

OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE OWADA

[Traduction]

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
I. L'AUTORITÉ DE LA CHOSE JUGÉE	1-32
A. Définition et portée de la chose jugée	1-9
B. Éléments de contexte motivant la décision à laquelle la Cour est parvenue dans son arrêt de 2012	10-16
C. Ce que la Cour a en fait tranché dans son arrêt de 2012	17-31
i) Le raisonnement développé dans la partie IV de l'arrêt	18-24
ii) L'économie de l'arrêt de 2012	25-29
iii) La charge de la preuve	30-31
D. Conclusion	32
II. QUESTION DE SAVOIR SI LA COLOMBIE PEUT SE PRÉVALOIR DE LA CNUDM À L'ÉGARD DU NICARAGUA	33-39

I. L'AUTORITÉ DE LA CHOSE JUGÉE

A. Définition et portée de la chose jugée

1. Je fais miennes les conclusions auxquelles la Cour est parvenue en l'espèce, telles qu'énoncées dans le dispositif de l'arrêt. Je tiens néanmoins à joindre à celui-ci l'exposé de mon opinion individuelle, afin d'explicitier mon propre raisonnement sur la question de l'autorité de la chose jugée, et de revenir sur certains points de droit importants qui me semblent avoir été insuffisamment développés dans l'arrêt.

2. La Cour, dans ce dernier, relève à bon droit que «le principe de l'autorité de la chose jugée ... est un principe général de droit qui protège en même temps la fonction judiciaire d'une cour ou d'un tribunal et les parties à une affaire qui a donné lieu à un jugement définitif et sans recours» (arrêt, par. 58). Rappelons, même si la précision est superflue, que la condition préalable à l'application de ce principe, ainsi que définie par le juge Anzilotti dans son célèbre *dictum*, est celle de l'identité de trois éléments traditionnels: «*persona, petitum* [et] *causa petendi*» (*Interprétation des arrêts nos 7 et 8 (usine de Chorzów), arrêt n° 11, 1927, C.P.J.I. série A n° 13, opinion dissidente du juge Anzilotti, p. 23*). Il est

admis, en l'espèce, que cette condition essentiellement formelle est bien remplie, dans la mesure où l'identité de ces éléments indispensables n'a pas été mise en doute par les Parties et n'est dès lors pas en cause.

3. La question plus fondamentale que soulève selon moi la présente espèce est celle de savoir si la décision à laquelle la Cour a abouti dans son arrêt de 2012 est constitutive d'un «prononcé final et définitif» auquel il faudrait attribuer l'effet de chose jugée. En d'autres termes, ce qui est en cause, c'est la portée de la chose jugée. Il est généralement admis, dans la jurisprudence des juridictions nationales et internationales, que l'effet de la chose jugée ne s'attache qu'à un jugement définitif, dans lequel «une instance judiciaire détermine une fois pour toutes les droits et obligations des parties à une affaire», et par l'effet duquel une «question est définitivement réglée par voie de décision judiciaire» (*Black's Law Dictionary*, 9^e éd., p. 918, 1425) [*traduction du Greffe*]). Dans le même esprit, la Cour a écrit:

«Selon ce principe [de l'autorité de la chose jugée], les décisions de la Cour sont non seulement obligatoires pour les parties, mais elles sont définitives, en ce sens qu'elles ne peuvent être remises en cause par les parties *pour ce qui est des questions que ces décisions ont tranchées...*» (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2007 (I), p. 90, par. 115; les italiques sont de moi.)

Corollaire obligé de cette règle, «[s]i un point n'a en fait pas été tranché, ni expressément ni par implication logique, l'arrêt n'a pas force de chose jugée sur celui-ci» (*ibid.*, p. 95, par. 126).

4. La Cour a déjà eu affaire à une situation quelque peu semblable à celle qui nous occupe ici, où s'est trouvée posée la question de la portée de l'autorité de la chose jugée qu'il convenait de reconnaître à un arrêt. L'affaire du *Droit d'asile (Colombie/Pérou)*, sur laquelle elle était appelée à statuer en 1950, mettait en cause l'asile diplomatique que le Gouvernement colombien avait accordé à un réfugié politique, Víctor Raúl Haya de la Torre, dans son ambassade à Lima, en dépit des protestations du Gouvernement péruvien. Dans son arrêt de 1950, la Cour a tranché les questions juridiques générales liées à la licéité de cet asile, qui avaient été soulevées par les parties, tout en notant qu'il n'avait été «question de la remise éventuelle du réfugié ... ni dans la correspondance diplomatique produite par [celles-ci], ni à un moment quelconque de la présente instance» (*Droit d'asile (Colombie/Pérou)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1950, p. 280). Sitôt après le prononcé de cet arrêt, la Colombie en a demandé l'interprétation au titre de l'article 60 du Statut, aux fins de savoir si la remise du réfugié politique était requise de son gouvernement. La Cour s'est gardée de répondre sur ce point, indiquant qu'elle ne pouvait «que se référer à ce qu'elle a[vait] déclaré en termes absolument précis dans son [précédent] arrêt[, à savoir que] cette question [était] restée entièrement en dehors des demandes des Parties. L'arrêt n'a aucunement statué sur elle et ne pouvait le faire.» (*Demande d'interprétation de l'arrêt du 20 novembre 1950 en l'affaire du droit d'asile (Colombie c. Pérou)*, arrêt, C.I.J. Recueil

