

CR 2007/19

International Court
of Justice

THE HAGUE

Cour internationale
de Justice

LA HAYE

YEAR 2007

Public sitting

held on Friday 8 June 2007, at 10 a.m., at the Peace Palace,

President Higgins presiding,

*in the case concerning the Territorial and Maritime Dispute
(Nicaragua v. Colombia)*

VERBATIM RECORD

ANNÉE 2007

Audience publique

tenue le vendredi 8 juin 2007, à 10 heures, au Palais de la Paix,

sous la présidence de Mme Higgins, président,

*en l'affaire du Différend territorial et maritime
(Nicaragua c. Colombie)*

COMPTE RENDU

Present: President Higgins
Vice-President Al-Khasawneh
Judges Ranjeva
Shi
Koroma
Parra-Aranguren
Buergenthal
Owada
Simma
Tomka
Abraham
Keith
Sepúlveda-Amor
Bennouna
Skotnikov

Registrar Couvreur

Présents : Mme Higgins, président
M. Al-Khasawneh, vice-président
MM. Ranjeva
Shi
Koroma
Parra-Aranguren
Buergenthal
Owada
Simma
Tomka
Abraham
Keith
Sepúlveda-Amor
Bennouna
Skotnikov, juges

M. Couvreur, greffier

The Government of Nicaragua is represented by:

H.E. Mr. Carlos José Argüello Gómez, Ambassador of the Republic of Nicaragua to the Kingdom of the Netherlands,

as Agent and Counsel;

H.E. Mr. Samuel Santos, Minister for Foreign affairs of Nicaragua;

Mr. Ian Brownlie, C.B.E., Q.C., F.B.A., member of the English Bar, Chairman of the International Law Commission, Emeritus Chichele Professor of Public International Law, University of Oxford, member of the Institut de droit international, Distinguished Fellow, All Souls College, Oxford,

Mr. Alex Oude Elferink, Research Associate, Netherlands Institute for the Law of the Sea, Utrecht University,

Mr. Alain Pellet, Professor at the University Paris X-Nanterre, Member and former Chairman of the International Law Commission,

Mr. Antonio Remiro Brotons, Professor of International Law, Universidad Autónoma, Madrid,

as Counsel and Advocates;

Ms Irene Blázquez Navarro, Doctor of Public International Law, Universidad Autónoma, Madrid,

Ms Tania Elena Pacheco Blandino, Counsellor, Embassy of the Republic of Nicaragua in the Kingdom of the Netherlands,

Ms Nadine Susani, Doctor of Public Law, Centre de droit international de Nanterre (CEDIN), University of Paris X-Nanterre,

as Assistant Advisers.

The Government of Colombia is represented by:

H.E. Mr. Julio Londoño Paredes, Ambassador,

as Agent;

H.E. Mr. Guillermo Fernández de Soto, Ambassador of Colombia to the Kingdom of the Netherlands; member of the Permanent Court of Arbitration and former Minister for Foreign Affairs,

as Co-Agent;

Mr. Stephen M. Schwebel, member of the Bars of the State of New York, the District of Columbia, and the Supreme Court of the United States of America; member of the Permanent Court of Arbitration; member of the Institute of International Law,

Sir Arthur Watts, K.C.M.G., Q.C., member of the English Bar; member of the Permanent Court of Arbitration; member of the Institute of International Law,

Le Gouvernement du Nicaragua est représenté par :

S. Exc. M. Carlos José Arguëllo Gómez, ambassadeur de la République du Nicaragua auprès du Royaume des Pays-Bas,

comme agent et conseil ;

S. Exc. M. Samuel Santos, ministre des affaires étrangères de la République du Nicaragua;

M. Ian Brownlie, C.B.E., Q.C., F.B.A., membre du barreau d'Angleterre, président de la Commission du droit international, professeur émérite de droit international public (chaire Chichele) à l'Université d'Oxford, membre de l'Institut de droit international, *Distinguished fellow* au All Souls College d'Oxford,

M. Alex Oude Elferink, *research associate* à l'Institut néerlandais du droit de la mer de l'Université d'Utrecht,

M. Alain Pellet, professeur à l'Université de Paris X-Nanterre, membre et ancien président de la Commission du droit international,

M. Antonio Remiro Brotons, professeur de droit international à l'Universidad autónoma de Madrid,

comme conseils et avocats ;

Mme Irene Blázquez Navarro, docteur en droit international public, Universidad autónoma de Madrid,

Mme Tania Elena Pacheco Blandino, conseiller à l'ambassade du Nicaragua aux Pays-Bas,

Mme Nadine Susani, docteur en droit public, Centre de droit international de Nanterre (CEDIN), Université de Paris X-Nanterre,

comme conseillers adjoints.

Le Gouvernement de la Colombie est représenté par :

S. Exc. M. Julio Londoño Paredes, ambassadeur,

comme agent ;

S. Exc. M. Guillermo Fernández de Soto, ambassadeur de la République de Colombie auprès du Royaume des Pays-Bas, membre de la Cour permanente d'arbitrage, ancien ministre des affaires étrangères,

comme coagent ;

M. Stephen M. Schwebel, membre des barreaux de l'Etat de New York, du district de Columbia et de la Cour suprême des Etats-Unis d'Amérique, membre de la Cour permanente d'arbitrage, membre de l'Institut de droit international,

Sir Arthur Watts, K.C.M.G., Q.C., membre du barreau d'Angleterre, membre de la Cour permanente d'arbitrage, membre de l'Institut de droit international,

Mr. Prosper Weil, Professor Emeritus, University of Paris II; member of the Permanent Court of Arbitration; member of the Institute of International Law; member of the Académie des Sciences Morales et Politiques (Institut de France),

as Counsel and Advocates;

Mr. Eduardo Valencia-Ospina, member of the International Law Commission,

Mr. Rafael Nieto Navia, former Judge of the International Tribunal for the former Yugoslavia; former Judge of the Inter-American Court of Human Rights; member of the Permanent Court of Arbitration; member of the Institute of International Law,

Mr. Andelfo García González, Professor of International Law, Deputy Chief of Mission of the Colombian Embassy at Madrid, former Deputy Minister for Foreign Affairs, Republic of Colombia,

Mr. Enrique Gaviria Liévano, Professor of Public International Law; former Ambassador of Colombia and Deputy Permanent Representative to the United Nations; former Chairman of the Sixth Committee of the United Nations General Assembly; former Ambassador of Colombia to Greece and to the Czech Republic,

Mr. Juan Carlos Galindo Vacha, former Deputy Inspector-General before the Council of State, National Head of the Civil Registry,

as Advocates;

Ms Sonia Pereira Portilla, Minister Plenipotentiary of the Embassy of the Republic of Colombia in the Kingdom of the Netherlands,

Mr. Juan José Quintana, Minister Counsellor, Ministry of Foreign Affairs of Colombia,

Ms Mirza Gnecco Plá, Counsellor, Ministry of Foreign Affairs of Colombia,

Mr. Julián Guerrero Orozco, Counsellor, Embassy of the Republic of Colombia in the Kingdom of the Netherlands,

Ms Andrea Jiménez Herrera, First Secretary, Ministry of Foreign Affairs of Colombia,

Ms Daphné Richemond, member of the Bars of Paris and the State of New York,

as Legal Advisers;

Mr. Scott Edmonds, Cartographer, International Mapping,

as Technical Adviser;

Ms Stacey Donison,

as Stenographer.

M. Prosper Weil, professeur émérite de l'Université de Paris II, membre de la Cour permanente d'arbitrage, membre de l'Institut de droit international, membre de l'Académie des sciences morales et politiques (Institut de France),

comme conseils et avocats ;

M. Eduardo Valencia-Ospina, membre de la Commission du droit international,

M. Rafael Nieto Navia, ancien juge du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, ancien juge de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, membre de la Cour permanente d'arbitrage, membre de l'Institut de droit international,

M. Andelfo García González, professeur de droit international, chef adjoint de mission à l'ambassade de Colombie au Royaume d'Espagne, ancien ministre adjoint des affaires étrangères,

M. Enrique Gaviria Liévano, professeur de droit international, ancien ambassadeur de Colombie, ancien ambassadeur et représentant permanent adjoint auprès de l'Organisation des Nations Unies, ancien président de la Sixième Commission de l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies, ancien ambassadeur de Colombie en Grèce et en République tchèque,

M. Juan Carlos Galindo Vacha, ancien inspecteur général adjoint auprès du Conseil d'Etat de la République de Colombie, chef du bureau de l'état civil,

comme avocats ;

Mme Sonia Pereira Portilla, ministre plénipotentiaire à l'ambassade de Colombie aux Pays-Bas,

M. Juan José Quintana, ministre-conseiller, ministère des affaires étrangères,

Mme Mirza Gnecco Plá, conseiller, ministère des affaires étrangères,

M. Julián Guerrero Orozco, conseiller, ambassade de Colombie aux Pays-Bas,

Mme Andrea Jiménez Herrera, premier secrétaire, ministère des affaires étrangères,

Mme Daphné Richemond, membre des barreaux de Paris et de l'Etat de New York,

comme conseillers juridiques ;

M. Scott Edmonds, cartographe, International Mapping,

comme conseiller technique ;

Mme Stacey Donison,

comme sténographe.

The PRESIDENT: Please be seated. The Court meets today to hear the second round of oral argument of Nicaragua. For reasons explained to me, Judges Fortier and Gaja are each unable to sit today. I now give the floor to His Excellency Mr. Argüello Gómez, the Agent of Nicaragua.

Mr. ARGÜELLO:

1. Thank you, Madam President, distinguished Members of the Court. Madam President, before entering into my final presentation, it is my honour to call attention to the fact that Mr. Samuel Santos, Foreign Minister of Nicaragua has joined the Nicaraguan delegation and is now here with us. Mr. Santos was attending the meeting of the Organization of American States held in Panama during the first part of this week and could only join us in this last session.

2. Madam President, Members of the Court, Professor Weil indicated¹ that in every case the moment of truth arrives when it becomes evident what the parties are really seeking with their judicial tactics. And he is quite right. The moment of truth has arrived and Colombia has shown its hand. During this phase of the proceedings, whatever the seating arrangements in this Great Hall, the fact is that Colombia has the role of plaintiff and Nicaragua is simply responding or reacting to the Colombian tactics. Therefore, Nicaragua is not the one that can be deploying hidden tactics in this phase of the case in which the limit of its actions is circumscribed within the limits set by Colombia.

3. What are these Colombian tactics? At first, it was difficult to understand the reason why Colombia filed these Preliminary Objections nearly four years ago in view of the fact that not even in the most optimistic analysis could any consistent basis be found to write the case off with these Objections. If there were no cost in the trying there would of course not be any reason for not attempting this exercise, but for a country that is upholding by the use of force the self-serving interpretation it has made of a Treaty and at the same time is trying to avoid the most sensible and impartial means of solving the dispute, to lose out in its attempt to evade international adjudication is a costly diplomatic endeavour.

¹CR 2007/18, p. 9, para. 6.

4. But the reason is now clear. Colombia is using the same tactics before the Court as it has used in negotiating with Nicaragua; that is, to deny that the discussion of the validity of the 1928 Treaty may be put in question, whilst accepting the otherwise inevitable result even under the most optimistic scenario for Colombia, that is, that it will have to accept jurisdiction on the question of the interpretation of the 1928 Treaty.

5. So in fact, what Colombia would wish to put forward to the Court, as purportedly Nicaragua's real intention, is what in fact they really would want the outcome of these proceedings to be: that the Court should exclude the question of the 1928 Treaty from all consideration on the merits and limit its jurisdiction to the question of the interpretation of the Treaty and its consequences for the fixing of a maritime delimitation and determining the question of the sovereignty over the cays expressly left out of the 1928 Treaty. But this is portrayed as being Nicaragua's real intention. This is not so. As former Foreign Minister Leal of Nicaragua indicated to his Colombian counterparts in the meeting in 1995, for Nicaragua, "the San Andrés issue was as important as the subject of Meridian 82 . . ."

