple, le président du Honduras, dans le télégramme adressé au ministre espagnol en Amérique centrale le 22 octobre, déclarait :

« Les délais ... fixés à l'article VI du traité de limites entre le Honduras et le Nicaragua ont trait seulement au tribunal arbitral ... *Signé Bonilla* » (annexe 5 à la duplique du Nicaragua).

Tout comme les procédures des articles II, VII et IX cités au paragraphe précédent ne pouvaient s'appliquer qu'à la procédure de conciliation et l'article VI au tribunal arbitral, comme l'affirme le président Bonilla, l'autorisation prévue au paragraphe 6 de l'article II ne pouvait non plus s'appliquer au roi.

Mais, même en admettant que le paragraphe 6 pût s'appliquer aussi au roi, compenser ne signifie pas concilier. Le dictionnaire de l'Académie espagnole entend par « *compensar* » : évaluer dans un sens opposé l'effet d'une chose avec une autre. On ne peut donc compenser que des territoires équivalents. Il n'y a pas d'équivalence ni de compensation entre les quelques hectares du village de Gracias a Dios et tout le bassin septentrional du fleuve Segovia, et le roi n'utilisa pas la faculté du paragraphe 6 pour faire des compensations mais pour trancher le différend comme médiateur ou arbitre de conscience.

L'interprétation de la hiérarchie des règles prescrites à l'article II ne peut être que celle uniformément acceptée par tous les pays américains qui signèrent des traités avec des articles similaires, par les arbitres qui eurent à les appliquer et par le roi lui-même dans sa sentence de 1891 dans l'affaire de la Colombie avec le Venezuela, et par conséquent le roi a outrepassé ses pouvoirs par l'application non fondée du paragraphe 6 de l'article II du traité Gámez-Bonilla.

ii) *Le roi a commis des erreurs essentielles connexes à des excès de pouvoir dans l'application de la règle de l'uti possidetis juris*

Il n'appartient pas à la Cour de reviser l'appréciation de la force probatoire des documents et autres preuves de droit présentées à l'arbitre.

Mais il y a une grande différence entre l'appréciation des preuves qui entraient dans le pouvoir discrétionnaire de l'arbitre et celle de l'erreur essentielle commise par le roi quand il affirme que le brevet qui fixe les limites en est un qui justement n'en fixe aucune.

Notre procédure n'est ni d'appel ni de révision, et la Cour ne peut discuter le choix qu'a fait le roi du brevet de 1791 pour établir les droits de souveraineté des deux pays en 1821.

La Cour ne peut non plus discuter le droit du roi à chercher dans des brevets antérieurs les limites des provinces qui ne figuraient pas dans le brevet qu'il avait choisi.

Nous pouvons par contre constater *prima facie* qu'il a commis une erreur manifeste ou qu'il a excédé ses pouvoirs en choisissant, pour déterminer les limites qui manquaient au brevet de 1791, les deux brevets de 1745 qui, de manière expresse et formelle, déclaraient *exclure* l'Alcaldía de Tegucigalpa des limites de ces brevets.

Le texte pertinent du brevet de 1745 qui, selon l'arbitre, fixe les limites et qui au contraire en exclut l'Alcaldía Mayor de Tegucigalpa est le suivant :

« Quant à l'Alcaldía Mayor de Tegucigalpa ... *vous vous absten-  
drez* (en y mettant un soin spécial) de vous mêler des affaires civiles de ce territoire... » (Annexe 54, contre-mémoire du Nicaragua.)

Cette erreur manifeste fut déjà constatée quand les mêmes brevets furent étudiés par un tribunal composé de Charles Evans Hughes, Luis Casto Ureña et Emilio Bello dans l'arbitrage entre le Honduras et le Guatemala et par le Conseil d'État espagnol, qui déclare dans son avis :

« On peut considérer comme certain que les brevets royaux de 1745 ne modifièrent point les limites du Nicaragua et du Honduras. »

Le roi commit donc une erreur essentielle entraînant l'excès de pouvoir en retenant comme preuve d'un titre de souveraineté un brevet que le Conseil d'État espagnol lui-même reconnaît qu'il ne fixait aucune limite et excluait, comme nous l'avons vu, l'Alcaldía de Tegucigalpa.

iii) *Le roi excéda ses attributions en reconnaissant une valeur juridique à des possessions établies par des actes de juridiction*

Le traité Gámez-Bonilla interdisait au paragraphe 4 de l'article II de « reconnaître de valeur juridique à la possession ».