1950, p. 403.) La Colombie a alors introduit une nouvelle instance pour éclaircir cette question. Dans l'arrêt rendu en 1951 en l'affaire *Haya de la Torre*, la Cour a indiqué que «l'arrêt d[e 1950] n'a[vait] pas statué sur la question de la remise du réfugié [et que, p]ar conséquent, il n'y a[vait] pas chose jugée en ce qui concern[ait] la question de la remise» (*Haya de la Torre (Colombie c. Pérou)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1951*, p. 80). D'après l'analyse d'un éminent commentateur, l'arrêt de 1950 illustre une situation où «le problème n'était pas celui de l'existence d'un arrêt définitif, mais celui de la portée de la force contraignante s'attachant à une décision. La Cour, dans cet arrêt, n'a pas réglé le différend, pour la simple raison que les moyens présentés par les parties étaient insuffisants à cet effet.» (Shabtai Rosenne, *The Law and Practice of the International Court: 1920-2005, 2006*, vol. III, p. 1603.) Il pourrait être argué qu'une subtile distinction existe entre cette affaire et la présente espèce, dans la mesure où la question spécifique en cause était «restée en dehors» de la procédure de 1950. Toutefois, l'élément déterminant réside en ceci que la Cour n'ayant pu, dans les deux cas, trouver dans les moyens des parties des éléments suffisants pour lui permettre de trancher, sa décision n'avait pas force de chose jugée.

5. La question de la portée de l'autorité de la chose jugée s'est également trouvée posée dans le cadre de la phase de l'affaire de la *Convention sur le génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)* consacrée au fond, quoiqu'elle ait donné lieu à une réponse fort différente, qui mérite également d'être relevée ici. Dans l'arrêt rendu en 1996 au stade préliminaire, la Cour, ayant rejeté l'ensemble des exceptions préliminaires d'incompétence soulevées par le défendeur, la Yougoslavie (Serbie-et-Monténégro), et jugé recevable la requête du demandeur (la Bosnie-Herzégovine), avait estimé qu'elle «p[ouvait] désormais procéder à l'examen du fond de l'affaire sur cette base» (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie)*, exceptions préliminaires, arrêt, *C.I.J. Recueil 1996 (II)*, p. 622, par. 46). Dans la suite de la procédure, toutefois, le défendeur a fait valoir que, faute de s'être prononcée sur le défaut de *jus standi* dont il se prévalait, la Cour était empêchée de statuer au fond: il affirmait en substance qu'il n'avait pas assuré la continuité de la République fédérative socialiste de Yougoslavie, et n'était dès lors pas partie à la Convention sur le génocide ni au Statut de la Cour à la date de l'introduction de l'instance — position qui avait été celle de la Cour dans ses arrêts de 2004 sur la *Licéité de l'emploi de la force (Serbie-et-Monténégro c. Belgique et al.)*. Dans l'arrêt de 2007 sur le fond, la question qui s'est trouvée posée était celle de savoir si ce point avait été tranché dans l'arrêt de 1996. Ainsi formulée, elle mettait en cause la portée de la chose jugée s'attachant à l'arrêt de 1996 (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2007 (I)*, p. 101, par. 140).

6. Or, bien que la question du *jus standi* n'eût pas expressément été soulevée en tant que telle par les parties dans le cadre de la procédure

ayant abouti à l'arrêt de 1996, la Cour, dans son arrêt de 2007, a estimé qu'elle l'avait tranchée, puisqu'elle n'aurait pu décider de rejeter les exceptions préliminaires du défendeur sur la compétence *ratione personae*, *ratione materiae* et *ratione temporis* sans avoir au préalable établi la qualité pour agir du défendeur (voir, pour plus de précisions, *C.I.J. Recueil 2007 (I)*, opinion individuelle de M. le juge Owada, p. 296, par. 33).

7. Si je fais référence à cette affaire, c'est parce qu'elle a donné lieu à une situation singulière, où la Cour a, semble-t-il, estimé qu'une question qui n'avait pas été soulevée par les parties, ni expressément traitée dans son précédent arrêt, avait *de fait été tranchée* par elle, en dépit de la décision apparemment contradictoire à laquelle elle était parvenue dans les affaires de 2004 relatives à la *Licéité de l'emploi de la force*. (Il est clair que ce précédent n'avait pas force de chose jugée pour l'affaire tranchée en 2007, bien qu'il eût pu avoir des implications *stare decisis* pour la question à l'examen en 2007 (*exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2004 (III)*, p. 1337, par. 76).) La Cour a donc estimé que la question du *ius standi* du défendeur en l'affaire de la *Convention sur le génocide* tombait sous le coup de la chose jugée. Ce prononcé doit toutefois être considéré comme une exception, se justifiant par l'économie spécifique de décisions relatives à la compétence.

