

DISSENTING OPINION OF VICE-PRESIDENT  
AL-KHASAWNEH

*Colombian preliminary objection not of exclusively preliminary nature — Where decision on preliminary objection also determinative of important aspect of the merits of the dispute — Where decision on alleged invalidity of 1928 Treaty requires analysis of complex issues of fact and law — Requirement that judgments be reasoned — No presumption in favour of party raising preliminary objection in Article 79, paragraph 9, of the Rules of Court — Limits on Court's discretion to define the subject-matter of the dispute — Jurisdiction under Pact of Bogotá and optional clause declarations distinct and independent bases of the Court's jurisdiction.*

1. I am unable to concur with the majority view that the 1928 Treaty between Colombia and Nicaragua is valid (Judgment, para. 81), nor with the finding, directly flowing from that view, and predicated upon it, that Colombia's first preliminary objection to jurisdiction is upheld in so far as it concerns sovereignty over the Islands of San Andrés, Providencia and Santa Catalina (Judgment, subparagraph (1)(a) of operative para. 142).

2. I should, however, hasten to add, before a misunderstanding occurs, that in saying this I do not imply that the Treaty and Protocol in question are necessarily invalid, nor that the Islands referred to above consequently necessarily appertain to Nicaragua. All I say is that I belong to the party of the "don't knows" who believe that crucial and intricate questions, of the nature encountered in this case, can only be determined definitively after thorough consideration at the merits phase, and not in a summary, unconvincing and premature manner as was the case in the present instance, especially since there was no compelling judicial reason to have done so.

3. I am of course not oblivious to the fact that in order to establish its jurisdiction and to ascertain the limits thereof, the Court may need, on occasion, to touch on the merits to better inform itself of facts that help it achieve that purpose of ascertaining its jurisdiction and which can only be gleaned by looking at the merits. That such recourse to the merits is permissible is beyond doubt. It is necessitated by considerations of common sense and rests on a long chain of precedents. As was rightly observed by Judge Shahabuddeen in a learned separate opinion,

“[t]he idea that, in determining preliminary objections, the Court's enquiry could ‘touch’ on the merits went back to the 1920s” (*Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*),

OPINION DISSIDENTE DE M. LE JUGE AL-KHASAWNEH,  
VICE-PRÉSIDENT

[Traduction]

*Nature non exclusivement préliminaire de l'exception colombienne — Décision sur l'exception préliminaire déterminant également un aspect important du fond du différend — Décision sur la nullité alléguée du traité de 1928 exigeant une analyse de questions de fait et de droit complexes — Obligation de motiver les arrêts — Absence de présomption, au paragraphe 9 de l'article 79 du Règlement de la Cour, en faveur de la partie qui soulève l'exception préliminaire — Limites au pouvoir discrétionnaire de la Cour de définir l'objet du différend — Pacte de Bogotá et déclarations faites en vertu de la clause facultative: fondements de la compétence de la Cour distincts et indépendants.*

1. Je ne puis souscrire à l'opinion majoritaire selon laquelle le traité de 1928 conclu entre la Colombie et le Nicaragua est valide (arrêt, par. 81), ni à la conclusion, découlant directement de cette opinion et se fondant sur celle-ci, que la première exception préliminaire d'incompétence soulevée par la Colombie est retenue en ce qu'elle a trait à la souveraineté sur les îles de San Andrés, Providencia et Santa Catalina (arrêt, alinéa 1) a) du dispositif (par. 142)).

2. Avant que mes propos ne créent un malentendu, je dois pourtant m'empresser d'ajouter que je ne veux pas laisser entendre par là que le traité et le protocole en question sont nécessairement nuls, ni que les îles susmentionnées appartiennent inévitablement au Nicaragua. Je dis simplement que je me range parmi les «sceptiques» qui estiment que des questions décisives et complexes, de la nature de celles que pose la présente affaire, ne peuvent être définitivement tranchées qu'après avoir été examinées de manière approfondie au stade du fond et non de manière sommaire, peu convaincante et prématurée comme c'est le cas en l'espèce, d'autant qu'il n'y avait pas de raison judiciaire impérieuse de procéder ainsi.

3. Je n'oublie bien évidemment pas que, dans le but d'établir sa compétence et d'en déterminer les limites, la Cour peut, à l'occasion, avoir besoin d'effleurer le fond pour mieux s'informer des faits qui l'aideront à atteindre ce but et qu'elle ne peut recueillir sans se livrer à un examen de questions de fond. Il ne fait aucun doute qu'un tel examen est admissible. Il s'impose pour des raisons de bon sens et il existe en sa faveur une longue liste de précédents. Ainsi que le juge Shahabuddeen l'a fait observer à juste titre dans une éminente opinion individuelle:

«L'idée qu'en se prononçant sur des exceptions préliminaires la Cour pouvait, lors de son examen, «effleurer le fond» remontait aux années vingt.» (*Plates-formes pétrolières (République islamique*

*Preliminary Objection, Judgment, I.C.J. Reports 1996 (II)*, separate opinion of Judge Shahabuddeen, p. 830; see *Certain German Interests in Polish Upper Silesia, Jurisdiction, Judgment No. 6, 1925, P.C.I.J., Series A, No. 6*, p. 15).

