

DECLARATION OF JUDGE ROBINSON

As set out in joint dissent, Colombia's third preliminary objection should be upheld — Declaration elaborates on a particular point of concern — The majority's interpretation results in the application of law in a way that overrides an elementary principle of the Law of Treaties — Rights and obligations under a treaty apply only in relation to other States parties unless also part of customary international law — Application of a treaty between a State party and a non-State party compromises the principles of sovereignty and equality — 2012 Judgment clear that customary international law applied between the Parties — Article 76 (8) of UNCLOS sets up a régime that is special, contractual and confined to States parties to UNCLOS — Majority invents a "condition" which results in application of treaty obligations between a State party and a non-State party — Incompatible with régime envisaged by Law of Treaties.

1. I have signed the joint dissent because, for the reasons set out therein, I am of the opinion that Colombia's third preliminary objection should be upheld. The Court "has already adjudicated" Nicaragua's request in *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)* (*Judgment, I.C.J. Reports 2012 (II)*), p. 624, hereinafter referred to as the "2012 Judgment") (see paragraph 47 of the Judgment) and Nicaragua's request is thus *res judicata*.

2. I write this declaration to elaborate further upon a particular concern that arises from today's Judgment, in which the majority embraces and applies dicta contained within the 2012 Judgment in such a way as to override an elementary principle of the Law of Treaties.

3. It is a foundational principle of the Law of Treaties that the rights and obligations under a treaty arise and apply only in relation to other States parties¹. The obligations and rights do not apply to non-States parties unless either, the States parties intend this to be the case and the

¹ Sir Gerald Fitzmaurice in his Draft Report on Article 3 (*pacta tertiis nec nocent nec prosunt*) of the proposed Convention on the Law of Treaties said as follows: "1. By virtue of the principles *pacta tertiis nec nocent nec prosunt* and *res inter alios acta*, and also of the principle of the legal equality of all sovereign independent States . . . a State cannot in respect of a treaty to which it is not a party: (a) [i]ncur obligations or enjoy rights under the treaty . . .", Part II of the proposed second chapter (effects of treaties) on the effects of treaties in relation to third States with commentaries. Fifth Report of the Special Rapporteur, Sir Gerald Fitzmaurice, (12th session of the ILC, 1960), A/CN.4/130, *Yearbook of the International Law Commission*, 1960, Vol. II, pp. 75-76.

DÉCLARATION DE M. LE JUGE ROBINSON

[Traduction]

Désaccord avec le rejet de la troisième exception préliminaire de la Colombie, comme exposé dans l'opinion dissidente commune — Présente déclaration insistant sur un problème particulier — Interprétation de la majorité conduisant à appliquer le droit d'une manière qui méconnaît un principe élémentaire du droit des traités — Droits et obligations énoncés dans un traité ne s'appliquant qu'à l'égard des autres Etats parties à cet instrument, sauf à relever également du droit international coutumier — Application d'un traité entre un Etat partie et un Etat non partie compromettant les principes de souveraineté et d'égalité — Arrêt de 2012 indiquant clairement que s'appliquait entre les Parties le droit international coutumier — Paragraphe 8 de l'article 76 de la CNUDM établissant un régime spécifique et contractuel, réservé aux Etats Parties à la convention — Majorité inventant une « condition » qui aboutit à l'application d'obligations conventionnelles entre un Etat partie et un Etat non partie à l'instrument en cause — Incompatibilité avec le régime prévu par le droit des traités.

1. Si je me suis associé à l'opinion dissidente commune dont l'exposé est joint au présent arrêt, c'est parce que j'estime, pour les raisons qui sont développées dans cet exposé, que la troisième exception préliminaire de la Colombie aurait dû être retenue. En effet, la Cour a « déjà statué sur » la demande du Nicaragua dans l'affaire du *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)* (arrêt, C.I.J. Recueil 2012 (II), p. 624, ci-après l'« arrêt de 2012 ») (voir le paragraphe 47 de l'arrêt), et cette demande tombe donc sous le coup de l'autorité de la chose jugée.

2. La présente déclaration a pour objet de mettre l'accent sur un problème particulier que soulève l'arrêt rendu en l'espèce, dans lequel la majorité fait siens certains *dicta* de celui de 2012 et les applique d'une manière qui revient à méconnaître un principe élémentaire du droit des traités.

