

DISSENTING OPINION OF JUDGE *AD HOC* CARON

Disagreement with holding of inadmissibility by the Court of Colombia's first and second counter-claims — Direct connection in fact or in law of Colombia's first and second counter-claims.

Direct connection in fact — Subject-matter of the claim — Colombia's Integral Contiguous Zone established by Presidential Decree 1946 of 9 September 2013 is a core part of the factual complex underlying Nicaragua's claim — Factual complex underlying Colombia's first and second counter-claims are the same facts that led to issue of the Decree.

Direct connection requirement — Disagreement that direct connection must exist both in fact and in law — Connectedness need only exist in fact or in law — Parties legal aims are connected as Nicaragua requests the revocation of the 1946 Presidential Decree while Colombia's first and second counter-claims aim to validate the motivations which underlay the issue of the said Decree.

Range of factors for admissibility of counter-claims — Court's unique role in the peaceful settlement of disputes — Disagreement that the counter-claim and claim must rely on the same legal principles or instruments.

I. INTRODUCTION

1. The Court in its Order of 15 November 2017 finds admissible two of the four counter-claims submitted by Colombia. The Court, referring to Article 80 of the Rules of Court, indicates that the admissibility of a counter-claim presents both a jurisdictional requirement and a direct connection requirement. I concur in much of the Court's Order and in particular concur in the Court's discussion of the jurisdictional requirement as it applies in this proceeding. I disagree with the Court's discussion of the direct connection requirement in two respects.

2. First, I respectfully dissent from the Court's holding that there is not a direct connection, either in fact or in law, between Colombia's first and second counter-claims and the subject-matter of Nicaragua's principal claims and that such counter-claims are as a result inadmissible.

3. Second, and more fundamentally I write separately to further the Court's articulation of the principles that animate its direct connection requirement. Although counter-claims have long been an aspect of the Court and its Rules, it is only in the past few decades that they have been

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

[Traduction]

Désaccord avec la conclusion de la Cour tendant à déclarer irrecevables les première et deuxième demandes reconventionnelles de la Colombie — Connexité directe, en fait comme en droit, dans le cas des première et deuxième demandes reconventionnelles de la Colombie.

Connexité directe en fait — Objet de la demande — Zone contiguë unique de la Colombie établie par le décret présidentiel 1946 du 9 septembre 2013 au cœur de l'ensemble factuel sous-tendant la demande du Nicaragua — Ensemble factuel sous-tendant les première et deuxième demandes reconventionnelles de la Colombie recouvrant les faits mêmes qui ont motivé la proclamation du décret.

Condition de connexité directe — Désaccord quant au fait que la connexité directe devrait exister à la fois en fait et en droit — Connexité ne devant exister qu'en fait ou en droit — Existence d'un lien entre les buts juridiques poursuivis par les Parties, puisque le Nicaragua demande l'abrogation du décret présidentiel 1946, tandis que la Colombie, par ses première et deuxième demandes reconventionnelles, vise à faire valider les motivations à l'origine de sa proclamation.

Diversité des facteurs à l'aune desquels s'apprécie la recevabilité de demandes reconventionnelles — Rôle unique dévolu à la Cour en matière de règlement pacifique des différends — Désaccord quant à la nécessité pour la demande reconventionnelle et pour la demande d'être fondées sur les mêmes principes ou instruments juridiques.

I. INTRODUCTION

1. La Cour, dans son ordonnance du 15 novembre 2017, conclut à la recevabilité de deux des quatre demandes reconventionnelles présentées par la Colombie. Se référant à l'article 80 de son Règlement, elle indique que la recevabilité d'une demande reconventionnelle est subordonnée à une double condition de compétence et de connexité directe. Je suis d'accord avec une grande partie du contenu de l'ordonnance et, en particulier, avec l'analyse que fait la Cour de la condition de compétence, telle qu'elle s'applique en la présente espèce. En revanche, je suis en désaccord avec son analyse de la condition de connexité directe à deux égards.

2. Premièrement, avec tout le respect que je dois à la Cour, je ne puis la suivre lorsqu'elle conclut à l'absence de connexité directe, tant en fait qu'en droit, entre les deux premières demandes reconventionnelles de la Colombie et l'objet des demandes principales du Nicaragua et, partant, à l'irrecevabilité de ces demandes reconventionnelles.

3. Deuxièmement, et plus fondamentalement, je joins cette opinion dans le but de faire avancer la réflexion de la Cour sur les principes qui sous-tendent sa condition de connexité directe. Bien que l'action reconventionnelle soit depuis longtemps prévue devant la Cour et dans son

submitted in numbers. It remains timely to revisit the principles that motivate the Court's exercise of its measure of judgment.

II. EVALUATING THE DIRECT CONNECTION REQUIREMENT IN RESPECT OF THE FIRST AND SECOND COUNTER-CLAIMS

1. *The Court's Statement of the Direct Connection Requirement*

4. Article 80, a construction of the Court rather than a provision of its Statute, provides in relevant part that a counter-claim may be entertained “only if it . . . is directly connected to the subject-matter of the claim of the other party”. This “direct connection” requirement has been described as the “spinal column of the counter-claim law and practice” that makes it possible to distinguish between claims that are incidental and those that are separate and require separate proceedings¹. The Court has given shape to the direct connection requirement in Article 80 through its decisions in a number of cases.

5. The Court has stated that the requirement can be evaluated both in fact and in law². In examining the connection in fact, the Court has identified as factors whether the facts relied upon by each party relate to the same geographical area and the same time period as well as whether the facts relied upon are of the same nature in that they allege similar types of conduct. In the *Application of the Genocide Convention (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia)* case, the Court refers to the factual inquiry in total as whether the respective claims rest on facts that form “part of the same factual complex”³.

6. As to the connection in law, the Court has identified as factors

“whether there is a direct connection between the counter-claim and the principal claim in terms of the legal principles or instruments relied upon, as well as whether the applicant and respondent were

¹ Robert Kolb, *The International Court of Justice* (Hart Publishing, 2013), p. 659.

