

## OPINION DISSIDENTE DE M. LE JUGE BENNOUNA

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

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

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

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

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

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

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

## DISSENTING OPINION OF JUDGE BENNOUNA

[Translation]

*The not exclusively preliminary character (Rules of Court, Art. 79, para. 2) of the objection raised by Colombia on the basis of Article VI of the Pact of Bogotá, excluding matters governed by agreements or treaties in force — The validity of the 1928 Treaty between Colombia and Nicaragua — Consideration of the issue of the invalidity of the 1928 Treaty, allegedly signed under coercion, falls within the merits of the case — The preliminary objection raised by Colombia to the Court's jurisdiction on the basis of the optional declarations of the Parties (Statute, Art. 36, para. 2) — The optional declarations, a distinct and autonomous title of jurisdiction — The persistence of a dispute between the Parties over the validity of the 1928 Treaty between Colombia and Nicaragua — Afforded two titles of jurisdiction, the Court opts for that presenting less difficulty.*

With regard to the first objection to the jurisdiction of the Court raised by the Republic of Colombia on the basis of Articles VI and XXXI of the Pact of Bogotá, I am unable to subscribe to the first decision in the operative part of the Judgment whereby the Court upholds that objection in so far as it concerns sovereignty over the islands of San Andrés, Providencia and Santa Catalina (operative clause, paragraph (1) (a)).

Furthermore, I cannot accept the way in which the Court has dealt with the second preliminary objection raised by Colombia, on the basis of the Parties' declarations recognizing the compulsory jurisdiction of the Court (Statute, Art. 36, para. 2). By upholding this objection, the Court has once again denied its jurisdiction over the three islands.

In this opinion, I shall address these two aspects in turn, explaining the reasons which prevented me from subscribing, in those respects, to the operative part of the Court's Judgment and the reasoning therein.

1. In my view, the Court could not uphold the objection to its jurisdiction raised by Colombia regarding sovereignty over the islands of San Andrés, Providencia and Santa Catalina, inasmuch as this objection does not possess, in the circumstances of the present case, an exclusively preliminary character within the meaning of Article 79, paragraph 9, of the Rules of Court. In fact it concerns, as we shall see, "both preliminary aspects and other aspects relating to the merits" (*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, p. 31, para. 41).

It should be recalled that Article XXXI of the Pact of Bogotá, which attributes jurisdiction to the Court, adopted word for word Article 36, paragraph 2, of the Statute, with a restrictive clause being added in Article VI whereby:

"The aforesaid procedures, furthermore, may not be applied to

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

matters already settled by arrangement between the parties, or by arbitral award or by decision of an international court, or which are governed by agreements or treaties in force on the date of the conclusion of the present Treaty.”

Article XXXIV then draws the following conclusion from Article VI: “If the Court, for the reasons set forth in Articles V, VI and VII of this Treaty, declares itself to be without jurisdiction to hear the controversy, such controversy shall be declared ended.”

The Court rightly considered that, while it was for it to rule on its own jurisdiction by examining whether the 1928 Treaty and the 1930 Protocol had settled the dispute brought before it, it was not, however, up to it under the Statute to declare the dispute ended (Judgment, para. 59).

In the jurisdictional phase, it is therefore for the Court, on the basis of the Pact of Bogotá, to examine whether the 1928 Treaty and the 1930 Protocol settled the dispute, in full or in part, in order to assess subsequently its jurisdiction to deal with the issue.

The restriction on the Court’s jurisdiction established by Article VI of the Pact of Bogotá concerns matters “governed by agreements or treaties in force”, namely all those which bind the Parties in so far as the latter have complied with the formal requirements for their entry into force, which was the case when the 1930 Protocol was adopted; the consent thus given must still have been extant in 1948, when the Pact of Bogotá was signed.

It is true that Article VI does not stipulate that such treaties must be valid, but the condition is implied; it assumes that the expression of consent was not affected, originally or subsequently, by one of the defects established by the law of treaties which entail the absolute or relative nullity, according to the circumstances, of the legal instrument concerned.

It is regrettable that the Court did not make the essential distinction between the entry into force of a treaty and its validity, and maintained throughout its reasoning a certain ambiguity in its use of these notions, which nonetheless correspond to distinct legal concepts (Judgment, paras. 73-81).

Nicaragua, in its Memorial of 28 April 2003, disputed the validity of the 1928 Treaty, regarding it as null and void inasmuch as the country was under military occupation by the United States of America at the time when it was concluded, and deprived of its capacity freely to express its consent to be bound by international treaties (Memorial of Nicaragua, Vol. I, p. 116, part B).