8. Ces affaires illustrent la difficulté qu'il y a à apprécier ce qui, dans un arrêt antérieur, relève de l'autorité de la chose jugée. En la présente espèce, la Cour devait donc essentiellement, pour se prononcer sur la troisième exception préliminaire de la Colombie, déterminer si elle avait, dans le point du dispositif de son arrêt de 2012 relatif à la demande de plateau continental étendu soumise par la République du Nicaragua, tel qu'interprété à la lumière du contexte complexe dans lequel celle-ci s'inscrivait, formulé une décision concluante et finale opposable aux Parties. Pour ce faire, elle pouvait prendre en compte le raisonnement développé dans les motifs, pour autant qu'il soit indispensable à la compréhension du dispositif, étant entendu que, «si une question se pose quant à la portée de l'autorité de la chose jugée qui s'attache à un arrêt, elle doit être tranchée compte tenu du contexte dans lequel l'arrêt a été rendu» (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro), arrêt, C.I.J. Recueil 2007 (I)*, p. 95, par. 125). Pour pouvoir répondre à la question ici posée, il faut donc, me semble-t-il, commencer par examiner le contexte dans lequel le Nicaragua a reformulé sa demande en 2007, et eu égard auquel le point du dispositif en cause a été adopté. C'est à cette seule condition que l'on pourra dûment appréhender la décision de la Cour sur les prétentions maritimes du Nicaragua qui se trouve exposée dans ce point du dispositif (par. 251 3)) et le raisonnement qui la sous-tend.

9. Sur cette question d'ordre méthodologique, j'en viens donc à la conclusion que l'on ne peut cerner avec certitude la signification et la portée précises de l'arrêt de 2012, et, partant, déterminer si la demande soumise par le Nicaragua en la présente espèce est recevable ou si elle tombe sous le coup de la chose jugée, qu'en examinant le contexte dans lequel le

dispositif a été conçu, ainsi que le raisonnement suivi par la Cour et l'économie générale de l'arrêt.

B. Eléments de contexte motivant la décision à laquelle la Cour est parvenue dans son arrêt de 2012

10. Pour éclaircir cette situation, il me semble nécessaire de revenir sur l'origine du présent problème, qui réside dans l'évolution de la demande du Nicaragua. Celui-ci a en effet reformulé sa prétention sur le plateau continental après le prononcé de l'arrêt de 2007 sur les exceptions préliminaires, et c'est à cette demande reformulée que se rapporte maintenant la troisième exception de la Colombie.

11. Dans sa requête initiale du 6 décembre 2001 en l'affaire du *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*, le Nicaragua, Etat demandeur, avait formulé une conclusion en ces termes :

«En conséquence, la Cour est priée :

.
Deuxièmement, à la lumière des conclusions auxquelles elle sera parvenue concernant le titre revendiqué [ci-dessus], de déterminer le tracé d'une frontière maritime unique entre les portions de plateau continental et les zones économiques exclusives relevant respectivement du Nicaragua et de la Colombie, conformément aux principes équitables et aux circonstances pertinentes que le droit international général reconnaît comme s'appliquant à une délimitation de cet ordre.» (*Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*, requête de la République du Nicaragua, p. 9, par. 8.)

Le Nicaragua a conservé cette formulation dans son mémoire du 28 avril 2003 (*ibid.*, mémoire de la République du Nicaragua, p. 265-267, par. 3.39).

12. Toutefois, le Nicaragua a brusquement modifié ses conclusions dans sa réplique du 18 septembre 2009, en y introduisant le point désormais dit I 3). Dans les conclusions finales dont il a donné lecture au terme de l'audience du 1^{er} mai 2012, il formulait ainsi sa demande :

«I. [La République du Nicaragua p]rie la Cour de dire et juger :

.
3) que, dans le cadre géographique et juridique constitué par les côtes continentales du Nicaragua et de la Colombie, la méthode de délimitation à retenir consiste à tracer une limite opérant une division par parts égales de la zone du plateau continental où les droits des deux Parties sur celui-ci se chevauchent.» (*Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012 (II), p. 636, par. 17.)

13. La Colombie, Etat défendeur, a excipé à cet égard que cette nouvelle formulation avait «transformé du tout au tout l'objet du différend

que le Nicaragua a[vait initialement] demandé à la Cour de trancher», et plaidé l'irrecevabilité de cette nouvelle demande (CR 2012/12, p. 44, par. 2 (Bundy)). Il a notamment été avancé que ce changement radical de la position du demandeur ne s'était concrétisé qu'en fin d'année 2007, plus de six ans après l'introduction de l'affaire initiale, apparemment à la suite de l'arrêt rendu cette année-là au stade des exceptions préliminaires, et que la nature de la demande s'en était trouvée radicalement modifiée (*Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2007 (II)*).

14. Dans son arrêt de 2012, la Cour a toutefois décidé de déclarer

«recevable la demande formulée par la République du Nicaragua au point I. 3) de ses conclusions finales, par laquelle celle-ci la prie de dire et juger que, «dans le cadre géographique et juridique constitué par les côtes continentales du Nicaragua et de la Colombie, la méthode de délimitation à retenir consiste à tracer une limite opérant une division par parts égales de la zone du plateau continental où les droits des deux Parties sur celui-ci se chevauchent»» (*C.I.J. Recueil 2012 (II)*, p. 719, par. 251 2)).