6. So Colombia is attempting the same strategy in the Court. To appropriate an expression of Professor Weil, Colombia is attempting "petit à petit, morceau par morceau"² to have the Court put aside Nicaragua's claims.

7. Having said this, of course it cannot be denied that the question of the validity of the 1928 Treaty brings into play the question of the sovereignty of Nicaragua over an archipelago that, as indicated in my previous statement³, has an extension of under 50 km² whilst the extent of the maritime areas in play based on the interpretation of the Treaty are over 50,000 km².

8. When Nicaragua was studying the possibility of bringing this case in the year 2000, one of the considerations under study was to first bring a case on the question of title over the islands and, once that was decided, in whatever way it was decided, then to request the delimitation with Colombia. This would have followed, for example, the then recent procedure followed in the arbitral awards in the Red Sea. The decision to proceed in the way finally adopted by Nicaragua to file its case involved many considerations. The reasons that finally prevailed were based on

²CR 2007/18, p. 9, para. 6.

³CR 2007/17, pp. 13-14, para. 27.

principle and pragmatic: that it would have converted into two cases with all its human and material costs into what could perfectly well be handled as a single case and that certain questions on the interpretation of the Treaty were closely linked to the question of its validity and, thus, a separation would have been in many respects artificial.

9. Sir Arthur Watts has quite rightly indicated that Nicaragua's concerns are reflected in its two requests to the Court: "first, to declare that the San Andrés Archipelago belongs to Nicaragua; and second, to determine the maritime boundary between Nicaragua and Colombia"⁴.

10. But his analysis does not go beyond the question of the validity and interpretation of the 1928 Treaty and hence into the question of the determination of the maritime boundary.

The question of the invalidity of the 1928 Treaty

11. Colombian counsel have recalled that the validity of the Treaty has been questioned because it violated the Constitution of Nicaragua in force in 1928 and because Nicaragua was occupied at that time by United States forces.

12. The violations of the Nicaraguan Constitution are dismissed by Sir Arthur Watts because, in his words, it was just as well to have heard little about "a Constitution which did not identify particular territories and islands as part of Nicaragua [and] can hardly be 'manifestly' violated in the eyes of other States by a treaty dealing with some particular territories"⁵. But the reason why little was heard on this question is because it is amply dealt with in the Memorial of Nicaragua (paras. 2.103-2.121) and the Written Statement of Nicaragua (paras. 1.5-1.14). In these written arguments it is explained, among many other things, that a treaty signed between Nicaragua and the United States — the Chamorro-Bryan Treaty of 1914, whereby Nicaragua leased part of her territory to the United States including the Corn Islands — was found by the Central American Court of Justice to violate the Nicaraguan Constitution. This Treaty did not imply a cession of territory but only a lease and it was considered to be prohibited by the same Nicaraguan Constitution which was still in force in 1928. This judgment of the Central American Court of Justice was well known locally and even internationally. It was published in its entirety in the

⁴CR 2007/18, p. 19, para. 2.

⁵CR 2007/18, p. 22, para. 23.

American Journal of International Law. It involved territory leased to one of the main actors in the negotiation of the 1928 Treaty: the United States.

13. The other point, the capacity of Nicaragua to enter into treaties because it was under the occupation of the United States is also set aside. It is asserted that if Nicaragua did not have the capacity to enter into the 1928 Treaty then all the treaties it entered into during many years thereafter would be null. But this is not the import of the Nicaraguan contention. In the Memorial of Nicaragua (para. 2.134) it is explained that this occupation did not prevent Nicaragua from concluding treaties in general but only those that might not meet the approval of the United States. The Memorial of Nicaragua extensively details the special interests the United States had in the territorial question in dispute with Colombia. That is why the constitutional prohibition of Nicaragua was bypassed in spite of the fact that it was well known to both Colombia and the United States.

14. What were the special interests of the United States in Nicaragua that prompted the prolonged occupation of Nicaragua? The special envoy sent by President Coolidge to Nicaragua, Mr. Stimson, wrote after his return:

“Nicaragua is also related to this isthmian policy of the United States in a peculiar way not common to its four Central American sisters. It contains within its boundaries the transisthmian route, which, by common consent is, next to the Panama route, most feasible for an interoceanic canal.”

15. These questions will be developed more extensively when the merits of this case are under consideration. At present it might simply be recalled that the person sent by the President of the United States to settle its interests in Nicaragua and arrange the occupation was no minor official. It was Henry Stimson, who had been Secretary of War of the United States, was shortly afterwards to become Secretary of State and later Secretary of War during the Second World War.

16. Nicaragua has indicated that the question of the use of force and the threat of the use of force are questions regulated by the principle of *ius cogens*. In this particular instance it is useful to recall that one of the milestones in declaring that treaties brought about by means contrary to the Kellogg-Briand Pact of 1928 were not valid, was what in the 1930s became known as the Stimson Doctrine.

17. The question that will be before this 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.

Breach of treaty

18. On the question of the violation of the Treaty of 1928 Colombia questions first whether “an interpretation of a treaty can ever amount to a breach of the treaty giving rise to a right of termination”. And then dismisses the argument saying that it “is simply wrong in so far as it treats the 1928-1930 Treaty settlement as solely a territorial matter”.

19. On the first point it must be recalled that the reason for claiming the termination of the treaty is not based solely on the arbitrary interpretation of the Treaty made by Colombia, but rather on the forcible imposition by Colombia of that unilateral interpretation. Colombia did not just “discover” in 1969 that the Nicaraguan Senate had given it a present of over 50,000 sq km of maritime areas, but imposed this interpretation through the use of force.

The 82° W Meridian as a purported line of maritime delimitation

20. Colombia has again reiterated that the 82° meridian was a line of delimitation and offers as only proof a few Colombian maps beginning from 1931 “to which Nicaragua, according to Colombia, made no objection”⁶.

21. The 1931 map which is apparently the extent of Colombia’s evidence and the best it has to show, only indicates the meridian without in any way identifying it as a boundary. Besides, the meridian is shown in the same way as all other parallels and meridians on the map. Nicaragua could hardly be expected to object to an indication of a meridian in a map that had been used to separate archipelagos.

22. Colombia condescendingly adds that it “had no occasion to make its views known in writing because until then there had never been any Nicaraguan transgressions across the 82° W meridian”⁷. Transgressions by Nicaragua of this supposed limit during the period from 1930 to 1969 when the first Colombian protest was voiced. The only thing evident is that

⁶CR 2007/18, pp. 24-25, para. 31.

⁷CR 2007/18, pp. 24-25, para. 31.

Colombia for her part cannot substantiate any acts of sovereignty in the area — even of aggression towards Nicaragua — during this long period.

23. The second point reiterated by Colombian counsel is that the 1928 Treaty suffered a transformation with the 1930 Protocol of Ratification from a merely territorial treaty into a futuristic exercise of maritime delimitation. This question has been dealt with amply in more than 30 pages of the Memorial of Nicaragua (pp. 146-177) and again in the Written Statement of Nicaragua (pp. 32-48). Some brief points:

1. It is not disputed by Colombia that the Treaty signed in 1928 referred exclusively to territorial matters, that is, to the question of the island group of San Andrés and the Caribbean coast of Nicaragua. This is the Treaty that was ratified in accordance with Colombian legislation in 1928. What Colombia claims is that the Protocol of Ratification of 1930 changed the nature of this Treaty and converted it into one of maritime delimitation.
2. If this were so, then the Protocol of 1930 in fact would have brought about a new treaty that determined an extensive maritime frontier of approximately 400 km in length. In this case, this new treaty was not ratified by Colombia and would not have come into force and would still not be in force. This was precisely the question that was discussed during the process of ratification of this treaty by the Nicaraguan Senate: whether this clarification of the Treaty of 1928 implied or not a modification of its terms that would need a new ratification by the Colombian Congress. This subject is amply covered in the Memorial of Nicaragua and the Written Statement of Nicaragua.
3. Finally, on this subject, as Professor Pellet will reiterate, it is inconceivable that a maritime delimitation should have been established by a treaty in 1930 that would have involved areas more than 100 miles from the Nicaraguan mainland and more than 20 miles from San Andrés, when both parties only claimed a few miles of territorial sea and would have had no idea what the continental shelf or the exclusive economic zone referred to.

Negotiations

24. In relation to the subject of negotiations, we have again with great surprise listened to Colombian counsel denying that there were any negotiations contemplated that would have

involved any of these issues. Last Tuesday we recalled certain declarations by the highest Colombian authorities indicating the existence and nature of these negotiations and again aspersions were poured on the reliability and good faith of the living and dead Nicaraguan officials who gave affidavits on these negotiations. As indicated in my former presentation⁸ there are numerous publications by the highest Colombian authorities, including former Presidents and Foreign Ministers, addressing the question of these negotiations. For the purposes of these hearings on the question of jurisdiction, sufficient has been said on this matter but the veracity of the Nicaraguan officials and of the statements made during this hearing can be verified with one single publication which we have included in the Nicaraguan Memorial and will now quote. The press article from a Colombian newspaper we are going to quote was published on the wake of the announcement of the 1995 negotiations. In the pertinent part it reads:

*“El Mundo, Medellín, 12 September 1995
Samper created a new border litigation*

[Samper was the President at that time of Colombia.]

Bogotá, 12 of September. The ex-Colombian presidents Alfonso Lopez (liberal) and Misael Pastrana (conservative) raised today their conflicting theses on the convenience of negotiating with Nicaragua the boundary of marine and submarine areas in the Caribbean Sea.

López (1974-1978) was pronounced in favour of initiating direct conversations with Nicaragua on the bordering differences, whereas Pastrana (1970-1974) insists that there is nothing to negotiate because everything was defined in the Barcenas-Esguerra Treaty that was signed by both countries in 1928 . . .

López reminded the local press that, in one recent dispute between Equatorial Guinea and Portuguese Guinea, ‘the International Court of Justice of The Hague, sentenced that the treaties on marine and submarine areas previous to year 1945 are only valid for defining the property of the islands, but not for delimiting marine and submarine zones of countries’ . . .”⁹

25. The implications of the discussion reflected in this exchange of views by two leading former Presidents of Colombia on the news of the 1995 negotiations cannot be honestly misunderstood by anyone. Whether both Presidents were for or against the negotiations the fact is that these negotiations were under consideration in the way Nicaragua understood them to be and

⁸CR 2007/17, pp. 14-16, paras. 31-40.

⁹MN, Vol. II, Ann. 83 (c).

was reported in the affidavit of former Foreign Minister of Nicaragua, Mr. Ernesto Leal, who passed away last year.

26. In the Memorial of Nicaragua it was indicated that the statements by Mr. Alfonso López Michelsen (and several of these are cited in the Memorial of Nicaragua both during and after his presidency) are particularly relevant, not only since he had been President of the Republic of Colombia, but also because he held that position when most of the maritime delimitation treaties of Colombia were being negotiated in the Caribbean, and after he himself had been Foreign Minister. They are also relevant because his opinions on the subject are not politically oriented but rather are based on legal reasoning¹⁰.

27. At present I will go no further in explicitly drawing the obvious conclusions from the statement of President López, including the statement he made during his presidency coetaneous with the visit of Ambassador Londoño to Nicaragua in 1977. No further comment on this issue need be made nor any more explicit conclusions drawn on the denials by Colombia of these negotiations and the aspersions cast on the affidavits of the Nicaraguan authorities who recorded them.