Nicaragua expressly referred to Article 52 of the Vienna Convention on the Law of Treaties of 23 May 1969, which is said to reflect a customary rule that is as such binding on the Parties (*ibid.*, para. 2.123).

According to that provision: “A treaty is void if its conclusion has

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

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

«Les effets de la contrainte et ses incidences dans le domaine des relations internationales sont d'une gravité telle que la Commission a estimé que le consentement obtenu de cette manière devrait être tenu pour absolument nul, afin de garantir à la victime de la contrainte la possibilité de déterminer librement, par la suite, ses relations futures avec l'Etat qui l'a exercée.» (*Annuaire de la Commission du droit international*, 1966, vol. II, p. 261.)

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

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

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

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

been procured by the threat or use of force in violation of the principles of international law embodied in the Charter of the United Nations.”

It has been established that this cause of invalidity, vitiating the consent given under coercion through the threat or use of force, is an absolute one, in the sense that it cannot be mitigated in any way, for example by the subsequent conduct of the Party concerned. In its commentary, the International Law Commission justified this as follows:

“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.” (*Yearbook of the International Law Commission*, 1966, Vol. II, p. 239.)

Yet the Court, with scant regard for the characteristics of the kind of invalidity invoked by Nicaragua, has merely observed that “for more than 50 years, Nicaragua has treated the 1928 Treaty as valid and never contended that it was not bound by the Treaty” in order to infer that “the 1928 Treaty was valid and in force on the date of the conclusion of the Pact of Bogotá in 1948” (Judgment, paras. 79 and 81). It is true that it was only on 4 February 1980, with the publication of the “White Paper” addressing the issue of San Andrés and Providencia (Memorial of Nicaragua, Vol. II, Ann. 73), that Nicaragua invoked for the first time the *ab initio* invalidity of the Bárcenas-Esguerra Treaty and explained its position in that document, maintaining that it was only after 19 July 1979, when the Sandinista movement came to power, that it could act freely once again. (After the withdrawal of the last United States troops in 1933, the “Somoza” régime is said to have lacked room for manoeuvre at the international level.)

It is surprising that the Court should have despatched in this way Nicaragua’s arguments regarding the invalidity of the 1928 Treaty, without examining a series of questions which clearly have a bearing on the merits of the case, such as the relevance of the rule prohibiting the threat or use of force in 1928, a date concomitant with the adoption of the Pact of Paris or Kellogg-Briand Pact, or indeed the legal and factual context in which the Treaty was concluded (see *ibid.*, Vol. I, pp. 129-132, paras. 2.151-2.156).

Nicaragua did not merely invoke the occupation of the country by “more than 5,000 United States marines . . . at the time the Treaty was concluded” (*ibid.*, p. 121, para. 2.132), which would only have been a general reference to coercion; it went further and expressly referred to the 1928 Treaty, which it regards as having been “negotiated between Colombia and the United States and imposed on Nicaragua” (*ibid.*, p. 123, para. 2.136).

The Court obviously could not undertake, in the jurisdictional phase, an investigation into whether or not coercion was exerted on the State,

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

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

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

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

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

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

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

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

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

without entering into the merits of the dispute. Such an investigation involves not only analysing the legal situation at the time concerning the prohibition of the threat or use of force, but also examining the circumstances obtaining when the Treaty was concluded and the respective claims of the Parties immediately before its signature. All of these are questions which would oblige the Court to settle certain aspects of the dispute on the merits.

In any event, the Court was not equipped to debate the matter and was unable to do so seriously and in depth, as the Parties did not carry through to completion their legal arguments on the issue; at the hearings, Nicaragua expressly reserved the right to return to the subject in the merits phase:

“These questions will be developed more extensively when the merits of this case are under consideration.

. . . . .

The question that will be before the Court during the merits phase is whether a treaty brought about by means contrary to the Treaty of Paris of 1928 — and all the other similar instruments of international law adopted since then — is to be considered valid.” (CR 2007/19, pp. 11-12, paras. 15 and 17 (Arguëllo).)

This can only signify that the Applicant put forward an argument on the merits in its Memorial, and informed the Court, when it encountered an objection to the Court’s jurisdiction from the other Party, that it reserved the right to develop and address that argument more thoroughly, once it knew the outcome of the decision on jurisdiction.