3. Il est un principe fondateur du droit des traités que les droits et les obligations énoncés dans un tel instrument ne s'appliquent qu'aux Etats qui y sont parties¹ et non aux Etats qui n'y sont pas parties, à moins que les premiers entendent qu'il en soit ainsi et que les seconds y

¹ Dans son rapport sur l'article 3 (*pacta tertiis nec nocent nec prosunt*) du projet de convention sur le droit des traités, sir Gerald Fitzmaurice a indiqué ce qui suit : « 1. En vertu des principes *pacta tertiis nec nocent nec prosunt* et *res inter alios acta*, comme du principe de l'égalité juridique de tous les Etats souverains indépendants ... un Etat ne peut pour ce qui est d'un traité auquel il n'est pas partie : a) Encourir d'obligations ni jouir de droits en vertu du traité... », deuxième partie du projet de chapitre II (effets des traités) sur les effets des traités à l'égard des Etats tiers avec commentaires, cinquième rapport de sir Gerald Fitzmaurice, rapporteur spécial (douzième session de la CDI, 1960), doc. A/CN.4/130, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1960, vol. II, p. 71.

non-States parties consent², or the relevant rights and obligations also form part of customary international law³.

4. Treaties are binding on States because they have so consented. This consent is an expression of the principles of sovereignty and equality of States⁴. In giving their consent, States agree to respect the obligations, and benefit from the corollary rights, vis-à-vis other States parties to the treaty. The Permanent Court of International Justice emphasized that: “[a] treaty only creates law as between the States which are parties to it; in case of doubt, no rights can be deduced from it in favour of third States”⁵. Therefore to apply a treaty between a State party and a non-State party compromises the principles of sovereignty and equality of States. The State party has not agreed to be bound by the treaty in its relationship with a non-State party.

5. This principle seems to have been overlooked in today’s Judgment, where the majority reads the 2012 Judgment as imposing a “prerequisite” or a “condition”, pursuant to Article 76 (8) of UNCLOS, for the delimitation of extended continental shelf entitlements between Nicaragua and Colombia.

6. In its analysis of the 2012 Judgment, paragraph 82 of today’s Judgment reads:

“[Paragraph 129 of the 2012 Judgment] must be read in the light of those preceding it in the reasoning of the 2012 Judgment

.....
Thirdly, what the Court did emphasize was the obligation on

² See, e.g., Articles 34-36 of the Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT). Article 34 emphasizes that “[a] treaty does not create either obligations or rights for a third State [a State not party to the treaty] without its consent”. Article 35 states: “An obligation arises for a third State from a provision of a treaty if the parties to the treaty intend the provision to be the means of establishing the obligation and the third State expressly accepts that obligation in writing.” Article 36 states:

“(1) A right arises for a third State from a provision of a treaty if the parties to the treaty intend the provision to accord that right either to the third State, or to a group of States to which it belongs, or to all States, and the third State assents thereto. Its assent shall be presumed so long as the contrary is not indicated, unless the treaty otherwise provides.

(2) A State exercising a right in accordance with paragraph 1 shall comply with the conditions for its exercise provided for in the treaty or established in conformity with the treaty.”

³ Article 38 of the VCLT states: “Nothing in Articles 34 to 37 precludes a rule set forth in a treaty from becoming binding upon a third State as a customary rule of international law, recognized as such.”

⁴ *S.S. “Wimbledon”, Judgments, 1923, P.C.I.J., Series A, No. 1*, p. 25: “the right of entering into international engagements is an attribute of State sovereignty”.

⁵ *Certain German Interests in Polish Upper Silesia, Merits, Judgment No. 7, 1926, P.C.I.J., Series A, No. 7*, p. 29. The French version reads: “Un traité *ne fait droit* qu’entre les Etats qui y sont parties; dans le doute, des droits n’en découlent pas en faveur d’autres Etats.” (Emphasis added.)

consentent², ou que les droits et les obligations en question relèvent également du droit international coutumier³.

4. Les traités lient les Etats car ceux-ci y ont consenti. Ce consentement est l'expression des principes de souveraineté et d'égalité des Etats⁴. En donnant leur consentement, ces derniers acceptent de s'acquitter des obligations que le traité leur impose à l'égard des autres Etats parties et jouissent des droits qui en sont le corollaire. La Cour permanente de Justice internationale a ainsi souligné qu'«[u]n traité ne fai[sait] droit qu'entre les Etats qui y [étaient] Parties; dans le doute, des droits n'en découlent pas en faveur d'autres Etats»⁵. Le fait d'appliquer un traité entre un Etat partie à celui-ci et un Etat qui n'y est pas partie compromet donc les principes de souveraineté et d'égalité des Etats. En effet, l'Etat partie n'a pas accepté de se trouver lié par le traité en question à l'égard d'un Etat non partie à cet instrument.

