

OPINION DISSIDENTE DE M. LE JUGE *AD HOC* McRAE

[Traduction]

*Désaccord avec le point du dispositif dans lequel la Cour se dit compétente ratione temporis — Rien ne justifiant d'assimiler un différend faisant intervenir des événements postérieurs à l'introduction de la requête à un différend faisant intervenir des événements postérieurs à l'extinction du titre de compétence — Responsabilité ne pouvant être fondée sur des événements postérieurs à l'extinction du titre de compétence — Considérations d'ordre politique.*

*Désaccord avec la conclusion que la Colombie a exercé un contrôle dans la ZEE du Nicaragua — Définition de l'exécution — Distinction entre surveillance et exécution — Colombie n'ayant pas exercé ses droits en tenant dûment compte des droits et obligations du Nicaragua en tant qu'Etat côtier.*

*Désaccord avec la conclusion que la Colombie a autorisé des activités de pêche dans la ZEE du Nicaragua.*

*Accord avec la conclusion que la zone contiguë unique de la Colombie pourrait chevaucher la ZEE du Nicaragua et ne pourrait pas s'étendre au-delà de 24 milles marins — Désaccord avec la conclusion que les pouvoirs revendiqués par la Colombie dans sa zone contiguë unique ne sont pas conformes au droit international — Pouvoirs énumérés à l'article 33 de la CNUDM traitant des préoccupations en matière de sécurité dans les années 1950 — Interprétation évolutive de l'article 33 de la CNUDM — Compétence invoquée par la Colombie se rapportant aux infractions commises sur son territoire ou dans sa mer territoriale, et non dans la zone contiguë unique ou la ZEE du Nicaragua.*

*Désaccord avec la décision de la Cour de rejeter les droits de pêche traditionnels des Raizals — Droits revendiqués par les Raizals s'apparentant aux droits des peuples autochtones — Reconnaissance par le Nicaragua des droits de pêche des Raizals comme s'apparentant aux droits des peuples autochtones.*

*Désaccord avec la décision de la Cour de faire droit à la quatrième demande reconventionnelle — Imprécision des critères régissant le tracé de lignes de base droites — Pertinence de la pratique des Etats aux fins de l'examen de la validité de lignes de base droites.*

I.

1. Je suis au regret d'avoir dû voter contre l'arrêt de la Cour s'agissant de toutes les conclusions tirées en l'espèce et développerai mes raisons dans le présent exposé de mon opinion dissidente.

2. A titre préliminaire, je relèverai que j'ai voté contre le point du dispositif dans lequel la Cour a dit «que la République de Colombie doit, par les moyens de son choix, mettre les dispositions du décret présidentiel 1946 du 9 septembre 2013 ... en conformité avec le droit international coutumier», car cette conclusion mettait l'accent sur les dispositions dudit décret consacrées aux pouvoirs devant être exercés dans la zone contiguë unique. Comme je le soulignerai dans la présente opinion dissidente, j'estime que les pouvoirs revendiqués par la Colombie sont de ceux qu'un

Etat peut exercer dans sa zone contiguë en respectant le droit international coutumier. Je conviens toutefois avec la Cour que la configuration de la zone contiguë unique que la Colombie lui a soumise n'est pas conforme au droit international coutumier dans la mesure où cette zone s'étend au-delà de 24 milles marins. Lorsqu'elle établira officiellement les limites extérieures de sa zone contiguë unique, la Colombie devra donc veiller à ce que celles-ci n'excèdent pas cette distance.

## II.

3. Je commencerai par la question de la compétence *ratione temporis* soulevée par la Colombie au cours de la présente instance.

4. Je suis en désaccord avec le point du dispositif dans lequel la Cour dit qu'elle a compétence à l'égard d'événements qui se seraient produits après l'extinction du titre de compétence (article XXXI du pacte de Bogotá), intervenue le 27 novembre 2013. Ce point est primordial, car pour parvenir à la conclusion que, en entravant les activités de pêche et de recherche scientifique marine de navires battant pavillon nicaraguayen ou détenteurs d'un permis nicaraguayen et en cherchant à faire appliquer des mesures de conservation, la Colombie a violé les droits du Nicaragua dans sa zone économique exclusive (ci-après la «ZEE»), la Cour s'est fondée essentiellement sur des événements qui se sont produits après l'extinction du titre de compétence. Autrement dit, en l'absence de ces événements postérieurs à la caducité du titre, rien ne lui aurait permis de conclure, au deuxième point du dispositif, que la Colombie a violé les droits souverains et la juridiction du Nicaragua dans sa ZEE. En résumé, c'est sur le fondement de violations alléguées des droits et de la juridiction du Nicaragua intervenues après l'extinction du titre de compétence de la Cour que celle-ci a jugé que la Colombie avait engagé sa responsabilité internationale.

5. Le 27 novembre 2013, la dénonciation du pacte de Bogotá par la Colombie a pris effet et, à compter de cette date, la Cour a cessé d'avoir compétence à l'égard des demandes introduites contre cet Etat au titre du pacte. Cela ressort à l'évidence de l'article XXXI du pacte de Bogotá, qui dispose que la compétence de la Cour est «obligatoire de plein droit, et sans convention spéciale tant que le présent Traité restera en vigueur». La Cour avait du reste reconnu cette limite de sa compétence dans son arrêt du 17 mars 2016 sur les exceptions préliminaires, indiquant avoir compétence à l'égard de la demande du Nicaragua parce que celle-ci avait été présentée le 26 novembre 2013, la veille de l'extinction du titre de compétence conformément à la dénonciation du pacte de Bogotá par la Colombie<sup>1</sup>. Elle avait

<sup>1</sup> *Violations alléguées de droits souverains et d'espaces maritimes dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Colombie), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2016 (I), p. 26, par. 48.*

alors appliqué le principe constant voulant que sa compétence soit déterminée à la date de la requête<sup>2</sup>.

6. Pour justifier de s'être déclarée compétente à l'égard d'événements intervenus après l'extinction de son titre de compétence, la Cour s'est fondée sur le principe, lui aussi bien établi dans sa jurisprudence, voulant que la compétence couvre les «faits postérieurs au dépôt de la requête mais découlant directement de la question qui fait l'objet de cette requête»<sup>3</sup>. Or, jusqu'à la présente affaire, ce principe n'avait jamais été appliqué à des cas où les événements postérieurs au dépôt de la requête étaient des événements à l'égard desquels la Cour n'avait pas compétence par ailleurs. La question de l'extinction du titre de compétence ne s'est posée dans aucune des affaires mentionnées au paragraphe 44 de l'arrêt.

7. La Cour traite la limite énoncée à l'article XXXI comme étant applicable uniquement à «l'objet des différends à l'égard desquels [elle] peut exercer sa compétence» (arrêt, par. 40). Ayant, dans son arrêt de 2016, déjà déterminé qu'elle était compétente, elle est maintenant saisie de la question «de savoir si sa compétence à l'égard de ce différend s'étend aux faits ou événements qui se seraient produits après l'extinction du titre de compétence» (*ibid.*).

8. Dans la partie cruciale de son arrêt, la Cour précise que les considérations pertinentes pour statuer sur une demande ou une conclusion postérieure à la date de la requête peuvent être instructives pour se prononcer sur la présente affaire, laquelle porte sur des événements qui se sont assurément produits après cette date mais aussi, et c'est là un point essentiel, après l'extinction du titre de compétence. La Cour ajoute immédiatement (*ibid.*, par. 43) que les mêmes critères devraient s'appliquer à la question de sa compétence *ratione temporis* en l'espèce, c'est-à-dire lorsque les événements en cause sont postérieurs à la date d'extinction du titre. Elle relève que, dans les affaires où une demande ou une conclusion lui a été présentée après la date de la requête, elle a «vérifié si ladite demande ou conclusion découlait directement de la question qui faisait l'objet de la requête ou si le fait de se prononcer sur celle-ci aurait pour effet de transformer l'objet du différend qui lui avait été initialement soumis» (*ibid.*, par. 44). Cela est ensuite devenu le critère lui permettant de déterminer si elle pouvait se déclarer compétente à l'égard d'événements intervenant après l'extinction du titre. Cependant, la Cour n'explique pas comment un différend ayant trait à des événements à l'égard desquels elle n'a pas compétence par ailleurs pourrait être assimilé à un différend se rapportant à des événements

<sup>2</sup> Voir note de bas de page 1 ci-dessus, p. 18, par. 33, citant *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2008*, p. 437-438, par. 79-80, et *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1996 (II)*, p. 613, par. 26.

<sup>3</sup> *Compétence en matière de pêcheries (République fédérale d'Allemagne c. Islande), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1974*, p. 203, par. 72; voir également *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France), arrêt, C.I.J. Recueil 2008*, p. 211-212, par. 87.

à l'égard desquels elle a compétence. Elle affirme que la règle relative aux événements postérieurs à la date de la requête devrait être appliquée aux événements postérieurs à l'extinction du titre de compétence, sans toutefois fournir la moindre explication ou le moindre raisonnement à l'appui.