4. At the same time, such permissibility should be balanced against the well-established principle that the integrity of the merits must be preserved and not prejudged or predetermined at the preliminary objections phase. To be sure, this principle and, indeed, the division of proceedings into jurisdictional and merits phases are not ends in themselves but they are indispensable tools for the fair and proper administration of justice and can be tampered with only at peril to those ideals and to the judicial function itself.

5. With these considerations in mind, I feel that, in the present case, the issue of whether the 1928 Treaty and the 1930 Protocol are valid and in force could have been safely — and should have been — left to the merits. As indicated above (para. 2), at no point in the Judgment is a compelling case made as to why it was necessary to dispose of the validity of the Treaty and Protocol at the preliminary objections stage thereby effectively deciding the question of sovereignty over the islands of San Andrés, Providencia and Santa Catalina with virtually no discussion as is required in an adversarial system of litigation. Thus for example the question of the alleged coercion of Nicaragua (which if proven may, subject to resolving certain questions about the status in customary law of the rules now codified in Articles 45 and 52 of the Vienna Convention on the Law of Treaties at the material time, produce an *ab initio* invalid treaty, incurable by the subsequent practice of the Parties<sup>1</sup>) was not adequately discussed in the oral proceedings (in complete contrast to the written proceedings where Nicaragua devoted a substantial part of its written comments to it) and then mostly to require that it be decided at the merits phase (Nicaragua) or to oppose that argument (Colombia). The substance of the issue, however, was not even properly discussed or subsequently considered by the Court. This is reflected in the summary

<sup>1</sup> Cf. paragraph 79 of the Judgment. The fact that acquiescence cannot validate a treaty obtained by coercion was clearly described in the Commentaries to the Draft Articles on the Law of Treaties:

“The effects and the implications of coercion in international relations are of such gravity that the Commission felt that a consent so obtained must be treated as absolutely void in order to ensure that the victim of the coercion should afterwards be in a position freely to determine its future relations with the State which coerced it. To admit the application of the present article [the draft Article that became Article 45 of the Vienna Convention on the Law of Treaties on acquiescence] in cases of coercion might, in its view, weaken the protection given by articles 48 and 49 to the victims of coercion.” (Draft Articles on the Law of Treaties with Commentaries, *Yearbook of the International Law Commission*, 1966, Vol. II, pp. 239-40).

*d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique*), exception préliminaire, arrêt, C.I.J. Recueil 1996 (II), opinion individuelle du juge Shahabuddeen, p. 830. Voir *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise, compétence, arrêt n° 6, 1925, C.P.J.I. série A n° 6*, p. 15.)

4. Il convient cependant de concilier cette admissibilité d'un examen de questions de fond avec le principe bien établi selon lequel l'intégrité du fond doit être préservée et ne pas être préjugée ni prédéterminée au stade des exceptions préliminaires. Ce principe et, d'ailleurs, la division de la procédure en une phase sur la compétence et une autre sur le fond ne sont certainement pas des fins en eux-mêmes mais des outils indispensables à une bonne administration de la justice, et on ne saurait y toucher sans risquer de porter préjudice à ces idéaux et à la fonction judiciaire elle-même.

5. Ces considérations m'incitent à penser qu'en l'espèce la question de savoir si le traité de 1928 et le protocole de 1930 sont valides et en vigueur aurait pu — et aurait dû — être réservée sans risque au stade de l'examen au fond. Comme je l'ai indiqué plus haut (par. 2), on ne trouve nulle part dans l'arrêt de raison impérieuse expliquant pourquoi il fallait statuer sur la validité du traité et du protocole au stade des exceptions préliminaires et trancher ainsi la question de la souveraineté sur les îles de San Andrés, Providencia et Santa Catalina sans que cela ait donné lieu à un débat véritable, contrairement à ce qu'exige un système judiciaire contradictoire. Ainsi, les Parties n'ont pas suffisamment débattu de la question de la prétendue contrainte exercée sur le Nicaragua (qui, si elle est démontrée, peut, sous réserve du règlement de certaines questions concernant le statut en droit coutumier, à l'époque des faits, des règles qui sont à présent codifiées aux articles 45 et 52 de la convention de Vienne sur le droit des traités, se solder par la nullité *ab initio* du traité, à laquelle la pratique ultérieure des Parties ne saurait remédier)<sup>1</sup> au cours de la procédure orale (alors que, tout à fait à l'inverse, le Nicaragua a consacré au cours de la procédure écrite une partie importante de ses observations à ce sujet), sinon pour exiger essentiellement qu'elle soit tranchée au stade du fond (Nicaragua) ou pour s'opposer à cet argument (Colombie). Toutefois, la

<sup>1</sup> Voir le paragraphe 79 de l'arrêt. Le fait que l'acquiescement ne saurait valider un traité conclu par la contrainte a été clairement exposé dans les commentaires au projet d'articles sur le droit des traités :