² See e.g. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia)*, *Counter-Claims, Order of 17 December 1997*, *I.C.J. Reports 1997*, p. 258, para. 33:

“Whereas the Rules of Court do not define what is meant by ‘directly connected’; whereas it is for the Court . . . to assess whether the counter-claim is sufficiently connected to the principal claim, taking account of the particular aspects of each case; and whereas, as a general rule, the degree of connection between the claims must be assessed both in fact and in law[.]”

³ *Ibid.*, para. 34. The phrase “factual complex” has been used in numerous cases since *Application of the Genocide Convention*.

Règlement, c'est seulement au cours des dernières décennies que la pratique s'en est développée. Il n'est donc pas trop tard pour s'interroger sur les principes qui animent la Cour dans l'exercice qu'elle fait de la part d'appréciation dont elle jouit à cet égard.

II. APPRÉCIATION DE L'EXISTENCE D'UNE CONNEXITÉ DIRECTE DANS LE CAS DES PREMIÈRE ET DEUXIÈME DEMANDES RECONVENTIONNELLES

1. *Énoncé par la Cour de la condition de connexité directe*

4. L'article 80, qui n'est pas une disposition du Statut mais plutôt une interprétation de la Cour, dispose dans le passage pertinent qu'il ne peut être connu d'une demande reconventionnelle «que si celle-ci ... est en connexité directe avec l'objet de la demande de la partie adverse». Cette condition de «connexité directe» a été qualifiée de «colonne vertébrale des demandes reconventionnelles», permettant de distinguer le domaine propre à cette procédure incidente de celui d'une demande séparée, laquelle ouvre une nouvelle instance¹. La Cour a été amenée à lui donner corps au fil de sa jurisprudence.

5. La Cour a ainsi déclaré que cette condition pouvait s'apprécier à la fois en fait et en droit². A propos de la connexité factuelle, elle a pris en considération les questions de savoir si les faits invoqués par chaque partie se rapportaient à une même zone géographique ou à une même période, et si ces faits étaient de même nature, c'est-à-dire si les parties tiraient grief de comportements similaires. Dans l'affaire relative à l'*Application de la convention contre le génocide*, la Cour a explicité que l'enjeu de l'examen des faits, globalement, consistait à déterminer si les demandes respectives des parties reposaient sur des faits s'inscrivant dans le cadre d'un «même ensemble factuel»³.

6. A propos de la connexité juridique, la Cour a pris en considération les questions de savoir

«si la demande reconventionnelle était en connexité directe avec les demandes principales au regard des principes ou instruments juridiques invoqués, [et] si le demandeur et le défendeur pouvaient être

¹ Robert Kolb, *La Cour internationale de Justice*, Paris, Pedone, 2013, p. 680.

² Voir, par exemple, *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie)*, demandes reconventionnelles, ordonnance du 17 décembre 1997, C.I.J. Recueil 1997, p. 258, par. 33 :

«Considérant que le Règlement ne définit pas la notion de «connexité directe»; qu'il appartient à la Cour d'apprécier..., compte tenu des particularités de chaque espèce, si le lien qui doit rattacher la demande reconventionnelle à la demande principale est suffisant; et que, en règle générale, le degré de connexité entre ces demandes doit être évalué aussi bien en fait qu'en droit[.]»

³ *Ibid.*, p. 258, par. 34. L'expression «ensemble factuel» a maintes fois été reprise depuis lors dans la jurisprudence.

considered as pursuing the same legal aims by their respective claims” (paragraph 25 of the Court’s Order).

7. Although Article 80 requires a direct connection to the subject-matter of the claim of the opposing party, the Court not infrequently examines instead whether there exists a direct connection to the claim omitting Article 80’s specific reference “to the subject-matter” of the claim. Inclusion of the phrase “to the subject-matter” is significant as it suggests a focus more on the dispute before it, rather than the legal shape given to that dispute by the applicant in formulating its claim.

8. It has been recognized by several observers of the Court that the multiplicity of different factors identified by the Court is indicative of the room the Court has to the exercise of a measure of judgment. Shabtai Rosenne in examining the Court’s practice writes of the direct connection requirement that:

“lack of rigidity is a feature of the manner in which States and the Court approach counter-claims. Some difficulty, indeed, is seen in extracting any general principles from these cases, unless it be that each case is to be treated on its merits.”⁴

It bears emphasis that the Court’s statements that it “has taken into consideration *a range of factors* that could establish a direct connection” and done so “taking account of the particular aspects of each case” acknowledges that the Court exercises its measure of judgment on a case-by-case basis (paragraphs 22-23 of the Court’s Order; emphasis added). This is significant because it indicates that the Court’s analysis is — in my opinion wisely — not easily reduced to a set of factors to be mechanically applied. Although the mentioned factors are identified in the Court’s Order, it is difficult to assess which factors are or should be more important than others, and, more fundamentally, what principle or principles lead to the identification of the factors and their relative importance. The question of animating principles is discussed in Part 3 of this opinion.

9. It suffices for now to observe that the Court’s reasoning involves a measure of judgment that makes difficult criticism of the Court’s holding that there is not a direct connection, in fact or in law, as regards the first and second counter-claims. Judge Schwebel in the context of the Court applying a law that involves equitable considerations observed that:

“Despite the extent of the difference between the line of delimitation which the Chamber has drawn and the line which my analysis

⁴ Shabtai Rosenne, *The Law and Practice of the International Court. 1920-1996*, Vol. III, 3rd ed., 1997, p. 1276. Sean Murphy writes that applying the direct connection requirement is “more of an art than a rigid science”, Sean Murphy, “Counter-claims Article 80 of the Rules”, *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, A. Zimmermann *et al.*, eds., 2012, 2nd ed., p. 1010.

réputés poursuivre le même but juridique à travers leurs demandes respectives» (ordonnance, par. 25).

7. Il n'est pas rare que la Cour recherche s'il existe une connexité directe avec la demande de la partie adverse et non avec «l'objet» de cette demande, pourtant expressément visé à l'article 80. Or, cette référence à «l'objet» est significative, puisqu'elle tend à indiquer que l'accent sera davantage mis sur le différend lui-même que sur la forme juridique sous laquelle le demandeur l'aura présenté en formulant sa demande.