5. La majorité semble avoir fait fi de ce principe dans le présent arrêt, puisqu'elle y interprète celui de 2012 comme imposant à la délimitation des portions du plateau continental étendu relevant respectivement du Nicaragua et de la Colombie un «préalable» ou une «condition» qui découle du paragraphe 8 de l'article 76 de la CNUDM.

6. Dans l'analyse de sa décision de 2012 à laquelle elle se livre au paragraphe 82 du présent arrêt, la Cour affirme ce qui suit :

«[Le paragraphe 129 de l'arrêt de 2012] doit être lu à la lumière de ceux qui le précèdent, dans les motifs de l'arrêt de 2012

.....
Troisièmement, ce sur quoi la Cour a mis l'accent, en revanche, c'est

² Voir, par exemple, les articles 34 à 36 de la convention de Vienne sur le droit des traités. L'article 34 insiste sur le fait qu'«[u]n traité ne crée ni obligations ni droits pour un Etat tiers [un Etat non partie au traité] sans son consentement». L'article 35 prévoit qu'«[u]ne obligation naît pour un Etat tiers d'une disposition d'un traité si les parties à ce traité entendent créer l'obligation au moyen de cette disposition et si l'Etat tiers accepte expressément par écrit cette obligation». Quant à l'article 36, il est ainsi libellé :

«1. Un droit naît pour un Etat tiers d'une disposition d'un traité si les parties à ce traité entendent, par cette disposition, conférer ce droit soit à l'Etat tiers ou à un groupe d'Etats auquel il appartient, soit à tous les Etats, et si l'Etat tiers y consent. Le consentement est présumé tant qu'il n'y a pas d'indication contraire, à moins que le traité n'en dispose autrement.

2. Un Etat qui exerce un droit en application du paragraphe 1 est tenu de respecter, pour l'exercice de ce droit, les conditions prévues dans le traité ou établies conformément à ses dispositions.»

³ L'article 38 de la convention de Vienne sur le droit des traités se lit comme suit : «Aucune disposition des articles 34 à 37 ne s'oppose à ce qu'une règle énoncée dans un traité devienne obligatoire pour un Etat tiers en tant que règle coutumière de droit international reconnue comme telle.»

⁴ *Vapeur Wimbledon, arrêts, 1923, C.P.J.I. série A n° 1*, p. 25 : «la faculté de contracter des engagements internationaux est précisément un attribut de la souveraineté de l'Etat».

⁵ *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise, fond, arrêt n° 7, 1926, C.P.J.I. série A n° 7*, p. 29. La version anglaise se lit comme suit : «A treaty only creates law as between the States which are parties to it; in case of doubt, no rights can be deduced from it in favour of third States.» (Les italiques sont de moi.)

Nicaragua, as a party to UNCLOS, to submit information on the limits of the continental shelf it claims beyond 200 nautical miles, in accordance with Article 76, paragraph 8, of UNCLOS, to the CLCS. It is because, at the time of the 2012 Judgment, Nicaragua had not yet submitted such information that the Court concluded, in paragraph 129 that ‘Nicaragua, in the present proceedings has not established that it has a continental margin that extends far enough to overlap with Colombia’s 200-nautical-mile entitlement to the continental shelf, measured from Colombia’s mainland coast.’”

Paragraph 84 of today’s Judgment continues:

“It therefore follows that while the Court decided, in subparagraph 3 of the operative clause of the 2012 Judgment, that Nicaragua’s claim could not be upheld, it did so because the latter had yet to discharge its obligation, under paragraph 8 of Article 76 of UNCLOS, to deposit with the CLCS the information on the limits of its continental shelf beyond 200 nautical miles required by that provision and by Article 4 of Annex II of UNCLOS.”

And at paragraph 105:

“Nicaragua was under an obligation, pursuant to paragraph 8 of Article 76 of UNCLOS, to submit information on the limits of the continental shelf it claims beyond 200 nautical miles to the CLCS. The Court held, in its 2012 Judgment, that Nicaragua had to submit such information as a prerequisite for the delimitation of the continental shelf beyond 200 nautical miles by the Court.”

7. As set out in the joint dissent, I believe that this conclusion misconstrues the relevant paragraphs of the 2012 Judgment. The majority interprets the Court’s findings in paragraphs 126 and 127 of the 2012 Judgment in such a way as to result in the application of law that is, in fact, inapplicable between the two Parties.

8. The Court stated quite directly in paragraph 118 of the 2012 Judgment that the applicable law in the case was customary international law, as Colombia was not a State party to UNCLOS. The Court then noted that it considered that the definition of the continental shelf set out in UNCLOS Article 76 (1) formed part of customary international law, and that, it “d[id] not need to decide whether other provisions of Article 76 of UNCLOS form[ed] part of customary international law”.