« Les effets de la contrainte et ses incidences dans le domaine des relations internationales sont d'une gravité telle que la Commission a estimé que le consentement obtenu de cette manière devait être tenu pour absolument nul, afin de garantir à la victime de la contrainte la possibilité de déterminer librement, par la suite, ses relations futures avec l'Etat qui l'a exercée. De l'avis de la Commission, si l'on admettait l'application du présent article [le projet d'article qui devint l'article 45 prévoyant l'acquiescement de la convention de Vienne sur le droit des traités] aux cas de contrainte, cela risquerait d'affaiblir la protection que les articles 48 et 49 assurent aux Etats qui en sont victimes. » (Projet d'articles sur le droit des traités et commentaires y afférents, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1966, vol. II, p. 268-269.)

sentences dealing with the issue of coercion (Judgment, paras. 75-80) which, arguably, do not even meet the requirement that judgments should be reasoned. The only motivation proffered by the Judgment for deciding the issue at the present stage (in effect prejudging the outcome of the merits phase) is to be found in paragraphs 50 and 51 of the Judgment. Paragraph 50 reads:

“The Court believes that it is not in the interest of the good administration of justice for it to limit itself at the present juncture to stating merely that there is a disagreement between the Parties as to whether the 1928 Treaty and 1930 Protocol settled the matters which are the subject of the present controversy within the meaning of Article VI of the Pact of Bogotá, leaving every aspect thereof to be resolved on the merits.”

6. With great respect to the majority view — or belief — for the paragraph starts by stating that “the Court believes”, it can be said that anyone persuaded by the logic of this paragraph will be persuaded by any argument. No attempt is made to explain why it is inimical to the interests of the good administration of justice to leave to the merits stage the central question of whether the 1928 Treaty and the 1930 Protocol were valid and hence settled the dispute (referred to in the best traditions of *oratio obliqua* as “disagreement” or “controversy”). Nor is there anything in the subject matter of the dispute that would suggest irreversibility or perishability and hence warrant haste. Nor has there been a delay in justice for “the case became ready for hearing in respect of the preliminary objections” only in 2004 (Judgment, para. 6) — a normal delay by the standards of other cases before this Court. Nor can justification be found in the general proposition that preliminary points should be dealt with and eliminated before moving to the merits for that presupposes that they have an exclusively preliminary nature.

7. In short, no element in the paragraph, whether expressly stated or implied therein, comes near an answer to Nicaragua’s contention that “[it] is difficult to find a better example of an objection that ‘does not possess, in the circumstances of the case, an exclusively preliminary character’” (Judgment, para. 46).

8. Building on paragraph 50, the subsequent paragraph seeks to adduce reasons for dealing with the issue of the validity of the Treaty and Protocol at this stage. It reads:

“In principle, a party raising preliminary objections is entitled to have these objections answered at the preliminary stage of the proceedings unless the Court does not have before it all facts necessary

substance de la question n'a même pas été débattue de façon satisfaisante ni ultérieurement examinée par la Cour. Cela apparaît dans les phrases sommaires qui traitent du problème de la contrainte (arrêt, par. 75-80), dont il est permis de penser qu'elles ne satisfont même pas à l'obligation de motiver les arrêts. Le seul motif que présente la Cour pour trancher la question au stade actuel (préjugant en réalité de l'issue d'un examen au stade du fond) se trouve aux paragraphes 50 et 51 de l'arrêt. Le paragraphe 50 se lit comme suit :

«La Cour estime qu'il n'est pas dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice de se contenter à ce stade de faire état d'un désaccord entre les Parties sur le point de savoir si le traité de 1928 et le protocole de 1930 ont réglé les questions sur lesquelles porte le présent différend au sens de l'article VI du pacte de Bogotá, se réservant d'en trancher tous les aspects au stade du fond.»

6. Avec tout le respect que je porte à l'opinion — ou à la conviction, car le paragraphe commence en indiquant que «[l]a Cour estime» — majoritaire, on peut dire que quiconque est convaincu par la logique de ce paragraphe le sera quel que soit l'argument. Aucune tentative n'est faite pour expliquer pourquoi il est défavorable aux intérêts de la bonne administration de la justice de laisser au stade du fond la question centrale de savoir si le traité de 1928 et le protocole de 1930 étaient valides et réglaient par conséquent le différend (qualifié, par euphémisme, de «désaccord» ou de «controverse»). Il n'y a rien non plus, dans l'objet du différend, qui suggérerait l'irréversibilité ou un risque de caducité et qui, par conséquent, justifierait de se hâter. Il n'y a pas non plus de retard dans l'administration de la justice car «l'affaire s'est trouvée en état pour ce qui est des exceptions préliminaires» en 2004 seulement (arrêt, par. 6) — soit un délai normal en regard des autres affaires soumises à la Cour. Il n'y a pas non plus moyen de trouver une justification dans la proposition générale selon laquelle il convient de vider les questions préliminaires avant de passer à l'examen au fond, car il faut pour cela que lesdites questions soient de nature exclusivement préliminaire.