The question of the reservation made by Nicaragua to its optional clause declaration of 1929

28. The reservation made to the Nicaraguan application in October 2001 was an internal political decision. Rightly or wrongly certain Nicaraguan authorities considered that Nicaragua should have similar reservations to those of other countries in the region. But this is of no consequence to these proceedings. Nicaragua has not made use of this reservation to avoid the jurisdiction of this Court. Thus, for example, as Professor Remiro will later explain, Nicaragua has not even attempted to avoid the jurisdiction of this Court by invoking against the application filed by Costa Rica any other legal subterfuge like the one invoked by Colombia in its *sui generis* interpretation of the Pact of Bogotá.

29. Colombia cannot seriously claim that in withdrawing its long-standing acceptance of the jurisdiction of this Court it was following Nicaragua's footsteps. Nicaragua has not terminated its acceptance nor avoided the jurisdiction of this Court.

¹⁰MN, para. 2.209.

30. The case brought by Costa Rica against Nicaragua is the most vivid example of this.

31. The Nicaraguan reservation was made on 22 October 2001. Eleven months later, on 26 September 2002, Nicaragua signed an agreement with Costa Rica by which Nicaragua (*inter alia*) “undertakes to maintain, for a period of three years from today’s date, the legal status existing on today’s date with respect to its declaration of acceptance of the jurisdiction of the International Court of Justice”¹¹.

32. From the text of the agreement the following facts are apparent:

1. Eleven months after having made its reservation, neither Nicaragua nor Costa Rica considered that the Nicaraguan reservation had yet come into effect. If this were not so, the agreement would not have purported to “maintain” the legal status of Nicaragua’s declaration for another three years but would have of necessity stated that the Nicaraguan declaration had to be reinstated without reservations or at least considered that its effects were still extant. If the reservation had gone into immediate effect 11 months earlier there would have been nothing to “maintain”.
2. Costa Rica filed an application against Nicaragua on 29 September 2005, this was three days after the agreement for three years of “maintenance of its effects” had expired, but since the effects of the agreement had been to “freeze” the status of Nicaragua’s original declaration, then the 12-month period for any reservation to take place had not yet entered into force.
3. It is public knowledge that Costa Rica filed its Memorial against Nicaragua on 29 August 2006 and that if Nicaragua had introduced preliminary objections it would have had to do so within three months after that date and thus have suspended the term for the presentation of the Nicaraguan Counter-Memorial. But it is also public knowledge that Nicaragua filed its Counter-Memorial on 29 May last and hence could not have invoked this reservation.

With this, I end my brief presentation and respectfully request, Madam President, that you give the floor to Professor Pellet.

The PRESIDENT: I thank the Agent of Nicaragua, and I now call Professor Pellet.

¹¹*Yearbook 2002-2003*, p. 156.

M. PELLET : Thank you very much, Madam President.

**L'EXISTENCE ET LA PORTÉE DU DIFFÉREND
LA RÉSERVE COLOMBIENNE *RATIONE TEMPORIS***

1. Madame le président, Messieurs les juges, la stratégie de nos contradicteurs nous laisse perplexes. Ils prétendent que la question de la compétence de la Cour se fonde exclusivement sur le pacte de Bogotá qui, seul, ferait droit entre les Parties¹², et ils ne disent pratiquement rien de cet instrument durant tout le second tour de leurs plaidoiries. Ils affirment que la Colombie est «loin de chercher à se soustraire à la compétence de la Cour»¹³, mais elle n'en soulève pas moins, et avec une certaine virulence, plusieurs exceptions préliminaires portant, précisément, sur la compétence de la Cour — et elle est allée jusqu'à tenter d'y échapper en retirant sa déclaration facultative la veille même de la soumission de la requête. Bien que je ne soupçonne nullement le professeur Weil d'un voyeurisme suspect, il se délecte du «strip-tease» auquel nous nous serions livrés pour dévoiler la véritable nature du différend que nous avons soumis à la Cour, un différend de délimitation maritime¹⁴, tandis que son collègue, sir Arthur Watts nous «rhabille» aussitôt : «Couvrez ce sein que je ne saurais voir.»¹⁵ «Counsel for Nicaragua told us yesterday that it was about maritime delimitation. But it is not, Madam President...»¹⁶ Comme si l'idée que l'«l'objet principal» de la requête pourrait être d'obtenir une décision «en matière de détermination de frontières maritimes»¹⁷, avait quelque chose d'obscène.

2. C'est par ce point que je commencerai, en disant tout de suite que dans l'analyse de l'objet et de la portée du différend qui est soumis à la Cour, ni Prosper Weil, ni sir Arthur n'ont ni complètement tort, ni entièrement raison : certes, il s'agit d'une délimitation maritime, mais il n'en résulte pas que la Cour serait incompétente pour se prononcer sur tous les aspects du différend qui lui est soumis, y compris sur le titre territorial de l'un ou de l'autre Etat sur les différents archipels, îles et récifs en litige — bien au contraire. Dans un deuxième temps, je réexaminerai plus

¹² EPC, p. 109-112, par. 3.2-3.9, CR 2007/16, p. 46, par. 3 (Schwebel). Voir aussi CR 2007/17, p. 44-45, par. 51-59 (Pellet).

¹³ CR 2007/18, p. 12, par. 12.

¹⁴ CR 2007/18, p. 9, par. 6.

¹⁵ Molière, *Tartuffe*, acte III, scène 2.

¹⁶ CR 2007/18, p. 19, par. 1.

¹⁷ RN, p. 9, par. 9.

précisément, en réponse à M. Schwebel, les effets (ou l'absence d'effet) de la réserve *ratione temporis* figurant dans la déclaration facultative colombienne, avant de m'interroger brièvement sur la réalité du caractère préliminaire des exceptions soulevées par la Colombie.

I. L'objet et la nature du différend

3. Madame le président, non sans emphase, le professeur Weil s'est écrié avant-hier que le «moment de vérité [est] arrivé» pour ce qui est de la définition du «but stratégique poursuivi par la partie adverse» : nous aurions révélé «petit à petit, morceau par morceau, ce que [nous aurions cherché] à ... cacher» à nos contradicteurs «au début»¹⁸. Mais, Madame le président, nous aurions difficilement pu procéder à cet effeuillage : nous étions, dès le départ, nus comme l'enfant qui vient de naître ! Non seulement, «[q]ue c'est bien la délimitation maritime qui constitue l'objectif réel du Nicaragua, cela ressort d'innombrables passages de [nos] observations écrites»¹⁹, comme le relève à très juste titre mon contradicteur et ami ; mais encore ceci est indiqué très expressément dans la requête même du Nicaragua et est confirmé par son mémoire²⁰.

4. Nous sommes d'accord sur ce point avec M. Weil. C'est avec son collègue sir Arthur Watts qu'il n'a pas l'air d'être d'accord ! Mais, Madame le président, je suis pour la paix dans les familles comme dans les équipes de plaidoiries, et je pense que l'on peut parfaitement concilier les points de vue de nos amis de l'autre côté de la barre. Le professeur Weil a entièrement raison de considérer — et pour cause, il reprend mes propos à son compte²¹ ! — que «[l]es questions de souveraineté sur les îles et les rochers ... sont à la fois l'accessoire et le préalable à celle de la délimitation maritime»²². Mais, Madame le président, sir Arthur a raison aussi d'insister sur le double caractère de nos demandes : «first to declare that the San Andrés Archipelago belongs to Nicaragua ; and second, to determine the maritime boundary between Nicaragua and Colombia»²³.

¹⁸ CR 2007/18, p. 9, par. 6.

¹⁹ *Ibid.*, p. 10, par. 7.

²⁰ Voir CR 2007/17, p. 22-23, par. 7-8 (Pellet).

²¹ Cf. *ibid.*, p. 22-23, par. 6-7 ; p. 24, par. 10.

²² CR 2007/18, p. 10, par. 7.

²³ CR 2007/18, p. 19, par. 2 ; voir aussi, p. 22, par. 18.

5. Le Nicaragua a formulé deux catégories de demandes. Non seulement chacune se suffit à elle-même, mais encore, comme l'a relevé le professeur Weil, la détermination de la souveraineté, non seulement sur l'archipel de San Andrés mais aussi sur l'ensemble des îles, cayes et récifs de la région, est, de toute manière, le préalable indispensable à la délimitation à laquelle il est demandé à la Cour de procéder. Du reste, si le Nicaragua ne l'en avait pas expressément priée, elle eût dû le faire en tout état de cause. Comme j'ai déjà eu l'occasion de le dire mardi dernier²⁴, ceci n'est pas nécessaire pour la première phase de la délimitation globale, sur la base de l'équidistance, à laquelle elle devra procéder. En revanche, la Cour devra ensuite, selon la méthode désormais incontournable retenue en matière de tracé de frontières maritimes²⁵, ajuster le cas échéant la ligne médiane en fonction des circonstances spéciales pouvant exister dans la zone. La Cour devra, en toute hypothèse, s'interroger sur l'influence que l'archipel de San Andrés, ou certaines formations insulaires sont susceptibles d'exercer sur la délimitation maritime et, en tout cas, se prononcer sur les limites des zones maritimes que certaines d'entre elle génèrent. Mais, bien entendu, ceci ne pourra se faire que lorsque la Cour aura tranché la question de l'appartenance territoriale des îles et îlots en question.

6. La Colombie nous dit : Mais cela est fait ! «La souveraineté n'a pas à être établie, elle a déjà été reconnue.»²⁶ Mais, Madame le président, n'en déplaise à nos contradicteurs, ceci «begs the question», c'est justement ce qu'il faut établir ! En répondant à une *conclusion* au fond du Nicaragua par une simple affirmation, aussi fortement et fréquemment assénée soit-elle, la Colombie montre qu'elle ne veut pas discuter le fond de la question — elle ne prouve nullement que la Cour ne peut pas ou ne doit pas le faire.

7. Le Nicaragua lui a soumis de nombreux arguments établissant sa souveraineté sur l'archipel de San Andrés²⁷. Ce n'est pas le moment de les réitérer dans le détail ; il suffit bien plutôt de relever qu'ils sont fondés notamment sur :

— des titres anciens (combinés avec le principe *uti possidetis*) ;

²⁴ Voir CR 2007/17, p. 23-24, par. 9-10 ; voir aussi, OEN, p. 107-108, par. 3.41.

²⁵ Cf. MN, p. 205-215, par. 3.38-3.57.

²⁶ CR 2007/18, p. 11, par. 10 (Weil) ; voir aussi, p. 22, par. 20 (sir Arthur Watts) ou p. 31, par. 6 b) (Londoño).

²⁷ MN, p. 13-181, première partie, «La question de la souveraineté».

- la nullité *ab initio* du traité de 1928 ; ou
- sa caducité.

En outre et de toute façon, le traité ne fixe pas — de son propre aveu — le sort de certains récifs, et n'en évoque pas d'autres — que la Colombie s'approprie sans pouvoir, pour cela, se prévaloir d'aucune base conventionnelle puisqu'ils ne sont pas mentionnés dans cet instrument (ni, d'ailleurs, dans aucun autre).

8. La Cour ne peut éviter de prendre position sur tout cela et, comme je le montrerai à nouveau à la fin de ma présentation, elle ne peut le faire au stade des exceptions préliminaires : sans doute les problèmes de titre territorial sont-ils «préliminaires» en ce sens qu'ils sont «préalables», qu'ils doivent être tranchés *avant* qu'une délimitation maritime complète puisse être effectuée. Mais — et j'y reviendrai — ceci ne saurait signifier qu'ils peuvent être «expédiés» au stade préliminaire de l'instance, sans que les Parties en aient sérieusement discuté la substance.

