

SEPARATE OPINION
OF JUDGE CANÇADO TRINDADE

TABLE OF CONTENTS

	<i>Paragraphs</i>
I. THE OBJECT AND PURPOSE OF THE ICRW	2-9
1. The teleological approach	4-7
2. Response of New Zealand to questions from the Bench	8-9
II. COLLECTIVE GUARANTEE AND COLLECTIVE REGULATION	10-19
1. Collective decision-making under the ICRW	10-12
2. Review of proposed special permits under the Schedule	13-19
III. THE LIMITED SCOPE OF ARTICLE VIII (1) OF THE ICRW	20-24
IV. THE EVOLVING LAW RELATING TO CONSERVATION: INTER-ACTIONS BETWEEN SYSTEMS	25-26
V. THE ICRW AS A “LIVING INSTRUMENT”: THE EVOLVING <i>OPINIO JURIS COMMUNIS</i>	27-40
VI. INTER-GENERATIONAL EQUITY	41-47
VII. CONSERVATION OF LIVING SPECIES (MARINE MAMMALS)	48-59
1. The tension between conservation and exploitation: Arguments of the Parties	48-51
2. Whale stocks — conservation and development: Response of the Parties and the intervenor to questions from the Bench	52-56
3. General assessment	57-59
VIII. PRINCIPLE OF PREVENTION AND THE PRECAUTIONARY PRINCIPLE: ARGUMENTS OF THE PARTIES AND THE INTERVENOR	60-71
IX. RESPONSES FROM THE EXPERTS, AND REMAINING UNCERTAINTIES AROUND “SCIENTIFIC RESEARCH” (UNDER JARPA II)	72-74
X. REITERATED CALLS UNDER THE ICRW FOR NON-LETHAL USE OF CETACEANS	75-79
XI. CONCLUDING OBSERVATIONS, ON THE JARPA II PROGRAMME AND THE REQUIREMENTS OF THE ICRW AND ITS SCHEDULE	80-90

*

OPINION INDIVIDUELLE
DE M. LE JUGE CANÇADO TRINDADE

[Traduction]

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
I. L'OBJET ET LE BUT DE LA CONVENTION	2-9
1. Approche téléologique	4-7
2. Réponse de la Nouvelle-Zélande aux questions posées par un membre de la Cour	8-9
II. UN SYSTÈME DE RÉGLEMENTATION ET DE GARANTIES COLLECTIVES	10-19
1. Le processus collectif de prise de décisions prévu par la convention	10-12
2. Examen des propositions de permis spéciaux à la lumière du règlement	13-19
III. LA PORTÉE LIMITÉE DU PARAGRAPHE 1 DE L'ARTICLE VIII DE LA CONVENTION	20-24
IV. L'ÉVOLUTION DU DROIT RELATIF À LA CONSERVATION: INTERACTIONS ENTRE LES DIFFÉRENTS SYSTÈMES	25-26
V. LA CONVENTION EN TANT QU'«INSTRUMENT VIVANT»: L'ÉVOLUTION DE L' <i>OPINIO JURIS COMMUNIS</i>	27-40
VI. L'ÉQUITÉ INTERGÉNÉRATIONNELLE	41-47
VII. LA CONSERVATION DES ESPÈCES VIVANTES (MAMMIFÈRES MARINS)	48-59
1. Antagonisme entre conservation et exploitation: les arguments des Parties	48-51
2. Stocks de baleines — conservation et développement: réponses des Parties et de l'Etat intervenant aux questions d'un membre de la Cour	52-56
3. Appréciation générale	57-59
VIII. LES PRINCIPES DE PRÉVENTION ET DE PRÉCAUTION: ARGUMENTS DES PARTIES ET DE L'ÉTAT INTERVENANT	60-71
IX. LES RÉPONSES DES EXPERTS ET LES INCERTITUDES DEMEURANT AUTOUR DE LA «RECHERCHE SCIENTIFIQUE» (AU TITRE DE JARPA II)	72-74
X. DES APPELS RÉITÉRÉS, SOUS LES AUSPICES DE LA CONVENTION DE 1946, EN FAVEUR D'UNE UTILISATION NON LÉTALE DES CÉTACÉS	75-79
XI. OBSERVATIONS FINALES SUR LE PROGRAMME JARPA II ET LES EXIGENCES DE LA CONVENTION DE 1946 ET DU RÈGLEMENT QUI LUI EST ANNEXÉ	80-90

*

1. I have accompanied the Court's majority, in voting in favour of the adoption of the present Judgment in the case *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening)*. Yet, I would have wished certain points to be further developed by the Court. I feel thus obliged to leave on the records, in the present separate opinion, the foundations of my personal position thereon. To this effect, I shall address the following points: (a) the object and purpose of the International Convention on the Regulation of Whaling (the teleological approach); (b) collective guarantee and collective regulation; (c) the limited scope of Article VIII (1) of the ICRW; (d) the evolving law relating to conservation: interactions between systems; (e) the ICRW as a "living instrument": the evolving *opinio juris communis*; (f) inter-generational equity; (g) conservation of living species (marine mammals); (h) principle of prevention and the precautionary principle; (i) remaining uncertainties around "scientific research" (under the JARPA II programme). The way will then be paved for my concluding observations, on the JARPA II programme and the requirements of the ICRW and its Schedule.