15. J'ai quant à moi voté contre cette conclusion de la Cour, ayant estimé, comme je l'ai indiqué alors dans mon opinion dissidente, que la

«spécificité d[e l'affaire à l'examen] résid[ait] en ceci que le demandeur a[vait] tenté [non pas de reformuler la demande qu'il avait soumise à la Cour dans sa requête, mais] de *substituer* à la formulation initiale de [cette] demande [originelle] le libellé, nouveau et manifestement distinct, d'une demande en rapport avec le différend existant» (*ibid.*, opinion dissidente de M. le juge Owada, p. 722, par. 6).

16. L'élément déterminant de l'arrêt sur ce point réside en ceci que la Cour a estimé que, «bien qu'elle repos[ât] sur des fondements juridiques différents, la nouvelle demande se rapport[ait] toujours à la délimitation du plateau continental» (*ibid.*, p. 665, par. 111). Il est donc logique de penser que la Cour, en admettant la recevabilité de la conclusion du Nicaragua, estimait qu'il lui faudrait dûment traiter au fond, dans son arrêt, l'ensemble des questions soulevées par la demande reformulée.

C. Ce que la Cour a en fait tranché dans son arrêt de 2012

17. L'on peut ainsi considérer que la Cour, en 2012, a jugé *recevable, du point de vue de la procédure*, la nouvelle formulation de la conclusion énoncée par le demandeur, avec pour implication juridique qu'il lui faudrait en examiner la substance dans le cadre de l'arrêt au fond. Toutefois, la Cour n'était pas alors à même de se livrer à un tel examen, et elle s'en est de fait abstenue. Comme le révèle clairement le texte final de l'arrêt de 2012, elle a en définitive estimé qu'elle n'était pas, au stade où elle se trouvait, «en mesure» d'examiner du point de vue du fond la demande du

Nicaragua tendant à la délimitation d'un plateau continental étendu (*C.I.J. Recueil 2012 (II)*, p. 669, par. 129). Je souhaiterais revenir sur plusieurs raisons qui lui interdisaient nécessairement de se prononcer définitivement au fond sur cette demande.

i) Le raisonnement développé dans la partie IV de l'arrêt

18. La position de la Cour se dégage en premier lieu clairement du raisonnement exposé dans la partie IV de l'arrêt. Ayant conclu, dans la partie précédente, à la recevabilité de la demande du Nicaragua tendant à la délimitation d'un plateau continental au-delà de 200 milles marins, la Cour passe à l'«examen» de cette demande (*ibid.*, p. 665). Toutefois, au moment d'entamer cet examen, elle prend soin de préciser dès l'abord que c'est à la «question de savoir si elle est *en mesure de tracer*» la délimitation du plateau continental proposée par le Nicaragua qu'elle va s'intéresser (*ibid.*, p. 665, par. 113; les italiques sont de moi).

19. Cette précision liminaire donnerait à penser que la Cour n'était pas nécessairement prête à se livrer à l'examen rigoureux des questions en jeu auquel il lui eût fallu procéder pour pouvoir se prononcer au fond de manière définitive sur la substance de la demande. Elle reproduit certes dans son arrêt les arguments avancés de part et d'autre, mais s'abstient clairement de les soumettre à une analyse indépendante. Elle fait état de certains points d'accord entre les Parties, des principaux arguments du Nicaragua quant au fond de sa demande de plateau continental étendu (*ibid.*, p. 666-667, par. 119-121), et de ceux que la Colombie lui oppose (*ibid.*, p. 667-668, par. 122-124), et, plus précisément, rappelle les allégations de chacune des Parties en ce qui concerne: *a*) l'existence, d'un point de vue factuel, d'un plateau continental étendu en tant que prolongement naturel du continent nicaraguayen dans la mer des Caraïbes; *b*) la question de savoir si les procédures prévues à l'article 76 de la convention des Nations Unies sur le droit de la mer (ci-après la «CNUDM») trouvent à s'appliquer; *c*) la méthode à appliquer pour délimiter la zone de chevauchement de portions de plateau continental, l'une des méthodes préconisées étant fondée sur le critère du prolongement naturel et l'autre, sur celui de la distance. En revanche, elle n'entreprend pas d'analyser ou d'examiner ces allégations pour se forger sa propre opinion sur les questions ainsi soulevées concrètement.

20. Il est intéressant de relever que la Cour, dans son arrêt de 2012, ne s'est pas, en ce qui concerne la demande du Nicaragua, contentée de reproduire les arguments avancés par chacune des Parties. Mais elle s'est bornée, à propos des moyens invoqués par le Nicaragua à l'appui de sa demande visant la délimitation d'un plateau continental s'étendant au-delà de 200 milles marins, à confirmer que, dans la jurisprudence, il n'avait jamais été «question de déterminer les limites extérieures d'un plateau continental au-delà de 200 milles marins», en relevant que le Nicaragua lui-même avait manqué d'établir l'existence d'un quelconque précédent où cette question se fût posée (*ibid.*, p. 668, par. 125).