9. La règle autorisant la Cour à traiter les événements postérieurs à la date à laquelle la compétence est établie a un sens parce qu'elle encourage l'efficacité; en d'autres termes, il serait inefficace d'exiger d'un demandeur qu'il introduise une nouvelle requête concernant des événements qui font partie du même différend lorsque ceux-ci peuvent être traités dans le cadre de la requête déjà introduite. S'agissant d'événements postérieurs à l'extinction du titre de compétence, il n'est en revanche pas possible de démontrer de telles considérations en matière d'efficacité. Une nouvelle requête ne pourrait être introduite au sujet d'événements postérieurs à l'extinction de la compétence, puisqu'il n'existerait plus de titre pour le faire. En conséquence, au lieu d'appliquer une règle qui promeut l'efficacité dans les affaires où la compétence est établie, la Cour suit en l'espèce une approche consistant à se déclarer compétente pour connaître d'événements à l'égard desquels elle n'aurait pas compétence par ailleurs.

10. La Cour souligne que «[r]ien, dans [s]a jurisprudence ..., ne suggère que l'extinction du titre de compétence après l'introduction d'une instance ait pour effet de limiter [s]a compétence *ratione temporis* ... aux faits qui se seraient produits avant ladite caducité» (arrêt, par. 42). Il est cependant tout aussi vrai que rien, dans la jurisprudence de la Cour, ne permet de dire que celle-ci peut se déclarer compétente à l'égard d'événements intervenus après l'extinction du titre de compétence.

11. La Cour dit en outre que l'arrêt de 2016 «impliqu[ait] qu[']elle a[vait] compétence pour connaître de tous les aspects du différend» (*ibid.*, par. 45). Or, en 2016, elle avait pris soin de déterminer le différend en fonction d'événements censés s'être produits avant la date de la requête. A la lumière de cela, il serait étrange de conclure aujourd'hui que, à l'époque, la Cour avait affirmé pouvoir se déclarer compétente à l'égard d'événements qui se produiraient après l'extinction du titre de compétence. Dans le meilleur des cas, la question n'est tout simplement pas traitée dans l'arrêt de 2016, dont rien ne peut donc être déduit.

12. La conclusion dans laquelle la Cour dit que la «pr[ise] en considération» d'incidents qui auraient eu lieu après l'extinction de la compétence «n'a pas pour effet de transformer la nature du différend qui oppose les Parties» (*ibid.*, par. 47) et, partant, qu'elle a compétence à l'égard de ces incidents masque ce qui est réellement décidé. La question soumise à la Cour n'est pas de savoir si celle-ci peut «connaître» de certains incidents postérieurs à la date du dépôt de la requête (*ibid.*, par. 41) ou de l'extinction du titre (*ibid.*, par. 47), ou les «prendre en considération». Bien évidemment, rien ne l'empêche de «connaître» de certains événements intervenus après l'extinction du titre dans le cadre du contexte plus large de l'affaire, ou de les «prendre en considération», mais c'est autre chose que de déterminer la responsabilité sur la base de tels événements.

13. La question qui se pose en la présente espèce est celle de savoir si la Cour peut juger de la responsabilité en fonction d'événements qui se sont produits à un moment où elle n'avait pas compétence. Dire que la prise en considération d'événements postérieurs à l'extinction du titre n'a pas pour effet de transformer la nature du différend (arrêt, par. 47), c'est faire abstraction de ce que la responsabilité fondée sur des événements antérieurs à ladite extinction est une responsabilité au titre d'une question à l'égard de laquelle la Cour a compétence. La responsabilité fondée sur des événements postérieurs à l'extinction du titre est une responsabilité à raison d'événements dont la Cour n'a pas compétence pour connaître.

14. La Cour ne s'est pas trompée lorsque, en 2016, elle s'est fondée sur un comportement que la Colombie aurait eu avant le dépôt de la requête pour se déclarer compétente pour connaître du différend entre les Parties. Elle a également raison, aujourd'hui, d'affirmer pouvoir prendre en considération des faits et événements postérieurs à la requête, pour autant qu'ils n'aient pas pour effet de transformer la nature du différend. En revanche, ce qu'elle n'est pas parvenue à faire, c'est se justifier d'avoir jugé de la responsabilité en fonction d'événements qui se sont produits après l'extinction du titre de compétence.

15. Le fait pour la Cour de ne pas se déclarer compétente à l'égard d'événements postérieurs à l'extinction du titre aurait sans aucun doute des incidences d'ordre politique. Un Etat pourrait-il, en retirant son acceptation de la juridiction après l'introduction d'une affaire contre lui, compromettre la capacité de la Cour à traiter l'affaire? Si cette conséquence n'est assurément pas souhaitable, tel n'est toutefois pas le cas ici. Nous sommes en présence non pas d'une défenderesse qui retire son acceptation de la juridiction après avoir appris qu'une affaire a été introduite contre elle, mais d'un demandeur qui attend la dernière minute avant l'expiration de la compétence pour présenter sa demande.

16. Il existe également des considérations d'ordre politique opposées. Le principe selon lequel la compétence internationale est fondée sur le consentement est fondamental, et la Cour ne devrait pas en faciliter le contournement. Or, c'est bien ce qui s'ensuit ici. Un Etat qui s'est révélé incapable d'étayer son argumentation sur la base des événements qui avaient eu lieu au moment de l'introduction de la requête, alors que la Cour avait compétence, se voit autorisé à tourner une contrainte juridictionnelle, et il est jugé de la responsabilité sur la base d'événements qui ne pourraient pas faire l'objet d'une nouvelle requête.

17. A mon sens, la Cour ne s'est nullement justifiée d'avoir jugé de la responsabilité sur le fondement d'événements intervenus après l'extinction du titre de compétence. En conséquence, j'aurais conclu qu'elle n'a pas compétence *ratione temporis* à l'égard des événements de l'espèce qui se sont produits après le 27 novembre 2013.

## III.

18. J'en viens maintenant aux actes contestés que la Colombie a accomplis dans la ZEE du Nicaragua. A une seule exception près (arrêt, par. 71-72), ceux sur lesquels la Cour fait fond pour établir la responsabilité de la Colombie ont eu lieu après l'extinction du titre de compétence, intervenue le 27 novembre 2013. Au surplus, étant donné que l'approche retenue a consisté non pas à tirer une conclusion sur la base de chaque incident en particulier mais à fonder la responsabilité sur une accumulation d'incidents, il est peu probable que la Cour aurait été à même de conclure que la responsabilité internationale de la Colombie à raison de ceux qui se seraient produits dans la ZEE du Nicaragua était engagée si l'incident en question avait été un cas isolé. Les faits sont contestés par les Parties et il n'existe aucune base, au vu des éléments soumis à la Cour, permettant de déterminer si ces allégations sont véridiques. De fait, comme le relève le juge Nolte dans l'exposé de son opinion dissidente, la Cour ne compte pas même cet incident au nombre de ceux qui sont censés montrer que les navires de la marine colombienne avaient cherché à exercer des pouvoirs de police dans la ZEE du Nicaragua (*ibid.*, par. 92).

19. Autrement dit, la Cour n'a pu conclure que le Nicaragua avait égayé sa demande concernant les incidents qui auraient eu lieu dans sa ZEE que parce qu'elle s'est fondée sur des événements postérieurs au 27 novembre 2013, à l'égard desquels elle n'avait pas compétence.

20. Cependant, même si la décision de la Cour de s'appuyer sur des événements intervenus après l'extinction de sa compétence était correcte, les incidents sur lesquels elle fonde effectivement sa conclusion quant à la responsabilité ne justifient pas, selon moi, de juger que la Colombie a

«entrav[é] des activités de pêche et de recherche scientifique marine menées par des navires battant pavillon nicaraguayen ou détenteurs d'un permis nicaraguayen, ainsi que les opérations de navires nicaraguayens [dans la zone économique exclusive du Nicaragua] et ... voul[u] faire appliquer ses propres mesures de conservation dans cette zone» (*ibid.*, par. 101).

21. Comme je l'ai relevé, la Cour a tiré non pas une conclusion fondée sur une appréciation individuelle de chaque incident, mais une conclusion globale, à la lumière de tous les incidents. Cette conclusion comporte deux éléments importants. Premièrement, la Cour a dit que les incidents s'étaient tous produits dans la zone de Luna Verde, à l'est du 82° méridien, dans la ZEE du Nicaragua (*ibid.*, par. 91). Deuxièmement, elle a précisé que, dans un certain nombre de cas, des officiers de la marine colombienne avaient donné lecture de déclarations aux navires avec lesquels ils avaient pris contact dans la ZEE nicaraguayenne, leur demandant de cesser leurs activités de pêche au motif que celles-ci étaient préjudiciables à l'environnement et illicites, ou n'étaient pas autorisées (*ibid.*, par. 92). Dans leurs déclarations, ces officiers de la marine auraient également décrit la zone comme étant située dans des «eaux relevant de la

juridiction de la Colombie» et affirmé que l'arrêt de 2012 «était inapplicable». A la lumière de ce qui précède, ainsi que de certaines déclarations des autorités du Gouvernement colombien, la Cour conclut que les éléments de preuve «suffisent à établir que le comportement des navires des forces navales colombiennes visait à donner effet à une politique par laquelle la Colombie cherchait à continuer de contrôler les activités de pêche et la conservation des ressources dans un espace qui fait partie de la zone économique exclusive du Nicaragua» (arrêt, par. 92).