In the *Ambatielos* case, the Court held that “[t]he point raised here has not yet been fully argued by the Parties, and cannot, therefore, be decided at this stage” (*Ambatielos (Greece v. United Kingdom), Preliminary Objection, Judgment, I.C.J. Reports 1952*, p. 45). In such an event, the Parties are free to return to the argument in question in the subsequent merits phase.

The Court was even more specific in the *Barcelona Traction* case:

“[T]he Court may 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; emphasis added).

In any event, we are dealing here with exactly the kind of situation for which Article 79, paragraph 2, of the Rules of Court provides, that of an objection which does not possess an exclusively preliminary character.

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

Dans l'affaire qui nous occupe, la Cour, en se prononçant sur l'exception à ce stade, règle en même temps une partie du litige et dispose de l'argument principal avancé, à son sujet, par le demandeur. Ainsi que l'a souligné la Cour dans l'affaire relative à des *Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie* (*Jamahiriya arabe libyenne c. Royaume-Uni*): «L'exception soulevée par le Royaume-Uni sur ce point a le caractère d'une défense au fond. De l'avis de la Cour, cette exception fait bien plus qu'«effleurer des sujets appartenant au fond de l'affaire».» (*Exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1998*, p. 29, par. 50.)

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

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

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

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

Indeed, the objection raised by Colombia is not merely “touching upon” the merits, as the Permanent Court of International Justice put it in the case concerning *Certain German Interests in Polish Upper Silesia* (*Jurisdiction, Judgment No. 6, 1925, P.C.I.J., Series A, No. 6*, p. 15), thereby enabling itself to settle the issue *in limine litis*, inasmuch as it concerned the merits in an incidental and very secondary way.

In the present case, the Court, in ruling on the objection at this stage, both settles part of the dispute and disposes of the principal argument put forward by the Applicant therein. As the Court pointed out in the case concerning *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom)*: “The objection raised by the United Kingdom on that point has the character of a defence on the merits. In the view of the Court, this objection does much more than ‘touch[ing] upon subjects belonging to the merits of the case’.” (*Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1998*, p. 29, para. 50.)

By referring in this way to the above-mentioned Judgment of the PCIJ in the *Certain German Interests in Polish Upper Silesia* case, the Court shows that this is a test which it should apply to any objection in order to rule on its exclusively preliminary character or otherwise. For if any party could nip in the bud an argument on the merits at a point when the other party had not had the opportunity to discuss it fully, as is its right, the question would arise as to whether international justice had been prevented from performing its principal task, which is to settle a dispute once the States have exhausted all their arguments on the subject. It is the very credibility of the International Court of Justice as the principal judicial organ of the United Nations which is at stake here.

Certainly, international justice should not be impeded by frivolous arguments of a delaying kind, where these are obviously devoid of relevance. When this is so, the Court should draw attention to the fact and not take them into account:

“There can be little doubt, as is implied in the Charter of the United Nations and recognized in Article 52 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, that under contemporary international law an agreement concluded under the threat or use of force is void. It is equally clear that a court cannot consider an accusation of this serious nature on the basis of a vague general charge unfortified by evidence in its support.” (*Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland), Jurisdiction of the Court, Judgment, I.C.J. Reports 1973*, p. 14, para. 24.)

But that is not the situation in the case between Nicaragua and Colombia, since the reality of the military occupation of Nicaragua, at the time when the territorial treaty was concluded, has not been disputed, and because it happens that the rule prohibiting the use of force was devel-

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

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

«Cette exception s'attache à de multiples aspects du litige. En soutenant que les résolutions 748 (1992) et 883 (1993) du Conseil de sécurité ont privé les demandes de la Libye de tout objet, le Royaume-Uni tente d'obtenir de la Cour une décision de non-lieu qui mettrait immédiatement fin à l'instance. Or, en sollicitant une telle décision, le Royaume-Uni en sollicite, en réalité, au moins deux autres, que le prononcé d'un non-lieu postulerait nécessairement: d'une part une décision établissant que les droits revendiqués par la Libye aux termes de la convention de Montréal sont incompatibles avec les obligations découlant pour elle des résolutions du Conseil de sécurité; et d'autre part une décision faisant prévaloir ces obligations sur ces droits par le jeu des articles 25 et 103 de la Charte.

Il ne fait dès lors pas de doute pour la Cour que les droits de la Libye au fond seraient non seulement touchés par une décision de non-lieu rendue à ce stade de la procédure, mais constitueraient, à maints égards, l'objet même de cette décision.» (*Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. Royaume-Uni), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1998, p. 28-29, par. 50.*)

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

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

oping at just the same time. That may be seen as a presumption in favour of the non-futility of the arguments challenging the treaty, without prejudging any decision on its validity, once the debate on the merits has been completed.