8. Plusieurs commentateurs ont observé que la multiplicité des facteurs pris en considération par la Cour était une indication de la latitude dont celle-ci jouit dans l'exercice de sa part d'appréciation. Dans son analyse de la pratique de la Cour, S. Rosenne écrit ainsi, à propos de la condition de connexité directe, que

«l'absence de rigidité est une caractéristique de la manière dont les Etats et la Cour abordent les demandes reconventionnelles. On éprouve, à vrai dire, certaines difficultés à tirer de ces précédents des principes généraux, si ce n'est que chaque cas concret doit être envisagé en lui-même.»⁴

L'on relèvera que les déclarations par lesquelles la Cour affirme avoir «pris en considération *divers facteurs* susceptibles d'établir la connexité directe», et l'avoir fait «compte tenu des particularités de chaque espèce», attestent qu'elle exerce cette part d'appréciation au cas par cas (ordonnance, par. 22-23; les italiques sont de moi). Le constat en est important car il montre que, fort heureusement à mon sens, l'analyse de la Cour ne se réduit pas aisément à un ensemble de considérations qu'il s'agirait d'appliquer mécaniquement. Bien que la Cour fasse, dans son ordonnance, référence aux facteurs pris en compte, il est difficile de percevoir quelle est, ou devrait être, la hiérarchie entre eux et, plus fondamentalement, quels sont le ou les principes présidant à leur sélection et à la détermination de leur importance relative. La question de savoir quels sont les principes en jeu sera analysée dans la troisième partie de la présente opinion.

9. Pour l'heure, il suffira d'observer que le raisonnement de la Cour implique une part d'appréciation qui rend malaisée toute critique de sa décision de conclure à une absence de connexité directe, en fait comme en droit, dans le cas des première et deuxième demandes reconventionnelles. Le juge Schwebel, à propos de l'application par la Cour d'un droit impliquant des considérations d'équité, avait écrit ceci :

«Malgré l'écart entre la ligne de délimitation tracée par la Chambre et celle qui résulterait de mon analyse, j'ai voté pour l'arrêt de la

⁴ Shabtai Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-1996*, 3^e éd., 1997, vol. III, p. 1276. S. Murphy écrit que l'application de la condition de connexité directe relève «davantage d'un art que d'une science exacte». Sean Murphy, «Counter-claims Article 80 of the Rules», *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary* (sous la dir. de A. Zimmermann *et al.*), 2012, 2^e éd., p. 1010.

produces, I have voted for the Chamber's Judgment. I have done so . . . because I recognize that the factors which have given rise to the difference between the lines are open to more than one legally — and certainly equitably — plausible interpretation . . . On a question such as this, the law is more plastic than formed, and elements of judgment, of appreciation of competing legal and equitable considerations, are dominant.”⁵

Likewise, the case-by-case measure of judgment exercised by the Court in its assessment of whether a direct connection exists allows for a range of appreciation of the directness of the connection. In this sense, I dissent because I believe it is important to explain why, in exercising that same measure of judgment, I reach a different conclusion. The existence of a measure of judgment allows for a range of views, but not any view. The exercise of a measure of judgment is not without limits; to be respected, its exercise needs to be practiced and refined through the articulation of reasons. In the following section, I summarize the Court's explanation of its measure of judgment as regards the first and second counter-claims and why I reach a different conclusion.

2. The Direct Connection of the First and Second Counter-Claims to Subject-Matter of the Principal Claims

10. The Court's discussion of the direct connection of the first and second counter-claims to the subject-matter of the principal claims is succinct. As described by the Court at paragraph 35, the first counter-claim is based on “Nicaragua's alleged breach of a duty of due diligence to protect and preserve the marine environment of the Southwestern Caribbean Sea” and the second counter-claim is based on “Nicaragua's breach of its alleged duty of due diligence to protect the right of the inhabitants of the San Andrés Archipelago, in particular the Raizales, to benefit from a healthy, sound and sustainable environment.”

11. Evaluating the first and second counter-claims in terms of their connection in fact to the subject-matter of the principal claims, the Court concludes that they both “essentially relate to the same geographical area that is the focus of Nicaragua's principal claims” (Order, para. 36). The Court makes no mention of whether the same time period is involved (although it does so with regard to the third counter-claim), in all likelihood because there is no question that the same period is involved. The Court describes the various types of conduct that Colombia alleges Nicaragua to be engaged in (namely, Nicaragua's alleged failure to curb pri-

⁵ *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada/United States of America)*, Judgment, I.C.J. Reports 1984, p. 357, separate opinion of Judge Schwebel.

Chambre. Si je l'ai fait, [c]'est ... parce que je reconnais que les facteurs qui entraînent la différence entre les lignes se prêtent à plus d'une interprétation plausible en droit et assurément en équité... Dans un tel domaine, le droit demeure fluctuant, et les aspects de jugement ou d'appréciation des éléments de droit et d'équité jouent un rôle prédominant.»⁵

De même, la part d'appréciation qu'exerce au cas par cas la Cour lorsqu'elle se pose la question de l'existence d'une connexité directe rend possible tout un éventail de conclusions. A cet égard, mon dissentiment réside en ceci que, en exerçant moi-même cette même part d'appréciation, j'aboutis à une conclusion différente de celle de la majorité. J'estime important d'expliquer pourquoi. L'existence d'une part d'appréciation permet certes toute une diversité de points de vue, mais pas n'importe lesquels. L'usage qui peut en être fait n'est pas illimité; il doit, pour ne pas prêter le flanc à la critique, être précisé, en étant motivé. Dans la section suivante, je reviendrai sur la part d'appréciation dont la Cour explique avoir fait usage s'agissant des première et deuxième demandes reconventionnelles, et j'exposerai les raisons qui m'amènent à me dissocier de la conclusion à laquelle elle est parvenue.