22. La Cour décrit les activités dont elle conclut qu'elles violent les droits du Nicaragua dans sa ZEE comme consistant à «exercer un contrôle des activités de pêche dans la zone économique exclusive du Nicaragua, à imposer des mesures de conservation à des bateaux battant pavillon nicaraguayen ou détenteurs d'un permis nicaraguayen, et à entraver les opérations de navires de la marine nicaraguayenne» (*ibid.*, par. 100).

23. L'on peut comparer cette description à ce qu'il s'est réellement passé au cours des incidents sur lesquels s'appuie la Cour, dont plusieurs ont donné lieu à un échange entre les garde-côtes nicaraguayens et un navire de la marine colombienne, et un autre concernait un navire de recherche scientifique marine. Dans chacun de ces cas, les faits sont contestés, et la Cour ne tire aucune conclusion quant à la Partie dont il convient d'accueillir les allégations factuelles. Bien qu'elle dise que la présence de navires colombiens dans la zone est établie (*ibid.*, par. 91), la question essentielle n'était pas de savoir si ces navires s'y trouvaient; c'était le comportement dont la Colombie aurait fait montre.

24. Le plus souvent, dans les incidents recensés par la Cour, des navires de la marine colombienne faisaient face à des navires de pêche nicaraguayens. S'il ressort de ces incidents que des navires des forces navales de la Colombie ont bien pris contact avec des navires battant pavillon nicaraguayen ou autre pavillon étranger et fait les déclarations qui leur sont attribuées, il n'existe toutefois dans aucun de ces cas la moindre preuve que les autorités colombiennes aient cherché à arrêter des navires de pêche ou à poursuivre des personnes pour infraction à la législation colombienne. Les seuls éléments susceptibles d'être considérés comme des tentatives d'exercer un pouvoir de police sont le cas dans lequel il est allégué qu'un navire colombien a chassé un navire de pêche et celui où un navire de la marine colombienne serait intervenu lorsqu'un navire des garde-côtes nicaraguayens avait arrêté un bateau qui aurait pratiqué la pêche de manière illicite (*ibid.*, par. 71, 77 et 89). Les faits relatifs à ces incidents sont cependant eux aussi contestés, qu'il s'agisse de la question de savoir si les navires arrêtés pêchaient dans la ZEE du Nicaragua ou des événements qui auraient eu lieu (*ibid.*, par. 72, 78 et 90). En effet, dans la plupart des cas, il n'a tout simplement pas été tenu compte des avertissements des officiers de la marine colombienne, sur lesquels la Cour fait fond. Les navires de pêche nicaraguayens ont continué de se livrer à leurs activités.

25. L'argument avancé par la Colombie pour justifier les actes des navires de sa marine consiste à dire que ceux-ci se bornaient à «surveil-

ler» et à «informer», affirmant qu'il s'agissait là d'un droit accessoire à la liberté de navigation<sup>4</sup>. La défenderesse a également fait valoir que certaines responsabilités découlaient des circonstances propres à l'environnement dans la partie sud-ouest de la mer des Caraïbes, responsabilités reflétées dans la convention de Carthagène et le protocole SPAW (arrêt, par. 54). La Cour souligne à juste titre qu'aucun de ces deux instruments ne donne à un Etat le pouvoir de faire appliquer ses propres mesures environnementales dans la ZEE d'un autre Etat (*ibid.*, par. 98-99). Cela ne signifie pas pour autant qu'il faille faire abstraction des spécificités du milieu du sud-ouest de la mer des Caraïbes ou des arrangements régionaux promouvant la protection de l'environnement lors de l'appréciation des actes accomplis par les Etats dans la région. Une prétention liée à la surveillance d'activités susceptibles de nuire à l'environnement a davantage de légitimité dans les zones où celui-ci suscite des préoccupations au niveau régional.

26. En dernière analyse, la Cour conclut que la Colombie a commis une violation en se fondant sur l'intention prêtée à cet Etat d'exercer un contrôle sur la pêche et de faire exécuter sa propre législation nationale en matière d'environnement dans la ZEE du Nicaragua. La Cour ne définit cependant jamais ce qu'elle entend par contrôle ou par exécution. Les définitions de ce second terme renvoient généralement à l'exercice du pouvoir de l'Etat de faire appliquer le droit pénal par voie d'arrestation, de détention, de jugement et de répression<sup>5</sup>. Or, il n'y a pas eu d'actes de contrôle ou d'exécution tels que des arrestations, des détentions ou des poursuites. La perception d'une intention de contrôle et d'exécution repose moins sur ce qu'ont réellement fait les navires colombiens que sur des conclusions tirées de proclamations dont ont donné lecture des officiers de la marine colombienne et de déclarations de responsables de la Colombie indiquant que l'arrêt de 2012 était inapplicable et avait été rejeté par celle-ci. La Cour en conclut qu'il existait «une politique par laquelle la Colombie

<sup>4</sup> Voir, par exemple, contre-mémoire de la Colombie, vol. I, p. 126, par. 3.59 :

«La Colombie doit ... être en mesure d'exercer conformément au droit international son droit à la liberté de navigation, ses droits de survol, de surveillance, d'assistance humanitaire et autres droits connexes, dont celui d'assurer comme il se doit la «surveillance des activités entreprises» par des opérateurs publics et privés, sans être accusée d'entraver le Nicaragua dans l'exercice de ses droits souverains» ;

CR 2021/14, p. 46, par. 46 (Boisson de Chazournes) : «les activités d'observation et d'information à des fins environnementales de la Colombie s'inscrivent dans le cadre de ce que le droit international applicable au présent différend permet, notamment lorsque des écosystèmes fragiles et des habitats vulnérables comme celui des Raizals sont en cause» ; voir également *ibid.*, p. 29, par. 22 (Wood) ; *ibid.*, p. 41, par. 25 (Boisson de Chazournes), *ibid.*, p. 45, par. 40 (Boisson de Chazournes) ; CR 2021/18, p. 23, par. 11-13 (Boisson de Chazournes).

<sup>5</sup> P. Daillier, M. Forteau et A. Pellet, *Droit international public (Nguyen Quoc Dinh)*, 8<sup>e</sup> éd., Paris, LGDJ, 2009, p. 565, par. 336 ; American Law Institute, *Restatement of the Law Fourth: The Foreign Relations Law of the United States*, American Law Institute, 2018, p. 291, Comment to § 431 ; R. O'Keefe, «Universal Jurisdiction: Clarifying the Basic Concept», 2004, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 2, p. 736-737.



cherchait à continuer de contrôler les activités de pêche et la conservation des ressources dans un espace qui fait partie de la zone économique exclusive du Nicaragua» (arrêt, par. 92). Voilà qui me semble être un fondement bien tenu pour juger de la responsabilité internationale, et j'estime que le raisonnement de la Cour n'emporte pas la conviction.

27. Il n'en demeure pas moins que des navires de la marine colombienne ont bien pris contact avec des navires de pêche titulaires de permis nicaraguayens dans la ZEE du Nicaragua, les avisant qu'ils pêchaient de manière illicite et se trouvaient dans des eaux relevant de la juridiction de la Colombie (voir, par exemple, *ibid.*, par. 75-76 et 81-84) — et ce, sans informer le Nicaragua, préalablement ou *a posteriori*, que les navires battant son pavillon ou des navires titulaires d'un permis délivré par ses soins étaient approchés et que des informations leur étaient communiquées. La Colombie affirme que ses navires ont agi ainsi dans l'exercice de leur droit de naviguer dans ces eaux, qu'ils tiennent du droit international coutumier et qui trouve son expression à l'article 58 de la convention des Nations Unies sur le droit de la mer (ci-après la «CNUDM»), ainsi que dans l'intérêt plus général de la promotion de la protection de l'environnement marin (*ibid.*, par. 93). Cela étant, même en admettant que le droit en question ait été exercé convenablement, l'Etat qui s'en prévaut doit tenir dûment compte des droits et obligations de l'Etat côtier.

28. A mon sens, c'est cette approche que la Cour aurait dû suivre en la présente espèce. Au lieu d'élever ce qui s'est produit au rang de politique de la Colombie visant à exercer un contrôle sur la pêche et à faire appliquer sa propre législation environnementale dans la ZEE du Nicaragua, la Cour aurait dû se concentrer sur ce que la défenderesse faisait réellement, à savoir surveiller les activités de navires de pêche titulaires d'un permis nicaraguayen et informer ceux-ci lorsqu'elle estimait qu'ils recourraient à des méthodes de pêche préjudiciables à l'environnement ou illicites. Le fait que la Colombie ait procédé ainsi sans en aviser le Nicaragua, que ce soit préalablement ou *a posteriori*, prouve, selon moi, qu'elle n'a pas tenu dûment compte des droits et obligations de ce dernier en tant qu'Etat côtier dans l'exercice de sa propre compétence sur l'environnement marin. La défenderesse a également méconnu les droits du demandeur dans sa ZEE lorsque les navires de la marine colombienne ont signifié à tort à des navires de pêche que les eaux en question relevaient de la juridiction de la Colombie, ou qu'ils ont fait des déclarations gratuites concernant le rejet par celle-ci de l'arrêt de 2012 de la Cour. C'est sur ces points-là que cette dernière aurait dû mettre l'accent, au lieu de tirer une conclusion inconsidérée quant à une politique par laquelle la Colombie aurait entendu exercer un contrôle sur la pêche et faire appliquer sa propre législation environnementale dans la ZEE du Nicaragua.