7. En bref, rien dans ce paragraphe, que ce soit expressément ou par allusion, ne semble répondre si peu soit-il à l'argument du Nicaragua selon lequel «on trouvera difficilement meilleur exemple d'exception n'ayant «pas dans les circonstances de l'espèce un caractère exclusivement préliminaire»» (arrêt, par. 46).

8. Poursuivant l'argumentation entamée au paragraphe 50, la Cour cherche, dans le paragraphe suivant, à apporter des raisons pour traiter, à ce stade, de la question de la validité du traité et du protocole. Le paragraphe 51 se lit comme suit :

«En principe, une partie qui soulève des exceptions préliminaires a droit à ce qu'il y soit répondu au stade préliminaire de la procédure, sauf si la Cour ne dispose pas de tous les éléments nécessaires pour

to decide the questions raised or if answering the preliminary objection would determine the dispute, or some elements thereof, on the merits. The Court finds itself in neither of these situations in the present case. The determination by the Court of its jurisdiction may touch upon certain aspects of the merits of the case (*Certain German Interests in Polish Upper Silesia, Jurisdiction, Judgment No. 6, 1925, P.C.I.J., Series A, No. 6*, p. 15). Moreover, the Court has already found that the question of whether the 1928 Treaty and the 1930 Protocol settled the matters in dispute does not constitute the subject-matter of the dispute on the merits. It is rather a preliminary question to be decided in order to ascertain whether the Court has jurisdiction.” (Judgment, para. 51.)

9. The paragraph rests on a number of misconceptions: it posits a non-existent presumption in favour of the Party making the objections. Article 79, paragraph 9, of the Rules of Court — recalled in paragraph 48 of the Judgment — states that the Court “shall either uphold the objection, reject it, or declare that the objection does not possess, in the circumstances of the case, an exclusively preliminary character”. It is plain that the third possibility, i.e., declaring the objection not to be of an exclusively preliminary nature, carries as much weight, and constitutes as much an answer to the objection in question as the first two, although it entails delaying the answer to the objection until the merits phase.

10. In other words, the Party making the preliminary objections is, of course, entitled to an answer within the meaning of Article 79, paragraph 9, of the Rules of Court, but it is not entitled to a positive answer in all circumstances.

11. Paragraph 51 of the Judgment then provided two criteria for deciding that the objection is not of an exclusively preliminary character, or effectively joining the objection to the merits:

- (a) that the Court is not in possession of all the facts necessary to give an answer; or,
- (b) that by giving an answer it will determine the dispute, or some elements thereof, on the merits.

In the same paragraph the Court comes to the conclusion that it found itself in neither situation and therefore goes on to pronounce on the validity of the Treaty and the Protocol. With respect, nothing is more debatable. I have already indicated that, in my opinion, the Court did not appraise itself as it should have of the necessary facts (para. 5). I can only add, by way of example, that no recourse was made to the negotiating history of the Pact of Bogotá which would have shed light on the historical background necessary to come to a reasoned interpretation of what was meant by the terms “settled” or “governed”; nor was there any consideration of the important and relevant question of inter-temporal law, namely whether by 1928, the strong body of opinion which held “that

se prononcer sur les questions soulevées ou si le fait de répondre à l'exception préliminaire équivaldrait à trancher le différend, ou certains de ses éléments, au fond. La Cour ne se trouve en l'espèce dans aucune de ces deux situations. Rechercher si elle a compétence pourrait amener la Cour à effleurer certains aspects du fond de l'affaire (*Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise, compétence, arrêt n° 6, 1925, C.P.J.I. série A n° 6*, p. 15). Par ailleurs, la Cour a déjà établi que le point de savoir si le traité de 1928 et le protocole de 1930 ont réglé les questions en litige ne constituait pas l'objet du différend au fond. Il s'agit en fait d'une question préliminaire qu'elle doit trancher afin de déterminer si elle a compétence.» (Arrêt, par. 51.)

9. L'argumentation exposée dans ce paragraphe repose sur plusieurs méprises: elle postule une présomption qui n'existe pas en faveur de la partie qui soulève les exceptions. Le paragraphe 9 de l'article 79 du Règlement de la Cour — rappelé au paragraphe 48 de l'arrêt — dispose que la Cour «retient l'exception, la rejette ou déclare que cette exception n'a pas dans les circonstances de l'espèce un caractère exclusivement préliminaire». Il est évident que la troisième possibilité, à savoir déclarer que l'exception n'a pas un caractère exclusivement préliminaire, a tout autant de poids et constitue tout autant une réponse à l'exception en question que les deux premières, même si elle implique de retarder la réponse à l'exception jusqu'à la phase du fond.

10. En d'autres termes, la partie qui soulève les exceptions préliminaires a bien évidemment droit à une réponse au sens du paragraphe 9 de l'article 79 du Règlement de la Cour, mais non à une réponse favorable dans tous les cas.

11. Le paragraphe 51 de l'arrêt énonce ensuite deux critères à appliquer pour décider que l'exception n'a pas un caractère exclusivement préliminaire ou pour joindre effectivement l'exception au fond:

- a) la Cour n'est pas en possession de tous les faits nécessaires pour donner une réponse; ou
- b) en donnant une réponse, elle tranchera au fond le différend ou certains de ses éléments.

