

## DÉCLARATION DE M. LE JUGE SIMMA

[Traduction]

*Compétence de la Cour dans le cadre du système juridictionnel établi par le pacte de Bogotá: dire que le Nicaragua a perdu, en raison de son comportement passé, le droit de revendiquer la nullité du traité conclu en 1928 avec la Colombie ne revient pas à déclarer que le traité était « valide et en vigueur » en 1948 — Les dispositions du pacte et les déclarations faites en vertu de la clause facultative constituent deux bases distinctes de la compétence de la Cour qui ne s'excluent pas mutuellement; le fait que le Nicaragua se voit refuser l'accès à la Cour dans le cadre du système établi par le pacte ne règle pas le différend d'ordre juridique en question et n'écarte pas non plus la possibilité d'invoquer une déclaration faite en vertu du paragraphe 2 de l'article 36.*

Bien que je sois satisfait du présent arrêt d'une manière générale, je doute que la Cour ait correctement appliqué l'article VI du pacte de Bogotá au traité de 1928 entre le Nicaragua et la Colombie. Dans le même ordre d'idées, j'éprouve des difficultés considérables devant l'appréciation que fait la Cour de la relation entre, d'une part, la notion de question « régi[e] par des ... traités en vigueur » à l'époque de la conclusion du pacte, en 1948, et, d'autre part, celle qui a trait à la persistance d'un « différend d'ordre juridique » en tant que condition préalable à ce qu'elle puisse exercer sa compétence sur la base d'une déclaration d'acceptation faite en vertu de la clause facultative.

Selon la Cour, la seule question que le traité de 1928 entre le Nicaragua et la Colombie a réglée de manière définitive (contrairement aux questions de la souveraineté sur les autres formations maritimes de la région et de la délimitation maritime en général) et ce, en faveur de la Colombie, est celle de la souveraineté sur les îles de San Andrés, Providencia et Santa Catalina. La Cour parvient à la conclusion que le traité de 1928 a définitivement réglé cette question car il devait être considéré comme « en vigueur » en 1948 — avec pour conséquence que, aux termes de l'article VI du pacte de Bogotá, les questions régies par ledit traité sortent du domaine de compétence de la Cour. Le Nicaragua avait affirmé que le traité de 1928 devait être considéré comme nul et non avenue *ab initio* aux motifs que, premièrement, il était incompatible avec la constitution du pays et, deuxièmement, il avait été conclu sous la contrainte d'une puissance étrangère, à savoir les Etats-Unis d'Amérique. Toutefois, selon la Cour, puisque le Nicaragua n'a pas contesté la validité du traité de 1928 pendant plus de cinquante ans, à savoir jusqu'en 1980, et que, dans certains cas, il a même réellement agi comme si le traité était valide, « le Nicaragua ne peut pas à présent affirmer que le traité de 1928 n'était pas en vigueur en 1948 » (arrêt, par. 80). Et la Cour poursuit en indiquant :

«Compte tenu de tout ce qui précède, la Cour conclut que le traité de 1928 était *valide et en vigueur* à la date de la conclusion du pacte de Bogotá en 1948, date à retenir aux fins de déterminer si les dispositions de l'article VI de ce pacte, qui prévoient une exception à la compétence dévolue à la Cour en vertu de son article XXXI, trouvent à s'appliquer.» (Par. 81; les italiques sont de moi.)

Je voudrais faire observer que cette conclusion pose un problème. Mon propos n'est pas d'affirmer que la Cour aurait dû en dire plus (ou plutôt ne pas être silencieuse) au sujet du bien-fondé ou de l'absence de bien-fondé des deux motifs de nullité invoqués comme tels par le Nicaragua, au lieu de s'intéresser exclusivement à la perte du droit à les invoquer. Il n'aurait pas été possible d'agir ainsi au stade actuel de la procédure, à savoir celui de la compétence (tel quel, le présent arrêt est déjà un cas limite eu égard à la manière dont la Cour prétend restreindre sa portée à des questions de compétence tout en s'engageant souvent, bien que de manière extrêmement superficielle, sur un terrain relevant clairement du fond). Ce qui me préoccupe est le caractère illogique des conclusions de la Cour énoncées ci-dessus. Dire que le Nicaragua, par le comportement qu'il a eu à l'égard du traité de 1928, a en quelque sorte perdu le droit d'en invoquer la nullité est une chose; mais de là à conclure que, pour les mêmes raisons, le traité était en réalité valide et en vigueur à la date de la signature du pacte de Bogotá en 1948, il y a en revanche très loin. Je considère que la seconde conclusion ne découle pas de la première. Je suis d'accord avec la première conclusion de la Cour suivant laquelle, puisque le Nicaragua a considéré pendant si longtemps le traité de 1928 comme valide, il ne saurait changer soudainement sa position et faire valoir la nullité *ab initio* de l'instrument. Je suis bien évidemment conscient du fait que, en adoptant cette thèse, on s'expose à plusieurs difficultés qui découlent du droit des traités — je me contenterai de mentionner l'alinéa *b*) de l'article 45 de la convention de Vienne de 1969<sup>1</sup>, qui exclut de son champ d'application le cas où la contrainte a été exercée sur un Etat par la menace ou par l'emploi de la force, et la condition d'applicabilité de l'article 46 de la convention de Vienne selon laquelle il faut que la violation du droit interne en question soit manifeste et concerne une règle constitutionnelle d'importance fondamentale. C'est peut-être parce qu'elle mesure ces problèmes que la Cour évite, de manière un peu évasive, la