29. Une déclaration de la Cour indiquant que la Colombie agissait sans tenir dûment compte des droits du Nicaragua dans sa ZEE et devait cesser de se comporter ainsi aurait constitué une solution bien plus appropriée à cet aspect de l'affaire que ce que la Cour a en réalité fait dans sa décision concernant les incidents allégués dans la ZEE nicaraguayenne.

## IV.

30. J'en viens maintenant à l'allégation du Nicaragua voulant que la Colombie ait délivré des permis de pêche dans la ZEE nicaraguayenne. J'ai voté contre la conclusion de la Cour, selon qui la défenderesse a autorisé ses ressortissants et des ressortissants étrangers à pêcher dans [cette] ZEE.

31. La demande du Nicaragua repose sur trois fondements. Premièrement, le Nicaragua avance que, selon des résolutions de la direction générale des affaires maritimes et portuaires du ministère de la défense colombien (ci-après la «DIMAR»), des eaux situées dans la ZEE du Nicaragua faisaient partie des espaces dans lesquels des navires titulaires de permis nicaraguayens étaient autorisés à exercer leurs activités. Deuxièmement, il affirme que le gouverneur du département de l'archipel de San Andrés, Providencia et San Catalina a lui aussi pris des résolutions autorisant des navires à opérer dans les zones de Luna Verde à l'intérieur de la ZEE nicaraguayenne. Troisièmement, il recense certains incidents survenus en mer et impliquant des navires de la marine colombienne qui étaient selon lui le fait que la Colombie délivrait à des navires des permis de pêcher dans la ZEE nicaraguayenne (arrêt, par. 103-105).

32. La Cour ne tire apparemment pas la moindre conclusion de ces résolutions, se bornant à dire que la mention de Luna Verde, qui figurait en réalité dans le préambule des résolutions du gouverneur, «semble montrer que la Colombie continue de faire valoir le droit d'autoriser des activités de pêche dans certaines parties de la zone économique exclusive du Nicaragua» (*ibid.*, par. 119). Elle ne traite toutefois pas l'argument de la Colombie voulant que ni la DIMAR ni le gouverneur n'aient eu le pouvoir de délivrer des permis de pêche, point qui n'a pas été contredit par les éléments de preuve du Nicaragua.

33. Il en résulte que les seuls véritables motifs permettant à la Cour de conclure que la Colombie avait délivré à des navires des permis de pêcher dans la ZEE du Nicaragua sont les incidents qui se seraient produits en mer (*ibid.*, par. 121-130). A cet égard, il convient de noter qu'aucun de ces incidents n'est antérieur au 27 novembre 2013, date à laquelle le pacte de Bogotá a cessé d'être en vigueur à l'égard de la Colombie. Dans la mesure où elle se fonde sur ces incidents pour établir la responsabilité, la Cour juge donc de nouveau de celle-ci sur la base d'événements intervenus après l'extinction de son titre de compétence.

34. Cela étant, en tant que preuves que la Colombie a délivré à des navires des permis de pêcher dans des eaux relevant de la juridiction du Nicaragua, ces éléments sont dans le meilleur des cas problématiques. Il n'existe en effet aucune preuve directe de l'existence de véritables permis, et la Cour peut seulement tirer des conclusions de propos rapportés. Ce que les éléments de preuve montrent bel et bien, c'est que des navires de la marine colombienne se trouvaient dans l'espace où une partie au moins des incidents allégués ont eu lieu et qu'ils ont communiqué avec des navires de pêche ainsi qu'avec les garde-côtes nicaraguayens. En tant que preuves que les navires concernés possédaient des permis délivrés par les autorités colombiennes, ces éléments n'ont toutefois vraiment aucune valeur probante.

35. La Cour n'a pas cité les échanges qui ont eu lieu entre les navires de la marine colombienne et les garde-côtes du Nicaragua en ces occasions lorsqu'elle a examiné les incidents survenus en mer à l'appui de l'argument nicaraguayen voulant que la Colombie ait violé les droits du Nicaragua dans sa ZEE, alors même qu'il aurait paru plus opportun de le faire ici. Dans ce contexte, plutôt que de montrer une violation des droits du Nicaragua dans sa ZEE, ces incidents auraient justifié que la Cour somme la Colombie d'exercer ses droits dans la ZEE nicaraguayenne en tenant dûment compte des droits et obligations de l'Etat côtier comme l'exige l'article 58 de la convention. A mon sens, il aurait été plus approprié de traiter ces incidents de cette manière, plutôt que de s'en servir indirectement pour conclure que la Colombie avait délivré des permis de pêcher dans la ZEE du Nicaragua.

## V.

36. S'agissant de la création par la Colombie de sa zone contiguë unique, je conviens avec la Cour que cet Etat a le droit d'établir une telle zone au large des îles de l'archipel de San Andrés, indépendamment de tout chevauchement avec la ZEE du Nicaragua (arrêt, par. 163). Comme je l'ai déjà souligné, je suis également d'accord avec la Cour pour dire que la Colombie n'avait pas le droit de «simplifier» les limites extérieures de sa zone contiguë de sorte à l'étendre au-delà de 24 milles marins de sa côte (*ibid.*, par. 175).

37. En revanche, je suis en désaccord avec la conclusion de la Cour, selon qui la zone contiguë unique telle qu'elle a été établie dans le décret présidentiel 1946 n'est pas conforme au droit international coutumier (*ibid.*, par. 187). Je ne souscris pas non plus à la conclusion de la Cour voulant que les «pouvoirs étendus» revendiqués dans la zone contiguë unique de la Colombie portent directement atteinte aux droits souverains et à la juridiction du Nicaragua en matière de conservation, de protection et de préservation de l'environnement marin dans sa ZEE (*ibid.*, par. 178).

38. L'objection que voit la Cour se rapporte au paragraphe 3 de l'article 5 du décret, qui traite du champ d'application matériel de la zone. Selon la Cour, cette disposition confère à la Colombie des pouvoirs d'exercer un contrôle en matière d'infraction à ses lois et règlements qui englobent des domaines non autorisés par le droit international coutumier. La conclusion de la Cour repose sur sa position voulant que le contenu dudit droit relatif à la zone contiguë se trouve à l'article 33 de la CNUDM, et que les prétendus «pouvoirs étendus» de la Colombie ne soient pas inclus dans cette disposition (*ibid.*, par. 155). Lesdits «pouvoirs étendus» énoncés à l'article 5 du décret 1946, tel que modifié par l'article 2 du décret 1119 de 2014, dont la Cour a jugé qu'il n'entrait pas dans les prévisions de la règle reflétée à l'article 33 de la CNUDM, sont les lois et règlements touchant à la sûreté de l'Etat, notamment la piraterie et le trafic de stupéfiants et de substances psychotropes, les comportements qui attentent à la sûreté

en mer et aux intérêts maritimes nationaux, et les lois et règlements touchant à la préservation de l'environnement marin (arrêt, par. 177-181)<sup>6</sup>.

39. Les catégories spécifiées à l'article 33 de la CNUDM sont les «lois et règlements douaniers, fiscaux, sanitaires ou d'immigration». La question à laquelle la Cour devait répondre était celle de savoir si les lois et règlements visés dans le décret colombien entraient dans ces catégories ou si la pratique des Etats avait évolué, depuis que ces termes avaient été retenus pour le libellé dudit article, de telle sorte que l'on pourrait dire qu'ils couvrent aujourd'hui les catégories de lois déterminées par la Colombie. En substance, il s'agit de savoir si les prétentions de la Colombie relatives à la sûreté et celle concernant la préservation de l'environnement marin relèvent de la juridiction attachée à la zone contiguë en vertu de l'article 33 de la CNUDM.

40. Comme le souligne la Cour, les dispositions de l'article 33 de la CNUDM ont été adoptées dans la convention de 1958 sur la mer territoriale et la zone contiguë, sur la base des travaux achevés en 1956 par la Commission du droit international (ci-après la «CDI»), et sont demeurées inchangées depuis lors (*ibid.*, par. 153). Elles ont ensuite été reprises sans modification dans la CNUDM. Une proposition de 1958 tendant à ce que la sûreté soit ajoutée aux catégories énoncées à l'article 33 n'a finalement pas recueilli l'appui nécessaire<sup>7</sup>. La question est donc de savoir si, en dépit de ce qu'il s'est passé en 1958 et pendant les négociations de la CNUDM, il existe aujourd'hui des arguments qui justifieraient que l'on considère la sûreté et la préservation de l'environnement marin comme des domaines entrant dans les prévisions de l'article 33 de la CNUDM.

41. Si elle n'avait pas considéré l'article 33 de la CNUDM comme une disposition statique devant être interprétée à la lumière du monde tel qu'il était en 1956, la Cour serait peut-être parvenue à une conclusion différente. L'argument spécifique de l'inclusion de la lutte contre le trafic de stupéfiants ne semble constituer rien de plus qu'une vision élargie des lois aussi bien douanières que fiscales. Ce trafic est une question qui relève des lois douanières tout autant qu'en relevait celle de la contrebande d'alcool, dont la répression faisait partie des domaines couverts par les «hovering acts» (lois sur le louvoisement) des Etats-Unis d'Amérique qui ont jeté la base de la zone contiguë<sup>8</sup>. De même, les lois sanitaires, en 1958 comme aujourd'hui, se rapportent à la santé. Ne pas considérer la préservation de l'environnement comme une question fondamentalement liée à la santé revient à faire fi de la réalité de notre époque.