Ultimately, the test of the “not exclusively preliminary character” of an objection has as much to do with the nature as with the scope of those aspects of the merits of the case which it concerns, especially the question of whether, by ruling in the preliminary phase, the Court will thus dispose entirely of certain rights claimed by the Applicant. As the Court emphasized in the *Lockerbie* case:

“That objection relates to many aspects of the dispute. By maintaining that Security Council resolutions 748 (1992) and 883 (1993) have rendered the Libyan claims without object, the United Kingdom seeks to obtain from the Court a decision not to proceed to judgment on the merits, which would immediately terminate the proceedings. However, by requesting such a decision, the United Kingdom is requesting, in reality, at least two others which the decision not to proceed to judgment on the merits would necessarily postulate: on the one hand a decision establishing that the rights claimed by Libya under the Montreal Convention are incompatible with its obligations under the Security Council resolutions; and, on the other, a decision that those obligations prevail over those rights by virtue of Articles 25 and 103 of the Charter.

The Court therefore has no doubt that Libya’s rights on the merits would not only be affected by a decision, at this stage of proceedings, not to proceed to judgment on the merits, but would constitute, in many respects, the very subject-matter of that decision.” (*Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom)*, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1998, pp. 28-29, para. 50.)

To paraphrase that Judgment, it could be said that by requesting a decision not to proceed to judgment on the merits, which would terminate the proceedings as far as the three islands in question are concerned, Colombia is requesting, in reality, at least two others which the decision not to proceed to judgment on the merits would necessarily postulate: on the one hand, that the rule establishing the absolute invalidity of a treaty concluded under coercion through the threat or use of force was not applicable at the time when the 1928 Bárcenas-Esguerra Treaty was concluded; and, on the other, that the subsequent conduct of Nicaragua between 1928 and 1979 (when the Sandinista Government came to power) now prevents it from challenging any defect of consent by which that Treaty might have been affected.

It is clear that the Court has not applied in this case the test which has emerged from its jurisprudence, in that it has not assessed either the relevance of the arguments invoked by Nicaragua or the impact on the mer-

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

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

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

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

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

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

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

its of the case of its own decision at this stage of the proceedings. The Court has taken a shortcut by emphasizing the implicit acquiescence of Nicaragua to the Treaty, which supposedly prevents it from subsequently challenging that instrument, knowing full well that if its absolute invalidity could be demonstrated on the merits, such a path would only lead, at that stage, to a dead end.

I am consequently of the opinion that the Court's decision is, on the one hand, premature, as there was no urgency to act in this way and, on the other, unwise, since it deals in a cavalier fashion with the issue of States' capacity to enter into commitments, which lies at the heart of contemporary international law and its universal nature. Beyond the dispute between Nicaragua and Colombia, such a decision to rule on the validity of a treaty in the jurisdictional phase, and as a result to settle the issue of sovereignty over the three islands in question, constitutes an unfortunate precedent, because it prejudices the outside world's perception of the role and function of the Court. Those who thought they were banishing in this way any doubts over territorial treaties, which might have a destabilizing effect, did not consider for a moment what would be the scope of the damage caused to the Court by a hasty decision in this jurisdictional phase.

For my part, I remain convinced that it was possible to safeguard the stability of territorial treaties while protecting the credibility of the Court. It would have been sufficient to analyse the Treaty itself, according to its ordinary meaning, where it deals with the issue of Colombia's sovereignty over the three islands, while reserving a final decision for the merits phase, once the questions of fact and law regarding the validity of the 1928 Treaty had been assessed.

How would that have changed the position of Colombia, which in any case has a presence in the San Andrés archipelago? In reality, not at all. On the other hand, by postponing its decision, the Court would have ensured that it was fully in accordance with international law and given it the seal of legitimacy, by reference to the whole historical background of the case.

2. When it turns to consideration of the second preliminary objection which Colombia raised, regarding its jurisdiction on the basis of the declarations made by the Parties under Article 36, paragraph 2, of the Statute, as invoked by Nicaragua, the Court notes that there are here "two distinct bases of the Court's jurisdiction which are not mutually exclusive" (Judgment, para. 136) and even that "the scope of its jurisdiction could be wider under the optional clause than under the Pact of Bogotá" (Judgment, para. 137).

It might thus have been expected that the Court would examine the declarations themselves, including any reservations they contain, quite separately from the conclusions that it reached in its analysis of the Pact of Bogotá.