Dans le même paragraphe, la Cour parvient à la conclusion qu'elle ne se trouve dans aucune de ces deux situations et poursuit donc en se prononçant sur la validité du traité et du protocole. Avec tout le respect que je dois à la Cour, rien n'est plus contestable. J'ai déjà indiqué que, selon moi, la Cour ne s'est pas renseignée comme elle l'aurait dû sur les éléments de fait nécessaires (par. 5). Je ne peux qu'ajouter, à titre d'exemple, que l'histoire des négociations du pacte de Bogotá n'a pas du tout été examinée, ce qui pourtant aurait éclairé le contexte historique à considérer pour parvenir à une interprétation réfléchie du sens donné aux termes «régulé» ou «régé»; la Cour n'a pas non plus considéré la question importante et pertinente du droit intertemporel, à savoir si, en 1928, la thèse



treaties brought about by the threat or use of force should no longer be recognized as legally valid”<sup>2</sup>, had attained the status of customary law. Such consideration would have been indispensable because Nicaragua did not contest the factual existence of the Treaty and Protocol nor their relevance to the Pact of Bogotá; it impinged the very validity of the Treaty and Protocol themselves.

In other words, it questions the first premise on which Colombia based its contention that the Treaty and Protocol settled or governed the present dispute within the meaning of Article VI of the Pact of Bogotá.

12. With regard to the second criterion, i.e. that the answer should not determine the dispute on the merits, the Judgment sought to avert this eventuality by resort to the simple device of first defining the subject-matter of the dispute narrowly so as to exclude the status of the Treaty and Protocol from its ambit.

13. In doing this, the Judgment relied on precedents supporting the contention that the Court retains freedom to define the subject-matter of the dispute on the basis of the submissions of the Parties (see *Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada)*, *Jurisdiction of the Court, Judgment, I.C.J. Reports 1998*, pp. 447-449, paras. 29-32; *Nuclear Tests (Australia v. France)*, *Judgment, I.C.J. Reports 1974*, p. 262, para. 29; *Nuclear Tests (New Zealand v. France)*, *Judgment, I.C.J. Reports 1974*, p. 466, para. 30). Such freedom however cannot be unlimited if only because of considerations of legitimacy and of common sense. In this respect and in the context of this case, it would have been prudent for the Court to heed the sentiment expressed by Judge Vereshchetin in his dissenting opinion in the *Fisheries Jurisdiction* case, where he stated:

“The point of departure for the Court’s resolution of this dispute within the dispute should be Article 40, paragraph 1, of the Statute, which provides that it is for the applicant State to indicate the subject of the dispute. Hence, while it is true that ‘[t]he Court’s jurisprudence shows that the Court will not confine itself to the formulation by the Applicant when determining the subject of the dispute’ (para. 30 of the Judgment), it must be equally true that, in characterizing the main dispute between the Parties, the Court cannot without well-founded reasons redefine the subject of the dispute in disregard of the terms of the Application and of other submissions by the Applicant. Yet this appears to be what the Court has done in its Judgment . . .” (*Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada)*, *Jurisdiction of the Court, Judgment, I.C.J. Reports 1998*, dissenting opinion of Judge Vereshchetin, p. 571, para. 4.)

<sup>2</sup> Draft Articles on the Law of Treaties with Commentaries, *Yearbook of the International Law Commission*, 1966, Vol. II, p. 246.

bien établie selon laquelle les traités dont «la conclusion ... avait été obtenue par la menace ou l'emploi de la force ... ne devai[en]t plus être reconnus[s] comme juridiquement valable[s]»<sup>2</sup> avait atteint le statut de droit coutumier. Pourtant, il aurait été indispensable de le faire car ce ne sont pas l'existence factuelle du traité et du protocole ni leur pertinence au regard du pacte de Bogotá que le Nicaragua a contestées, mais leur validité même.

En d'autres termes, le Nicaragua remet en cause le premier principe sur lequel la Colombie s'est fondée pour affirmer que le traité et le protocole ont réglé ou régi le présent différend au sens de l'article 6 du pacte de Bogotá.

12. En ce qui concerne le second critère, à savoir que la réponse ne devrait pas déterminer le différend au fond, la Cour a cherché à prévenir cette éventualité en recourant au simple procédé consistant à définir d'emblée l'objet du différend de façon étroite, de manière à exclure du cadre de l'arrêt le statut du traité et du protocole.