42. En réalité, la justification permettant de regarder la juridiction attachée à la zone contiguë à la lumière du monde moderne réside dans le

<sup>6</sup> Je souscris à la conclusion de la Cour, selon qui l'inclusion de l'exercice d'un contrôle sur les objets archéologiques et culturels découverts dans la ZEE n'emporte pas violation du droit international coutumier (arrêt, par. 186).

<sup>7</sup> *Documents officiels de la première conférence des Nations Unies sur le droit de la mer*, 1958, vol. II, Nations Unies, doc. A/CONF.13/38, p. 40, par. 63.

<sup>8</sup> D. P. O'Connell, *The International Law of the Sea: Volume II*, Oxford University Press, 1988, p. 1038. Le contenu des «hovering acts» proprement dits a d'ailleurs évolué au fil du temps.

commentaire de la CDI de ce qui est devenu l'article 24 de la convention de 1958 et l'article 33 de la CNUDM. La Cour cite le passage pertinent de ce commentaire (arrêt, par. 152), mais n'en déduit pas ce qui s'impose. Dans l'extrait en question, la CDI a précisé qu'elle n'avait pas inclus dans le projet de dispositions concernant la zone contiguë de droits spéciaux touchant à la sûreté, indiquant que le terme était vague et pouvait donner lieu à des abus, de sorte qu'il n'était pas nécessaire. Elle a ensuite fait la déclaration essentielle: «[l']exercice de la police douanière et sanitaire suffira dans la plupart des cas à sauvegarder la sécurité de l'Etat» (commentaire des articles relatifs au droit de la mer, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1956, vol. II, p. 295, projet d'article 66, paragraphe 4, cité au paragraphe 152 de l'arrêt).

43. Ce qui ressort de la déclaration de la CDI, c'est que celle-ci estimait traiter de manière adéquate les questions contemporaines de sûreté, ce qui renforce le point de vue selon lequel la zone contiguë avait précisément pour but de permettre aux Etats de protéger cette sûreté. Nul ne saurait toutefois considérer aujourd'hui que ce qui permettait de répondre aux préoccupations des Etats en matière de sûreté en 1956, lorsque le commentaire a été adopté, correspondrait nécessairement aux besoins modernes dans ce domaine. Si les besoins des Etats à cet égard étaient évalués aujourd'hui, il est fort possible qu'on y trouverait la lutte contre le trafic de stupéfiants et la protection de l'environnement marin. De fait, à une époque où l'on s'inquiète de plus en plus de l'incidence du changement climatique, certains Etats pourraient même considérer la protection de l'environnement marin comme leur première préoccupation en matière de sûreté. En outre, les 20 dernières années montrent que la piraterie, qui a peut-être été traitée de manière adéquate en droit international en 1956, pose un problème de plus en plus grave aux Etats de certaines régions, y compris dans leurs mers territoriales. Il n'est dès lors pas surprenant qu'un Etat puisse vouloir agir dans sa zone contiguë pour prévenir la piraterie dans sa mer territoriale ou la punir lorsqu'elle y a été commise. En effet, le fait qu'un nombre non négligeable d'Etats aient inséré un droit de faire figurer certains besoins liés à la sûreté au nombre des domaines dans lesquels ils exerceraient la juridiction attachée à la zone contiguë atteste que les besoins modernes des Etats en la matière ont changé<sup>9</sup>.

44. Il convient de rappeler que la juridiction attachée à la zone contiguë permet seulement aux Etats d'agir de manière à prévenir et à réprimer les infractions commises sur leur territoire ou dans leur mer territoriale, c'est-à-dire celles qui relèvent de leur compétence. Cette juridiction ne donne pas aux Etats côtiers le pouvoir de prévenir ou de réprimer les infractions commises dans la zone contiguë ou au-delà.

45. C'est parce que la Cour n'a pas reconnu cet état de fait qu'elle a conclu que les pouvoirs revendiqués au titre de la zone contiguë unique de

<sup>9</sup> Contre-mémoire de la Colombie, vol. II, appendice B; réplique du Nicaragua, par. 3.38.

la Colombie portaient directement atteinte aux droits souverains et à la juridiction du Nicaragua en ce qui concernait la conservation, la protection et la préservation de l'environnement marin dans sa ZEE (arrêt, par. 187). Or, comme la Cour l'a relevé plus tôt dans son arrêt, la zone contiguë et la ZEE traitent de choses différentes (*ibid.*, par. 160-161). Le Nicaragua est assurément compétent en matière de préservation de l'environnement marin dans sa ZEE. En revanche, il ne l'est pas s'agissant de la protection de l'environnement marin sur le territoire de la Colombie ni dans la mer territoriale de celle-ci. De même, la Colombie, si elle est compétente dans sa zone contiguë pour prévenir et réprimer les infractions relevant de certaines catégories de domaines sur son territoire et dans sa mer territoriale, n'a pas compétence sur la base de sa zone contiguë pour prévenir et réprimer des infractions commises dans la ZEE du Nicaragua. Celle-ci ne chevauchant pas la mer territoriale de la Colombie, il n'existe du reste pas de possibilité de chevauchement de compétences.

46. La Colombie ne revendique pas non plus de compétence à l'égard d'infractions commises dans la mer territoriale du Nicaragua. Le décret 1946, tel que modifié par le décret 1119, l'indique clairement. Il précise que la Colombie a le pouvoir, dans sa zone contiguë, de prévenir les infractions à ses lois touchant à la sûreté de l'Etat qui sont «commises sur ses territoires insulaires ou dans leur mer territoriale» (art. 5 3) *a*) du décret 1946, tel que modifié par le décret 1119, cité au paragraphe 170 de l'arrêt), puis que, «[d]e la même manière», les infractions aux lois touchant à la préservation de l'environnement feront l'objet de mesures de prévention et de répression (*ibid.*). L'expression «[d]e la même manière» peut uniquement signifier que le pouvoir affirmé à l'égard de l'environnement n'est pas différent de celui revendiqué en ce qui concerne la sûreté. Quant à l'autre élément de la juridiction attachée à la zone contiguë, le pouvoir de réprimer, le décret indique qu'il se rapporte aux infractions susmentionnées «commises dans les territoires insulaires de la Colombie ou dans leur mer territoriale» (art. 5 3) *b*) du décret 1946, tel que modifié par le décret 1119, cité au paragraphe 170 de l'arrêt).

47. Rien de tout cela ne suppose que la Colombie ait revendiqué d'exercer sa compétence à l'égard des infractions commises dans la zone contiguë elle-même ou dans la ZEE du Nicaragua. Dans le règlement qu'elle a adopté, la défenderesse ne prétend donc pas «assurer [son] exécution dans une partie de la zone économique exclusive du Nicaragua» comme l'affirme la Cour (*ibid.*, par. 178). La prétention de la Colombie relative à la préservation de l'environnement n'est pas différente de celle concernant ses droits en matière douanière, fiscale, d'immigration ou sanitaire — à savoir prévenir et réprimer les infractions commises sur son territoire ou dans sa mer territoriale.

48. Selon moi, la présente affaire se prêtait à ce que la Cour fit de l'article 33 de la CNUDM une lecture évolutive. Ce type d'interprétation a

été admis dans sa jurisprudence<sup>10</sup>. Une disposition dont la CDI a considéré en 1956 qu'elle avait pour but de protéger les besoins des Etats touchant à la sûreté doit aujourd'hui être interprétée d'une façon qui reflète les besoins modernes en la matière. Sur cette base, tous les domaines recensés dans le décret présidentiel 1946 de la Colombie reflètent les besoins modernes de certains Etats, si ce n'est de tous, relatifs à la sûreté — la piraterie, la répression du trafic de stupéfiants, la sûreté maritime et la protection de l'environnement (marin) —, et il y a donc lieu de les regarder comme des domaines légitimes devant être couverts par la juridiction attachée à la zone contiguë des Etats.

## VI.

49. J'en viens maintenant aux deux demandes reconventionnelles de la Colombie, A) les droits de pêche traditionnels et de pêche artisanale, et B) les lignes de base droites. Je suis en désaccord avec les conclusions de la Cour en ce qui concerne chacune de ces demandes.

### A.

50. J'ai voté contre le rejet par la Cour du surplus des conclusions au huitième point du dispositif, car je ne suis pas d'accord avec elle pour dire que

«la Colombie n'a pas établi que les habitants de l'archipel de San Andrés, notamment les Raizals, jouissent de droits de pêche artisanale dans les eaux situées à présent dans la zone économique exclusive nicaraguayenne, ou que le Nicaragua a, par les déclarations unilatérales de son président, accepté ou reconnu l'existence de leurs droits de pêche traditionnels, ou pris l'engagement juridique de respecter de tels droits» (arrêt, par. 231).

51. Selon moi, la Cour n'a pas traité un aspect essentiel, et dans une certaine mesure unique, de la demande reconventionnelle de la Colombie, ce qui a eu une incidence sur la manière dont elle a, d'une part, apprécié les éléments de preuve relatifs aux droits de pêche traditionnels et, d'autre part, considéré les déclarations du président du Nicaragua.