Le Conseil d'État dans son avis explique que la commission désignée par le roi, à défaut de preuves de souveraineté, a décidé de tenir compte des actes de juridiction comme compléments de l'étude des dispositions royales.

Les actes de juridiction ne pouvaient servir que de preuves de possession et tombaient sous l'interdiction formelle du paragraphe 4 de l'article II. Et ce sont des actes de possession que le roi retient quand, aux considérants 14 et 15, il se réfère à « l'action expansive du Nicaragua » ou à « l'éphémérité » de l'extension de souveraineté du Honduras.

*Prima facie*, cette partie de la sentence est contraire à l'interdiction formelle du paragraphe 4 de l'article II du compromis.

iv) *Absence de motifs*

La majorité de la Cour considère que l'examen de la sentence montre qu'elle contient un raisonnement et des explications développées à l'appui des conclusions.

La plupart des « considérants » de la sentence se limitent à indiquer un par un quels ont été les arguments avancés par chacune des Parties.

L'insuffisance de motifs est tout aussi grave que l'absence de motifs. Dans le cas présent, si le roi n'avait pas trouvé suffisamment de motifs pour prendre une décision en droit, il aurait dû s'excuser de promulguer son arrêt, comme il l'a fait en 1910 dans la question entre l'Équateur et le Pérou, au lieu d'affirmer au considérant 21 que sa décision « répondait le mieux à des raisons de droit historique, d'équité et de caractère géographique... », mais sans indiquer pourquoi ni comment.

Cette insuffisance de motifs n'entraîne pas par elle-même la nullité de la sentence mais confirme l'excès de pouvoir indiqué aux paragraphes précédents et l'erreur commise par le roi en écartant l'étude des autres titres royaux que lui avaient soumis les Parties.

v) *Obscurités et contradictions de la sentence*

Le Nicaragua a demandé à la Cour de juger que, même si elle était valable, la sentence n'était pas susceptible d'exécution vu les obscurités et contradictions qui l'affectent.

Il est difficile de définir quel est le thalweg, le bras navigable ou l'embouchure principale de fleuves qui, dans des terrains encore en formation, changent souvent de cours. Un tribunal de droit ne peut donner des avis sur des questions que seuls des ingénieurs ou techniciens peuvent trancher. Comme la Cour, je « ne considère pas que la sentence soit impossible à exécuter » parce qu'il appartient à des commissions mixtes, ou à toute autre autorité que les Parties voudront charger de faire la démarcation, de trancher les problèmes que présentent les lacunes, contradictions ou obscurités de la sentence.

II. *Portée des acquiescements ou de l'inaction du Nicaragua de 1906 à 1912*

Sur l'inaction du Nicaragua entre les années 1906 et 1912 mes observations sont les suivantes:

a) Comme il a été expliqué dans les considérations de droit, l'inaction de n'importe quel État américain en matière de recours en nullité d'une sentence ne pouvait que correspondre à l'état d'évolution du droit international à cette époque et dans cette région.

b) Si même la conférence de La Haye de 1907, tout en acceptant le principe de la nullité des sentences, s'est abstenue de l'homologuer par le fait qu'elle se trouvait hors d'état de désigner une instance chargée de connaître du recours, il est normal que le Nicaragua se soit limité, à cette époque, à considérer seulement la possibilité d'obtenir des explications ou tout au plus une révision par l'arbitre lui-même.

c) Dès qu'il reçut le texte de la sentence, l'agent du Nicaragua présenta une note de protestation en date du 25 décembre 1906, note que le Gouvernement espagnol essaya de lui faire retirer.

Dans les mois suivants, le Nicaragua voulut tenter un recours pour obtenir des éclaircissements ou une revision.