13. En procédant ainsi, la Cour s'appuie sur des précédents étayant l'affirmation selon laquelle la Cour conserve la liberté de définir l'objet du différend sur la base des conclusions des Parties (voir *Compétence en matière de pêcheries (Espagne c. Canada)*, compétence de la Cour, arrêt, C.I.J. Recueil 1998, p. 447-449, par. 29-32; *Essais nucléaires (Australie c. France)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 262, par. 29; *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 466, par. 30). Une telle liberté ne saurait toutefois être illimitée, ne serait-ce que pour des considérations de légitimité et de bon sens. A ce sujet, et dans le contexte de la présente affaire, il aurait été prudent de tenir compte du sentiment exprimé par le juge Vereshchetin dans son opinion dissidente en l'affaire de la *Compétence en matière de pêcheries*, dans laquelle il a indiqué :

«Pour régler ce différend apparu à l'intérieur du différend, la Cour devrait se fonder sur le paragraphe 1 de l'article 40 du Statut, qui dispose que c'est à l'Etat demandeur d'indiquer l'objet du différend. Dès lors, s'il est vrai qu'il «ressort de la jurisprudence de la Cour que celle-ci ne se contente pas de la formulation employée par le demandeur, lorsqu'elle détermine l'objet du différend» (paragraphe 30 de l'arrêt), il n'en est certainement pas moins vrai que, lorsqu'elle qualifie ce qui constitue le différend principal entre les parties, la Cour ne saurait sans motifs dûment étayés redéfinir l'objet du différend sans tenir compte des termes de la requête et des autres moyens présentés par le demandeur. C'est pourtant ce qu'elle semble avoir fait dans son arrêt...» (*Compétence en matière de pêcheries (Espagne c. Canada)*, compétence de la Cour, arrêt, C.I.J. Recueil 1998, opinion dissidente du juge Vereshchetin, p. 571, par. 4.)

<sup>2</sup> Projet d'articles sur le droit des traités et commentaires y afférents, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1966, vol. II, p. 246.

Indeed, in the present case I cannot find any well-founded reasons for the defining of the subject-matter of the dispute in complete disregard of the submissions of Nicaragua.

14. Additionally, the Judgment's approach to this problem is not free of contradictions. Thus, in paragraph 42 the Judgment acknowledges, *inter alia*, that sovereignty over territory (namely the islands and other maritime features claimed by the Parties) and the course of the maritime boundary between the Parties are "questions which are in dispute between the Parties on the merits". However, the Court had, in paragraph 40, stated that

"Nicaragua submitted that issues relating to the validity and alleged termination of the 1928 Treaty as well as the question whether the Treaty and its 1930 Protocol covered or resolved all the contentious matters between the Parties, including the geographical scope of the San Andrés Archipelago, sovereignty over Roncador, Quitasueño and Serrana and maritime delimitation, all formed part of the dispute before the Court . . .

In the Court's view, all those issues relate to the single question whether the 1928 Treaty and 1930 Protocol settled the matters in dispute between the Parties concerning sovereignty over the islands and maritime features and the course of the maritime boundary. The Court considers, however, that this does not form the subject-matter of the dispute between the Parties and that, in the circumstances of the present case, the question is a preliminary one . . ."

15. This reasoning gives rise to a fundamental question: can an issue (the validity of the 1928 Treaty) central to the resolution of a question acknowledged to be in dispute between the Parties on the merits (sovereignty over the named islands of the San Andrés Archipelago) not be part of the subject-matter of the dispute? The answer must obviously be not.

16. With respect to this question, the all too apparent logical absurdity bears testimony to the artificiality of the distinction. In particular, it shows that the question of the validity of the Treaty and Protocol is not a secondary line of argument but a crucial and indispensable logical step in resolving the dispute on the merits regarding the sovereignty over the islands of San Andrés, Providencia and Santa Catalina. The question is part and parcel of the dispute and is preliminary only in the sense that it has an antecedent nature in the logical process of resolving the dispute but is not a pre-dispute point that can be disposed of separately. In other words, the preliminary objection in this case is so interwoven with the merits that to decide the question of the validity of the 1928 Treaty and the 1930 Protocol either way is to decide the dispute on the merits in favour of one Party or the other as it relates to the aforementioned islands and to affect the outcome of any maritime delimitation. Indeed

En effet, je ne puis trouver, en l'espèce, de motif dûment étayé pour définir l'objet du différend sans tenir aucun compte des conclusions du Nicaragua.

14. En outre, la manière dont ce problème est abordé dans l'arrêt n'est pas sans contradictions. Ainsi, au paragraphe 42 de l'arrêt, la Cour reconnaît notamment que la souveraineté sur le territoire (c'est-à-dire sur les îles et autres formations maritimes que les Parties revendiquent) et le tracé de la frontière maritime entre les Parties sont les questions qui opposent celles-ci au fond. Or, la Cour a indiqué au paragraphe 40 :

«La Cour note que le Nicaragua a soutenu que les considérations relatives à la validité et à la terminaison alléguée du traité de 1928 ainsi qu'à la question de savoir si le traité et son protocole de 1930 couvraient ou réglaient l'ensemble des points en litige entre les Parties, notamment l'étendue géographique de l'archipel de San Andrés, la souveraineté sur Roncador, Quitasueño et Serrana et la délimitation maritime, s'inscrivaient toutes dans le cadre du différend dont elle est saisie...

De l'avis de la Cour, tous ces aspects se rattachent au seul point de savoir si le traité de 1928 et le protocole de 1930 ont réglé les questions en litige entre les Parties au sujet de la souveraineté sur les îles et autres formations maritimes et du tracé de la frontière maritime. La Cour considère toutefois que tel n'est pas l'objet du différend entre les Parties et que, dans les circonstances de la présente espèce, il s'agit d'une question préliminaire...»