9. Je me permets de le répéter, Madame le président : la Cour peut, de toute manière, se prononcer sur la question (ou plutôt les questions) de titre mais, de toute façon aussi, pour procéder à la délimitation complète des espaces maritimes relevant respectivement des deux Etats, elle doit nécessairement se prononcer sur l'appartenance territoriale des formations insulaires éparpillées dans la région. A cette fin, et comme dans toute affaire de délimitation maritime, la Cour voudra certainement procéder comme elle le fait désormais systématiquement :

- tracer une ligne provisoire d'équidistance ;
- prendre en considération les «circonstances spéciales» qui pourraient être de nature à ajuster cette ligne ;
- ce qui, en la présente espèce, signifie s'interroger sur l'impact que devrait (peut-être) avoir sur la délimitation les îles et récifs et archipels se trouvant dans la zone à délimiter ;
- à ce stade de son raisonnement, la Cour ne pourra éviter, en tout état de cause, de se demander de quel Etat relèvent ces formations maritimes ; et ce n'est que si cette détermination est faite, *et seulement après qu'elle l'aura été*, que
- la Cour pourra procéder à la délimitation demandée, sur toute sa longueur, dans toute sa complexité.

10. Madame le président, il ne suffit certainement pas de dire : «le traité de 1928 a tout réglé» pour que tout soit réglé : cela, c'est la thèse de la Colombie ; elle est radicalement contestée par le Nicaragua. Tel est l'objet même du différend ; tel est le *fond* de l'affaire. Au bénéfice de cette première constatation, je vais m'employer maintenant à répondre à M. Schwebel sur la question de la réserve *ratione temporis* qui figure à la fois dans la déclaration colombienne d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour et dans l'article VI du pacte de Bogotá. Sans doute la date d'effet de la limitation *ratione temporis* n'est-elle pas la même dans les deux cas — 1932 dans le premier, 1948 dans le second ; ni la définition des circonstances à prendre en considération exactement identique ; mais *grosso modo*, l'idée est la même : il s'agit de ne pas rouvrir des différends réglés avant ces dates respectives et c'est peut-être pour cela que la Partie colombienne, contrairement à ce qu'elle avait fait dans ses écritures et lors de son premier tour de plaidoiries, ne s'est pas placée successivement sur les deux terrains et a entièrement négligé le pacte de Bogotá dans son second tour de plaidoiries. Pour notre part, nous maintenons intégralement à cet égard tout ce que nous avons dit mardi dernier, en particulier par la voix autorisée du professeur Remiro Brotons²⁸.

11. J'en viens donc, Madame le président, à la question de

II. La réserve *ratione temporis* de la Colombie

12. M. Schwebel a eu l'indulgence de qualifier mon argumentation de mardi dernier sur ce point d'«able». Je lui en sais gré — mais je regrette de ne pas l'avoir complètement convaincu. Je vais m'y essayer à nouveau en examinant successivement (et dans l'ordre inverse de celui qu'il a suivi) ce que mon éminent contradicteur a appelé «Les enseignements de l'affaire du *Liechtenstein*» («The Teaching of the *Liechtenstein* case») et la manière dont ces enseignements jouent dans notre affaire.

a) Les enseignements de l'affaire du *Liechtenstein*

13. Mais, pour commencer, je tiens à préciser, Madame le président, que je ne conteste nullement que «the key issue was not the date when the dispute arose, but whether the dispute

²⁸ Voir CR 2007/17, p. 35-44, par. 11-51.

related to facts or situations that arose before the critical date»²⁹. Sur ce point, nous sommes d'accord et avec la position de l'Allemagne dans l'affaire relative à *Certains biens*, et avec celle de la Colombie dans la présente affaire : la Cour serait incompétente si, indépendamment de la date à laquelle le différend est né, cette naissance découlait (exclusivement) de faits — de faits, pas de situations, celles-ci ne sont pas mentionnées dans la réserve colombienne — de faits donc, antérieurs au 6 janvier 1932. Cette mise au point étant faite, que nous apprend l'affaire du *Liechtenstein* ?

14. D'abord et avant tout que la jurisprudence antérieure de la Cour est, dans son ensemble, pertinente pour déterminer les règles applicables quant aux effets des réserves de ce type. Dans son arrêt du 10 février 2005, la Cour a, en effet, estimé «que sa jurisprudence antérieure concernant les limitations temporelles est pertinente en l'espèce» (*C.I.J. Recueil 2005*, p. 24, par. 43). Elle l'a fait au terme d'un examen minutieux des trois principaux précédents pertinents que sont les affaires des *Phosphates du Maroc*, de la *Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie* et du *Droit de passage*. Madame le président, je vous prie de bien vouloir m'excuser de citer un peu longuement certains passages de cet arrêt, de l'arrêt de 2005 et de ceux qu'il analyse ; ceci n'est pas dans mes habitudes — car je tiens que vous connaissez votre jurisprudence mieux que moi, Madame et Messieurs les juges — mais, en la présente espèce, je crains que M. Schwebel — qui a pourtant, je le reconnais, quelque titre à la connaître aussi... — ait un peu simplifié les choses.

15. De l'analyse, effectuée donc par la Cour elle-même dans l'affaire relative à *Certains biens* (voir *ibid.*, p. 23-24, par. 40-42), il ressort que :

— dans l'affaire des *Phosphates*, le différend entre les Parties portait sur l'éviction de ressortissants italiens de l'exploitation des mines marocaines qui avait eu lieu en 1925, alors que la «date critique» était 1931 ; l'Italie n'en disconvenait d'ailleurs pas, mais affirmait que seuls des faits ultérieurs avaient «parfait» le fait internationalement illicite attribué à la France ; la Cour a estimé que «à quelque point de vue que l'on se place, c'est toujours la décision du Service des Mines du 8 janvier 1925 qui, dans cette question de l'éviction des ressortissants

²⁹ Cf. CR 2007/18, p. 17, par. 23 (Schwebel) ; voir aussi, p. 18, par. 25.

italiens, apparaît comme le fait au sujet duquel s'est élevé le différend» (*Phosphates du Maroc, arrêt, 1938, C.P.J.I. série A/B n° 74, p. 29*) et cette décision était antérieure à la date critique ;

— dans l'affaire de la *Compagnie d'électricité de Sofia* au contraire, la Cour a estimé que

«les sentences du Tribunal arbitral mixte [qui avait statué initialement sur le prix de l'électricité produite par la Compagnie] constituent la source des droits revendiqués par la société belge, mais ce ne sont pas elles qui ont donné naissance au différend : en effet, les Parties sont d'accord pour reconnaître leur caractère obligatoire, et leur application n'a donné lieu à aucune difficulté jusqu'à l'époque des actes incriminés. Il ne suffit pas d'alléguer, comme le fait le Gouvernement bulgare, que, sans ces sentences, le différend ne serait pas né, pour la simple raison que l'on pourrait tout aussi bien prétendre que, sans les actes incriminés, le différend ne se serait pas produit... Ce qui, dans l'espèce, est au centre de la discussion et doit être considéré comme les faits au sujet desquels le différend est né, ce sont les actes ultérieurs reprochés par le Gouvernement belge aux autorités bulgares relativement à une application particulière de la formule qui, en soi, n'a jamais été contestée... Il s'agit là de faits postérieurs à la date critique.» (*Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie, arrêt, 1939, C.P.J.I. série A/B n° 77, p. 82.*)

— et, dans l'affaire du *Droit de passage*, «la Cour a conclu», dans un extrait que j'ai déjà cité dans ma plaidoirie du premier tour³⁰ et qui est intégralement reproduit dans l'arrêt de 2005 (*Certains biens (Liechtenstein c. Allemagne), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2005, p. 24, par. 42.*), que :

«Jusqu'en 1954, la situation de ces territoires avait pu donner lieu à quelques incidents mineurs mais le passage avait été pratiqué sans controverse sur le titre selon lequel il était pratiqué. C'est en 1954 seulement qu'une telle controverse a surgi et le différend porte à la fois sur l'existence d'un droit de passage pour accéder aux territoires enclavés et sur le manquement de l'Inde aux obligations qui, selon le Portugal, lui incomberaient à cet égard. C'est de cet ensemble qu'est né le différend soumis à la Cour ; c'est cet ensemble que concerne le différend. Cet ensemble, quelle que soit l'origine ancienne de l'une de ses parties, n'a existé qu'après le 5 février 1930. (*Droit de passage sur territoire indien, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1960, p. 35.*)»

Et c'est une citation de l'arrêt de 2005 que M. Schwebel me reproche d'avoir négligée.

16. Au terme du long et minutieux examen de sa jurisprudence antérieure que je viens de rappeler, la Cour a conclu, dans son arrêt, que :

«Lorsqu'elles ont interprété ces limitations *ratione temporis*, la présente Cour et, avant elle, la Cour permanente de Justice internationale ont souligné ceci :

«[L]es faits ou situations qu'il faut ... retenir sont ceux que le différend concerne ou, en d'autres termes, comme l'a dit la Cour permanente dans l'affaire de la *Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie*, «uniquement ceux qui doivent être considérés comme générateurs du

³⁰ CR 2007/17, p. 59, par. 12.

différend», ceux qui en sont «réellement la cause» (*Droit de passage sur territoire indien, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1960, p. 35*).

Ainsi, en l'affaire des *Phosphates du Maroc*, il fut estimé que les faits au sujet desquels s'était élevé le différend consistaient en des mesures législatives antérieures à la date critique et, en conséquence, l'exception *ratione temporis* fut retenue. Dans les affaires de la *Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie* et du *Droit de passage sur territoire indien*, il fut conclu que les différends trouvaient leur origine dans des faits ou situations postérieurs à la date critique, et les exceptions *ratione temporis* furent donc écartées.» (*Ibid.*, p. 24-25, par. 44-45.)

17. Au contraire, dans *Certains biens*, la Cour, dans sa sagesse, a accueilli l'exception. Mais, pourquoi, Madame le président ? C'est là que je me sépare respectueusement de M. Schwebel.

18. Il nous dit :

«It [the Court] concluded that, while the German court decisions «triggered» the dispute, «the source or real cause of the dispute» was to be found in the pre-1980 Settlement Convention and the Beneš Decrees. It accordingly upheld Germany's preliminary objection and dismissed the case.»³¹

C'est, si j'ose dire, un peu sommaire.

19. Certes, il est tout à fait exact que la Cour a relevé que «le différend a été déclenché par les décisions des juridictions allemandes en l'affaire» du *Tableau de Pieter van Laer* (*Certains biens, ibid.*, p. 25, par. 48) ; mais il faut lire aussi, et surtout, la manière dont elle a justifié cette position — et je promets que ce sera ma dernière longue citation :

«Si la présente instance a été effectivement introduite par le Liechtenstein à la suite de décisions rendues par des tribunaux allemands concernant un tableau de Pieter van Laer, ces événements ont eux-mêmes leur source dans certaines mesures prises par la Tchécoslovaquie en 1945, lesquelles ont conduit à la confiscation de biens appartenant à certains ressortissants liechtensteinois, dont le prince Franz Josef II de Liechtenstein, ainsi que dans le régime spécial institué par la convention sur le règlement [de 1952]. Les décisions aux termes desquelles les tribunaux allemands rejetèrent, dans les années 1990, la demande de restitution du tableau formée par le prince Hans-Adam II de Liechtenstein étaient fondées sur l'article 3 du chapitre sixième de la convention sur le règlement. Si ces décisions ont bien déclenché le différend opposant le Liechtenstein à l'Allemagne, ce sont la convention sur le règlement et les décrets Beneš qui sont à l'origine ou constituent la cause réelle de ce différend. A la lumière des dispositions de l'alinéa a) de l'article 27 de la convention européenne pour le règlement pacifique des différends, la deuxième exception préliminaire de l'Allemagne doit donc être retenue.» (*Ibid.*, p. 26-27, par. 52.)