52. La Colombie a formulé sa troisième demande reconventionnelle relative aux droits de pêche traditionnels ou artisanaux de plusieurs façons différentes. Elle l'a présentée comme une demande se rapportant

<sup>10</sup> Voir, par exemple, *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2009, p. 242-243, par. 64-66; voir également *Chasse à la baleine dans l'Antarctique (Australie c. Japon; Nouvelle-Zélande (intervenant))*, arrêt, C.I.J. Recueil 2014, p. 247, par. 45.

aux habitants de l'archipel de San Andrés, «et en particulier les Raizals»<sup>11</sup> ou «au nombre desquels [comptaient] les Raizals»<sup>12</sup>, ou encore aux «droits de pêche traditionnels dont les Raizals et les autres pêcheurs de l'archipel [avaie]nt toujours joui»<sup>13</sup>. Le point commun de toutes ces formulations est qu'elles mettent en évidence deux groupes : les Raizals et les autres habitants de l'archipel de San Andrés. Le premier groupe fait partie du second, mais il en est également distingué.

53. Dans son contre-mémoire, la Colombie a décrit les Raizals comme les «descendants des esclaves africains et des premiers colons néerlandais, britanniques et espagnols» qui «[avaie]nt acquis au cours des siècles une culture qui leur [était] propre»<sup>14</sup>. Elle a également affirmé dans cette pièce que, «[d]epuis des temps immémoriaux, les Raizals sillonn[ai]ent les eaux du sud-ouest des Caraïbes pour pêcher et chasser la tortue»<sup>15</sup>.

54. Si, dans ses écritures, il se réfère aux pratiques de pêche des habitants de l'archipel de San Andrés, «y compris la communauté autochtone des Raizals»<sup>16</sup>, et, en une autre occasion, simplement à «la population raizale»<sup>17</sup>, le Nicaragua a tendance à traiter les habitants de l'archipel de San Andrés comme un seul groupe. Son principal argument consiste à dire que les droits traditionnels ou artisanaux n'ont pas survécu à la création de la ZEE<sup>18</sup> et que, partant, indépendamment de toute prétention relative à la pêche traditionnelle ou artisanale, aucun droit de ce type n'existe dans la ZEE. Dans ses écritures, le Nicaragua considère que les Raizals ne jouissent d'aucun droit indépendant ; les droits revendiqués par la Colombie concernent tous les habitants de l'archipel de San Andrés.

55. Après avoir décrit leurs origines et le fait qu'ils avaient pêché dans la partie sud-ouest de la mer des Caraïbes des siècles durant, la Colombie qualifie les Raizals de «pêche[urs] autochtones»<sup>19</sup>. Ils constituent selon elle «une communauté distincte, dotée d'une culture propre», qui «naviguait, commerçait et pêchait dans le sud-ouest de la mer des Caraïbes avant que le Nicaragua et la Colombie ne deviennent des Etats indépendants, et qu['] a continué depuis lors»<sup>20</sup>.

56. En dépeignant ainsi les Raizals, la Colombie crée manifestement une catégorie distincte des autres personnes revendiquant des droits de pêche traditionnels ou de pêche artisanale. La manière dont elle formule cette demande pour les Raizals en tant que groupe séparé et différent, notamment en les qualifiant de «pêche[urs] autochtones», conduit à tirer

<sup>11</sup> Duplique de la Colombie, vol. I, par. 5.1 et 5.74, et conclusion II.3; CR 2021/18, p. 75, conclusion II.3 (Arrieta Padilla).

<sup>12</sup> Duplique de la Colombie, vol. I, par. 5.76.

<sup>13</sup> Contre-mémoire de la Colombie, vol. I, par. 9.25.

<sup>14</sup> *Ibid.*, par. 2.64.

<sup>15</sup> *Ibid.*

<sup>16</sup> Réplique du Nicaragua, par. 6.1.

<sup>17</sup> *Ibid.*, par. 6.3.

<sup>18</sup> *Ibid.*, par. 6.5; arrêt, par. 208.

<sup>19</sup> Contre-mémoire de la Colombie, vol. I, par. 2.68.

<sup>20</sup> Duplique de la Colombie, vol. I, par. 5.10.



un parallèle avec les droits des peuples autochtones, droits qui ont trouvé leur expression le plus récemment dans la déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones<sup>21</sup>.

57. Il n'existe aucune définition admise d'un peuple autochtone, mais les critères de l'autochtonie sont notamment les suivants :

«i) un attachement commun à un «lieu»; ii) une antériorité historique par rapport aux sociétés dominantes; iii) un vécu de perturbations, bouleversements et formes d'exploitation graves; iv) «une continuité historique»; v) une oppression/exclusion continue par les groupes sociaux dominants; vi) des groupes ethniques/culturels distincts; et vii) une auto-identification en tant que communauté autochtone»<sup>22</sup>.

Certains ont fait valoir que ces critères n'étaient pas tous nécessaires à l'établissement de droits des peuples autochtones<sup>23</sup>. En tout état de cause, il est clair que l'attribution de l'adjectif «autochtone» à un peuple peut se révéler une tâche complexe. L'on ne saurait donc tirer de conclusion quant à la question de savoir si le peuple raizal est qualifié à juste titre d'«autochtone», mais, comme la Colombie l'a exposé dans ses écritures, les Raizals satisfont manifestement à nombre des critères susmentionnés, ce qui semble indiquer que, à tout le moins, une analogie avec les droits des peuples autochtones est appropriée.

58. L'option consistant à considérer la situation des Raizals comme étant analogue à celle des peuples autochtones est indirectement étayée par la position que le Nicaragua a adoptée dans ses écritures en l'espèce et l'est directement par les déclarations du président Ortega. Bien que, dans ses pièces de procédure, il assimile les Raizals aux autres habitants de l'archipel de San Andrés, le demandeur parle de la «population raizale», ce qui renforce la distinction établie entre ces deux groupes (voir le paragraphe 54 ci-dessus).

59. Le président Ortega a constamment employé des termes qui soulignent l'analogie entre les Raizals et les peuples autochtones. Peu après le prononcé de l'arrêt de 2012 de la Cour, il a évoqué les «frères raizals», le respect des «droits des peuples autochtones» ainsi que leur droit de pêcher et de naviguer dans les eaux sur lesquelles ils avaient toujours navigué<sup>24</sup>. Il a mentionné par la suite les «droits historiques» des

<sup>21</sup> Assemblée générale des Nations Unies, résolution 61/295, «Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones» (adoptée le 13 septembre 2007), Nations Unies, doc. A/RES/61/295 (2 octobre 2007).

<sup>22</sup> S. Allen, N. Bankes, E. L. Enyew et O. Ravna, «Introduction», dans S. Allen, N. Bankes et O. Ravna (dir. publ.), *The Rights of Indigenous Peoples in Marine Areas*, Oxford, Hart Publishing, 2019, p. 10; une approche analogue figure dans «Activités normatives: évolution des normes concernant les droits des autochtones, document de travail du président-rapporteur, M<sup>me</sup> E.-I. A. Daes, sur la notion de «peuple autochtone»», Nations Unies, doc. E/CN.4/Sub.2/AC.4/1996/2, 10 juin 1996, par. 69.

<sup>23</sup> S. Allen, N. Bankes, E. L. Enyew et O. Ravna, «Introduction», dans S. Allen, N. Bankes et O. Ravna (dir. publ.), *The Rights of Indigenous Peoples in Marine Areas*, Oxford, Hart Publishing, 2019, p. 10.

<sup>24</sup> Mémoire du Nicaragua, annexe 27.

Raizals<sup>25</sup>. Il a également qualifié les droits du peuple raizal de droits du «peuple autochtone»<sup>26</sup>. Tout cela relève du langage des droits des peuples autochtones, et pas seulement de celui des droits de pêche traditionnels ou de pêche artisanale.

60. De plus, le président Ortega a évoqué l'idée d'autoriser les Raizals à «continuer» d'exercer leurs droits et de «garantir» ceux-ci<sup>27</sup>. Il ressort clairement du contexte qu'il était alors question de maintenir des droits existants, et non d'en créer de nouveaux qui n'avaient pas préexisté. La proposition du président Ortega relative à une «commission» visait à mettre en place un organe devant permettre aux Raizals de continuer d'exercer leurs activités de pêche de manière régulière. Cet organe était censé contribuer à la localisation des «espaces dans lesquels le peuple raizal p[ouvai]t pêcher dans l'exercice de ses droits historiques»<sup>28</sup>: il n'était pas appelé à créer un nouveau droit de pêche.

61. En résumé, si on les considère sous l'angle des droits des Raizals en tant que droits d'un groupe spécifique présentant une forte analogie avec les droits des peuples autochtones, les déclarations du président Ortega ont bien plus de sens. Le président ne s'exprimait pas seulement au sujet des revendications des habitants de l'archipel de San Andrés en matière de pêche traditionnelle ou artisanale, et ses déclarations ne peuvent être évacuées comme des tentatives de faire montre de diplomatie, ou d'éviter une polémique et d'apaiser la Colombie<sup>29</sup>. Les déclarations en question sont une reconnaissance et une validation des revendications de membres d'une communauté particulière, un «peuple autochtone», de continuer de pêcher comme ils l'avaient fait par le passé.