2. Connexité directe entre les première et deuxième demandes reconventionnelles et l'objet des demandes principales

10. L'analyse à laquelle se livre la Cour pour déterminer s'il y a connexité directe entre les première et deuxième demandes reconventionnelles et l'objet des demandes principales est succincte. Comme la Cour l'observe au paragraphe 35, la première demande reconventionnelle porte «sur le manquement allégué du Nicaragua à une obligation d'exercer la diligence requise aux fins de protéger et de préserver l'environnement marin dans le sud-ouest de la mer des Caraïbes», la deuxième, «sur son manquement à l'obligation alléguée d'exercer la diligence requise aux fins de protéger le droit des habitants de l'archipel de San Andrés, en particulier les Raizals, de bénéficier d'un environnement sain, viable et durable».

11. Recherchant si les première et deuxième demandes reconventionnelles présentent une connexité factuelle avec l'objet des demandes principales, la Cour conclut qu'elles «concernent pour l'essentiel la même zone géographique que les demandes principales» du Nicaragua (ordonnance, par. 36). Elle ne dit pas si elles concernent la même période (quoiqu'elle le fasse en ce qui concerne la troisième demande reconventionnelle), vraisemblablement parce que la question ne se pose pas. La Cour décrit les divers types de comportement que la Colombie reproche au Nicaragua (à savoir le fait que celui-ci n'aurait pas empêché la destruction de l'environnement

⁵ *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine (Canada/ Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1984, p. 357, opinion individuelle de M. le juge Schwebel.

vate Nicaraguan predatory fishing and destruction of the marine environment) and finds it distinct from the types of Colombian conduct complained of by Nicaragua (namely, Colombia's alleged interference with Nicaragua's exclusive sovereign rights and jurisdiction in Nicaragua's exclusive economic zone). The Court concludes that "the nature of the alleged facts underlying Colombia's first and second counter-claims and Nicaragua's principal claims is different" (Order, para. 37).

12. Evaluating the first and second counter-claims in terms of their connection in law, the Court finds the legal principles or instruments relied upon to be different inasmuch as Colombia points to the rules of customary international law and instruments relating to the protection of the marine environment, while Nicaragua points to the customary international law rules relating to the law of the sea as reflected in Parts V and VI of UNCLOS. The Court likewise finds the legal aims to be different inasmuch as Colombia seeks to have Nicaragua act to protect and preserve the marine environment, while Nicaragua seeks to have Colombia not interfere with Nicaragua's sovereign rights and jurisdiction in the same area (Order, para. 38).

13. The Court's reasoning, confident as it is, illuminates the malleability of such a range of factors and thus the measure of judgment that is present.

14. The Court correctly finds the types of conduct involved to be factually different, even though both types of conduct result in alleged breaches of mirror obligations in the very same area. Colombia's affirmative actions complained of by Nicaragua allegedly seek to, among other things, preserve and protect the marine environment, while Nicaragua's omissions complained of by Colombia allegedly permit predatory fishing and destruction of the marine environment. The Court correctly finds the legal principles or instruments relied upon to be different, even though they all relate to the oceans and to the obligations and responsibilities of States in the very same oceanic area. The Court finds the legal aims to be different, even though both Colombia and Nicaragua seek to clarify mirror obligations of each other for the very same oceanic area.

15. Recalling the language of Article 80, the Court, in exercising its measure of judgment, is instructed to inquire into the direct connection of the counter-claim with the subject-matter of the opposing claim. But what is the subject-matter of Nicaragua's claim?

16. As a unilateral legislative act may itself be part of a factual complex, a central aspect of the subject-matter of Nicaragua's claim and the factual complex underlying it is Colombia's Integral Contiguous Zone established by its Presidential Decree 1946 of 9 September 2013. The Court's Order notes at paragraph 12 that Nicaragua in this proceeding

marin et la pêche déprédatrice imputées à des ressortissants nicaraguayens) et affirme qu'ils sont distincts des types de comportement dont le Nicaragua fait grief à la Colombie (à savoir l'ingérence dans sa juridiction et ses droits souverains exclusifs qu'il prête à la Colombie dans sa zone économique exclusive). La Cour conclut que «les faits allégués sous-tendant, d'une part, les première et deuxième demandes reconventionnelles de la Colombie et, d'autre part, les demandes principales du Nicaragua sont de nature différente» (ordonnance, par. 37).

12. Recherchant s'il y a lieu de conclure à une connexité en droit dans le cas des première et deuxième demandes reconventionnelles, la Cour estime que les instruments ou principes juridiques invoqués sont différents dans la mesure où la Colombie se prévaut de règles de droit international coutumier et d'instruments relatifs à la protection de l'environnement marin, tandis que le Nicaragua s'appuie sur les règles de droit international coutumier relatives au droit de la mer telles que reflétées dans les parties V et VI de la convention des Nations Unies sur le droit de la mer. La Cour conclut également que les buts juridiques poursuivis sont différents, la Colombie souhaitant obtenir que le Nicaragua agisse pour protéger et préserver l'environnement marin, et celui-ci, que la Colombie s'abstienne de toute ingérence dans sa juridiction et ses droits souverains au sein de la même zone (ordonnance, par. 38).

13. Le raisonnement suivi par la Cour, aussi catégorique soit-il, atteste la malléabilité d'un tel ensemble de facteurs et, partant, révèle la part d'appréciation qui entre en jeu.

14. C'est à juste titre que la Cour tient les types de comportement en cause pour factuellement différents, bien qu'ils soient à l'origine, dans les deux cas, de violations alléguées d'obligations analogues dans une seule et même zone. Les actions positives que le Nicaragua reproche à la Colombie viseraient, notamment, à préserver et à protéger l'environnement marin, tandis que les omissions que la Colombie reproche au Nicaragua rendraient possibles la pêche déprédatrice et la destruction de ce même environnement. La Cour juge à bon escient différents les instruments et principes juridiques invoqués de part et d'autre, bien que tous aient trait à des espaces maritimes ainsi qu'aux obligations et responsabilités des Etats dans une seule et même zone maritime. La Cour estime que les buts juridiques poursuivis de part et d'autre sont différents, bien que chaque Partie demande que soient clarifiées les obligations équivalentes de l'autre dans une seule et même zone maritime.