21. Il est certain que, s'agissant d'une demande telle que celle qui se trouve ici en cause, relative à un droit à un plateau continental s'étendant au-delà de 200 milles marins, force est d'examiner et de prendre en compte nombre de faits et d'éléments juridiques complexes pour pouvoir se prononcer de manière concluante sur les droits et devoirs mis en jeu. Typiquement, pareil examen suppose notamment de procéder: *a*) à une inspection rigoureuse des formations géologiques et géomorphologiques de la zone en litige, en vue d'établir le cas échéant l'existence de droits concurrents entre le Nicaragua et la Colombie, et *b*) à une vérification de l'exactitude des prétentions du Nicaragua quant à l'existence de la marge continentale et à ses limites; ainsi que de déterminer *c*) si la Cour peut retenir une ligne médiane comme méthode de délimitation des zones de chevauchement des prétentions de la Colombie (fondées sur le principe de la distance) et du Nicaragua (fondées sur le principe du prolongement naturel), comme le propose celui-ci; *d*) si l'article 76 de la CNUDM, et notamment les dispositions de ses paragraphes 4-9, est applicable dans son ensemble; et enfin *e*) si la Commission des limites du plateau continental doit avoir examiné la demande avant que la Cour ne puisse procéder à la délimitation.

22. Toutefois, dans l'arrêt de 2012, après avoir évoqué les arguments avancés de part et d'autre, et sans les analyser plus avant, la Cour écrit simplement qu'elle «n'est pas en mesure de délimiter les portions du plateau continental relevant de chacune des Parties, comme le lui demande le Nicaragua, même en utilisant la formulation générale proposée par ce dernier» (*C.I.J. Recueil 2012 (II)*, p. 669, par. 129). Elle en décide ainsi sans avoir soumis les questions factuelles et juridiques à l'examen au fond qu'il lui eût fallu mener à bien pour pouvoir se prononcer sur le droit revendiqué. Elle ne fait qu'une brève référence au fait que «le Nicaragua n'a ... pas, dans [l']instance [en question], apporté la preuve que sa marge continentale s'étend[ait au-delà de] 200 milles marins», sans du tout préciser quelles en sont les implications du point de vue de la charge de la preuve (*ibid.*).

23. Dans ces circonstances, l'obligation imposée au Nicaragua par l'article 76 de la CNUDM à laquelle la Cour fait référence ne doit pas, selon moi, être considérée comme étant de nature purement procédurale. Le raisonnement montre au contraire clairement que la condition consistant à soumettre des informations à la Commission des limites du plateau continental prévue à l'article 76 est un élément déterminant, indispensable pour permettre à la Cour de trancher les questions soulevées par les Parties. Il ne peut être procédé à une délimitation en l'absence de chevauchement de droits, et le Nicaragua doit donc établir l'existence de son droit à un plateau continental s'étendant au-delà de 200 milles marins. Pour ce faire, il peut, et il lui faut, soumettre des informations détaillées à la Commission des limites du plateau continental, exigence qui — quoique d'aucuns puissent en penser — n'est pas une simple exigence procédurale.

24. Dans ces circonstances, il me paraît impossible de tirer de la partie IV de l'arrêt de 2012 la conclusion très générale que la Cour aurait

rendu une décision définitive et contraignante au fond qui pourrait être tenue pour chose jugée. Au contraire, voici ce qu'elle a dit :

«Compte tenu de ce qui précède, il n'y a pas lieu pour la Cour d'examiner l'un quelconque des autres arguments avancés par les Parties, comme celui de savoir si la délimitation d'une zone de chevauchement de droits dans laquelle l'une des parties revendique un plateau continental étendu est susceptible de porter atteinte au droit à un plateau continental dont l'autre partie peut se prévaloir sur une distance de 200 milles marins.» (*C.I.J. Recueil 2012 (II)*, p. 669-670, par. 130.)

C'est au terme de ce raisonnement que la Cour reprend dans le dispositif de l'arrêt de 2012 la conclusion à laquelle elle était déjà parvenue à la fin de la partie IV de cet arrêt, à savoir «qu'elle ne peut accueillir la demande formulée par la République du Nicaragua au point I. 3) de ses conclusions finales» (*ibid.*, p. 719, par. 251 3)).

ii) L'économie de l'arrêt de 2012

25. En second lieu, la position de la Cour ressort clairement de la différence de traitement que celle-ci réserve dans son arrêt de 2012 *a)* à la demande du Nicaragua tendant à la délimitation de son plateau continental au-delà de 200 milles marins de sa côte (partie IV), d'une part, et *b)* à la délimitation de la frontière maritime entre les espaces auxquels son continent donne droit au Nicaragua, et ses îles, à la Colombie (partie V), d'autre part.