Les règles admises aujourd'hui ne conçoivent la revision qu'en cas de découverte d'un fait nouveau; mais bien avant les discussions sur l'admission de cette voie de recours en Europe et avant 1907, le Brésil, l'Argentine, le Paraguay, l'Uruguay, la Bolivie, le Pérou, le Chili et plus tard la Colombie et l'Équateur signèrent des traités bilatéraux d'arbitrage général qui reconnaissaient le droit de revision de la sentence par le même arbitre en cas « *d'erreurs de fait* résultant de la procédure ». Cette conception de la « revision » est certainement différente de celle acceptée aujourd'hui, mais en 1906 et 1907 c'était un recours prévu par tous les pays indiqués dans cette liste. Il est donc explicable que le Nicaragua ne pensa alors qu'à proposer cette sorte de recours. Une circonstance par trop favorable l'obligea cependant par délicatesse à ne pas le formuler dans les premières années; M. Maura, qui fut conseil du Nicaragua pendant la procédure d'arbitrage, fut désigné premier ministre d'Espagne peu après la sentence du 23 décembre 1906, et il n'aurait été ni correct ni admissible, comme l'a expliqué le ministre Gámez, de demander à son propre conseil, devenu premier ministre, de suggérer au roi la revision de la sentence.

D'autres faits historiques expliquent aussi que le Nicaragua et le Honduras ont cru de bonne foi entre 1906 et 1912 que le problème de l'exécution de la sentence n'aurait même pas à se poser.

Ce n'est qu'en 1911 que la question de l'exécution de la sentence fut soulevée pour la première fois par le Honduras et que le Nicaragua déclara la considérer nulle et proposa plus tard un arbitrage pour constater sa validité.

On ne peut opposer au Nicaragua la théorie de l'*estoppel* pour n'avoir pas intenté le recours en nullité entre 1906 et 1912 sans l'opposer aussi au Honduras, qui, dans la même période, semblait avoir renoncé à exiger l'exécution de la sentence. Il ne peut être affirmé que le comportement du Nicaragua de 1906 à 1912 fit croire au Honduras que la sentence était acceptée.

d) De 1912 à 1957 le Nicaragua proposa constamment de soumettre le contrôle de la validité de la sentence du roi à un nouvel arbitrage. En 1914 il proposa celui du président des États-Unis d'Amérique. En 1918 il accepta la proposition du président Bertrand du Honduras de soumettre la question au président Wilson, mais le Honduras retira son offre. Le Nicaragua accepta, mais le Honduras se refusa à accepter les propositions d'arbitrage avancées par le Département d'État des États-Unis en 1921 et 1923 et celle avancée par le Nicaragua à la commission de médiation du Costa

Rica, des États-Unis et du Venezuela en 1937-1938. Le protocole Irias-Ulloa qui par contre acceptait l'exécution de la sentence fut signé en 1931 par le Gouvernement du Nicaragua mais ne fut pas ratifié par son parlement. Le contrôle de la validité de la sentence ne put être soumis avant 1957 à la justice internationale parce que le Honduras soutenait que l'article VI du Pacte de Bogota ne permettait pas à la Cour de s'occuper des questions « déjà réglées » par sentences arbitrales dans le cadre de la juridiction obligatoire. Ce n'est qu'en 1957 que, par l'intervention de l'Organisation des États américains, le Honduras admit la juridiction de la Cour. Tous les faits ont été cités au cours de la procédure orale par l'agent du Nicaragua sans soulever d'objections de la part du Honduras.

Quant aux acquiescements retenus par la Cour, ils n'ont pas le caractère de renonciation formelle au droit à contester la validité de la sentence :

a) Le télégramme du président Zelaya du 25 décembre au président du Honduras ne réunit pas les conditions requises pour être reconnu comme preuve de renonciation au recours en nullité.

b) La note envoyée par le ministre Gámez au chargé d'affaires d'Espagne le 9 janvier 1907, comme il l'explique lui-même au ministre Medina le 21 du même mois, est un simple accusé de réception et une manifestation protocolaire de « respectueux remerciements au roi », puisque le ministre Medina avait déjà présenté sa note de protestation directement au ministre d'État à Madrid le 25 décembre.