15. Au vu du libellé de l'article 80, la Cour, exerçant sa part d'appréciation, est censée s'interroger sur l'existence d'une connexité directe entre la demande reconventionnelle et l'objet de la demande de la partie adverse. Mais quel est, au juste, l'objet de la demande du Nicaragua?

16. Un acte législatif unilatéral peut en lui-même constituer l'un des éléments d'un ensemble factuel; or, au cœur de l'objet de la demande du Nicaragua et de l'ensemble factuel qui la sous-tend, figure la zone contiguë unique établie par le décret présidentiel colombien 1946 du 9 septembre 2013. Au paragraphe 12 de l'ordonnance, la Cour relève que, en

seeks the revocation of “laws and regulations enacted by Colombia, which are incompatible with the Court’s Judgment of 19 November 2012 including the provisions in the Decrees 1946 of 9 September 2013. . .” Indeed, in paragraph 70 of its Judgment of 17 March 2016 referring to “Colombia’s proclamation of an ‘Integral Contiguous Zone’”, the Court observed that “the Parties took different positions on the legal implications of such action in international law”.

17. Given that the existence of Presidential Decree 1946 is an explicit target of Nicaragua’s Application and a core part of the factual complex underlying its claim, it is critical for a direct connection analysis to recognize that the factual complex underlying the first and second Colombian counter-claims consists of the very same facts that led in significant part to the issuance of the Decree. Indeed, the preamble to Decree 1946, which indicates Colombia’s motivations for its issuance, in relevant part and with my emphasis added, states:

“Considering

.
That in conformity with customary international law as regards the contiguous zone, States may exercise sovereign rights and jurisdiction and control in the areas of security, drug trafficking, *environmental protection*, fiscal and customs matters, immigration, health and other matters.

That the extension of the contiguous zone of insular territories conforming the Western Caribbean has to be determined, specifically of those insular territories that conform the San Andrés, Providencia and Santa Catalina Archipelago, so that the orderly management of the Archipelago and its maritime spaces may be guaranteed thereby ensuring *protection of the environment and natural resources* and maintenance of comprehensive security and public order.

That the Colombian State is *responsible for the preservation of the Archipelago’s ecosystems which are fundamental to the ecological equilibrium of the area and in order to preserve its inhabitants’ historic, traditional, ancestral, environmental and cultural rights, and their right to survival.*”⁶

In this sense, Presidential Decree 1946 is a dramatically clear intersection of the factual complex underlying both the subject-matter of Nicaragua’s claim, and Colombia’s first and second counter-claims. In my opinion, therefore the first and second counter-claims are directly connected to the subject-matter of the claim of Nicaragua.

⁶ The English translation of Presidential Decree 1946 of 9 September 2013 reprinted in Memorial of Nicaragua, Annex 9, 3 October 2014, pp. 157-159.

la présente instance, le Nicaragua recherche l'abrogation «[de] lois et règlements promulgués par [la Colombie] qui sont incompatibles avec [son] arrêt [du] 19 novembre 2012, notamment les dispositions d[u] décret ... 1946 du 9 septembre 2013». Déjà, au paragraphe 70 de son arrêt du 17 mars 2016, la Cour, faisant référence à la «proclamation, par la Colombie, d'une «zone contiguë unique»», notait que «les Parties [avaient] adopté des positions différentes quant aux implications de cet acte en droit international».

17. L'existence du décret présidentiel 1946 étant expressément visée par le Nicaragua dans sa requête, et constituant un élément essentiel de l'ensemble factuel dans lequel s'inscrit sa demande, il est indispensable, lorsqu'on examine la question de la connexité directe, de comprendre que les faits sur lesquels reposent les première et deuxième demandes reconventionnelles de la Colombie sont ceux-là mêmes qui ont, dans une large mesure, motivé la promulgation de ce décret. Dans le préambule du décret 1946, qui rend compte de ces motivations, on peut ainsi lire les considérations suivantes, dont certaines ont été soulignées par mes soins :

«Considérant

.....
 Que, conformément au droit international coutumier concernant la zone contiguë, les Etats peuvent exercer leurs droits souverains, leur juridiction et leur contrôle, notamment dans les domaines de la sécurité, du trafic de drogue, de la *protection de l'environnement*, de la fiscalité et des douanes, de l'immigration et de la santé ;

Qu'il convient de déterminer l'étendue de la zone contiguë correspondant aux territoires insulaires situés dans la partie occidentale de la mer des Caraïbes, notamment ceux constituant l'archipel de San Andrés, Providencia et Santa Catalina, de manière à assurer la bonne gestion de l'archipel et de ses espaces maritimes, et à garantir ainsi la *protection de l'environnement et des ressources naturelles*, ainsi que le maintien de la sécurité globale et de l'ordre public ;

Que l'Etat colombien *est tenu de veiller à la préservation des écosystèmes de l'archipel, essentiels à l'équilibre écologique de la zone, afin de préserver les droits historiques, traditionnels, ancestraux, environnementaux et culturels de ses habitants, ainsi que leur droit à la survie.*»⁶

En ce sens, le décret présidentiel 1946 se trouve précisément à la croisée des ensembles factuels sous-tendant l'objet de la demande du Nicaragua, d'une part, et les première et deuxième demandes reconventionnelles de la Colombie, d'autre part. Les première et deuxième demandes reconventionnelles présentent donc, selon moi, une connexité directe avec l'objet de la demande du Nicaragua.

⁶ Voir la traduction française du décret présidentiel 1946 du 9 septembre 2013 reproduite à l'annexe 9 du mémoire du Nicaragua, 3 octobre 2014, p. 91.

18. But what of the inquiry into the direct connection in law? First, it must be stressed that Article 80 in requiring a direct connection does not demand that it exist in both fact and law. Rather, in my opinion, the connection need exist only in fact or law. Indeed, in the context of municipal litigation involving issues of sovereign immunity, the International Law Commission in Article 9 (counter-claims) of its Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, adopted in 1991, indicates that codification of the subject leads to either a factual or legal connection being a sufficient direct connection:

“A State instituting a proceeding before a court of another State cannot invoke immunity from the jurisdiction of the court in respect of any counter-claim arising out of the same legal relationship or facts as the principal claim.”⁷

Second, the legal aim of the Parties as regards Presidential Decree 1946 also establishes a direct connection in law in that Nicaragua’s claim requests the Court to order the revocation of Presidential Decree 1946, while the first and second Colombian counter-claims aim to validate and potentially satisfy the motivations that underlay the issuance of Presidential Decree 1946.