9. Yet, in paragraph 126 of the 2012 Judgment, the Court seemed to forget its earlier determination that only customary international law applied in the case, when it discussed its dictum in *Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Honduras)* that, “any claim of continental shelf rights

l'obligation qu'avait le Nicaragua, en tant que partie à la CNUDM, de soumettre à la Commission des informations sur les limites du plateau continental qu'il revendique au-delà de 200 milles marins, conformément au paragraphe 8 de l'article 76 de la convention. C'est parce qu'au moment du prononcé de l'arrêt, en 2012, il n'avait pas encore soumis ces informations que la Cour a conclu, au paragraphe 129, que le Nicaragua «[n'avait] pas, dans la présente instance, 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.»

Au paragraphe 84 du présent arrêt, la Cour poursuit ainsi :

«Il en résulte que, si la Cour a décidé, au point 3 du dispositif, qu'elle ne pouvait accueillir la demande du Nicaragua, c'est parce que celui-ci devait encore satisfaire à l'obligation lui incombant en vertu du paragraphe 8 de l'article 76 de la CNUDM de déposer, auprès de la Commission, les informations sur les limites de son plateau continental au-delà de 200 milles marins prévues par cette disposition et par l'article 4 de l'annexe II de la convention.»

Enfin, au paragraphe 105, elle soutient que

«le Nicaragua était dans l'obligation, conformément au paragraphe 8 de l'article 76 de la CNUDM, d'adresser à la Commission les informations sur les limites du plateau continental qu'il revendique au-delà de 200 milles marins. La Cour a jugé, dans son arrêt de 2012, que la communication de ces informations par le Nicaragua était un préalable à la délimitation du plateau continental au-delà de 200 milles marins par la Cour.»

7. Ainsi que cela est indiqué dans l'exposé de l'opinion dissidente commune joint au présent arrêt, j'estime que cette conclusion constitue une interprétation erronée des paragraphes pertinents de l'arrêt de 2012. La majorité interprète en effet les conclusions auxquelles la Cour est parvenue aux paragraphes 126 et 127 de celui-ci d'une manière qui revient à appliquer des règles qui, en réalité, sont inapplicables entre les deux Parties.

8. La Cour a clairement précisé, au paragraphe 118 de son arrêt de 2012, que le droit applicable en l'affaire était le droit international coutumier, étant donné que la Colombie n'était pas partie à la convention des Nations Unies sur le droit de la mer (ci-après la «CNUDM»). Elle a ensuite jugé que la définition du plateau continental énoncée au paragraphe 1 de l'article 76 de cet instrument faisait partie du droit international coutumier et que «point n'[était] besoin pour elle de déterminer s'il en allait de même pour] d'autres dispositions de l'article 76 de la» convention.

9. Pourtant, lorsqu'elle s'est penchée, au paragraphe 126 de son arrêt de 2012, sur le *dictum* qu'elle avait formulé en l'affaire du *Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Honduras)* et selon lequel «toute prétention [d'un Etat partie à la CNUDM] relative à des droits sur le plateau continental

beyond 200 miles [by a State party to UNCLOS] must be in accordance with Article 76 of UNCLOS and reviewed by the Commission on the Limits of the Continental Shelf established thereunder” (*I.C.J. Reports 2007 (II)*, p. 759, para. 319).

Judge Donoghue, in her separate opinion to the 2012 Judgment, noted that she was “troubled that the Court . . . extend[ed] the reasoning of the 2007 *Nicaragua v. Honduras* Judgment to the present case, despite the fact that Colombia is not an UNCLOS State party and customary international law thus governs”⁶.

10. In paragraph 126 of the 2012 Judgment, the Court went on to “recall” that “UNCLOS, according to its Preamble, is intended to establish ‘a legal order for the seas and oceans which will facilitate international communication, and will promote the peaceful uses of the seas and oceans, the equitable and efficient utilization of their resources’”. In the same paragraph, the Court went on to state that “[g]iven the object and purpose of UNCLOS, as stipulated in its Preamble, the fact that Colombia is not a party thereto does not relieve Nicaragua of its obligations under Article 76 of that Convention”.

