

DECLARATION OF JUDGE *AD HOC* BROWER

Colombia's first preliminary objection — The Pact of Bogotá — Interpretation of Article LVI of the Pact of Bogotá — Guidance from travaux préparatoires — The principle of effet utile — Articles LVIII and LIX of the Pact of Bogotá.

1. While I am one of the seven Members of the Court who have issued a joint dissenting opinion vigorously opposing the Judgment's conclusion, reached only with the casting vote of the President due to the even, eight to eight, split of the Court on the issue, to reject Colombia's third preliminary objection (*res judicata*), I have joined all of the other Members of the Court in concluding that, on balance, the Court does have jurisdiction over Nicaragua's Application under the Pact of Bogotá. I think it important, however, to explain the difficulties the Court necessarily has had in accepting Colombia's interpretation of the second paragraph of Article LVI of the Pact, particularly given the astronomical "black hole" of the virtually complete absence of useful guidance from any *travaux préparatoires* in respect of that paragraph.

2. The context for the Court's consideration of that paragraph was graphically given by Nicaragua itself when its counsel conceded, more than once, in the oral proceedings that that second paragraph is "superfluous, but . . . not ineffective", or, as Colombia characterized it succinctly, "superfluous but not useless". In other words, the only alternative to acceptance of Colombia's interpretation of that paragraph is that it has no meaning whatsoever other than, as the Court has agreed, to make clear out of an abundance of caution what in any event would be true. Of course just as nature abhors a vacuum, so, too, is the Court generally driven to attribute a meaning to each and every provision of a treaty, as required by the principle of *effet utile*.

3. The Court fortunately notes and discusses, though neither Nicaragua nor Colombia did, neither in their written submissions nor in the oral proceedings, Articles LVIII and LIX of the Pact, the first of which terminates eight earlier treaties as the Pact enters into force for parties to the Pact and any of those earlier instruments, and the second of which echoes the second paragraph of Article LVI: "The provisions of the foregoing Article [LVIII] shall not apply to procedures already initiated or agreed upon in accordance with any of the above-mentioned international instruments."

DÉCLARATION DE M. LE JUGE *AD HOC* BROWER

[Traduction]

Première exception préliminaire de la Colombie — Pacte de Bogotá — Interprétation de l'article LVI du pacte de Bogotá — Enseignements à tirer des travaux préparatoires — Principes de l'effet utile — Articles LVIII et LIX du pacte de Bogotá.

1. Si je suis l'un des sept juges ayant joint à l'arrêt une opinion dissidente commune afin d'exprimer notre vive opposition à la décision de rejeter la troisième exception préliminaire de la Colombie (relative à l'autorité de la chose jugée), décision qui n'a été possible qu'avec la voix prépondérante du président — puisque la Cour était divisée par moitié, huit contre huit —, je suis en revanche d'accord avec l'ensemble de mes collègues pour conclure que, tout bien pesé, la Cour est effectivement compétente pour connaître de la requête du Nicaragua au titre du pacte de Bogotá. Il me semble néanmoins important d'expliquer pourquoi la Cour ne pouvait que trouver difficile d'accepter l'interprétation du second alinéa de l'article LVI du pacte proposée par la Colombie. L'une des raisons, et non des moindres, en est le « trou noir » auquel s'apparentent les travaux préparatoires, qui ne laissent pour ainsi dire entrevoir aucun enseignement utile.

2. La perspective dans laquelle la Cour a situé son analyse du second alinéa de l'article LVI a été distinctement mise en lumière par le Nicaragua lui-même, dont le conseil, pendant la procédure orale, a plusieurs fois qualifié cet alinéa de « superflu », mais « pas dépourvu d'effet » — ce que la Colombie a synthétisé par la formule « superflu mais pas inutile ». En d'autres mots, à défaut d'admettre l'interprétation que donne la Colombie de cet alinéa, force est de considérer que celui-ci n'a d'autre objet que celui, retenu par la Cour, d'explicitier par surcroît de prudence ce qui de toute façon serait vrai. Comme la nature, la Cour a bien évidemment horreur du vide et est généralement amenée à attribuer un sens à chacune des dispositions d'un traité, comme l'exige le principe de l'effet utile.