19. Thus, in my exercise of a measure of judgment, I find the first and second Colombian counter-claims to have a direct connection to the subject-matter of the claims of Nicaragua. Turning to the principles that animate the requirement of a direct connection as well as the factors identified by the Court only serves to reinforce this conclusion.

III. PRINCIPLES ANIMATING CONSIDERATIONS REGARDING THE ADMISSIBILITY OF COUNTER-CLAIMS

20. What principles animate the Court’s reasoning into the admissibility of counter-claims? How do the various factors mentioned by the Court in its Order further such principles? Do such principles emphasize some factors more than others? Although the Court does not mention such principles in the present Order, it has done so previously. In the following section, this opinion reviews the principles that the Court has so far identified and what those principles suggest as to the exercise of a measure of judgment.

21. The Court has in several decisions identified principles that animate its thinking concerning the admissibility of counter-claims and the range of factors that inform the assessment of whether a direct connection exists. I would suggest that at least five principles have been voiced by the Court.

⁷ *Yearbook of the International Law Commission*, 1991, Vol. II (Part Two), p. 30.

18. Mais qu'en est-il de la connexité directe en droit ? Premièrement, il convient de souligner que la connexité directe exigée à l'article 80 n'a pas à être établie à la fois en fait et en droit. Il suffit, selon moi, qu'elle soit factuelle ou juridique. Dans le contexte de contentieux nationaux mettant en jeu des questions d'immunité souveraine, la Commission du droit international, à l'article 9 (consacré aux demandes reconventionnelles) de son projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens, adopté en 1991, a ainsi indiqué que, eu égard à la codification du sujet, la connexité directe était suffisamment établie si elle l'était en fait ou en droit :

«Un Etat qui intente une procédure devant un tribunal d'un autre Etat ne peut invoquer l'immunité de juridiction devant ledit tribunal en ce qui concerne une demande reconventionnelle qui est fondée sur le même rapport de droit ou les mêmes faits que la demande principale.»⁷

Deuxièmement, l'examen des buts juridiques poursuivis par les Parties en ce qui concerne le décret présidentiel 1946 révèle néanmoins l'existence d'une connexité directe en droit également, puisque le Nicaragua demande l'abrogation de ce décret, tandis que, par ses première et deuxième demandes reconventionnelles, la Colombie espère obtenir la reconnaissance, voire la résolution, des préoccupations ayant motivé sa proclamation.

19. Dans l'exercice que je fais, quant à moi, de ma part d'appréciation, je conclus ainsi à l'existence d'une connexité directe entre les première et deuxième demandes reconventionnelles de la Colombie et l'objet des demandes du Nicaragua. L'examen de la question des principes sous-tendant la condition de connexité directe, ainsi que des facteurs retenus par la Cour, ne fait que renforcer cette conclusion.

III. PRINCIPES SOUS-TENDANT LES CONSIDÉRATIONS RELATIVES À LA RECEVABILITÉ DE DEMANDES RECONVENTIONNELLES

20. Quels sont les principes sous-tendant le raisonnement de la Cour quant à la recevabilité de demandes reconventionnelles ? En quoi les différents facteurs mentionnés par la Cour dans son ordonnance servent-ils ces principes ? Ceux-ci justifient-ils une hiérarchisation desdits facteurs ? Bien que la Cour n'en fasse aucune mention dans la présente ordonnance, elle a été amenée à faire état de ces principes par le passé. Dans cette section, je passerai en revue ceux qu'elle a discernés jusqu'à présent, et analyserai ce qu'il y a lieu d'en conclure quant à la part d'appréciation à exercer.

21. La Cour a, dans le cadre de plusieurs décisions, dégagé les principes qui sous-tendent son raisonnement quant à la recevabilité de demandes reconventionnelles et les divers facteurs à l'aune desquels s'apprécie l'existence d'une connexité directe. Selon moi, elle a distingué au moins cinq de ces principes.

⁷ *Annuaire de la Commission du droit international*, 1991, vol. II, deuxième partie, p. 30.

22. First, the Court on several occasions has mentioned that counter-claims can promote “procedural economy”. If the question is whether a counter-claim (an autonomous legal act within the jurisdiction of the Court) should be heard as a separate case or as a counter-claim, then one clear principle animating the Court’s approach is that such a counter-claim should be a part of the same case if admitting it serves to promote procedural economy. Although this is not explicitly indicated by the Court, presumably such procedural economy includes both the Court’s limited resources as well as the resources of the parties. Second, a related principle, often stated by the Court alongside procedural economy, is that of avoiding inconsistent results which can follow from the fragmented consideration of connected aspects of the same dispute in separate cases before the Court.

23. Both of these animating principles are mentioned in the Court’s discussion of counter-claims in the *Application of the Genocide Convention* case. The Court writes:

“whereas, as far as counter-claims are concerned, the idea is essentially to achieve a procedural economy whilst enabling the Court to have an overview of the respective claims of the parties and to decide them more consistently”⁸.

24. Between the principles of procedural economy and avoidance of inconsistent results, I would regard the latter as the more compelling for a court such as the International Court of Justice where the cases are of great public significance. Arriving at what is perceived as a sound decision for such cases is, in my opinion, more compelling than arriving at a decision in an efficient manner. One may hope to accomplish both, but if one must choose in the context of a very significant case, then I would choose the avoidance of inconsistent results as such a result would, among other things, undermine the influence of the decision.

25. Third, the Court has referred to the sound administration of justice although that phrase is not unpacked in any detail and may simply be a succinct means of referring to procedural economy and the avoidance of inconsistent results. Fourth, the Court, less clearly and less consistently, has suggested that a further principle is the applicant’s right to present its case as it has chosen and that the possibility of counter-claims should not derail the applicant’s effort to have its claims adjudicated. This principle may reflect the general aversion to abuse of process and may be more properly viewed as a part of the objective of sound administration of justice.