11. There is a flaw in this reasoning: Article 76 (8) of UNCLOS and the Commission’s procedure in Annex 2 are obviously special, contractual and confined to States parties to UNCLOS. As noted by Judge *ad hoc* Cot in his declaration to the 2012 Judgment, Article 76 (8) institutes a specific procedure that is not accessible by non-States parties to UNCLOS and it is thus “difficult” to view Article 76 (8) as an expression of customary international law⁷. Many other treaties reflect a similar approach, whereby provisions contained in the treaty may mirror norms of customary international law, but particular procedural mechanisms established in respect of those provisions are peculiar to the treaty and States parties to that treaty; for example, generally, the rights set out in the International Covenant on Civil and Political Rights to which persons are entitled and the procedure by which persons may petition the Human Rights Committee alleging a breach of those rights⁸. Mark Villiger makes an interesting argument in this regard. He contends that customary international law rules must be “of an abstract nature, that is potentially regulatory of an abstract number of situations rather than concerning a

⁶ *I.C.J. Reports 2012 (II)*, separate opinion of Judge Donoghue, p. 758, para. 26.

⁷ *Ibid.*, declaration of Judge *ad hoc* Cot, p. 771, para. 19.

⁸ For the procedure see the Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights. See also the petition procedures established under other human rights treaties, for example, Article 44 of the American Convention on Human Rights, Article 34 of the European Convention on Human Rights (“The Court may receive applications from any person, non-governmental organization or group of individuals claiming to be the victim of a violation by one of the High Contracting Parties of the rights set forth in the Convention or the Protocols thereto. The High

au-delà de 200 milles d[avait] être conforme à l'article 76 de la CNUDM et examinée par la Commission des limites du plateau continental constituée en vertu de ce traité» (*C.I.J. Recueil 2007 (II)*, p. 759, par. 319), la Cour a semblé oublier qu'elle venait de conclure que seul le droit international coutumier s'appliquait en l'affaire.

Dans l'exposé de son opinion individuelle joint à l'arrêt de 2012, M^{me} la juge Donoghue s'est d'ailleurs dite «troublée par le fait que la Cour [ait] étend[u] à la présente affaire le raisonnement suivi dans son arrêt de 2007 en l'affaire *Nicaragua c. Honduras*, alors que la Colombie n'[était] pas partie à la CNUDM et que le droit applicable [était] donc le droit international coutumier»⁶.

10. Au paragraphe 126 de son arrêt de 2012, la Cour a poursuivi en «rappel[ant]» que, «aux termes de son préambule, la CNUDM a[vait] pour objet d'établir «un ordre juridique pour les mers et les océans qui facilite les communications internationales et favorise les utilisations pacifiques des mers et des océans [ainsi que] l'utilisation équitable et efficace de leurs ressources»». Dans ce même paragraphe, elle a encore estimé 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».

11. Ce raisonnement pose problème car le paragraphe 8 de l'article 76 de la CNUDM et la procédure devant la Commission des limites du plateau continental, décrite à l'annexe II de cet instrument, sont des dispositions spécifiques et contractuelles, réservées aux Etats parties à la convention. En effet, ainsi que l'a relevé M. le juge *ad hoc* Cot dans la déclaration qu'il a jointe à l'arrêt de 2012, le paragraphe 8 de l'article 76 institue une procédure particulière à laquelle les Etats non parties à la CNUDM n'ont pas accès, et il est donc «difficile» de la considérer comme une expression du droit international coutumier⁷. Nombre d'autres traités sont le fruit d'une approche similaire, certaines de leurs dispositions étant l'expression de normes de droit international coutumier, tandis que les mécanismes procéduraux établis à l'égard de ces dispositions sont spécifiques au traité en question et aux Etats qui y sont parties; à titre d'exemple, je mentionnerai les droits accordés aux personnes physiques dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et la procédure par laquelle celles-ci peuvent présenter une communication au comité des droits de l'homme pour se plaindre d'une violation desdits droits⁸.

⁶ *C.I.J. Recueil 2012 (II)*, exposé de l'opinion individuelle de M^{me} la juge Donoghue, p. 758, par. 26.

⁷ *Ibid.*, déclaration de M. le juge *ad hoc* Cot, p. 771, par. 19.

⁸ S'agissant de la procédure, voir le protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Voir également les procédures de demande établies en vertu d'autres traités relatifs aux droits de l'homme, comme l'article 44 de la convention américaine relative aux droits de l'homme et l'article 34 de la convention européenne des droits de l'homme («La Cour peut être saisie d'une requête par toute personne physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers qui se prétend victime d'une violation par l'une des Hautes Parties contractantes des droits

concrete situation”⁹. Villiger argues that norms of an organization directed at the workings of a specific body could not therefore become rules of customary international law. Such procedural rules are too “concrete”. Though one may question whether Villiger’s analysis is fully reflective of the range of potential characteristics of a rule of customary international law, there can be no doubt that the provision in Article 76 (8) of UNCLOS establishes a procedure that is only open to States parties to UNCLOS.