<sup>1</sup> L'article 45 se lit comme suit :

«Un Etat ne peut plus invoquer une cause de nullité d'un traité ou un motif d'y mettre fin, de s'en retirer ou d'en suspendre l'application en vertu des articles 46 à 50 ou des articles 60 et 62 si, après avoir eu connaissance des faits, cet Etat :

- a) A explicitement accepté de considérer que, selon le cas, le traité est valide, reste en vigueur ou continue d'être applicable; ou
- b) Doit, à raison de sa conduite, être considéré comme ayant acquiescé, selon le cas, à la validité du traité ou à son maintien en vigueur ou en application.»

terminologie employée par la convention de Vienne («qui l'invoque ... comme motif») et indique que le Nicaragua «ne peut pas à présent affirmer» la nullité du traité. Sans m'engager trop loin sur le terrain réservé au stade du fond de l'affaire, s'agissant des chances qu'avaient les deux arguments sur la nullité d'aboutir (ou non), je pense que la Cour n'avait sans doute pas à faire preuve d'autant de prudence. Le principe sur lequel repose l'alinéa *b*) de l'article 45 de la convention de Vienne est sans nul doute applicable dans le cas présent: à cause de son comportement passé, le Nicaragua ne peut plus s'appuyer sur la nullité du traité de 1928 — dans le cadre du système juridictionnel établi par le pacte de Bogotá. Plus précisément: ce que le Nicaragua est empêché de prétendre à présent, c'est que le traité de 1928 n'était pas un traité «en vigueur» (au sens de l'article VI du pacte de Bogotá) à la date de la conclusion du pacte. En outre, le Nicaragua ne peut plus affirmer que la question «régulée» par ce traité, c'est-à-dire la souveraineté sur les îles de San Andrés, Providencia et Santa Catalina, ne devrait pas être considérée comme définitivement réglée et pouvait encore être soumise à la Cour sur la base du pacte de Bogotá.

Cependant, si l'on en croit l'opinion majoritaire de la Cour, il découle du comportement du Nicaragua à l'égard du traité une conséquence plus radicale, à savoir, purement et simplement, que le traité était «valide et en vigueur» en 1948. Ainsi, il semble que les circonstances qui ont conduit à écarter la possibilité d'invoquer le motif de nullité sont également considérées comme ayant effacé la nullité elle-même. Voilà une conclusion que je juge, en théorie, difficile à accepter. Elle a conduit la Cour à retenir la première exception préliminaire de la Colombie, c'est-à-dire à accepter d'interdire au Nicaragua l'accès à la Cour sur la base du pacte de Bogotá en ce qui concerne la question de la souveraineté sur les trois îles mentionnées. La Cour aurait pu simplement aboutir au même résultat en suivant le raisonnement que j'expose ici: le cadre du pacte de Bogotá permet de considérer que le Nicaragua a perdu la possibilité de soumettre la question à la Cour.

Je parviens ainsi à ma seconde remarque — qui est toutefois en rapport direct avec la première: qu'en serait-il si l'Etat demandeur était en mesure de fonder la compétence de la Cour sur une base autre ou supplémentaire? Cela pourrait bien être le cas en l'espèce, eu égard aux déclarations d'acceptation soumises par les deux Parties en vertu du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut de la Cour, abstraction faite pour l'instant de la seconde exception préliminaire de la Colombie (qui concerne la réserve *ratione temporis* dont la déclaration colombienne était assortie, ainsi que le retrait pur et simple de cette déclaration effectué ultérieurement par la Colombie). Manifestement, le recours à la Cour sur le fondement des déclarations d'acceptation en vertu du paragraphe 2 de l'article 36 est subordonné à l'existence — à la persistance — d'un «différend d'ordre juridique». Or, ce que je conteste dans le présent arrêt, c'est que la Cour, en confirmant l'exception préliminaire (la première) de la Colombie concernant la compétence sur le fondement du pacte de Bogotá (voir plus

haut), a également statué sur l'argument du Nicaragua concernant la compétence fondée sur les déclarations faites par les Parties en vertu de la clause facultative. La Cour s'est prononcée ainsi au mépris, pour ainsi dire, de sa conclusion précédente selon laquelle les dispositions du pacte de Bogotá et les déclarations faites en vertu de la clause facultative «constituent deux bases distinctes de compétence de la Cour qui ne s'excluent pas mutuellement» (arrêt, par. 136). Au paragraphe 138 de l'arrêt, la Cour indique ce qui suit :

«La question s'est posée de savoir si la revendication de souveraineté sur les îles de San Andrés, Providencia et Santa Catalina, formulée par le Nicaragua dans la présente espèce, implique qu'il subsiste un différend sur ce point. La Cour a retenu la première exception préliminaire d'incompétence soulevée par la Colombie au titre du pacte de Bogotá en ce qu'elle a trait à sa compétence pour connaître de la question de la souveraineté sur ces trois îles, après s'être assurée que cette question avait été réglée par le traité de 1928. La Cour n'aurait pas pu conclure qu'elle était incompétente pour trancher cette question en vertu du pacte de Bogotá si un différend avait subsisté à ce sujet.»