⁸ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia), Counter-Claims, Order of 17 December 1997, I.C.J. Reports 1997, p. 257, para. 30.*

22. Premièrement, la Cour a maintes fois indiqué que les demandes reconventionnelles pouvaient favoriser «l'économie de procès». Si la question qui se pose est celle de savoir si une demande reconventionnelle — acte juridique autonome relevant de la compétence de la Cour — doit être examinée en tant que telle ou, au contraire, dans le cadre d'une affaire distincte, le principe que la Cour a retenu est clair : elle doit être examinée dans le cadre de la même affaire, si cela va dans le sens d'une économie de procès. Bien que la Cour ne l'ait pas expressément spécifié, il y a lieu de penser que cette économie de procès renvoie à la fois à ses propres ressources limitées et à celles des parties. Deuxièmement, la Cour a mentionné un autre principe, souvent concomitamment à celui d'économie de procès, et qui lui est connexe : il s'agit d'éviter l'incohérence des résultats à laquelle risque de conduire un examen fragmentaire, dans le cadre d'affaires distinctes, d'aspects imbriqués d'un même différend.

23. Ces deux principes directeurs sont évoqués dans le développement que la Cour consacre aux demandes reconventionnelles en l'affaire relative à l'*Application de la convention contre le génocide*. Elle y écrit que,

«en ce qui concerne les demandes reconventionnelles[,] il s'agit essentiellement de réaliser une économie de procès tout en permettant au juge d'avoir une vue d'ensemble des prétentions respectives des parties et de statuer de façon plus cohérente»⁸.

24. Entre la nécessité de simplifier la procédure et celle d'éviter des résultats incohérents, j'aurais tendance à penser que c'est le dernier de ces principes qui est le plus impérieux, dans le cas d'une juridiction telle que la Cour, qui traite d'affaires revêtant un intérêt public majeur. La nécessité de parvenir, dans ce cadre, à une décision qui soit perçue comme juste l'emporte, selon moi, sur celle d'y parvenir d'une manière qui soit efficace. L'on pourrait souhaiter combiner ces deux objectifs, mais si force est de choisir, dans le contexte d'affaires présentant de tels enjeux, je privilégierais la cohérence des résultats, car son absence aurait, entre autres effets, celui d'affaiblir la portée de la décision rendue.

25. Troisièmement, la Cour a évoqué la bonne administration de la justice, quoique sans entrer dans le détail de cette expression, qui pourrait être une manière succincte de se référer à la fois à l'économie de procès et à la nécessité d'éviter des résultats incohérents. Quatrièmement, la Cour, encore que moins expressément et moins systématiquement, a discerné comme autre principe à l'œuvre le droit qu'a le demandeur de présenter ses prétentions comme il a choisi de le faire, et de ne pas voir les efforts qu'il déploie pour que celles-ci soient jugées contrariées par d'éventuelles demandes reconventionnelles. Ce principe reflète peut-être l'aversion générale qu'inspire l'idée d'abus de procédure, et pourrait plus justement être rattaché à l'objectif de bonne administration de la justice.

⁸ *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie), demandes reconventionnelles, ordonnance du 17 décembre 1997, C.I.J. Recueil 1997, p. 257, par. 30.*

26. The third and fourth principles arguably are present in the *Application of the Genocide Convention* case where the Court writes that

“the Respondent cannot use [the means of counter-claim] either to impose on the Applicant any claim it chooses, at the risk of infringing the Applicant’s rights and of compromising the proper administration of justice”⁹.

27. These four principles in all likelihood animate the reasoning of all courts regarding counter-claims. But while these principles are common to all courts of which I am aware, there is a fifth that is unique to this Court.

28. The final principle reflects the Court’s unique role in the peaceful settlement of international disputes. Article 33 (1) of the United Nations Charter provides that

“[t]he parties to any dispute, the continuance of which is likely to endanger the maintenance of international peace and security, shall, first of all, seek a solution by negotiation, enquiry, mediation, conciliation, arbitration, judicial settlement, resort to regional agencies or arrangements, or other peaceful means of their own choice”.

The judicial resolution of the dispute presented is only one of the various methods listed and there is little doubt that the drafters of the Charter had the International Court of Justice in mind when referring to judicial settlement. It is not clear, however, that legal analysis necessarily offers the most enduring solutions to complex disputes. The reality is that complex international disputes resist resolution. The complexity of such disputes is manifest in the fact that even views as to what is at dispute are often very different for the various participants involved. It should be no surprise that a State, in constructing its application to the Court, will form its case from its perspective of the dispute. But in accepting that proposition, we need also accept that the Court may be presented with only a partial description of a complex matter. For this reason, I do not find it necessarily significant whether the counter-claim and claim rely on the same legal principles or instruments. Certainly, reliance on the same legal instrument furthers the principles of procedural economy and avoidance of inconsistent results. But there is no reason to expect that a counter-claim involving the same factual complex approaches the dispute from the same perspective or that, in its legal expression, it must rely on the very same instruments¹⁰. Indeed, to the extent that the Court seeks to more fully appreciate the complexity of the dispute before it, the Court should expect as often as not that different principles or instruments will

⁹ *I.C.J. Reports 1997*, pp. 257-258, para. 31.

¹⁰ See A. D. Renteln, “Encountering Counterclaims”, *Denver Journal of International Law and Policy*, Vol. 15, 1986-1987, pp. 392-393.

26. L'on peut considérer que ces troisième et quatrième principes sous-tendent la décision rendue en l'affaire relative à l'*Application de la convention contre le génocide*, dans laquelle la Cour a dit que

«le défendeur ne [pouvait] ... imposer par [la] voie [reconventionnelle] au demandeur n'importe quelle demande, au risque de porter atteinte aux droits de celui-ci et de compromettre la bonne administration de la justice»⁹.

27. Ces quatre principes sous-tendent vraisemblablement le raisonnement que tiennent toutes les juridictions en ce qui concerne les demandes reconventionnelles. Mais si ces principes-là sont communs à l'ensemble des juridictions que je connais, il en est un cinquième, propre à la Cour.