3. La Cour, heureusement — et bien que ni le Nicaragua ni la Colombie ne l'aient fait, que ce soit dans leurs écritures ou à l'audience —, prend note des articles LVIII et LIX du pacte et procède à leur analyse. Renvoyant au premier de ces articles, qui prévoyait que huit traités antérieurs cesseraient de produire leurs effets par rapport aux Etats qui y étaient parties à mesure que le pacte entrerait en vigueur à leur égard, le second est rédigé en des termes qui font écho au dernier alinéa de l'article LVI, puisqu'il se lit ainsi : « Les dispositions de l'article précédent ne s'appliqueront pas aux procédures déjà entamées ou réglées conformément à l'un des instruments internationaux déjà mentionnés. »

4. It could be argued from these two Articles, put alongside the entirety of Article LVI, that collectively they reflect an intention of the parties to the Pact that once the Pact would be denounced by a party, then, just as with Article LVIII's termination of the eight previous treaties, no new proceedings could be commenced. Further, since *Nottebohm* (*Liechtenstein v. Guatemala*), *Preliminary Objection, Judgment, I.C.J. Reports 1953*, p. 111) confirmed definitively only in 1953, or five years after the conclusion of the Pact in 1948, that the Court's jurisdiction attaches upon the submission of an application and endures thereafter irrespective of the subsequent termination of the instrument on which such jurisdiction was based, it could be argued that the second paragraph of Article LVI had, when drafted in 1938 and when the Pact was adopted ten years later, the *effet utile* of making clear what had not yet been definitively established by *Nottebohm*, though this, too, perhaps could be regarded as being done out of an abundance of caution. In any event, the Court has not found any of this persuasive, fundamentally because of the complete absence of any indication in the very limited *travaux préparatoires* as to why that second paragraph was included.

5. All the Court could derive from those records was quite meagre fare. In 1937, the Director General of the Pan-American Union invited the Under Secretary of State of the United States to "consider the possibility of taking the initiative at the forthcoming Conference at Lima in recommending additions to the existing treaties of peace with the view of increasing their usefulness". On 15 November 1938, the United States responded positively, submitting a Draft Treaty for discussion at the conference in Lima to be held shortly thereafter. That draft did not include what is the second paragraph of Article LVI of the Pact. During the ensuing Lima conference itself, however, just one month after submission of that first draft, the United States submitted an amended second draft, which did include within the draft's denunciation provision this language: "Denunciation shall not affect any pending proceedings instituted before notice of denunciation is given."

6. Essentially the same language was retained throughout the various relevant conferences and versions of the Pact as it progressed to its conclusion ten years after first being introduced. At the last minute, at the 1948 conference that concluded the Pact of Bogotá, its Drafting Committee "decided that the best drafting possible would consist on [sic] replicating Article 16 of the 1929 Treaty [i.e., the General Convention of Inter-American Conciliation]", which it then did, adding, however, now for the first time as a separate second paragraph: "The denunciation will not have any effect on proceedings pending and initiated prior to the transmission of the respective notice."

7. Unfortunately, nowhere in the ten years between the United States' 1938 introduction of that language, which consistently was included, with

4. Ces deux articles, tels que lus conjointement, ainsi qu'avec l'article LVI dans son ensemble, auraient pu traduire l'intention des parties au pacte de considérer que, sitôt après dénonciation de celui-ci par l'une d'elles, comme sitôt après l'extinction des huit précédents traités prévus à l'article LVIII, aucune nouvelle procédure ne pourrait être engagée. En outre, puisque l'arrêt *Nottebohm* (*Liechtenstein c. Guatemala*), *exception préliminaire, arrêt, C.I.J. Recueil 1953*, p. 111) n'a confirmé définitivement qu'en 1953 — soit cinq ans après la conclusion du pacte, en 1948 — que la compétence de la Cour est établie à compter de l'introduction d'une requête et continue ensuite d'exister même s'il est mis fin à l'instrument sur lequel elle était fondée, il était concevable que le second alinéa de l'article LVI ait, au moment où il a été rédigé, en 1938, et lorsque le pacte a été adopté, dix ans plus tard, eu pour effet utile d'indiquer clairement ce qui n'avait pas encore été définitivement énoncé dans ladite affaire — quoique, là encore, on puisse considérer que cette explicitation procédait d'un surcroît de prudence. En tout état de cause, la Cour n'a pas jugé ces hypothèses convaincantes, essentiellement faute d'avoir pu trouver dans les travaux préparatoires, fort succincts, la moindre indication quant à la raison pour laquelle le second alinéa a été inclus à l'article LVI.