15. Ce raisonnement soulève une interrogation fondamentale : un aspect (la validité du traité de 1928) essentiel pour le règlement d'une question reconnue comme opposant les Parties au fond (la souveraineté sur les îles nommément désignées de l'archipel de San Andrés) peut-il ne pas faire partie de l'objet du différend ? La réponse doit évidemment être négative.

16. A cet égard, l'absurdité flagrante du raisonnement montre bien que la distinction est artificielle. Elle montre en particulier que la question de la validité du traité et du protocole ne relève pas d'une argumentation secondaire mais constitue une étape logique, cruciale et indispensable, du règlement au fond du différend en ce qui a trait à la souveraineté sur les îles de San Andrés, Providencia et Santa Catalina. La question fait partie intégrante du différend et n'est préliminaire qu'en raison de son antériorité dans le processus logique du règlement du différend, mais ce n'est pas un point préalable au litige sur lequel on peut statuer séparément. En d'autres termes, l'exception préliminaire est, dans cette affaire, si indissociable du fond que trancher dans un sens ou dans l'autre la question de la validité du traité de 1928 et du protocole de 1930 équivaut à régler le différend au fond en faveur de l'une ou l'autre des Parties en ce qui concerne les îles susmentionnées et à influencer sur l'issue de toute délimitation mari-

this case is an example *par excellence* of a circumstance in which the Court should find

“that the objection is so related to the merits, or to questions of fact or law touching the merits, that it cannot be considered separately without going into the merits (which the Court cannot do while proceedings on the merits stand suspended under Article 62), or without prejudging the merits before these have been fully argued” (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)*, *Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1964*, p. 43).

17. I have no desire to attempt, in this relatively brief opinion, to offer theoretical formulae which govern which preliminary objections should be declared not to possess an exclusively preliminary nature, and in any event, I doubt whether such an attempt would succeed, given that every case turns on its own facts and circumstances, but I can state with reasonable confidence that where the claim underlying the objection is not frivolous, and where it is moreover arguable and plausible, the Court should not snuff attempts to argue the merits fully<sup>3</sup>. As was stated by Judge Read in his dissenting opinion in the *Anglo-Iranian Oil Co.* case:

“It is impossible to overlook the grave injustice which would be done to an applicant State, by a judgment upholding an objection to the jurisdiction and refusing to permit adjudication on the merits, and which, at the same time, decided an important issue of fact or law, forming part of the merits, against the applicant State. The effect of refusal to permit adjudication of the dispute would be to remit the applicant and respondent States to other measures, legal or political, for the settlement of the dispute. Neither the applicant nor the respondent should be prejudiced, in seeking an alternative solution of the dispute, by the decision of any issue of fact or law that pertains to the merits.” (*Anglo-Iranian Oil Co., Preliminary Objection, Judgment, I.C.J. Reports 1952*, dissenting opinion of Judge Read, p. 149.)

18. Lastly, it is obvious to me that the jurisdiction of the Court under Article 36, paragraph 2 of its Statute is both independent of and wider than the jurisdictional system erected by the Pact of Bogotá. Nevertheless, to establish its jurisdiction in this concrete case, the Court would have been forced, had it started with the optional clause jurisdiction, to

<sup>3</sup> For an earlier well-reasoned case in this respect see *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, *Preliminary Objection, Judgment, I.C.J. Reports 1996 (II)*, separate opinion of Judge Shahabuddeen, pp. 824-825.

time. En effet, la présente affaire est l'exemple par excellence d'un cas dans lequel la Cour devrait juger que :

«l'exception est tellement liée au fond ou à des points de fait ou de droit touchant au fond qu'on ne saurait l'examiner séparément sans aborder le fond, ce que la Cour ne saurait faire tant que la procédure sur le fond est suspendue aux termes de l'article 62, ou sans préjuger le fond avant que celui-ci ait fait l'objet d'une discussion exhaustive» (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (nouvelle requête: 1962) (Belgique c. Espagne), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1964, p. 43*).

17. Je ne cherche aucunement, dans cette assez brève opinion, à proposer des formules théoriques permettant d'établir quelles exceptions préliminaires devraient être déclarées comme ne revêtant pas un caractère exclusivement préliminaire et, quoi qu'il en soit, je doute qu'une telle tentative aboutisse étant donné que chaque affaire dépend de ses propres faits et circonstances. Mais je puis indiquer avec suffisamment d'assurance que, lorsque la prétention à l'origine de l'exception n'est pas sans fondement et qu'en outre elle est défendable et plausible, la Cour ne devrait pas couper court aux tentatives de faire pleinement valoir les arguments au fond<sup>3</sup>. Comme l'a indiqué le juge Read dans son opinion dissidente en l'affaire de l'*Anglo-Iranian Oil Co.* :