62. Envisager les droits des Raizals par analogie avec les droits des peuples autochtones a certaines conséquences pour les conclusions tirées par la Cour. Celle-ci recherche si les déclarations du président Ortega pourraient emporter reconnaissance de droits de pêche traditionnels ou de pêche artisanale ou d'un droit de pêcher sans autorisation préalable (arrêt, par. 227). Elle recherche également si les propos en question ont constitué une déclaration unilatérale par laquelle le chef d'Etat aurait contracté des obligations juridiques (*ibid.*, par. 228-230). Il aurait toutefois été plus approprié de s'intéresser à ce que le président Ortega a dit au sujet des Raizals, qu'il a qualifiés de «peuple autochtone» et dont il a évoqué les «droits ancestraux». Les droits de pêche traditionnels des Raizals qu'il a mentionnés étaient des droits

<sup>25</sup> Contre-mémoire de la Colombie, vol. II, annexe 74.

<sup>26</sup> Duplique de la Colombie, vol. II, annexe 6.

<sup>27</sup> Voir, par exemple, mémoire du Nicaragua, annexe 27: «nous [le Nicaragua] respectons pleinement leur droit de pêcher et de naviguer dans les eaux sur lesquelles ils naviguent depuis toujours, et dont ils tirent leur subsistance»; contre-mémoire de la Colombie, vol. II, annexe 73: «nous [le Nicaragua] respecterons les droits historiques qui étaient les leurs (ceux des Raizals) dans ces territoires. Nous trouverons des mécanismes permettant de garantir le droit du peuple raizal de pêcher à San Andrés».

<sup>28</sup> Contre-mémoire de la Colombie, vol. II, annexe 76.

<sup>29</sup> Réplique du Nicaragua, par. 6.65; pièce additionnelle du Nicaragua, par. 2.29; CR 2021/16, p. 24-25, par. 29-32 (Martin).

qui découlait de leur statut de peuple raizal. Cela est clairement démontré lorsque le président Ortega plaide en faveur de la création d'une commission chargée de délimiter les espaces dans lesquels les Raizals doivent exercer leurs droits de pêche, déclarant ceci : «ils jouissent déjà ici d'un permis permanent, ils n'ont pas besoin de demander un permis chaque jour, et pourquoi? Parce qu'ils sont sur leurs terres, ils sont dans leurs eaux, ils sont dans leur habitat naturel.»<sup>30</sup> En résumé, le président du Nicaragua estimait que le droit à une pêcherie était une conséquence inhérente de l'identité du peuple raizal; les Raizals étaient fondés à pêcher dans des eaux appartenant désormais au Nicaragua parce qu'ils étaient sur «leurs terres», dans «leurs eaux». Il s'agissait, a-t-il affirmé, de leur «habitat naturel»<sup>31</sup>.

63. Les termes et images employés par le président Ortega cadrent avec les droits des peuples autochtones. Il convient en outre d'examiner ses déclarations à la lumière de la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, qui a constamment jugé que les «peuples tribaux et autochtones» possédaient des droits aux ressources naturelles dont ils avaient traditionnellement fait usage<sup>32</sup>. Au vu de ces décisions de la Cour interaméricaine, il n'est pas surprenant qu'un président d'un pays d'Amérique latine, comme le président Ortega, parle des Raizals en des termes analogues.

64. Les droits de pêche des peuples autochtones sont consacrés par la déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, dont le paragraphe 1 de l'article 26 dispose ce qui suit : «Les peuples autochtones ont le droit aux terres, territoires et ressources qu'ils possèdent et occupent traditionnellement ou qu'ils ont utilisés ou acquis.»<sup>33</sup> Cela couvre clairement les droits de pêche des autochtones.

65. Cependant, la Cour conclut que la Colombie n'a pas établi que les Raizals jouissaient de droits traditionnels de pêcher dans la ZEE du Nicaragua. Cette conclusion est fondée sur un rejet des déclarations sous serment fournies à titre de preuves par la Colombie, ce qui pose toutefois deux problèmes. Premièrement, le critère que la Cour a fixé pour établir l'existence de droits de pêche traditionnels est, en substance, un critère auquel il est impossible de satisfaire. Deuxièmement, la Cour n'a pas vu le lien entre ce qui était revendiqué pour les Raizals et ce qui a été dit à leur sujet, et à propos de leur droit de pêcher dans la ZEE du Nicaragua.

<sup>30</sup> Duplique de la Colombie, vol. II, annexe 6.

<sup>31</sup> *Ibid.*

<sup>32</sup> Cour interaméricaine des droits de l'homme (CIADH), *Peuple Saramaka c. Suriname*, arrêt du 28 novembre 2007, série C, n° 172, p. 36, par. 121 : «les membres de communautés tribales et autochtones ont le droit de posséder les ressources naturelles dont ils ont traditionnellement fait usage sur leur territoire pour les mêmes raisons qu'ils sont fondés à posséder les terres qu'ils ont traditionnellement utilisées et occupées pendant des siècles»; *Peuple indigène Kichwa de Sarayaku c. Equateur*, arrêt du 27 juin 2012, série C, n° 245, par. 146 : «la protection des territoires des peuples autochtones et tribaux découle également de la nécessité de garantir la sûreté et la continuité de leurs contrôle et usage des ressources naturelles, ce qui leur permet ainsi de préserver leur mode de vie».

<sup>33</sup> Assemblée générale des Nations Unies, résolution 61/295, «Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones» (adoptée le 13 septembre 2007), Nations Unies, doc. A/RES/61/295 (2 octobre 2007).

66. Pour ce qui est de l'appréciation des déclarations sous serment fournies à titre de preuves, il est irréaliste, comme le relève la Cour elle-même, de s'attendre à que ressortent de celles faites par des pêcheurs vivant à notre époque des éléments démontrant ce qu'il s'est produit il y a plusieurs siècles, surtout lorsque les intéressés n'ont pas une culture écrite. Il n'est donc pas surprenant que la Cour ait conclu que ces déclarations étaient muettes sur les espaces dans lesquels les Raizals avaient pêché quelque deux cents ans auparavant (arrêt, par. 221).

67. Si toutefois l'on considère les revendications relatives aux Raizals comme analogues aux revendications de droits des peuples autochtones, il y a lieu de suivre une approche différente. A cet égard, la Cour n'a pas saisi la portée des propos tenus par le président Ortega. Toutes les déclarations de ce dernier se rapportaient au droit des Raizals de pêcher dans la ZEE du Nicaragua. Selon lui, il allait sans dire que le peuple autochtone, à savoir les Raizals, pêchait dans des eaux qui relevaient maintenant de la juridiction nicaraguayenne. Point n'était besoin de démontrer l'existence de ces pratiques par des déclarations sous serment.

68. Le fait de considérer les revendications des Raizals comme semblables aux droits des peuples autochtones prive également de pertinence une autre partie du raisonnement de la Cour, relative à la position adoptée par le ministère du travail du Gouvernement colombien dans le cadre d'une réclamation portée devant l'Organisation internationale du Travail au sujet de l'incidence de l'arrêt de 2012 sur les Raizals et autres pêcheurs de l'archipel de San Andrés (*ibid.*, par. 222-223). Les droits des Raizals auxquels le président Ortega faisait référence ne sont pas de ceux auxquels peut renoncer un ministère désireux de protéger la réputation de son gouvernement dans une autre enceinte internationale.

69. A mon sens, la Cour n'a pas saisi la véritable nature de la revendication relative aux Raizals dans le cas de la troisième demande reconventionnelle. Elle est parvenue à une conclusion incompatible avec le droit de ceux-ci, tel qu'il se reflète dans les termes employés par le président Ortega — à savoir que les Raizals avaient pêché dans des eaux qui se trouvaient désormais dans la ZEE nicaraguayenne et que, en vertu de leur statut particulier de «peuple autochtone», ils avaient le droit de poursuivre ces activités de pêche. Il fallait simplement qu'il y ait une entente entre le Nicaragua et la Colombie pour permettre la mise en œuvre effective de ce droit.

70. Au paragraphe 232, la Cour encourage le Nicaragua et la Colombie à négocier un accord au sujet de l'accès de la communauté raizale à des pêcheries situées dans la ZEE nicaraguayenne. Le fait que la Cour parle spécifiquement des seuls Raizals, et non d'un accord concernant tous les habitants de l'archipel de San Andrés, indique clairement qu'elle a traité, ne serait-ce qu'implicitement, les Raizals comme un groupe distinct. La négociation d'un accord est une étape importante, mais il est fâcheux que la Cour n'ait pas associé à cette recommandation une affirmation des droits que possèdent les Raizals. Le but d'un tel accord devrait être non pas de leur conférer des droits, mais, comme le prévoyait le président Ortega, de définir les modalités garantissant qu'ils puissent continuer d'exercer leur

droit à une ressource qu'ils avaient pêchée depuis toujours, mais qui, du fait de l'arrêt de 2012, se trouvait désormais dans la ZEE du Nicaragua.

### B.

71. J'ai voté contre le point du dispositif dans lequel la Cour dit que les lignes de base droites du Nicaragua ne sont pas conformes au droit international coutumier. Si je l'ai fait, c'est parce qu'il me semble que la Cour a fondé sa décision sur une application sortie de son contexte du droit relatif au tracé de telles lignes et fait abstraction de la pratique des Etats, qu'elle aurait dû prendre en considération pour interpréter les dispositions pertinentes du droit international coutumier.