20. Je dois avouer, Madame le président, que, comme plusieurs juges qui ont joint à l'arrêt des opinions individuelles ou dissidentes, je continue à être un peu troublé que la majorité ait

³¹ CR 2007/18, p. 18, par. 25.

estimé que des décisions judiciaires portant sur des biens neutres puissent être considérées comme la simple continuation d'une jurisprudence consacrée à des biens ennemis. Mais on ne maudit pas ses juges et ce n'est pas l'affaire du *Liechtenstein* qu'il s'agit de rejuger... Ce qui est important, c'est justement ceci : dans cette affaire, la décision de la Cour a été justifiée par le fait que, selon elle, les décisions des tribunaux allemands qui avaient déclenché le différend, concernaient une situation semblable à celles sur lesquelles ils s'étaient prononcés auparavant et s'inscrivaient dans leur continuité ; elle a estimé que «les tribunaux allemands, en appliquant pour la première fois à des biens liechtensteinois *leur jurisprudence antérieure* fondée sur la convention sur le règlement, [n']ont [pas] appliqué ladite convention «à une situation nouvelle» après la date critique» (*ibid.*, p. 25, par. 49 ; les italiques sont de nous ; voir aussi *ibid.*, p. 26, par. 51).

b) Les leçons de l'affaire du Liechtenstein appliquées à l'espèce

21. Selon M. Schwebel, «this most recent ... examination of [the] jurisprudence [of the Court] on the question of reservations *ratione temporis* decisively sustains the position of Colombia»³². Mais, Madame le président, il ne suffit pas de l'affirmer ; il faut le prouver. Et de ce devoir, notre contradicteur ne s'acquitte pas.

22. A la différence de ce que la Cour a estimé s'être produit dans l'affaire du *Liechtenstein*, l'attitude de la Colombie qui a consisté, à partir de 1969, à analyser la mention du 82° méridien ouest comme une frontière maritime constitue une nouveauté absolue, et je dirais même, évidemment, inévitablement, une nouveauté. M. Schwebel nous dit :

«The dispute surely arises out of the facts of Nicaragua's proposal — Nicaragua's proposal — to specify that the Archipelago does not extend beyond the 82° W meridian and Colombia's agreement to accept that proposal and entrench it in the Protocol of Exchange of Ratifications of the Treaty. If those facts did not exist, there could be no dispute about their meaning.»³³

23. Assurément — et si, suite à la Genèse ou, plus vraisemblablement, à la dérive des continents, l'archipel de San Andrés n'existait pas, ou si les Espagnols n'avaient pas colonisé l'Amérique, ou si aucun traité n'avait été signé en 1928, ou si cette Cour n'avait pas été créée... nous ne serions pas devant vous, Madame et Messieurs les juges, pour vous prier de

³² CR 2007/18, p. 18, par. 26.

³³ *Ibid.*, p. 17, par. 22.

trancher le différend que le Nicaragua vous a soumis ! Mais tout ceci, c'est, justement, le contexte ; la «cause réelle», première, immédiate du différend, ce n'est pas la mention du 82^e méridien dans le protocole de 1930, mais bien la prétention de la Colombie à y voir, contre toute raison, une délimitation maritime. On pourrait à cet égard, reprendre pratiquement mot pour mot la formulation de la Cour dans l'affaire de la *Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie* que j'ai citée il y a quelques instants (voir *supra*, par. 15 ; voir aussi l'affaire du *Droit de passage*) : il ne suffit pas d'alléguer, comme le fait le Gouvernement colombien, que, sans ce protocole, le différend ne serait pas né, pour la simple raison que l'on pourrait tout aussi bien prétendre que, sans l'interprétation incriminée, le différend ne se serait pas produit. Ce qui, dans l'espèce, est au centre de la discussion et doit être considéré comme les faits au sujet desquels le différend est né, ce sont les actes ultérieurs reprochés par le Gouvernement nicaraguayen aux autorités colombiennes relativement à une application particulière de la formule du protocole qui, auparavant, n'avait jamais donné lieu à contestation.

24. Et pour cause, Madame le président : rien, absolument rien, ne pouvait donner à penser que le traité de 1928, même assorti du protocole d'échange d'instruments de ratification, était un accord de délimitation maritime — et mon ami Antonio Remiro Brotons reviendra sur ceci tout à l'heure. L'ambassadeur Argüello l'a déjà dit, mais c'est important :

- personne n'aurait, assurément, jamais pu penser que l'on avait tracé, en 1928 ou en 1930, une limite entre des zones marines qui n'existaient pas, à quelque 100 milles marins (presque 200 km) de la côte du Nicaragua (dont la mer territoriale s'étendait, semble-t-il, à l'époque à 3 milles marins) et à 20 milles de l'île de San Andrés ; au fond, la Colombie s'efforce d'appliquer rétroactivement des règles et des concepts qui n'ont fait leur apparition dans le droit positif (et même dans l'imaginaire du droit de la mer) que plusieurs décennies plus tard ;
- au surplus, le litige auquel le traité prétendait mettre fin (j'en redirai un mot dans un instant) était exclusivement territorial et, en aucun cas, maritime ;
- la Partie colombienne semble bien, d'ailleurs, reconnaître que le traité de 1928 n'était pas un accord de délimitation maritime mais elle soutient qu'il l'est devenu avec le protocole³⁴ — un

³⁴ Cf. CR 2007/18, p. 24, par. 30, ou p. 25, par. 34 (sir Arthur Watts).

protocole d'échange de ratifications, Madame le président, pas un protocole au traité... ; à qui peut-on faire croire que ce changement de nature du traité se serait fait sans un nouvel examen par le Parlement colombien ?

— et ce n'est sûrement pas l'argument auquel s'accroche sir Arthur³⁵, consistant à se fonder sur la différence de rédaction entre le préambule du traité et le texte du protocole qui permet d'établir le contraire : ce dernier indique on ne peut plus clairement qu'il s'agit de «mettre un terme à la question pendante entre les deux républiques au sujet de l'archipel de San Andrés et Providencia et de la côte Mosquitos nicaraguayenne» ; un point, c'est tout.

25. Si le traité de 1928 (assorti du protocole d'échange de ratifications de 1930) a mis fin à un différend, celui-ci n'était évidemment que territorial, insulaire et le protocole n'a procédé à aucune forme de «maritimisation» ni du traité, ni du différend. Le litige sur la frontière maritime est nouveau et est né bien après la «date critique» — que l'on fixe celle-ci à 1932 (au titre de la déclaration facultative colombienne) ou à 1948 (si l'on se réfère au pacte de Bogotá) et il va de soi qu'il n'a jamais été réglé : aucun nouvel accord n'a été conclu à son sujet depuis 1969, malgré les négociations avortées de 1977 et 1995.

26. *Mutatis mutandis*, il en va de même de la question de la définition de l'archipel de San Andrés, c'est-à-dire, toujours, mais sous un autre angle, de l'interprétation du traité à la lumière du protocole d'échange des ratifications. A nouveau, nous considérons qu'il est tout simplement impensable que la mention du 82^e méridien dans ce dernier ait pu signifier que toutes les îles, minuscules, se trouvant au nord ou au sud de ce que l'on peut raisonnablement considérer comme un archipel, «suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité»³⁶, ait pu être englobées dans l'expression «archipel de San Andrés» dont elles sont parfois éloignées de plus de 200 milles marins ou 300 kilomètres. Nous avons déjà discuté ceci assez longuement³⁷. Mais qu'il me soit tout de même permis de dire que je trouve assez extravagant le principal (à peu près le seul)

³⁵ Cf. *ibid.*, p. 24, par. 29.

³⁶ Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969, art. 31, par. 1. Voir aussi, notamment : *Acquisition de la nationalité polonaise, avis consultatif*, 1923, C.P.J.I. série B n° 7, p. 20 ; *Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande), exceptions préliminaires*, arrêt, C.I.J. Recueil 1961, p. 32 ; *Différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne/Tchad), arrêt*, C.I.J. Recueil 1994, p. 25 ; *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique), exception préliminaire, arrêt*, C.I.J. Recueil 1996 (II), p. 818, ou *LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique), arrêt*, C.I.J. Recueil 2001, p. 494, par. 77.

³⁷ Voir notamment : OEN, p. 22-32, par. 1.25-45, ou CR 2007/17, p. 31, par. 27 (Pellet) ; p. 37, par. 21 et p. 38, par. 24 (Brotóns) ; p. 61, par. 17 (Pellet).

argument de la Colombie³⁸ qui consiste à invoquer les cartes figurant sous les onglets 10 et 11 du dossier des juges au soutien de la prétendue constance de sa revendication : ces cartes établissent exactement le contraire : s'il est vrai que les mentions «República de Nicaragua» et, pour certaines, «República de Colombia» y figurent de part et d'autre du 82^e méridien, ces mentions sont, justement, confinées à ce que l'on peut considérer comme le «vrai» archipel de San Andrés en contraste frappant avec les prétentions actuelles de la Colombie, et je vous invite vivement à jeter un coup d'œil à ces cartes, c'est tout à fait édifiant.

27. Et ce n'est que lorsque les prétentions de la Colombie à cet égard furent émises (ses vraies prétentions, qui contrastent radicalement avec la cartographie invoquée *ex post*) — au début des années soixante-dix — que les faits constituant la cause réelle du différend sont apparus.

28. M. Schwebel le conteste en affirmant que le traité

«specifies its reach «over the islands of San Andrés, Providencia, Santa Catalina and all the other islands, islets and cays that form part of the said Archipelago of San Andrés» and provides that three named cays are not considered to be included in this Treaty, «sovereignty over which is in dispute between Colombia and the United States of America». These are the facts out of which any dispute as to the territorial and geographical reach of the 1928 Treaty must turn.»³⁹

Mais, ce qui est utile pour la détermination du fait générateur du litige, ce n'est pas ce que le traité dit («*specifies*»), mais ce qu'il tait : le traité ne règle *pas* le sort des îles et récifs qui n'appartiennent pas à l'archipel, tout simplement parce que l'objet et le but du traité était — et n'était que de — «mettre un terme à la question pendante entre les deux républiques au sujet de l'archipel de San Andrés et Providencia...». Ici encore, le fait générateur du différend ce n'est pas le traité mais la prétention de la Colombie de lui faire régler un différend qu'il n'a pas envisagé, prétention qui est, bien sûr, très postérieure, et au traité lui-même, et à la date critique. Il en va ainsi, à fortiori, s'agissant du sort des «récifs de Roncador, Quitasueño et Serrana» auxquels le traité «ne s'applique pas» comme il le précise expressément.

29. La question de la validité du traité de 1928 se pose en des termes un peu différents. Bien sûr, la situation qui prévalait au moment de sa conclusion est pertinente pour apprécier la validité de l'argumentation du Nicaragua : c'est parce que, à cette époque, il était sous domination

³⁸ Voir notamment : CR 2007/16, p. 37, par. 16 et 18 (Weil) ; CR 2007/18, p. 24, par. 31 (Watts).

³⁹ CR 2007/18, p. 17, par. 21.

étrangère qu'il a dû conclure, au mépris de ses règles constitutionnelles, un accord qui lui donnait ce qu'il avait (la côte Mosquitos) en échange de ce qui lui appartenait (l'archipel de San Andrés) afin de permettre la réconciliation des Etats-Unis avec la Colombie. Mais, Madame le président, il s'agit là d'une *situation* et non d'un *fait* et la réserve colombienne se borne, contrairement à la plupart des réserves de ce type, à exclure des différends dont la Cour peut connaître, ceux qui sont «nés de faits postérieurs au 6 janvier 1932». Surtout, ces faits remontent à la fin des années soixante et aux années soixante-dix lorsque le Nicaragua s'est enfin, progressivement d'abord, plus nettement ensuite, émancipé de la tutelle étrangère qu'il subissait depuis des décennies, et lorsque la Colombie eut violé le traité, pas seulement en l'*interprétant* de manière erronée, mais en imposant, concrètement cette interprétation erronée à son cocontractant.