5. La Cour, en effet, n'a pu glaner de ces travaux que de bien maigres éléments d'information. En 1937, le directeur général de l'Union panaméricaine avait invité le sous-secrétaire d'Etat des Etats-Unis à « envisage[r] de prendre l'initiative, lors de la prochaine conférence de Lima, de recommander, dans un souci d'efficacité, que les traités de paix existants soient complétés ». Le 15 novembre 1938, les Etats-Unis répondirent favorablement à cette demande, en soumettant un projet de texte destiné à être discuté lors de la conférence de Lima qui devait se tenir peu de temps après. Le texte du second alinéa de l'article LVI du pacte n'y figurait pas. Au cours de la conférence de Lima elle-même, toutefois, soit un mois seulement après la présentation de ce premier projet, les Etats-Unis en soumièrent une deuxième version amendée qui, elle, incluait dans la disposition relative à la dénonciation la mention suivante: « La dénonciation sera sans incidence sur toute procédure en cours introduite avant sa notification. »

6. Ce libellé resta fondamentalement inchangé au fil de diverses conférences et versions du texte, et ce, jusqu'à la conclusion du pacte, dix ans après la première mouture. A la dernière minute, lors de la conférence de 1948 qui allait aboutir à l'adoption du pacte de Bogotá, le comité de rédaction considéra « que le mieux serait de reproduire la rédaction de l'article 16 du traité de 1929 [la convention générale de conciliation interaméricaine] », ce qu'il fit, mais en y ajoutant, pour la première fois sous la forme d'un second alinéa distinct, le libellé suivant: « La dénonciation sera sans incidence sur les procédures en cours entamées avant la transmission de l'avis en question. »

7. Malheureusement, nulle part dans le dossier rendant compte des dix années écoulées entre l'introduction par les Etats-Unis, en 1938, de

minor variations not affecting the substance, in each successive version of what became the Pact of Bogotá, and the Pact's conclusion in 1948 is there any record indicating why what became the second paragraph of the Pact's Article LVI was introduced and repeatedly accepted during the ten following years by all concerned. It clearly is due to the absence of any such guidance that the Court has felt constrained to prefer the interpretation of the paragraph in question as having the, albeit superfluous, *effet utile* of an abundance of caution to the rather more difficult *a contrario* inference for which Colombia has argued. This is all the more understandable considering Article 44 (1) of the Vienna Convention on the Law of Treaties, which provides that "[a] right of a party, provided for in a treaty . . . , to denounce . . . may be exercised only with respect to the whole treaty unless the treaty otherwise provides", a default rule which inherently has posed a further, and undeniably difficult, interpretive obstacle. In my view, though not arrived at without some hesitation, the Court's conclusion, everything considered, is not unreasonable, hence I have not found myself able to dissent from it.

(Signed) Charles N. BROWER.

cette formulation — laquelle a été reprise, avec des variations mineures qui n'en modifiaient pas la substance, dans chacune des versions successives du projet de pacte de Bogotá — et la conclusion du pacte lui-même en 1948 ne trouve-t-on expliqué pourquoi ce qui allait devenir le second alinéa de l'article LVI a été ajouté, sans être jamais remis en cause ensuite. C'est manifestement en raison de ces lacunes que la Cour a estimé devoir préférer l'interprétation reconnaissant à cet alinéa l'effet utile, quoique superflu, d'expliciter la disposition par surcroît de prudence à celle, nettement plus acrobatique, découlant d'un raisonnement *a contrario* plaidée par la Colombie. Ce choix est d'autant plus compréhensible que le paragraphe 1 de l'article 44 de la convention de Vienne sur le droit des traités dispose que «[le] droit pour une partie, prévu dans un traité ..., de dénoncer le traité ... ne peut être exercé qu'à l'égard de l'ensemble du traité, à moins que ce dernier n'en dispose ... autrement», règle par défaut qui, intrinsèquement, ne pouvait manquer de soulever une nouvelle — et incontestable — difficulté d'interprétation. J'en suis donc venu, quoique non sans hésitation, à penser que, tout bien considéré, la conclusion de la Cour n'est pas déraisonnable et, partant, je n'ai pu m'en dissocier.

(*Signé*) Charles N. BROWER.