c) La publication du texte complet de la sentence dans le journal officiel du Nicaragua le 28 janvier 1907 ne peut être retenue, car les publications à titre d'information dans les journaux, même s'ils sont officiels, n'ont jamais jusqu'ici été considérées comme preuves des engagements des États.

d) La déclaration faite par le président du Nicaragua à l'Assemblée le 1<sup>er</sup> décembre 1907, loin de pouvoir être tenue comme preuve de renonciation à intenter un recours contre la sentence, en fait au contraire état, puisqu'elle termine par la phrase suivante :

« ... étant donné qu'il y a quelques points obscurs et mêmes contradictoires, il a donné des instructions au ministre Crisanto Medina pour qu'il demande l'éclaircissement correspondant ».

e) Le rapport à l'Assemblée nationale du 26 décembre 1906 n'aurait constitué de preuve de renonciation à contester la validité de la sentence que si le Gouvernement l'avait expressément manifesté et l'Assemblée avait approuvé cette renonciation. Or tout au contraire il est dit dans ce rapport :

« Malheureusement dans cet arbitrage, comme dans tant d'autres semblables, les raisons légales et historiques furent écartées pour leur préférer ce que l'on qualifie d'opportunité politique, c'est-à-dire l'expédient très simple de partager la différence afin de prouver aux parties que l'arbitre éprouve la même considération et estime pour elles deux. »

Ce rapport fait donc état de l'excès de pouvoir de la sentence et ne peut être considéré comme renonciation à la contester.

f) L'approbation donnée par l'Assemblée législative du Nicaragua le 14 janvier 1908 « des actes du pouvoir exécutif dans le domaine des Affaires étrangères entre le 1<sup>er</sup> décembre 1905 et le 26 décembre 1907 » n'a jamais existé en droit. La copie photostatique du journal officiel présentée à la Cour indique que le comité des Affaires étrangères présenta un projet de résolution dans ce sens, projet qui ne passa qu'au premier débat mais qui ne fut jamais discuté en deuxième débat ni approuvé définitivement. Si la proposition avait été approuvée, elle couvrirait alors inévitablement aussi la note de protestation du ministre Medina du 25 décembre 1906, les instructions envoyées au ministre Medina par notes du 1<sup>er</sup> février 1907 du président Zelaya, et les 21 février et 14 octobre du ministre Gámez pour qu'il demande des « explications » et, si possible, même la « révision » (*reforma*) de la sentence.

g) Le général Moncada comme ministre de l'Intérieur n'était ni ne pouvait être organe compétent pour engager la responsabilité de son pays en matière de recours en nullité contre une sentence arbitrale, et son télégramme du 23 mars 1911 ne peut donc être retenu comme preuve de renonciation au recours en nullité.

h) La note du Honduras du 25 avril 1911 signée par le ministre des Affaires étrangères ne peut engager en rien le Nicaragua. Le texte de la réponse du Nicaragua à cette note aurait pu l'engager, mais en fait de réponse il n'y a qu'une note adressée le 27 novembre 1911 par M. Chamorro au chargé d'affaires du Honduras, M. Médal, dans laquelle il se limite à affirmer qu'il n'a pas terminé l'étude de la question.

i) L'information transmise le 8 septembre 1911 par M. Médal, chargé d'affaires du Honduras, à son ministre sur la visite faite à M. Chamorro n'étant pas une note émanant du Nicaragua mais d'un fonctionnaire du Honduras, elle n'est pas une preuve qui puisse servir pour démontrer une renonciation du Nicaragua à contester la sentence.

Il n'y a donc dans ces documents ou déclarations aucune preuve de renonciation de la part du Nicaragua à contester la validité de la sentence dont les vices intrinsèques à mon avis entraînent la nullité.

Certaines de ces déclarations pourraient indiquer l'intention d'accepter la sentence, mais aucune ne peut être tenue comme

preuve « d'engagement d'État » à renoncer au droit d'en contester la validité dans le sens qu'exigent les règles de droit expliquées au chapitre I.

---

Pour les raisons expliquées dans cette opinion, j'arrive à la conclusion que les vices intrinsèques étudiés au chapitre IV entraînent la nullité de la sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne le 23 décembre 1906.

(Signé) URRUTIA HOLGUÍN.