30. Au surplus, comme dans l'affaire du *Droit de passage* que j'ai mentionnée tout à l'heure⁴⁰, c'est d'un *ensemble* de faits et de circonstances que le différend sur la validité du traité est né : la *situation* politique et militaire prévalant dans les années trente, mais aussi son évolution rapide dans les années soixante-dix, l'avènement de la démocratie à Managua et le rejet des ingérences étrangères (la Cour a eu à en connaître) et l'échange des *Livres blancs* sur la (non-) validité du traité qui a cristallisé le différend sur ce point en 1980⁴¹. «C'est de cet ensemble qu'est né le différend soumis à la Cour ; c'est cet ensemble que concerne le différend. Cet ensemble, quelle que soit l'origine ancienne de l'une de ses parties, n'a existé...» qu'après cette date (voir ci-dessus, par. 15, *Droit de Passage*, C.I.J. Recueil 1960, p. 35, ou *Certains biens*, C.I.J. Recueil 2005, p. 24, par. 42).

31. Rien, donc, Madame le président, Messieurs les juges, n'empêche votre haute juridiction de connaître du différend global que le Nicaragua lui a soumis : les limitations temporelles qui bornent sa juridiction en vertu de la déclaration colombienne (1932) ou du pacte de Bogotá (1948) ne s'appliquent pas : les «faits générateurs» des différentes composantes de ce différend, au sens de la jurisprudence subtile mais maintenant bien établie de la Cour sont tous très postérieurs à l'une comme à l'autre de ces dates.

⁴⁰ Ci-dessus, par. 15.

⁴¹ Voir CR 2007/17, p. 25-26, par. 14.

III. Le caractère non préliminaire des «exceptions» colombiennes

32. Il me reste, Madame le président, à dire quelques mots d'une question sur laquelle MM. Weil et Watts⁴² sont tous deux revenus avec une certaine insistance : Quand devez-vous, Madame et Messieurs de la Cour, vous prononcer sur les problèmes posés par les exceptions préliminaires de la Colombie ? Il est clair, bien sûr, qu'il vous appartient, de décider maintenant si vous les accueillez en tout ou en partie. Et la conviction profonde du Nicaragua est que vous ne pouvez manquer de les rejeter — au pire de déclarer qu'elles n'ont pas un caractère exclusivement préliminaire. Mais la question qui se pose n'est pas de savoir quand vous devez décider *sur les exceptions*, mais bien quand vous serez appelés à vous prononcer *sur les problèmes* que posent ces exceptions.

33. Et je tiens à dire d'emblée que je n'ai aucun désaccord avec sir Arthur — ni, cela va de soi, avec la jurisprudence de la Cour qu'il cite à l'appui de sa forte affirmation selon laquelle : «Preliminary objections cannot be — and in practice never are — argued in a void, removed from all factual context. And that factual context may well have to touch on issues the full exposition of which will come later when — and if — the merits phase is reached.»⁴³ Ce que nous pensons en revanche, c'est que, en l'espèce, les exceptions de la Colombie ne sont préliminaires qu'en apparence : pour se prononcer sur elles, la Cour doit nécessairement trancher (au fond) le différend même que le Nicaragua lui a soumis.

34. Ce différend, je le rappelle une fois encore⁴⁴, se décompose essentiellement en trois volets ; il porte sur :

- 1) la délimitation des espaces marins respectifs des Parties ; ce qui impose que la Cour se prononce ;
- 2) sur la validité du traité de 1928 ; et,
- 3) s'il était valide, sur son interprétation et sur celle du protocole d'échange des instruments de ratification de 1930 (en ce qui concerne, en particulier, l'extension géographique de l'«archipel

⁴² Voir CR 2007/16, p. 42-45, par. 29-35 (Weil) ; CR 2007/18, p. 11-12, par. 9-12 (Weil) ; p. 19-21, par. 4-16 (Watts).

⁴³ CR 2007/18, p. 20, par. 8.

⁴⁴ Voir CR 2007/17, p. 22, par. 5, ou p. 27, par. 16.

de San Andrés» et les conséquences de l'exclusion de certains récifs par l'article premier, alinéa 2).

35. Pour vous prononcer sur les «exceptions préliminaires» (et je mets l'expression entre guillemets) de la Colombie, il vous faudrait, Madame et Messieurs de la Cour, répondre justement à chacune de ces questions — c'est-à-dire, bel et bien, vous prononcer au fond.

36. Dans l'affaire relative à *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, invoquée par sir Arthur au soutien de sa thèse, la Cour permanente a admis qu'elle pouvait se prononcer sur les exceptions préliminaires de la Pologne «quand même cet examen devrait l'amener à effleurer des sujets appartenant au fond de l'affaire» (*compétence, arrêt n° 6, 1925, C.P.J.I. série A n° 6*, p. 15) — mais, Madame le président, «effleurer» («touching upon» dans le texte anglais) des questions de fond est une chose ; les régler toutes à la suite d'un examen préliminaire et inévitablement sommaire, en est une autre. Et, dans l'extrait même de l'arrêt relatif à la *Compétence du Conseil de l'OACI*, qu'a cité sir Arthur, la Cour actuelle a fermement rappelé le principe selon lequel «une décision sur la compétence ne peut jamais régler directement un point de fond» (*arrêt, C.I.J. Recueil 1972*, p. 56) — ce que les exceptions colombiennes vous appellent cependant à faire. Davantage même : ce n'est pas *un point de fond* que la Colombie tente de vous faire régler ainsi de manière expéditive, mais *le fond* du différend, le fond tout entier.

37. Il va de soi que ceci est totalement étranger à l'esprit même des exceptions préliminaires : celles-ci sont destinées à empêcher un examen au fond, pas à faire trancher le différend d'une manière subreptice, sommaire sans qu'un véritable débat contradictoire sur tous les points en litige se soit tenu entre les Parties sous les auspices de la Cour. Ainsi que cela résulte d'un autre arrêt de la Cour permanente — que cite aussi, curieusement, sir Arthur⁴⁵, lorsque la Cour ne peut statuer sur une exception sans se prononcer sur le fond de l'affaire, l'exception doit être considérée comme irrecevable (*Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis, C.P.J.I. série A/B n° 76*, p. 22).

38. Tel est le cas, Madame et Messieurs de la Cour, des deux exceptions *ratione temporis* soulevées en l'espèce par la Colombie. Quant à celle qui repose sur le retrait précipité par ce pays

⁴⁵ CR 2007/18, p. 21, par. 15.

de sa déclaration facultative la veille même du dépôt de la requête, elle est sans doute recevable, mais M. Brownlie va montrer à nouveau qu'elle doit être rejetée, si vous voulez bien lui donner la parole, Madame le président. Permettez-moi auparavant, d'exprimer à la Cour ma reconnaissance pour son écoute attentive.

The PRESIDENT: Thank you, Professor Pellet. We now call Mr. Brownlie.

Mr. BROWNLIE: Thank you, Madam President.

1. Madam President, distinguished Members of the Court, it is my purpose this morning to respond to the argument of Mr. Schwebel in the second round and, in doing so, it will be necessary to deal with both his policy of reticence and the argument actually expressed. In the second round counsel for Colombia has maintained the position that there is no need to deal with the general issue of principle arising from the second preliminary objection. As he observed on Monday: "[W]hat is dispositive in the case now before the Court is that both Parties in practice have treated their declarations as subject to termination or modification with immediate effect"⁴⁶.

2. This refusal to deal with the issue of principle, including the mode of interpretation, has a tendency to disrupt the appropriate development of the pleadings, and this in several respects.

3. Thus, obviously the oral argument should bear a positive relation to the written pleadings. The second preliminary objection was presented, succinctly, in the Preliminary Objections (Vol. I, pp. 114-120). The response of Nicaragua in the Written Statement (pp. 85-105), was substantial. Counsel for Colombia has seen fit not to respond to much of the argument on the issue of legal principle.

4. Madam President, the mode of presentation of the argument is a matter clearly within the discretion of the Colombian delegation but, like other matters within the reserved domain of the State, there may be objective and external consequences. In the present case there are such consequences and they disrupt the progress of the argument and are less than helpful to the Court.

5. The Colombian delegation has chosen to employ silence as an instrument of national policy. At least in present circumstances, this policy has unfortunate results.

⁴⁶CR 2007/16, p. 48, para. 10.

6. In the first place, Colombia has maintained a silence in relation to a series of legal elements. Including:

- the response of Nicaragua on the question of *obiter dicta*;
- the views of Shabtai Rosenne on the issue of principle;
- the text of *Oppenheim's International Law*, the ninth edition, published in 1992;
- the *Commentary* on the Statute of the Court by Professor Tomuschat and others.

7. And so, unfortunately, when the session ends today, we shall leave The Hague still in ignorance of the Colombian position on these authorities.

8. And there is a second unfortunate consequence. The alleged concordant practice presented on behalf of Colombia can only be interpreted adequately against the background of general international law, including the general principles of treaty interpretation. It has long been recognized that a treaty must be interpreted in the light of the rules of general international law (see the *Grisbadarna Award, 1909, UNRIIAA*, Vol. XI, pp. 159-160).

9. In the recently published *Commentary* on the Statute, Professor Tomuschat observes:

“To agree to judicial settlement is not a unilateral sacrifice, but a well-calculated step which carries with it not only negative aspects, but also many advantages, precisely on account of the pervading principle of reciprocity. Therefore, the general rules on interpretation should be applied as they are laid down in the Vienna Convention on the Law of Treaties) (VCLT), reflecting the position under customary law. The Court has embraced this position.”⁴⁷

10. And the Court will recall that in Article 31 of the Vienna Convention, under the rubric “General rule of interpretation”, paragraph 3 provides that:

“There shall be taken into account, together with the context:

.....

(c) any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties.”

11. Reference should also be made to the treatise by Sir Ian Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties* (2nd ed., 1984, pp. 138-139).

12. Finally, I would like to quote the separate opinion of Judge Higgins, as you then were, Madam President, in the *Oil Platforms* case:

⁴⁷*Commentary*, Oxford, 2006, p.611.

“The present case has put into sharp focus a range of related but discrete issues that must be addressed. When the Court faces a preliminary objection to its jurisdiction on the grounds that the invoked treaty ‘does not cover’ the claims, or concludes that the claims ‘do not fall under’ or ‘do not fall to be determined by reference to’ the Treaty, three questions arise. First, what is the test by which the Court is to make its finding? Second, is the Court’s finding on this issue at the jurisdictional stage provisional or final? Third, in what way is the answer dictated by the necessity of the Court avoiding entering into the merits at the jurisdictional phase?

It is not an easy task to see a clear or constant line of jurisprudence on these matters, but certain answers suggest themselves. In formulating them, it is to be borne in mind that:

‘Neither the Statute nor the Rules of Court contain any rule regarding the procedure to be followed in the event of an objection being taken *in limine litis* to the Court’s jurisdiction. The Court therefore is at liberty to adopt the principle which it considers best calculated to ensure the administration of justice, most suited to procedure before an international tribunal and most in conformity with the fundamental principles of international law.’ (*Mavrommatis Palestine Concessions, Judgment No. 2, 1924, P.C.I.J., Series A, No. 2, p. 16.*)”

(*Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Preliminary Objection, Judgment, I.C.J. Reports 1996 (II), p. 854, paras. 27 and 28.*)

13. Madam President, in giving a legal evaluation to the individual documents which, counsel for Colombia alleges, constitute some kind of practice of the Parties, the context of general international law must be taken into account. And the context of general international law must include the pertinent jurisprudence of this Court.

14. In brief, it is not sufficient in law to assert a practice, or a concordant practice, in the absence of reference to the criteria of interpretation and legality. And in the oral argument Colombia has simply ignored these criteria.