Après s'être référée à sa jurisprudence concernant les conditions préalables de l'existence d'un différend, la Cour poursuit :

«La Cour a établi que le traité de 1928 attribuait la souveraineté sur ces trois îles à la Colombie aux fins de déterminer si elle avait compétence pour connaître de cette question en vertu du pacte de Bogotá. Le fait même que le différend relatif à la question de la souveraineté sur les trois îles a été réglé par le traité de 1928 est cependant tout aussi pertinent aux fins d'établir si la Cour a compétence sur la base des déclarations faites en vertu de la clause facultative. A cet égard, la Cour fait observer que sa compétence sur cette base est expressément subordonnée, aux termes du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut, à l'existence d'un «différend d'ordre juridique» entre les Parties.

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

La Cour conclut alors que, à la lumière de ce qui précède, il ne servirait à rien, en pratique, de poursuivre l'examen des questions concernant le retrait par la Colombie de sa déclaration et la réserve *ratione temporis* dont elle est assortie (arrêt, par. 139).

Ce raisonnement revient à dire que, le traité de 1928 ayant «régulé» la question de la souveraineté sur les trois îles conformément aux mécanismes du pacte de Bogotá (le Nicaragua ayant perdu le droit de faire

valoir la nullité du traité de 1928, le traité est par conséquent considéré comme «valide et en vigueur» et la compétence de la Cour est donc exclue), il ne subsiste pas non plus de «différend d'ordre juridique», en ce qui concerne les îles, à trancher sur le fondement des déclarations faites par les Parties en vertu de la clause facultative. Selon ma manière de voir et sur le plan des principes, ce raisonnement est erroné.

Si les deux bases de compétence — premièrement, le pacte de Bogotá et, deuxièmement, les déclarations faites par les deux Parties en vertu de la clause facultative — doivent être considérées comme distinctes et ne s'excluant pas mutuellement (comme l'indique à juste titre le paragraphe 136 de l'arrêt), alors la première ne peut tout simplement pas éclipser la seconde. Toute détermination objective de la question doit nous amener à conclure qu'il subsiste bien un différend, relatif notamment à l'appartenance des trois îles, au sens de la jurisprudence de la Cour, c'est-à-dire «un désaccord sur un point de droit ou de fait, une contradiction, une opposition de thèses juridiques ou d'intérêts entre deux personnes» (*Concessions Mavrommatis en Palestine (Grèce/Royaume-Uni)*, arrêt n° 2, 1924, C.P.J.I. série A n° 2, p. 11), la réclamation de l'une des parties se heurtant à l'opposition manifeste de l'autre, etc. Ainsi, après être parvenue à un résultat négatif en ce qui concerne la première base de juridiction invoquée par le Nicaragua, la Cour aurait dû poursuivre l'examen de sa compétence en considérant les déclarations faites par les Parties en vertu de la clause facultative afin de juger si celles-ci pouvaient lui permettre de statuer sur des questions dont elle ne pouvait connaître sur la base du pacte de Bogotá. Si, par la suite, la Cour avait suivi les arguments avancés par la Colombie et accordé l'effet souhaité par celle-ci à la réserve *ratione temporis* de la déclaration faite en vertu du paragraphe 2 de l'article 36 de son Statut ou si elle avait jugé recevable le retrait par la Colombie de sa déclaration, la question de la compétence en ce qui concerne le litige portant sur les trois îles aurait finalement reçu une réponse négative. Sinon, ce litige aurait été du nombre de ceux que la Cour admet d'examiner au stade du fond. Ainsi, à ce stade-là, le Nicaragua aurait eu la possibilité de faire valoir pleinement les deux motifs de nullité avancés en ce qui concerne le traité de 1928 et présenter les raisons, s'il en est, pour lesquelles il n'avait pas invoqué ces motifs auparavant.

A ce propos, je tiens à préciser que j'ai entrepris cette brève étude sur le lien entre les deux bases de compétence invoquées par le Nicaragua simplement parce que je ne parvenais pas à être convaincu de la justesse de l'application, par la Cour, du droit à cet égard; je n'estimais aucunement que les arguments du Nicaragua concernant la nullité du traité de 1928 étaient traités trop sommairement, quant à leur substance, dans le présent arrêt.

(Signé) Bruno SIMMA.