26. La structure de l'arrêt de 2012 — et, en particulier, la séparation et la juxtaposition des raisonnements et décisions qui figurent dans les parties IV et V — atteste que la Cour ne s'est pas définitivement prononcée au fond sur la demande formulée par le Nicaragua au point I. 3) de ses conclusions finales. Comme il a été indiqué ci-dessus, dans la partie IV, la Cour s'en tient à dessein à l'analyse des arguments juridiques avancés de part et d'autre. Elle se garde ainsi de procéder à l'examen au fond de la demande matérielle elle-même; en même temps, elle dissocie formellement cette partie de son raisonnement et l'analyse autrement plus détaillée qu'elle consacre, dans la partie V, à la demande relative à la délimitation de la zone maritime pertinente entre les deux Etats en présence.

27. Il en résulte un net contraste dans le traitement que la Cour réserve aux deux catégories distinctes de demandes relatives au plateau continental, dans les parties IV et V de l'arrêt respectivement. Dans la seconde, justement intitulée «La frontière maritime», la Cour examine du point de vue du fond toutes les questions que soulève la répartition des espaces maritimes dont chacune des Parties pouvait se prévaloir. Il semblerait que, au lieu d'en faire autant pour la demande formulée par le Nicaragua au point I. 3) de ses conclusions finales, qui impliquait de déterminer le tracé d'une frontière maritime suivant une ligne médiane entre les côtes continentales des deux Parties, la Cour se soit uniquement focalisée sur la

délimitation dans la zone de chevauchement des espaces maritimes auxquels donnent droit, dans le cas du Nicaragua, sa côte continentale et, dans celui de la Colombie, les îles que celle-ci possède au large de la côte nicaraguayenne. Rappelons que ces deux demandes parallèles du Nicaragua, dites *a)* et *b)* au paragraphe 25 ci-dessus, recouvrent des formations géologiques et géomorphologiques totalement distinctes, de sorte que la Cour s'est trouvée contrainte d'appliquer des règles de droit international coutumier entièrement différentes.

28. Dans la partie V, la Cour ne s'est pas fait faute d'examiner les éléments de preuve présentés par les Parties, avant de tracer la frontière maritime conformément à une jurisprudence bien établie en matière de délimitation du plateau continental dans les cas où des Etats peuvent se prévaloir sur celui-ci de droits maritimes concurrents, c'est-à-dire suivant la démarche en trois étapes précisée en l'affaire de la *Délimitation maritime en mer Noire (Roumanie c. Ukraine)* (arrêt, C.I.J. Recueil 2009, p. 89, par. 78). Il est clair que la conclusion formulée au point 4) du dispositif de l'arrêt de 2012 est une décision définitive et contraignante de la Cour et, partant, qu'elle est chose jugée. Il semble non moins clair que, lue à la lumière du raisonnement exposé dans la partie IV, la déclaration qui figure au point 3) du dispositif n'est pas un prononcé par lequel la Cour aurait tranché de manière concluante la question mise en cause par le Nicaragua au point I. 3) de ses conclusions finales et, partant, qu'elle ne peut être considérée comme revêtue de cette même autorité (*Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012 (II), p. 719, par. 251 3)).

29. A la lumière de l'ensemble de ces considérations, force est de conclure que c'est délibérément que la Cour a consacré aux deux questions deux parties distinctes (IV et V), et ce, parce qu'elle ne souhaitait pas à ce stade se livrer à un examen substantiel du fond de la demande formulée par le Nicaragua au point I. 3) de ses conclusions finales.

iii) La charge de la preuve

30. Enfin, d'aucuns pourraient penser que la Cour, dans l'arrêt de 2012, s'est bel et bien prononcée au fond sur la demande formulée par le Nicaragua au point I. 3) de ses conclusions finales, rejetant celle-ci au motif que le demandeur ne s'était pas acquitté de la charge de la preuve qui lui incombait à cet égard. Il est incontestable que, dans le cadre strictement contentieux de la procédure généralement admise par la Cour — et abstraction faite de la question de l'opportunité d'une telle approche s'agissant d'instances soumises à cette institution —, la charge de la preuve, et donc le poids du risque, pèse lourdement sur les épaules du demandeur (*onus probandi incumbit actori*) (*Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2010 (I), p. 71, par. 162). Peut dès lors être tenu pour admis le principe voulant que la responsabilité incombant à celui-ci d'établir le bien-fondé de sa prétention est telle qu'un manquement de sa part à établir un seul point déter-

minant pourra, dans certains cas, vouer à l'échec sa demande tout entière. La question se pose alors de savoir si, eu égard aux circonstances complexes que j'ai tenté de dépeindre ici, tel est le cas en l'espèce.

31. Il semblerait malavisé de conférer à la charge de la preuve un poids aussi déterminant en la présente espèce, quand, pour ce qui est des faits, la Cour, dans son arrêt de 2012, s'est contentée de dire que «le Nicaragua n'a[vait] pas, dans [l']instance [en question], apporté la preuve que sa marge continentale s'étend[ait] suffisamment loin pour chevaucher le plateau continental dont la Colombie p[ouvait] se prévaloir sur 200 milles marins à partir de sa côte continentale» (*Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012 (II), p. 669, par. 129). Conclure, sur la base d'un exposé des faits aussi succinct, que le Nicaragua a manqué en droit de s'acquitter de la lourde charge de la preuve lui incombant me semble revenir à «solliciter» à l'excès ce *dictum* — d'autant que celui-ci pourrait légitimement être interprété comme étayant le point de vue de la Cour selon lequel elle n'était pas alors «en mesure» de procéder à l'examen au fond de la demande, la Commission des limites du plateau continental n'ayant pas reçu les informations complètes requises. Il semble clair, d'après ce contexte, que ce n'étaient pas simplement l'insuffisance ou l'absence de preuves qui étaient en cause dans l'arrêt de 2012. C'est la raison pour laquelle je considère que la troisième exception préliminaire de la Colombie devait être rejetée.