15. I shall now move to the individual documents relied upon by Colombia as evidence of the existence of a concordant practice.

16. In the first place, Mr. Schwebel relied upon the material included in the *Yearbook* of the Court (CR 2007/16, pp. 50-52). In the first round, on behalf of Nicaragua, some necessary qualifications were introduced concerning the determinations of the Court in the *Nicaragua* case (CR 2007/17 pp. 52-53, paras. 19-21). In the second round Mr. Schwebel applied the policy of silence and did not seek to respond to the criticism by Nicaragua of his assessment of the *Yearbooks*.

17. And so, setting the *Yearbook* question aside, I shall refer to the other items relied upon on behalf of Colombia. I shall do so in chronological order. First, there is the Nicaraguan notification dated 23 October 2001⁴⁸. For the sake of argument, let it be assumed that the intention of Nicaragua was that the instrument should have immediate effect. What then would be the legal consequence?

18. In the light of the relevant legal criteria, and the jurisprudence of the Court, the requirement of reasonable notice would apply. In the absence of a clear indication of the modalities of the modification, the legal criteria apply. These must be those stated in the Court's Judgment on jurisdiction in the *Nicaragua* case.

19. In any event only 11 months after the notification, on 26 September 2002, Nicaragua and Costa Rica concluded an agreement by which Nicaragua agreed to refrain from bringing the border dispute relating to the San Juan River to the Court for three years⁴⁹. The existence of this agreement is clearly inconsistent with the position that the notification of 23 October 2001 was to have immediate effect.

20. The next item invoked by counsel for Colombia is the Colombian notification dated 5 December 2001⁵⁰. If I can remind the Court of the text:

“I have the honour to inform you on behalf of the Government of the Republic of Colombia that its acceptance of the compulsory jurisdiction of the Permanent Court of International Justice, as formulated in its declaration of 30 October 1937, and therefore of the International Court of Justice, is terminated with effect from the date of this notification.

The Government of the Republic of Colombia intends to transmit in due course a new declaration accepting the jurisdiction of the International Court of Justice, the formulation of which is to be determined.”

21. It will be appreciated that this notification, assuming it was intended to terminate the 1937 declaration with immediate effect, did not specify the relevant modalities of termination. In the result, as in the case of the notification by Nicaragua, the legal criteria conditioning termination and modification are applicable.

⁴⁸Colombia judges' folder, tab 14.

⁴⁹WSN, Ann. 28.

⁵⁰Colombia judges' folder, tab 12.

22. In any event, the modest collection of documents can hardly be said to amount to a concordant practice. Moreover, the Colombian argument meets several considerable difficulties.

23. Before these difficulties are set out, it is worth emphasizing that Nicaragua, *in the context of the concordant practice argument*, is not asking the Court to make a determination of the legality of the conduct of the respective Parties as such in making their notifications. In any case, the limitations on the termination of declarations, and related matters, involve the delineation of the competence of States in a context analogous to matters of public law.

24. So what are the considerable difficulties confronting the Colombian argument concerning an alleged concordant practice? The difficulties can be profiled in a set of analytical options.

- First option: the respective States have both produced a modification or a termination which, whatever the intention, is *ultra vires* the conditions laid down in the *Nicaragua* case. Such practice cannot produce a concordance of lawful practice.
- Second option: one of the States concerned produces a modification or a termination which, whatever the intention, is *ultra vires* the conditions laid down in the *Nicaragua* case; and the second of the States concerned produces a modification or termination which is not *ultra vires* such conditions. Obviously, in this combination, and because of the legal discrepancy between the notifications, such practice still cannot produce a concordance of lawful practice.

25. In facing these difficulties, our opponents will appreciate that, if it were to count, a concordant practice would have to satisfy the conditions of reasonable notice of modification or termination.

26. Before I conclude it is necessary to adopt a wider perspective and to step away from the narrow perspective of the purported practice of the Parties.

27. The wider perspective is the legal character of declarations and the significance of the optional clause as a system of public order enforced by the Court. If I can be permitted to remind the Court of certain key passages in the reasoning in the *Nicaragua* case:

“Declarations of acceptance of the compulsory jurisdiction of the Court are facultative, unilateral engagements, that States are absolutely free to make or not to make. In making the declaration a State is equally free either to do so unconditionally and without limit of time for its duration, or to qualify it with conditions or reservations. In particular, it may limit its effect to disputes arising after a certain

date; or it may specify how long the declaration itself shall remain in force, or what notice (if any) will be required to terminate it. However, the unilateral nature of declarations does not signify that the State making the declaration is free to amend the scope and the contents of its solemn commitments as it pleases. In the *Nuclear Tests* cases the Court expressed its position on this point very clearly:

‘It is well recognized that declarations made by way of unilateral acts, concerning legal or factual situations, may have the effect of creating legal obligations. Declarations of this kind may be, and often are, very specific. When it is the intention of the State making the declaration that it should become bound according to its terms, that intention confers on the declaration the character of a legal undertaking, the State being thenceforth legally required to follow a course of conduct consistent with the declaration.’ (*I.C.J. Reports 1974*, p. 267, para. 43; p. 472, para. 46.)

In fact, the declarations, even though they are unilateral acts, establish a series of bilateral engagements with other States accepting the same obligation of compulsory jurisdiction, in which the conditions, reservations and time-limit clauses are taken into consideration. In the establishment of this network of engagements, which constitutes the Optional-Clause system, the principle of good faith plays an important role; the Court has emphasized the need in international relations for respect for good faith and confidence in particularly unambiguous terms, also in the *Nuclear Test* cases:

‘One of the basic principles governing the creation and performance of legal obligations, whatever their source, is the principle of good faith. Trust and confidence are inherent in international co-operation, in particular in an age when this co-operation in many fields is becoming increasingly essential. Just as the very rule of *pacta sunt servanda* in the law of treaties is based on good faith, so also is the binding character of an international obligation assumed by unilateral declaration. Thus interested States may take cognizance of unilateral declarations and place confidence in them, and are entitled to require that the obligation thus created be respected.’ (*Ibid.*, p. 268, para. 46; p. 473, para. 49.)”

(*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *Jurisdiction and Admissibility, Judgment*, *I.C.J. Reports 1984*, p. 418, paras. 59-60.)

28. In the present case it is Colombia which has chosen to try and leave the network of engagements by seeking to withdraw after a period of 64 years. And it should be recalled that the United States declaration in issue in the *Nicaragua* case had a duration of 38 years.

29. In the present case Colombia terminated its declaration on 5 December 2001. Nicaragua presented her Application one day later.

30. Madam President, this was precisely the type of situation which the Court analysed in the *Nicaragua* case. There the Court said in paragraph 63:

“Moreover, since the United States purported to act on 6 April 1984 in such a way as to modify its 1946 Declaration with sufficiently immediate effect to bar an Application filed on 9 April 1984, it would be necessary, if reciprocity is to be relied on, for the Nicaraguan Declaration to be terminable with immediate effect. But the right of immediate termination of declarations with indefinite duration is far from established. It appears from the requirements of good faith that they should be treated, by analogy, according to the law of treaties, which requires a reasonable time for withdrawal from or termination of treaties that contain no provision regarding the duration of their validity. Since Nicaragua has in fact not manifested any intention to withdraw its own declaration, the question of what reasonable period of notice would legally be required does not need to be further examined: it need only be observed that from 6 to 9 April would not amount to a ‘reasonable time’.” (*Ibid.*, pp. 419-420.)

31. Thus the public order system represented by the optional clause was breached by Colombia, by Colombia changing a status quo of 64 years and thus colliding with the principle emphasized by this Court on a number of occasions, including the *Nuclear Tests* cases and the *Nicaragua* decision on jurisdiction.

That concludes my submission in the second round. I would thank the Court for its usual patience and consideration and I would ask you, Madam President, to give the floor to my friend and colleague Professor Remiro Brotons.

The PRESIDENT: Thank you, Mr. Brownlie. The Court calls Professor Remiro Brotons.

M. REMIRO :

Exception préliminaire concernant le pacte de Bogotá

1. Madame le président, Messieurs les juges, mon intervention dans ce deuxième tour des plaidoiries va se conformer de façon stricte à sa raison d’être, rappelée par Madame le président à la conclusion du premier tour⁵¹, et, par conséquent, je me contenterai de répondre succinctement aux arguments exposés et invoqués par la Colombie mercredi dernier, et concrètement à ceux relatifs à la première des exceptions préliminaires, fondée sur l’application des articles VI, XXXIII et XXXIV du pacte de Bogotá. Pour le reste, je renvoie aux développements présentés en défense des intérêts légitimes du Nicaragua lors du premier tour des plaidoiries⁵².

2. Selon la Colombie, «[s]’il était vrai, comme le soutient le Nicaragua, qu’en déclarant le différend terminé la Cour se prononcerait sur le fond, les articles XXXIII et XXXIV du pacte de

⁵¹ CR 2007/17, p. 62.

⁵² CR 2007/17, p. 33-47.

Bogotá ne trouveraient jamais à s'appliquer : Comment, en effet [se demande le professeur Prosper Weil], la Cour pourrait-elle jamais se prononcer «au préalable» sur l'existence d'un différend» et «déclarer un différend terminé si un tel prononcé devait ... être regardé comme relevant du fond ?», dénué de caractère purement préliminaire. «L'interprétation que propose le Nicaragua des articles VI, XXXIII et XXXIV du pacte revient à dénier toute substance à ces dispositions du pacte et à les rendre inopérantes»⁵³, conclut le conseil de la Colombie, qui demande à la Cour de «remplir la mission que lui confie le pacte» et de le faire «maintenant, au stade des exceptions préliminaires» comme cela est «prescrit en toutes lettres par le pacte de Bogotá en son article XXXIII»⁵⁴.

3. Dans le but de répondre à cette argumentation intenable de la Colombie, il suffit de lui rappeler que le pacte de Bogotá lui-même dispose *expressis verbis* à l'article XXXVII que «[l]a procédure que devra suivre la Cour est celle fixée par son statut».

4. Cette claire, nette et précise prescription du pacte devrait faire justice de la suggestion colombienne plus ou moins explicite, selon laquelle les articles VI, XXXIII et XXXIV du pacte obligent la Cour à altérer la phase de la procédure sur les exceptions préliminaires, afin de la transformer en une procédure abrégée sur le fond de l'affaire dont la Cour a été saisie par le demandeur.

5. Mais on peut aller plus loin.

6. Au premier tour de ces plaidoiries, la Colombie était apparemment d'accord avec le Nicaragua en ce qui concerne l'objet de l'article VI du pacte.

7. Il s'agit d'empêcher que le pacte ouvre la voie à ce que l'on peut appeler des différends *politiques*.

8. Si l'objet de l'article VI du pacte est d'exclure les différends *politiques* du champ d'application des procédures réglées, la prémisse qui rend opérants et utiles les articles XXXIII et XXXIV devient claire : la Cour devra se déclarer incompétente lorsqu'un Etat invoque l'article XXXI du pacte afin d'obtenir la terminaison ou l'amendement d'un traité, ou la modification d'une décision judiciaire ou arbitrale dont il reconnaît cependant la validité.

⁵³ CR 2007/18, p. 9, par. 4.

⁵⁴ CR 2007/18, p. 8, par. 3.

9. Il ne s'agit pas là d'une hypothèse extravagante. Un Etat peut parfaitement estimer subir un grave préjudice du fait d'un traité qu'il aurait accepté dans d'autres temps et d'autres circonstances ; dans ce cas, il pourrait présenter une demande de révocation ou de modification sur le fondement de la survenance d'une norme impérative à caractère général incompatible avec certaines dispositions du traité.