12. Further, the importance attached by the Court in paragraph 126 of the 2012 Judgment to the phrase it cites from the Preamble of UNCLOS is problematic. While it is true that the Preamble to a treaty forms part of the context for the purpose of the interpretation of that treaty, the Preamble of UNCLOS cannot, by itself, serve to override the principle that the provisions of a treaty are *res inter alios acta* for a non-State party unless they constitute customary international law. In other words, the rights and obligations under UNCLOS cannot be applied so as to benefit or adversely affect a non-State party. Therefore, obligations under UNCLOS are not opposable to Nicaragua in its relationship with Colombia, a non-State party, unless they form part of customary international law. Judge *ad hoc* Mensah also made this point in his declaration to the 2012 Judgment¹⁰:

“I do not believe or agree that the special character of UNCLOS, as set out in its Preamble, makes the rights and obligations of States parties to UNCLOS fundamentally different from the rights and obligations of States parties under other treaties. Specifically, I do not subscribe to the view that the ‘object and purpose of UNCLOS, as stipulated in its Preamble’, in and by themselves, impose on parties to the Convention obligations vis-à-vis other States which have taken a conscious decision not to agree to be bound by that Convention.”

13. It is noteworthy that the aim set out in the Preamble of UNCLOS — to create a world legal order for the seas and oceans — is *expressly* to be achieved with “due regard for the sovereignty of all States”, a phrase omitted from paragraph 126 of the 2012 Judgment. The noble and laud-

Contracting Parties undertake not to hinder in any way the effective exercise of this right.”).

⁹ Mark E. Villiger, *Customary International Law and Treaties*, Kluwer Law International, 2nd ed., 1997, p. 179.

¹⁰ *I.C.J. Reports 2012 (II)*, declaration of Judge *ad hoc* Mensah, p. 765, para. 8.

Mark Villiger a exposé une position intéressante à ce sujet. Il soutient que les règles de droit international coutumier doivent être «de nature abstraite, c'est-à-dire susceptibles de régir un nombre indéterminé de situations, et non viser une situation concrète»⁹. Aussi considère-t-il que les règles adoptées par une organisation pour s'appliquer aux travaux d'une entité particulière — selon lui trop «concrètes» — ne sauraient devenir des règles de droit international coutumier. Bien qu'il soit permis de se demander si l'analyse de M. Villiger reflète pleinement l'éventail des caractéristiques que peut présenter une règle de droit international coutumier, il ne fait aucun doute que la disposition énoncée au paragraphe 8 de l'article 76 de la CNUDM établit une procédure qui n'est ouverte qu'aux seuls Etats parties à la CNUDM.

12. Par ailleurs, l'importance que la Cour attache, au paragraphe 126 de son arrêt de 2012, au membre de phrase tiré du préambule de la CNUDM qu'elle cite pose problème. S'il est vrai que le préambule d'un traité fait partie du contexte servant à l'interprétation de cet instrument, celui de la CNUDM ne saurait, en soi, l'emporter sur le principe suivant lequel les dispositions d'un traité sont *res inter alios acta* à l'égard d'un Etat qui n'y est pas partie, à moins qu'elles ne constituent également des règles de droit international coutumier. Autrement dit, les droits et les obligations énoncés dans la CNUDM ne sauraient être appliqués de sorte à profiter à un Etat non partie à cet instrument ou à le desservir. En conséquence, sauf à ce qu'elles relèvent également du droit international coutumier, les obligations prévues par la CNUDM ne sont pas opposables au Nicaragua dans ses relations avec la Colombie, qui n'est pas partie à cette convention. M. le juge *ad hoc* Mensah a fait cette même observation dans la déclaration qu'il a jointe à l'arrêt de 2012¹⁰:

«Je ne pense ni ne saurais admettre que le caractère spécial de cette dernière, tel qu'énoncé en son préambule, rende les droits et les obligations incombant aux Etats qui y sont parties fondamentalement différents des droits et des obligations contractés par les Etats parties à d'autres traités. En particulier, je ne conçois pas que «l'objet et [le] but de la CNUDM, tels qu'exposés dans son préambule», imposent *per se* aux parties à la convention des obligations vis-à-vis d'Etats ayant délibérément choisi de ne pas consentir à être liés par les dispositions de cet instrument.»