D. Conclusion

32. En conclusion, lorsqu'elle est saisie d'une question relative à la force obligatoire s'attachant à l'un de ses précédents arrêts, la Cour doit

«opérer une distinction entre, premièrement, les questions qui ont été tranchées, le cas échéant implicitement, avec force de chose jugée; deuxièmement, les questions accessoires ou subsidiaires, ou *obiter dicta*; troisièmement, celles qui n'ont pas été tranchées du tout» (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2007 (I), p. 95, par. 126).

Bien que, en raison des termes employés dans le dispositif, l'arrêt de 2012 ait pu quelque peu prêter à confusion, le contexte dans lequel le Nicaragua avait initialement demandé la délimitation d'un plateau continental au-delà de 200 milles marins, ainsi que le traitement réservé à cette demande, m'amène à penser que la Cour n'est pas parvenue à une conclusion finale et définitive qui lierait les Parties en tant que chose jugée. À la lumière de ces éléments de contexte, il est selon moi erroné d'inférer de manière automatique et quelque peu facile que la Cour a, dans son arrêt de 2012, tranché la demande formulée par le Nicaragua au point I. 3) de ses conclusions finales du seul fait qu'elle a, dans le dispositif, estimé «ne p[ouvoir] accueillir la[dite] demande», que ce soit parce que le Nicaragua n'avait pas fourni d'éléments de preuve suffisants à l'appui de sa demande

ou pour toute autre raison (*Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2012 (II)*, p. 719, par. 251 3)). La Cour n'a pas rejeté la demande au fond.

II. QUESTION DE SAVOIR SI LA COLOMBIE PEUT SE PRÉVALOIR DE LA CNUDM À L'ÉGARD DU NICARAGUA

33. Je voudrais par ailleurs revenir sur un point concernant la manière dont la Cour appréhende le rôle de la Commission des limites du plateau continental, qui se trouve être particulièrement pertinent aux fins de la cinquième exception préliminaire de la Colombie. Etant donné que je souscris au raisonnement développé par la Cour dans l'arrêt, ce propos pourrait paraître quelque peu oiseux, mais il est important de l'examiner sur le plan des principes, s'agissant du droit applicable en la présente espèce. Dans sa cinquième exception préliminaire, la Colombie soutient que la demande de délimitation que le Nicaragua fonde sur son droit à un plateau continental étendu est irrecevable parce que le Nicaragua n'a pas obtenu la recommandation de la Commission des limites du plateau continental requise par l'article 76 de la CNUDM. La question qui se pose est celle de savoir si la Colombie, qui n'est pas partie à la CNUDM, peut se prévaloir de celle-ci à l'égard du Nicaragua, qui, lui, l'est.

34. Il est constant que, conformément à l'article 26 de la convention de Vienne sur le droit des traités, «[t]out traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi», règle dont le corollaire obligé, énoncé à l'article 34 de la même convention, est qu'«[u]n traité ne crée ni obligations ni droits pour un Etat tiers sans son consentement» — soit le principe de *res inter alios acta*. Même avant l'adoption de la convention de Vienne, cette règle avait été consacrée dans la jurisprudence de la Cour. La Cour permanente de Justice internationale avait ainsi jugé qu'«[u]n traité ne fai[sait] droit qu'entre les Etats qui y [étaient] parties; dans le doute, des droits n'en découl[aient] pas en faveur d'autres Etats» (*Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise, fond, arrêt n° 7, 1926, C.P.I.J. série A n° 7, p. 29*). Dans l'affaire du *Plateau continental de la mer du Nord (République fédérale d'Allemagne/Danemark; République fédérale d'Allemagne/Pays-Bas)*, la Cour était appelée à examiner la question de savoir si l'article 6 de la convention de Genève sur le plateau continental — et, plus particulièrement, les règles régissant la délimitation du plateau continental entre Etats limitrophes — était opposable à la République fédérale d'Allemagne, qui n'était pas partie à la convention. Elle a relevé que, dès lors que l'Allemagne avait signé mais non ratifié cette dernière, l'article 6 n'était «pas applicable en tant que tel aux délimitations visées» dans l'affaire en question, et la convention, «pas opposable à la République fédérale [d'Allemagne]» (*Plateau continental de la mer du Nord (République fédérale d'Allemagne/Danemark; République fédérale d'Allemagne/Pays-Bas)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1969*, p. 27, par. 34;

p. 46, par. 83). En d'autres termes, une convention ratifiée par un Etat n'est pas opposable à un Etat tiers.