72. La Cour relève que les Parties reconnaissent que l'article 7 de la CNUDM reflète le droit international coutumier relatif au tracé de lignes de base droites et conclut elle-même qu'il en est ainsi (arrêt, par. 241-242). En conséquence, la question portée devant elle est celle de savoir si les lignes de base droites du Nicaragua satisfont aux exigences de cet article.

73. En interprétant l'article 7, la Cour met l'accent sur les critères énoncés au paragraphe 1 de cette disposition voulant que des lignes de base droites puissent être tracées lorsque le littoral «est profondément échancre[é] et découp[é]» ou s'il existe «un chapelet d'îles [*fringe of islands*] le long de la côte, à proximité immédiate de celle-ci». Pour ce qui est de la ligne de base du Nicaragua reliant les points 8 et 9, la Cour se demande si, dans cette région, la côte satisfait à l'exigence d'être «profondément échancree et découpée» (*ibid.*, par. 245). Les lignes de base situées entre les points 1 et 8 sont examinées au regard du critère de l'existence d'un «chapelet d'îles» le long de la côte (*ibid.*, par. 247).

74. En substance, les termes de l'article 7 reflètent directement ce qui a été dit dans l'arrêt rendu en 1951 dans l'affaire des *Pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)*<sup>34</sup>. Ils décrivent donc les côtes norvégiennes telles qu'elles avaient été perçues dans cet arrêt. La difficulté réside dans l'application de ces termes à des côtes qui ne sont pas identiques à celles de la Norvège<sup>35</sup>. La Cour devait par conséquent relever le défi consistant à donner à l'expression «profondément échancree et découpée» ou aux termes «chapelet d'îles» le long de la côte un sens susceptible d'être appliqué aisément aux configurations côtières en la présente espèce et de guider les Etats dans la mise en œuvre de l'article 7 en ce qui concernait leurs propres littoraux.

75. Las, je ne suis pas d'avis que la Cour ait fait cela. La Cour a repris l'idée exprimée par les termes «profondément échancree et découpée» et l'a appliquée en disant que les échancreures de la côte du Nicaragua «ne pén[étra]ient ... pas assez dans les terres pour que la Cour p[ût] considérer

<sup>34</sup> *Pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1951, p. 116; voir M. H. Nordquist, S. N. Nandan et S. Rosenne (dir. publ.), *United Nations Convention on the Law of the Sea, 1982: A Commentary*, vol. II, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1985, par. 7.1.

<sup>35</sup> Voir T. Scovazzi, «Baselines», *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, dernière mise à jour de l'article en juin 2007, par. 20.

que le littoral, à cet endroit, [était] « profondément échancr[é] et découp[é] » (arrêt, par. 245). Recourant à la formulation employée dans l'arrêt de 1951, elle fait référence aux exigences que la côte présente « une configuration très caractéristique » ou ne soit pas « découpée sur tout son parcours », ou qu'elle « ouvre à tout instant des échancrures qui pénètrent dans les terres, sur une distance souvent très considérable » (*ibid.*). Aucune de ces formulations n'est un tant soit peu plus précise que l'expression « profondément échancrée et découpée » figurant à l'article 7, ce qui laisse l'impression que la conclusion repose non pas sur des critères clairs, mais sur une interprétation subjective de l'expression « profondément échancrée et découpée ».

76. Il en va de même du traitement réservé par la Cour aux termes « fringe of islands » [« chapelet d'îles »]. Celle-ci relève que, dans son arrêt de 2012, elle avait qualifié les îles situées au large de la côte nicaraguayenne de « fringing islands » [« îles qui ... bordent » le territoire continental du Nicaragua], mais précise qu'il ne fallait pas y voir une interprétation de l'article 7 (*ibid.*, par. 249). Le fait que, à l'époque, la Cour ait apparemment employé l'expression « fringing islands » pour désigner autre chose que le « fringe of islands » visé à l'article 7 aurait dû lui faire prendre conscience des dangers qu'il y avait à tenter d'appliquer cette expression. En guise d'explication du sens de « fringe of islands », tout au plus précise-t-elle que « l'expression « chapelet » implique que [les îles] ne doivent pas être trop peu nombreuses au regard de la longueur de la côte » (*ibid.*, par. 252) et qu'« un « chapelet » doit ... englober un ensemble ou amas d'îles intégrées et interconnectées dans un système présentant une certaine cohérence ou continuité » (*ibid.*, par. 254). Cependant, si ces assertions peuvent donner une idée de ce que la Cour cherche à établir, le lien entre elles et les conclusions que cette dernière « n'a[it] pas ... acquis la conviction que le nombre d'îles du Nicaragua est suffisant ... pour lui permettre de conclure qu'il existe un « chapelet » le long de la côte nicaraguayenne » (arrêt, par. 252) ou que ces îles « ne so[ie]nt pas suffisamment proches les unes des autres pour former un « amas » ou « chapelet » cohérent le long de la côte, et ne so[ie]nt pas suffisamment liées au domaine terrestre » (*ibid.*, par. 256) n'est tout simplement pas évident. Lorsqu'elle expose les exigences en matière de « fringe of islands », la Cour indique aussi que les îles « peu[ven]t masquer » une grande partie du littoral (*ibid.*, par. 254), mais cette mention est tout aussi imprécise que les termes auxquels elle est censée donner corps.

77. Ce qui fait défaut dans l'analyse de la Cour, c'est un traitement de la pratique des Etats relative au tracé de lignes de base droites. Il se pourrait fort qu'un examen de la manière dont les Etats ont concrètement interprété et appliqué ces dispositions permette d'atténuer l'imprécision des termes employés à l'article 7. Les exemples de lignes de base droites abondent dans la pratique des Etats, y compris dans celle de la Colombie elle-même<sup>36</sup>, et, à la lumière de cette pratique, les lignes de base droites du Nicaragua ne semblent pas incompatibles avec l'interprétation que font

<sup>36</sup> Voir International Law Association, « Baselines under the International Law of the Sea: Final Report », *ILA Reports of Conferences*, vol. 78 (2018), en particulier p. 124, par. 20, p. 126, par. 25, et p. 160, par. 105, où figurent d'autres références.

les Etats de l'article 7. Il est vrai que pareilles lignes sont parfois contestées par des Etats voisins, mais même ces cas de figure sont relativement rares. La manière dont les lignes de base droites ont été tracées ne suscite tout simplement pas de contestations généralisées des Etats<sup>37</sup>. Un seul s'est constamment opposé aux lignes de base droites, exprimant son propre point de vue sur ce qu'il conviendrait de faire. En conséquence, il aurait peut-être été prudent que la Cour s'inspire de ce que les Etats ont fait lorsqu'ils ont établi des lignes de base droites.

78. En résumé, la Cour a mesuré les lignes de base du Nicaragua en les comparant à une impression créée par les termes figurant à l'article 7, au lieu de donner à ceux-ci un contenu concret qui réduirait la subjectivité et fournirait des orientations non seulement sur la manière dont elle est parvenue à sa conclusion en l'espèce, mais aussi sur la façon dont les Etats devraient à l'avenir interpréter cette disposition. Le tout sans se référer à la pratique des Etats, pourtant importante, qui peut apporter un éclairage sur l'interprétation faite de l'article 7 et qui, si elle était prise en considération, conduirait à tirer une conclusion opposée.

79. En dernière analyse, la présente affaire ne se prêtait pas, selon moi, à ce que la Cour fournisse une interprétation définitive de l'article 7. Elle a été introduite par voie de demande reconventionnelle, et non en tant que demande principale, par un Etat qui avait lui-même tracé des lignes de base droites qui ne semblent pas différentes de celles qu'il conteste. Elle soulevait des questions sur la manière d'apprécier la pertinence de l'échelle sur les cartes utilisées pour représenter les lignes de base. Des contestations du statut de formations présentées comme des îles et de la légitimité d'y placer des points de base y étaient en jeu. Or, les Parties n'ont pas demandé à la Cour de désigner un expert technique capable de donner sur tel ou tel aspect de leurs écritures et plaidoiries des orientations qui lui auraient permis de tirer des conclusions définitives concernant certaines de ces questions.

80. Il n'est pas douteux que le droit relatif aux lignes de base droites doit être précisé, et peut-être la Cour sera-t-elle un jour saisie d'une affaire appropriée dans laquelle elle pourra examiner pleinement la question, après avoir entendu un exposé complet de tous les points par les parties et en bénéficiant d'un appui technique. Malheureusement, il ne s'agit pas de la présente affaire. Je crains donc que l'approche suivie en l'espèce par la Cour n'accroisse encore l'incertitude dans ce domaine, plutôt que d'apporter des éclaircissements, et ne laisse les Etats dans un doute considérable quant à la manière d'évaluer si leurs lignes de base droites satisfont aux exigences de l'article 7.

(Signé) Donald M. McRAE.

---

<sup>37</sup> Voir International Law Association, «Baselines under the International Law of the Sea: Final Report», *ILA Reports of Conferences*, vol. 78 (2018), p. 127, par. 27: «Il n'est peut-être pas tout à fait surprenant que le nombre d'Etats à avoir contesté la pratique étatique pertinente à cet égard [c'est-à-dire en ce qui concerne le tracé de lignes de base droites] soit très faible par rapport au nombre d'Etats potentiellement intéressés.»