13. Il convient de relever qu'il est *expressément* indiqué dans la CNUDM que le but énoncé dans son préambule — à savoir, créer un ordre juridique mondial pour les mers et les océans — doit être atteint «comme dûment tenu de la souveraineté de tous les Etats», membre de

reconnus dans la Convention ou ses protocoles. Les Hautes Parties contractantes s'engagent à n'entraver par aucune mesure l'exercice efficace de ce droit.»).

⁹ Mark E. Villiger, *Customary International Law and Treaties*, Kluwer Law International, 2^e éd., p. 179.

¹⁰ *C.I.J. Recueil 2012 (II)*, déclaration de M. le juge *ad hoc* Mensah, p. 765, par. 8.

able aim set out in the Preamble cannot be accomplished by disregarding or compromising the principle of State sovereignty. The principle of sovereignty is like a thread woven throughout the fabric of the legal order established by UNCLOS. The failure of the Court to take into account in its analysis the intended balance between the legal order and sovereignty results in the Court exaggerating the importance of the Preamble.

14. Delimitation of the continental shelf of a State party to UNCLOS and a non-State party to UNCLOS should be carried out on the basis of: (i) customary international law, which principally means, by virtue of Article 83 of UNCLOS, an obligation to effect the delimitation “in order to achieve an equitable solution”, and also, that the definition contained in Article 76 (1) of UNCLOS is observed; and (ii) such other rules as the parties may agree to apply, for example, significantly, they could agree to apply the provisions of Articles 76 (2)-(7) (in relation to which there is no general agreement that they form part of customary international law). Delimitation of the continental shelf between States that are not parties to UNCLOS should be carried out on the basis of: (i) customary international law; and (ii) such other rules as the Parties may agree to apply.

15. The majority’s decision today has interpreted the 2012 Judgment as deciding that the Court could not “uphold” Nicaragua’s claim in 2012 because Article 76 (8) of UNCLOS created a “condition” that Nicaragua had to satisfy before the Court could proceed to delimit the continental shelf beyond 200 nautical miles. In paragraphs 86 and 87 of today’s Judgment, the majority finds that as “Nicaragua states that on 24 June 2013 it provided the CLCS with ‘final’ information”, the majority “accordingly considers that the condition imposed by it in its 2012 Judgment in order for it to be able to examine the claim of Nicaragua contained in the final submission I (3) has been fulfilled in the present case”.

16. The disjointed logic of this interpretation is fully discussed in the joint dissent (see Section V of the joint dissent). Further, as discussed therein, why would the Court, in the 2012 Judgment, have explicitly determined that the law applicable between the parties was customary international law, and then, within the same section of reasoning, override this principle by applying as between the parties obligations under a treaty which do not form part of customary international law? This is inherently contradictory. The majority, by its invention of a procedural condition, applies treaty obligations in such a way as to create an asymmetrical relationship between Nicaragua and Colombia; a relationship to which neither State has consented. In so doing, the majority fails to accord due respect to the principles of sovereignty and equality between States.

phrase qui n'est pas reproduit au paragraphe 126 de l'arrêt de 2012. Le noble et louable objectif visé dans ce préambule ne saurait donc être atteint en faisant fi du principe de la souveraineté des Etats ou en y portant atteinte. Ce principe sous-tend la structure tout entière de l'ordre juridique établi par la convention. Le fait que, dans son analyse, la Cour n'ait pas tenu compte de l'équilibre recherché entre cet ordre juridique et la souveraineté des Etats l'a conduite à accorder une importance exagérée au préambule de l'instrument à l'examen.

14. La délimitation du plateau continental entre un Etat partie à la CNUDM et un Etat qui n'y est pas partie doit être effectuée en se fondant sur : i) le droit international coutumier, ce qui signifie essentiellement que, aux termes de l'article 83 de la CNUDM, il faut «aboutir à une solution équitable» et, par ailleurs, que la définition énoncée au paragraphe 1 de l'article 76 de ce même instrument doit être respectée; et ii) les autres règles que les parties conviendraient d'appliquer; il serait ainsi notable que celles-ci décident d'appliquer les dispositions figurant aux paragraphes 2 à 7 de l'article 76 (dont l'appartenance au droit international coutumier ne fait pas consensus). Quant à la délimitation du plateau continental entre des Etats non parties à la CNUDM, elle doit être effectuée sur la base : i) du droit international coutumier; et ii) des autres règles que les parties conviendraient d'appliquer.