«Il m'est impossible de méconnaître la grave injustice que causerait à un Etat demandeur un arrêt qui admettrait une exception d'incompétence et refuserait d'autoriser un prononcé sur le fond, tout en tranchant en même temps, à l'encontre de l'Etat demandeur, un important point de fait ou de droit faisant partie du fond. Le refus d'autoriser un jugement du différend aurait pour effet de renvoyer l'Etat demandeur et l'Etat défendeur à d'autres mesures juridiques ou politiques, en vue de régler le différend. Au moment de rechercher une autre solution au différend, ni le demandeur ni le défendeur ne devraient être placés dans un état d'infériorité à la suite d'une décision sur un point de fait ou de droit touchant le fond.» (*Anglo-Iranian Oil Co. (Royaume-Uni c. Iran), exception préliminaire, arrêt, C.I.J. Recueil 1952, opinion dissidente du juge Read, p. 149.*)

18. Enfin, il me paraît évident que la compétence de la Cour en vertu du paragraphe 2 de l'article 36 de son Statut est à la fois indépendante du système juridictionnel établi par le pacte de Bogotá et plus vaste que celle qui découle du pacte. Néanmoins, pour établir sa compétence dans ce cas précis, si la Cour avait commencé par se placer dans l'optique de la clause

<sup>3</sup> Pour une autre affaire, antérieure, dans laquelle ce point a été mûrement réfléchi, voir celle des *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique)*, exception préliminaire, arrêt, C.I.J. Recueil 1996 (II), opinion dissidente du juge Shahabuddeen, p. 824-825.

deal with the question of whether there existed a “legal dispute” between the Parties. As the Court notes in paragraph 138 of its Judgment, the question of whether the 1928 Treaty settled the dispute brought before the Court is, thus, equally relevant to determining the Court’s jurisdiction under the optional clause as it is to determining the Court’s jurisdiction under the Pact of Bogotá. For the reasons set out in my opinion above, however, it is also my view that the decision in paragraph 138 of the Judgment that there is no “extant legal dispute between the Parties” is a decision so interwoven with the merits that it should have been left to be determined at the merits stage.

19. In this context, it is worth emphasizing that in no case decided by the Permanent Court of International Justice or this Court has the plea that there is no legal dispute within the meaning of Article 36, paragraph 2, of the Statute been accepted in *limine litis*. Rather such questions have always been deferred to the merits<sup>4</sup>. Further, it should be noted that the citation from the *South West Africa* case in paragraph 138 of the Judgment on which the Court relies in part to hold that there is no extant dispute between the Parties is incomplete. The quote omits the very important statement that a dispute exists if it can be “shown that the claim of one party is positively opposed by the other” (*South West Africa Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa*) *Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1962*, p. 328). The test of whether there exists a dispute is thus one of opposability and not of unfettered freedom for the Court. In this case it seems undeniable that Nicaragua’s claim that the 1928 Treaty is invalid is positively opposed by Columbia.

(Signed) Awn Shawkat AL-KHASAWNEH.

---

<sup>4</sup> See Shabtai Rosenne, *The Law and Practice of the International Court 1920-2005*, 2006, Vol. II, para. II.195.

facultative de juridiction obligatoire, elle aurait été tenue de traiter la question de savoir s'il existait un «différend d'ordre juridique» entre les Parties. Comme le note la Cour au paragraphe 138 de l'arrêt, la question de savoir si le traité de 1928 a réglé le différend qui lui a été soumis est donc tout aussi importante pour déterminer sa compétence en vertu de la clause facultative qu'elle l'est pour établir celle-ci aux termes du pacte de Bogotá. Cependant, pour les raisons que je viens d'exposer dans mon opinion, j'estime aussi que le point tranché par la Cour au paragraphe 138 de l'arrêt, à savoir qu'il ne «subsistait pas de différend juridique entre les Parties», est si indissociable du fond que sa détermination aurait dû être renvoyée au stade de la procédure consacré à celui-ci.

19. Il est intéressant de souligner à cet égard que, dans aucune des affaires qu'elle a jugées, la Cour permanente de Justice internationale n'a accepté *in limine litis* l'argument selon lequel il n'existait pas de différend d'ordre juridique au sens du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut. Ces questions furent toujours renvoyées au stade du fond<sup>4</sup>. Il faut noter en outre que la citation tirée de l'affaire du *Sud-Ouest africain* qui figure au paragraphe 138 de l'arrêt, et sur laquelle la Cour s'appuie en partie pour juger qu'il ne subsiste pas de différend entre les Parties, est incomplète. L'arrêt omet de citer la déclaration très importante selon laquelle un différend existe s'il peut être «démontr[é] que la réclamation de l'une des parties se heurte 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*). L'existence d'un différend s'établit ainsi sur un critère d'opposabilité et non sur celui d'une liberté sans entrave de la Cour. En l'espèce, il semble indéniable que la prétention du Nicaragua selon laquelle le traité de 1928 est nul se heurte à l'opposition manifeste de la Colombie.

(Signé) Awn Shawkat AL-KHASAWNEH.

---

<sup>4</sup> Voir Shabtai Rosenne, *The Law and Practice of the International Court 1920-2005*, 2006, vol. II, par. II.195.