But that was not the case. It is, to say the least, surprising to see the Court, on the contrary, rely on the conclusions that it drew from the Pact

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

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

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

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

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

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

of Bogotá in order to uphold the objection raised by Colombia to the optional declarations:

“Given the Court’s finding that there is no extant legal dispute between the Parties on the question of sovereignty over the islands of San Andrés, Providencia and Santa Catalina, the Court cannot have jurisdiction over this question either under the Pact of Bogotá or on the basis of the optional clause declarations.” (Judgment, para. 138.)

Yet, if the two bases of jurisdiction are distinct and not mutually exclusive, it is difficult to see how the Court can apply its conclusion regarding the absence of a dispute, as drawn from the Pact of Bogotá, to the optional declarations based on Article 36, paragraph 2, of the Statute. In the first case, the Pact of Bogotá excludes matters “already governed by agreements or treaties in force on the date of the conclusion of the present Treaty”, whereas in the second case, the optional declarations apply to “legal disputes concerning . . . any question of international law”. And it is incontrovertible that the dispute between the Parties over the validity of the 1928 Treaty relates to a “question of international law”. It is even less possible in this instance to settle the issue of the validity of the Treaty in the jurisdictional phase, as the Court did when considering the first preliminary objection.

The optional declarations, as a distinct and autonomous title of jurisdiction, must be considered in themselves in order to establish if they still bind the Parties and if they contain any reservations which affect their scope. The Court felt free to dispense with the exercise (Judgment, para. 139) of assessing the withdrawal by Colombia of its declaration *in extremis* (just before Nicaragua’s Application was filed) and the reservation *ratione temporis* included in Colombia’s declaration of 30 October 1937, limiting its scope to “disputes arising out of facts subsequent to 6 January 1932”. Instead of following this line of enquiry, which would probably have led it to base its jurisdiction on the declarations, the Court has opted to brush them aside by applying to them the restriction contained in Article VI of the Pact of Bogotá, which manifestly had neither that object nor that end in view.

This ultimately makes one wonder if the Court is not indirectly concurring with Colombia’s argument that jurisdiction by virtue of the Pact of Bogotá is exclusive of all other bases of jurisdiction and, in this case, of that based on the optional declarations. And indeed, these are deemed irrelevant by reference to the absence of a dispute on the basis of Article VI of the Pact of Bogotá. Yet that argument was expressly dismissed by the Court, relying on its jurisprudence (Judgment, paras. 135 and 136), according to which:

“the multiplicity of agreements concluded accepting the compulsory jurisdiction is evidence that the contracting Parties intended to open new ways of access to the Court rather than to close old ways or to

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

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

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

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

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

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

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

allow them to cancel each other out with the ultimate result that no jurisdiction would remain” (*Electricity Company of Sofia and Bulgaria (Belgium v. Bulgaria)*, Judgment, 1939, P.C.I.J., Series A/B, No. 77, p. 76).

It is curious to note that, after this reference to its predecessor, the Court manages to come to the very conclusion that it was supposed to avoid, with the two titles relied on for its compulsory jurisdiction cancelling each other out, leaving it with no jurisdiction to rule on the three islands in question.

The Court was certainly concerned not to contradict itself in the same Judgment when dealing with the two objections to its jurisdiction in turn, but the jurisprudence in fact provides a means to avoid this contradiction, by opting for the legal title which clearly confers jurisdiction and not addressing the one which could give rise to difficulties — as is the case with the Pact of Bogotá, which refers to an agreement whose validity is in dispute. Thus as was emphasized by Shabtai Rosenne:

“Where more than one title of jurisdiction is invoked in the instrument instituting the proceedings, and any one of them is sufficient to found the jurisdiction of the Court in the case, the Court will, if necessary, choose the one which is more convenient, and ignore the one which may give rise to difficulty.” (*The Law and the Practice of the International Court: 1920-2005*, Vol. II, Jurisdiction, 4th edition (2006), p. 926.)

The Permanent Court of International Justice provided a definition of a legal dispute which has often been used in the jurisprudence of the present Court: “a disagreement on a point of law or fact, a conflict of legal views or of interests between two persons” (*Mavrommatis Palestine Concessions, 1924, Judgment No. 2, P.C.I.J., Series A, No. 2*, p. 11).