15. Suivant l'interprétation de l'arrêt de 2012 faite par la majorité, la Cour n'avait pu «accueillir» alors la demande du Nicaragua car le paragraphe 8 de l'article 76 de la CNUDM créait une «condition» à laquelle celui-ci devait satisfaire avant qu'elle ne puisse procéder à la délimitation du plateau continental au-delà de 200 milles marins. Aux paragraphes 86 et 87 du présent arrêt, la majorité constate que «le Nicaragua a souligné avoir transmis à la Commission [des limites du plateau continental], le 24 juin 2013, les informations «finales»» et «considère, par conséquent, la condition à laquelle [la Cour] a subordonné, dans son arrêt de 2012, l'examen de la demande formulée par le Nicaragua au point I. 3) de ses conclusions finales est remplie dans la présente instance».

16. L'incohérence de cette interprétation fait l'objet d'une analyse exhaustive dans l'exposé de l'opinion dissidente commune joint au présent arrêt (voir la section V de cet exposé). Une autre question qui y est abordée est celle de savoir pourquoi, dans son arrêt de 2012, la Cour a expressément déterminé que le droit applicable entre les parties était le droit international coutumier pour ensuite, dans la même section de l'exposé des motifs, méconnaître ce principe en appliquant entre les parties des obligations énoncées dans un traité et ne relevant pas du droit international coutumier. Cela est en soi contradictoire. La majorité, en inventant ainsi une condition procédurale, applique des obligations conventionnelles d'une manière qui revient à créer une relation asymétrique entre le Nicaragua et la Colombie, relation à laquelle aucun des deux Etats n'a consenti. Ce faisant, elle ne tient pas dûment compte des principes de souveraineté et d'égalité des Etats.

17. It may be argued that the task before the Court today is simply to determine what the Court said in the 2012 Judgment in order to decide whether the question before it is *res judicata*, and not to consider the correctness of findings made in the 2012 Judgment. If a mistake was made in the 2012 Judgment, it is not for the Court to correct it at this juncture. Yet, in the circumstances of this case, the majority chooses the wrong interpretation, and it is not in a position to shrug off its responsibility for a conclusion that contravenes a fundamental principle of the law of treaties by saying that it is merely reciting what the 2012 Judgment actually said.

18. The result of this strange application of Article 76 (8) of UNCLOS is that Colombia, a non-State party, is accorded something that, in my view, is akin to a benefit under UNCLOS, since the provision, which does not mirror a rule of customary international law, has been enforced against Nicaragua in its relations with Colombia. This raises questions about the compatibility of the Court's approach with the régime envisaged by Articles 34-36 of the Vienna Convention on the Law of Treaties (Treaties and Third States)¹¹.

19. The joint dissent discusses concerning precedents that could be drawn from the majority's position. I submit this declaration to highlight one more: that the majority's interpretation today adopts a conclusion that runs roughshod over a fundamental principle of the Law of Treaties.

(Signed) Patrick ROBINSON.

¹¹ See footnote 2 above.

17. L'on peut soutenir que la tâche dont la Cour devait s'acquitter dans le présent arrêt consistait simplement à établir ce qu'elle avait dit dans son arrêt de 2012 afin de déterminer si la question qui lui était soumise tombait sous le coup de l'autorité de la chose jugée, et non à apprécier le bien-fondé des conclusions qu'elle avait formulées dans sa décision antérieure; si une erreur avait été commise dans l'arrêt de 2012, il n'appartenait pas à la Cour de la corriger aujourd'hui. Ce nonobstant, dans les circonstances de la présente espèce, la majorité a retenu l'interprétation erronée, et elle ne saurait, au motif qu'elle s'est contentée de rappeler ce que la Cour avait effectivement dit dans son arrêt de 2012, se soustraire à sa responsabilité pour avoir formulé une conclusion contredisant un principe fondamental du droit des traités.

18. Le résultat de cette curieuse application du paragraphe 8 de l'article 76 de la CNUDM est que la Colombie, qui n'est pas partie à la convention, s'est vu accorder quelque chose qui, selon moi, s'apparente à un avantage au titre de cet instrument, puisque la disposition en cause, qui ne reflète aucune règle de droit international coutumier, a été opposée au Nicaragua dans ses relations avec elle. Cela pose la question de savoir si l'approche suivie par la Cour est compatible avec le régime prévu aux articles 34 à 36 de la convention de Vienne sur le droit des traités («Traités et Etats tiers»)¹¹.

19. Le fâcheux précédent que pourrait constituer la position de la majorité est examiné dans l'exposé de l'opinion dissidente commune. La présente déclaration avait pour objet de mettre en lumière un problème supplémentaire, à savoir que l'interprétation de la majorité a conduit à une conclusion faisant peu de cas d'un principe fondamental du droit des traités.

(*Signé*) Patrick ROBINSON.

¹¹ Voir la note de bas de page 2 ci-dessus.