10. Voilà pourquoi la Cour ne pourra admettre la demande colombienne que si elle arrive à la conviction que le traité Bárcenas-Esguerra de 1928 — ainsi que l'accord interprétatif inclus dans le protocole d'échange de ratifications de 1930 — est un traité valable et en vigueur dont la portée et l'interprétation coïncident totalement avec les énoncés colombiens, c'est-à-dire, en particulier, que l'archipel de San Andrés comprend toutes les îles, cayes, îlots et bancs à l'est du 82^e méridien ouest, et que ce méridien n'a pas pour seule fonction d'attribuer des territoires insulaires, mais aussi celle d'établir une frontière maritime. Cette conclusion rend inévitable un examen exprès du fond de l'affaire.

11. Le Nicaragua rejette avec insistance que la requête introduite le 6 décembre 2001 ait pour objet une revision du traité Bárcenas-Esguerra de 1928 et de l'accord interprétatif inclus dans le protocole d'échange de ratifications de 1930. Nous en avons déjà exprimé les raisons⁵⁵, et il n'est pas nécessaire de revenir à présent à ce sujet. Nous sollicitons donc, tout d'abord, le rejet de l'exception préliminaire de la Colombie relative au pacte de Bogotá.

12. Ceci dit, il convient de signaler que si la Cour estime que l'allégation nicaraguayenne de nullité du traité de 1928 (et donc du protocole de 1930) dissimule une tentative de revision de ce dernier, l'acceptation de l'exception préliminaire de la Colombie à cet égard ne pourrait en aucun cas exclure l'examen au fond par la Cour des différends touchant à la portée du traité, à son interprétation, et à son extinction.

13. Ces différends ne prennent tout leur sens précisément que lorsque l'on arrive à la conclusion que le traité est valable et en vigueur — et c'est la raison pour laquelle, il est parfaitement logique et acceptable de procéder à des demandes alternatives, envisageant les diverses hypothèses pouvant survenir. Il n'est évidemment pas acceptable de considérer, comme la

⁵⁵ CR 2007/17, p. 34 et suiv., par. 10 et suiv.

Colombie semble l'estimer aller de soi, qu'une déclaration de la Cour qui admettrait la validité du traité de 1928 et du protocole de 1930 implique automatiquement une approbation de la portée et de l'interprétation unilatérale que la Colombie fait de ces textes.

14. La Colombie ne peut prétendre imposer une interprétation unilatérale du traité ni exclure de l'examen judiciaire les divergences concernant cette interprétation. La Colombie modifie le principe *pacta sunt servanda* pour le transformer en *pacta sunt servanda secundum Colombia intelligitur*. La Cour devrait déjouer la manœuvre de la Colombie en déclarant irrecevable une exception dont les éléments se rapportent au fond non seulement par leur contexte, mais aussi et avant tout dans leur substance.

15. Ceci intéresse, notamment, la définition de l'archipel de San Andrés et, surtout, la thèse colombienne élaborée dans les années soixante du XX^e siècle, selon laquelle le traité de 1928 s'est converti par la grâce du protocole d'échange de ratifications en un traité de délimitation maritime.

16. La Colombie n'invoque aucun élément qui puisse vraiment conforter sa thèse.

17. On a parlé déjà largement à ce propos, et je me suis engagé à ne pas être répétitif. En tout cas, je n'ai pas le temps pour l'être. La Colombie a essayé de travestir les concepts de ligne de séparation de groupes d'îles et ligne de division d'espaces maritimes⁵⁶.

18. La Colombie est allée même jusqu'à oser transformer en acquiescement de la part du Nicaragua⁵⁷ l'absence totale d'échanges diplomatiques ou d'actes d'affirmation de souveraineté ou de juridiction par rapport aux espaces maritimes hors la mer territoriale. Ceci est vrai pour les deux Parties et confirme simplement l'inexistence d'une frontière conventionnelle sur des espaces que tout le monde estimait alors appartenir à la haute mer.

19. Il était totalement inconcevable qu'il puisse être de l'intention des Parties de partager la haute mer. Plus encore, que le Gouvernement et les parlementaires du Nicaragua s'engageaient en 1930 dans un voyage vers le futur, néfaste pour les intérêts qu'ils avaient à l'esprit à protéger au profit d'un voisin impassible. Ce fut le développement du droit international de la mer dans un sens favorable à l'étendue de la souveraineté et des droits souverains des riverains sur les espaces

⁵⁶ CR 2007/17, p. 41, par. 40.

⁵⁷ CR 2007/18, p. 24-25, par. 31.

maritimes, allant de pair avec une supériorité relative de pouvoir, qui fit tomber la Colombie dans la tentation évangélique de la convoitise aux dépens des droits du plus faible, le Nicaragua.

20. A vrai dire, s'il y a un Etat qui tente de réviser les traités — non pas, certes, dans le but de modifier une question déjà réglée mais dans celui de faire accepter comme étant réglée une question ouverte et non résolue, c'est bien la Colombie. La délimitation maritime est hors du domaine d'application du traité de 1928-1930 et, par conséquent, elle suscite un différend qui a sa propre autonomie, indépendamment de la question de la validité de ce traité, et sur lequel la Cour peut, en tout cas, se prononcer conformément à l'article XXXI du pacte.

21. Il a été dit que le Nicaragua demande à la Cour le rejet des exceptions préliminaires de la Colombie «espérant peut-être que dans une phase ultérieure consacrée au fond la Cour lui accorde une frontière maritime plus favorable que celle du méridien de 82° convenue en 1928-1930»⁵⁸.

22. Je ne suis pas sûr que la Colombie soit bien consciente de ce qu'elle suggère. C'est, en tout cas, une drôle d'idée de supposer que la Cour pourrait altérer une frontière déjà établie au profit d'une des Parties. La Colombie ne devrait faire preuve de méfiance et crainte si elle croit vraiment qu'il existe une frontière maritime conventionnelle : nul doute, la Cour le reconnaîtra.

23. S'il existe une Partie prête à vider de contenu et à priver de tout effet utile les articles du pacte, c'est bien la Colombie. S'il fallait la suivre, en effet, l'article XXXI n'aurait plus la moindre signification. Puisque, pour la Colombie, «interprétation» équivaut à «revision».

24. Si la Colombie voulait se dérober à la compétence de la Cour dans une affaire comme celle soulevée par le Nicaragua, le seul chemin qui pouvait la conduire à satisfaire cet objectif était la dénonciation du pacte, selon ce qu'il est prévu à son article LVI.

25. Les différends, prouvés, entre le Nicaragua et la Colombie concernant la validité, la portée, l'interprétation et l'extinction du traité de 1928 et du protocole de 1930 sont tous postérieurs à la date de signature du pacte de Bogotá, le 30 avril 1948. La Colombie elle-même a déclaré, lors de la présentation de ses exceptions préliminaires, qu'en 1948 «il existait un nombre considérable de différends en suspens entre plusieurs Etats américains, mais aucun entre le Nicaragua et la Colombie»⁵⁹. Je ne m'arrêterai plus sur ce point, déjà exposé brillamment par mon

⁵⁸ CR 2007/18, p. 10, par. 8.

⁵⁹ EPC, par. 2.4.

collègue, le professeur Pellet. En tout cas, il ne s'agit pas de «questions déjà réglées au moyen d'une entente» ni régies par «des accords ou traités en vigueur» à la date de la signature du pacte en 1948.

26. En conclusion, l'application de l'article XXXI comme base de juridiction s'impose et, en conséquence, l'exception préliminaire de la Colombie doit être rejetée. La Colombie veut gagner le fond grâce à une décision sur les exceptions préliminaires.

27. Le Nicaragua sur ce point prêche par l'exemple. Il est bien connu que le Nicaragua a été récemment attiré devant la Cour par le Costa Rica, ce dernier invoquant l'article XXXI du pacte de Bogotá comme l'une des bases de la juridiction de la Cour. Le Costa Rica, s'appuyant sur le traité Cañas-Jerez de 1858 et la sentence arbitrale de Cleveland de 1888, estime que son droit de navigation dans la rivière nicaraguayenne de San Juan et les autres droits connexes ne sont pas respectés. Le Nicaragua a déposé il y a à peine dix jours, et dans le délai prévu, son contre-mémoire. Cela veut dire qu'il a renoncé à formuler des exceptions préliminaires à la compétence de la Cour. Le Nicaragua n'a pas tenté de s'abriter derrière l'article VI du pacte comme le fait la Colombie pour empêcher la Cour d'exercer sa juridiction sur une requête qui, tout comme celle formulée par le Nicaragua contre la Colombie, entre dans le cadre de l'article XXXI du pacte ; le fond est une autre chose.

28. Madame le président, Messieurs les juges, je vous remercie de votre attention. Je vous prie, Madame le président, de bien vouloir donner la parole à l'agent du Nicaragua, M. l'ambassadeur Carlos Argüello, afin de présenter les conclusions du Nicaragua.

The PRESIDENT: Thank you, Professor Remiro Brotóns. I now call the Agent.

Mr. ARGÜELLO: Thank you, Madam President, Members of the Court.

1. Nicaragua has come to this Court expecting and hoping for a definitive solution to its dispute with Colombia that would satisfy the aspirations of present and future generations. Colombia, perhaps for its own political purposes of the moment, would prefer a semblance of a victory by putting an end to or even by interrupting this peaceful procedure of solution to this long-standing problem.

2. A proper end to this dispute can only be achieved through a proper hearing on the merits. Any other solution would not seem satisfactory or final to the more than 5 million people of Nicaragua or, in the near future when local differences are put aside, to the 50 million people of Central America.

3. Madam President, I will now end our pleading by setting out for the record the final submissions of Nicaragua:

Submissions

4. In accordance with Article 60 of the Rules of Court and having regard to the pleadings, written and oral, the Republic of Nicaragua respectfully requests the Court to adjudge and declare that:

5. The Preliminary Objections submitted by the Republic of Colombia, both in respect of the jurisdiction based upon the Pact of Bogotá, and in respect of the jurisdiction based upon Article 36, paragraph 2, of the Statute of the Court, are invalid.

6. In the alternative, the Court is requested to adjudge and declare, in accordance with the provisions of Article 79, paragraph 7, of the Rules of Court, that the Objections submitted by the Republic of Colombia do not have an exclusively preliminary character.

7. In addition, the Republic of Nicaragua requests the Court to reject the request of the Republic of Colombia to declare the controversy submitted to it by Nicaragua under Article XXXI of the Pact of Bogotá “ended”, in accordance with Articles VI and XXXIV of the same instrument.

8. Any other matters not explicitly dealt with in the foregoing Written Statement and oral pleadings are expressly reserved for the merits phase of this proceeding.

9. These are the final submissions of Nicaragua. At this point, I wish to express, on behalf of the Republic of Nicaragua, my deepest appreciation to you, Madam President, and to each of the distinguished Members of the Court, for the attention you have kindly provided to our statements.

10. May I also offer our thanks, Madam President, to the Registrar and his staff, as well as to the team of interpreters and translators.

11. Our recognition is also extended to the Colombian delegation and to its counsel.

12. I must personally and publicly thank the Nicaraguan team that has given its best in this endeavour.

Thank you, Madam President, Members of the Court.

The PRESIDENT: I thank the Agent of Nicaragua. The Court takes note of the final submissions read by the Agent on behalf of Nicaragua.

That brings us to the end of the hearings on the Preliminary Objections raised by Colombia. I should like to thank the Agents, counsel and advocates for their statements.

In accordance with practice, I shall request both Agents to remain at the Court's disposal to provide any additional information it may require. With this proviso, I now declare closed the oral proceedings in the case concerning the *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)*.

The Court will now retire for deliberation. The Agents of the Parties will be advised in due course of the date on which the Court will deliver its judgment.

The Court, having no other business before it, now rises and the sitting is closed.

The Court rose at 12 noon.