It is therefore a difference between the subjective interpretations of the States concerned. True, the Court has held that “[w]hether there exists an international dispute is a matter for objective determination”, explaining that what it meant by this was that “[t]he mere denial of the existence of a dispute does not prove its non-existence” (*Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, First Phase, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1950*, p. 74). It is for the Court to ascertain “objectively” whether the dispute in question falls within the categories established by the title of jurisdiction that is relied upon.

There can be no question, as the Court suggests in the case before us, of acting as a substitute for the States in the “determination” of the dispute, since that is said to be “an integral part of the Court’s judicial function” (Judgment, para. 138). It is, however, for the Court to take note of the differences in the legal arguments presented and to consider if these

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

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

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

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

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

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

correspond to one of the categories of dispute for which it has jurisdiction.

The Court has always been flexible in interpreting the definition of a dispute, merely noting the existence of the States' opposing arguments on a point of law. It is difficult to see how, in considering the second jurisdictional title put forward by Nicaragua, it could conclude that no dispute exists because its previous "acknowledgment of the fact that sovereignty over the three islands was attributed to Colombia under the 1928 Treaty was made for the purposes of ascertaining whether or not the Court had jurisdiction over the matter under the Pact of Bogotá" (Judgment, para. 138), when its jurisdiction by virtue of the optional declarations is completely distinct, unaffected by the restriction contained in the Pact of Bogotá, and concerns a disagreement on a point of law, the Parties differing on the validity of the 1928 Treaty, which constitutes a "point of law" par excellence.

It is of little significance whether Nicaragua's arguments regarding the 1928 Treaty's lack of validity, or Colombia's dismissal of them, are well-founded. The legal dispute exists nonetheless. Thus as the Court noted in the case concerning *East Timor (Portugal v. Australia)*: "Portugal has, rightly or wrongly, formulated complaints of fact and law against Australia which the latter has denied. By virtue of this denial, there is a legal dispute." (*Judgment, I.C.J. Reports 1995*, p. 100, para. 22.)

In reality, the reasoning of the Court is based on the presupposition that it has decided on the attribution of sovereignty over the three islands, when it was only meant to pronounce on its own jurisdiction under the Pact of Bogotá. It was the Court's duty, if the optional declarations afforded it a clearer title of jurisdiction to examine the dispute over the three islands, to give priority to them and so avoid this unprecedented situation whereby its response in relation to the first title of jurisdiction (the Pact of Bogotá) doomed *ipso facto* the second title based on the optional declarations.

The Court has found that it lacks jurisdiction because there is no extant legal dispute, but the latter cannot simply be wiped out by a stroke of the pen, since the Parties differed and continue to differ as regards the validity of the 1928 Treaty. And yet, as Christian Tomuschat recalled in his commentary on Article 36 of the Statute: "As far as can be seen, no case has been rejected as not encapsulating a dispute." (*The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, ed. A. Zimmermann *et al.*, 2006, p. 597.)

I respectfully regard the precedent thus created as regrettable; indirectly, it tends to give substance to a questionable doctrine according to which there are inherent limitations to judicial settlement because of the political nature or implications of certain disputes. In his day, Hersch Lauterpacht explained this doctrine as follows:

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

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

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

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

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

(Signé) Mohamed BENNOUNA.

“The doctrine of the inherent limitations of the judicial process among States is, first and foremost, the work of international lawyers anxious to give legal expression to the State’s claim to be independent of the law.” (*The Function of Law in the International Community*, 1933, p. 6.)

Determined to maintain its credibility, the Court has, until now, shown firmness in this respect, asserting that it “h[ad] never shied away from a case brought before it merely because it had political implications or because it involved serious elements of the use of force” (*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1984*, p. 435, para. 96).

That same concern for credibility has always required the Court to settle the disputes brought before it by the parties and to answer the legal questions presented by the authorized agencies of the United Nations system. The Court could not even, according to Judge Higgins, shelter behind “the current state of international law” in order to refuse to give a ruling, as that would be nothing less than resorting to “the concept of *non liquet*” which “is no part of the Court’s jurisprudence” (*Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, dissenting opinion of Judge Higgins, p. 591, para. 36).

In the case before us, the majority has sought to avoid a debate on the merits about the validity of a treaty allegedly concluded under coercion through the threat or use of force. By ruling at this stage on such a controversial issue, without possessing all the information on which to base its decision, the Court is exposing itself to criticism of the way in which it performs its judicial function.

The complexity of the problems raised in this case cannot conceal the questions that remain as regards the way in which the principal judicial organ of the United Nations has dealt with certain principles and methods of the judicial settlement of international disputes.

(Signed) Mohamed BENNOUNA.

---