28. Ce cinquième et dernier principe reflète le rôle unique dévolu à la Cour en matière de règlement pacifique des différends internationaux. Le paragraphe 1 de l'article 33 de la Charte des Nations Unies dispose que

«[l]es parties à tout différend dont la prolongation est susceptible de menacer le maintien de la paix et de la sécurité internationales doivent en rechercher la solution, avant tout, par voie de négociation, d'enquête, de médiation, de conciliation, d'arbitrage, de règlement judiciaire, de recours aux organismes ou accords régionaux, ou par d'autres moyens pacifiques de leur choix».

Le règlement judiciaire est l'une seulement des diverses méthodes énumérées, et il ne fait guère de doute que c'est à la Cour internationale de Justice que les auteurs de la Charte songeaient en y faisant référence. Il n'est pas certain, toutefois, que l'analyse juridique garantisse nécessairement les solutions les plus durables dans le cas de différends internationaux complexes. En réalité, de tels différends peinent à être résolus. Leur complexité est telle que les vues des divers protagonistes vont souvent jusqu'à diverger sur la question de ce qui en constitue l'objet. Il n'y a donc pas lieu d'être surpris qu'un Etat, en préparant la requête qu'il destine à la Cour, présente ses moyens dans l'optique qui est la sienne. Mais, dans cette hypothèse, nous devons également admettre que la Cour risque de ne se voir offrir qu'une description partielle d'une question complexe. Que la demande reconventionnelle et la demande se fondent ou non sur les mêmes principes ou instruments juridiques ne me semble dès lors pas pertinent. Assurément, il est préférable, au regard des principes visant à garantir l'économie de procès et à éviter des résultats incohérents, que les instruments juridiques invoqués soient les mêmes. Mais il n'y a pas lieu de s'attendre à ce qu'une demande reconventionnelle impliquant le même ensemble factuel aborde le différend dans la même optique ni de penser qu'elle doive, dans sa formulation juridique, renvoyer à des instruments qui seraient forcément les mêmes¹⁰. En réalité, dans la mesure où elle

⁹ C.I.J. *Recueil* 1997, p. 257-258, par. 31.

¹⁰ Voir A. D. Renteln, «Encountering Counterclaims», *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 15, 1986-1987, p. 392-393.

be relied upon. In this sense, counter-claims involving the same factual complex allow the Court to appreciate and address the dispute more comprehensively thereby furthering the objective of peaceful resolution of disputes. S. Murphy writes:

“International disputes that cannot be resolved through diplomacy are often complicated, with potentially valid claims by both sides. By being flexible in its procedure, the Court recognizes such complexity, and opens the door for considering the dispute in its broadest factual and legal context, thereby allowing a more comprehensive and just solution.”¹¹

IV. CONCLUDING OBSERVATION

29. A dispute is viewed differently not only by the States involved, but also by the citizenry of those States. The Preamble to the Constitution of UNESCO wisely observes that since international disputes begin in the minds of men, “it is in the minds of men that defences of peace must be constructed”. Similarly, international disputes before the Court are not merely legal disagreements between governmental officials, but rather are in most cases also disputes that reside in the minds of the people of both States. And it is in the minds of the people of both States that the meaningful resolution of significant international disputes is to be gained. It is true that not all viewpoints will win a court case, but a diversity of views as to what is truly at issue in a dispute can be recognized.

30. The Court’s admission of the third and fourth counter-claims contributes to a fuller consideration of the international dispute presented in this proceeding and to the possibility for a long-term peaceful resolution of that dispute. For reasons detailed above, in my opinion, the admission of the first and second counter-claims would have done likewise.

(Signed) David D. CARON.

¹¹ Sean Murphy, “Amplifying the World Court’s Jurisdiction through Counter-Claims and Third-Party Intervention”, *George Washington International Law Review*, Vol. 33, 2000, p. 20.

cherche à mieux saisir la complexité du différend qui lui est soumis, la Cour doit escompter que les principes ou instruments invoqués seront plus souvent différents qu'identiques. Dans cette perspective, l'examen de demandes reconventionnelles recouvrant le même ensemble factuel lui permet de mieux cerner et traiter le différend, ce qui sert l'objectif de règlement pacifique. S. Murphy écrit :

« Les différends internationaux qui ne peuvent être résolus par la voie diplomatique sont souvent compliqués, chacune des parties avançant des prétentions qui pourraient être valables. En se montrant souple quant à la procédure, la Cour prend acte de cette complexité, et se ménage la possibilité d'appréhender le différend dans son contexte factuel et juridique plus général, et, partant, d'aboutir à un règlement plus exhaustif et plus juste. »¹¹

IV. CONCLUSION

29. Un différend est perçu de différentes manières non seulement par les Etats concernés, mais aussi par les citoyens de ces Etats. Le préambule de l'acte constitutif de l'UNESCO note fort à propos que, puisque les différends internationaux prennent naissance dans l'esprit des hommes, « c'est dans l'esprit des hommes que doivent être élevées les défenses de la paix ». De même, les différends internationaux soumis à la Cour ne sont pas de simples désaccords juridiques entre hauts responsables gouvernementaux mais aussi, dans la plupart des cas, des différends dans l'esprit des peuples des deux Etats. C'est donc dans l'esprit des peuples des deux Etats que l'on peut espérer régler véritablement les différends internationaux d'envergure. Il est vrai que tous les points de vue ne seront pas légitimés par l'instance judiciaire, mais l'on peut néanmoins admettre une diversité de points de vue quant à l'objet réel du différend.

30. En déclarant recevables les troisième et quatrième demandes reconventionnelles, la Cour a pu analyser en meilleure connaissance de cause le différend international dont elle est saisie en l'espèce et se donner les moyens d'en assurer le règlement pacifique à long terme. Pour les raisons exposées ci-dessus, je pense que le fait de déclarer recevables les première et deuxième demandes reconventionnelles aurait présenté les mêmes avantages.

(*Signé*) David D. CARON.

¹¹ Sean Murphy, « Amplifying the World Court's Jurisdiction through Counter-Claims and Third-Party Intervention », *George Washington International Law Review*, vol. 33, 2000, p. 20.