35. Dans le présent contexte, la Cour se trouve dans une situation où la Colombie, qui n'est pas partie à la convention, tente d'invoquer les dispositions de son article 76 à l'encontre du Nicaragua, qui, lui, l'est. La Colombie semble affirmer, sans être partie à la convention, que le Nicaragua, qui y est partie, est tenu d'en exécuter les dispositions sans qu'il y ait obligation de sa part à se soumettre à ses nombreuses prescriptions. Bien que le Nicaragua ne soit pas partie à la convention de Vienne sur le droit des traités, et que la Cour n'ait jamais affirmé que l'article 34 de cette convention refléterait une règle coutumière de droit international, sa jurisprudence permet de soutenir que la Colombie ne saurait se prévaloir de l'article 76 à l'égard du Nicaragua.

36. Bien sûr, une règle codifiée par un accord international peut lier un Etat qui n'a pas ratifié celui-ci à d'autres titres. Une telle règle peut ainsi être appliquée et opposable à un Etat tiers, lorsqu'il s'agit d'une règle de droit international coutumier. Aux fins de la présente espèce, la question clef est donc celle de savoir si les dispositions de la CNUDM sur lesquelles fait fond la Colombie dans sa cinquième exception préliminaire — à savoir l'article 76 dans sa totalité — pourraient être opposables au Nicaragua.

37. La situation serait, d'un point de vue juridique, très différente si la Cour devait affirmer, comme elle l'a fait dans son arrêt de 2012, que le Nicaragua, en tant que partie à la convention, et pour établir qu'il possède en effet un plateau continental s'étendant au-delà de 200 milles marins de sa côte continentale et susceptible de générer des droits entrant en concurrence avec ceux de la Colombie, est tenu d'exécuter l'obligation lui incombant en vertu des dispositions de l'article 76, et le prier de ce faire en préalable à l'accomplissement de sa propre tâche. Dans son arrêt de 2012, la Cour a mis en lumière cette question, indiquant que, «la Colombie n'étant pas partie à la CNUDM, seul le droit international coutumier p[ouvait] s'appliquer à l'égard de la délimitation maritime sollicitée par le Nicaragua», mais sans aller au-delà de ce constat : «[L]a définition du plateau continental énoncée au paragraphe 1 de l'article 76 de la CNUDM fait partie du droit international coutumier.» Selon elle, il était clair que «point n'[était] besoin pour elle de déterminer si d'autres dispositions de l'article 76 de la CNUDM f[aisaient] partie du droit international coutumier» (*Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012 (II), p. 666, par. 114, 118).

38. Selon cette logique, la Cour, dans le présent arrêt, qui, selon moi, procède d'une juste interprétation de l'arrêt de 2012, affirme qu'elle n'a pas alors rejeté au fond la demande relative au plateau continental étendu, mais simplement indiqué qu'elle n'était «pas en mesure» de se prononcer définitivement sur cette demande, le Nicaragua n'ayant pas soumis à la Commission des limites du plateau continental les informations requises en vertu du paragraphe 8 de l'article 76 de la CNUDM. Pour parvenir à ce constat, la Cour, dans son arrêt de 2012, n'a pas dit que cette disposi-

tion avait valeur de règle coutumière de droit international, bien qu'elle eût indiqué plus en amont que le droit applicable était le droit international coutumier. Elle a certes renvoyé au *dictum* qu'elle avait formulé dans l'affaire du *Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Honduras)*, mais celui-ci impliquait un différend entre deux Etats parties à la CNUDM et, partant, l'application du droit conventionnel. C'est autre chose pour la Cour que d'affirmer que le Nicaragua, en tant que partie à la CNUDM, est lié par l'article 76 de celle-ci indépendamment de la question de savoir si la Colombie y est également partie. Or, la Cour, soulignant que la convention avait «pour objet d'établir «un ordre juridique pour les mers et les océans»», a fait précisément cela, concluant que, «[e]u égard à l'objet et au but de la CNUDM, tels qu'exposés dans son préambule, le fait que la Colombie n'y soit pas partie n'exon[érait] pas le Nicaragua des obligations qu'il tient de l'article 76 de cet instrument» (*C.I.J. Recueil 2012 (II)*, p. 669, par. 126).

39. Ce prononcé peut être admis comme fondé en droit, pour ce qui est de la relation entre le Nicaragua et la Cour. Mais la question devient tout autre en termes de droit applicable dès lors qu'il s'agit de savoir si la Colombie, en tant qu'Etat non partie à la convention, peut faire grief au Nicaragua de ne s'être pas conformé aux dispositions de l'article 76. En tout état de cause, l'important est que, au présent stade de la procédure, la Cour n'y répond ni par l'affirmative ni par la négative. Si je souscris au raisonnement qui la conduit à rejeter la cinquième exception préliminaire de la Colombie, j'estime qu'il existe une raison supplémentaire de ce faire : les dispositions pertinentes de l'article 76 de la CNUDM ne peuvent être invoquées à l'égard du Nicaragua par la Colombie, à moins que celle-ci ne puisse établir qu'il s'agit de règles de droit international coutumier.

(Signé) Hisashi OWADA.