I. THE OBJECT AND PURPOSE OF THE ICRW

2. I find it necessary, to start with, to dwell upon *the object and purpose* of the International Convention on Regulation of Whaling (hereinafter the "ICRW"), so as to set the context for the consideration of the interpretation of Article VIII of the ICRW, and of the question whether Japan complied with its obligations under the ICRW and its Schedule (cf. *infra*). Both contending Parties, Australia and Japan, and the intervenor, New Zealand, have in fact dedicated some attention to the object and purpose of the ICRW. The adoption of a Convention like the ICRW, endowed with a supervisory organ of its own, evidences that the goal of conservation integrates its object and purpose, certainly not limited to the development of the whaling industry.

3. To try to reduce the object and purpose of the ICRW to the protection or development of the whaling industry would be at odds with the rationale and structure of the ICRW as a whole. If the main goal of the ICRW were only to protect and develop the whaling industry, the entire framework of the ICRW would have been structured differently. Moreover, the fact that the ICRW is a multilateral treaty, encompassing member States that do not practice whaling, also speaks to the understanding that the ICRW's object and purpose cannot be limited to the development of the whaling industry. Furthermore, in the same line of reasoning, the adoption of a moratorium on commercial whaling within the framework of the ICRW also seems to indicate that the conservation of whale

1. Si je me suis associé à la majorité en votant en faveur de l'adoption du présent arrêt en l'affaire relative à la *Chasse à la baleine dans l'Antarctique (Australie c. Japon; Nouvelles-Zélande (intervenant))*, j'aurais néanmoins souhaité voir approfondir certains points. J'estime donc devoir, dans la présente opinion individuelle, faire état des fondements de ma position personnelle à cet égard, et je reviendrai à cet effet sur les points suivants : *a*) l'objet et le but de la convention internationale pour la réglementation de la chasse à la baleine (dénommée ci-après la « convention de 1946 » ou la « convention ») (approche téléologique); *b*) l'existence d'un système de réglementation et de garanties collectives; *c*) la portée limitée du paragraphe 1 de l'article VIII de la convention; *d*) l'évolution du droit relatif à la conservation et les interactions entre les différents systèmes; *e*) la convention en tant qu'« instrument vivant » et l'évolution de l'*opinio juris communis*; *f*) l'équité intergénérationnelle; *g*) la conservation des espèces vivantes (mammifères marins); *h*) le principe de prévention et le principe de précaution; *i*) les incertitudes qui demeurent autour de la « recherche scientifique » (pratiquée dans le cadre du programme JARPA II). Je pourrai à partir de là formuler certaines conclusions sur le programme JARPA II et les prescriptions de la convention et du règlement qui lui est annexé.

I. L'OBJET ET LE BUT DE LA CONVENTION

2. J'estime nécessaire de commencer par examiner *l'objet et le but* de la convention de 1946, afin d'établir le contexte dans lequel s'inscriront l'interprétation de l'article VIII de la convention et l'analyse de la question de savoir si le Japon s'est acquitté des obligations que lui imposent cette convention et le règlement qui lui est annexé (voir ci-dessous). Les deux Parties en litige — l'Australie et le Japon — et l'Etat intervenant, la Nouvelle-Zélande, ont de fait accordé beaucoup d'attention à cette question. Quant à moi, il m'apparaît que le choix d'adopter un instrument doté de son propre organe de contrôle accrédite l'idée que la conservation était l'un des objectifs visés, l'objet et le but de la convention ne se réduisant certainement pas au développement du secteur baleinier.

3. Tenter de réduire cet objet et ce but à la protection ou au développement de l'industrie baleinière irait du reste à l'encontre de la logique qui sous-tend la convention dans son ensemble, et de son économie générale. Si son but premier s'était résumé à assurer la protection et le développement du secteur baleinier, la convention aurait, globalement, été structurée de manière différente. Le fait qu'il s'agisse d'un traité multilatéral auquel sont parties des Etats qui ne pratiquent pas la chasse à la baleine incite également à considérer que l'objet et le but de la convention ne sauraient être limités au développement de l'industrie baleinière. Dans la même logique, l'adoption, dans le cadre de la convention, d'un moratoire sur la chasse commerciale accrédite l'idée

stocks is an important component of the object and purpose of the ICRW.

1. The Teleological Approach

4. May I turn briefly to the Preamble of the ICRW, which contains indications as to the object and purpose of the Convention. First, the Preamble recognizes “the interest of the nations of the world in safeguarding for future generations the great natural resources represented by the whale stocks”; this seems, in my view, to be in line with the purpose of conserving and protecting whales. Secondly, other preambular paragraphs mention “regulation” of whaling to ensure conservation and development of whale stocks. Then, the Preamble also posits that the States parties “decided to conclude a convention to provide for the proper conservation of whale stocks and thus make possible the orderly development of the whaling industry”.

5. It appears that the primary object and purpose of the ICRW can be found in the conservation and recovery of whale populations. The ICRW provides for a mechanism to ensure its own evolution in face of changing conditions and new challenges. The International Whaling Commission (IWC) has a specific role (under Article VI) to make recommendations to States parties, in the form of resolutions, to which they are to give consideration in good faith. The practice of the IWC, conformed by its successive resolutions, seems to indicate that conservation of whale stocks is an important objective of the ICRW: for example, in a number of resolutions, the IWC has focused on non-lethal methods of research concerning whales, disclosing a concern with the conservation of whale stocks¹. Thus, in my perception, the use of whales cannot take place to the detriment of the conservation of whale stocks.

6. The Schedule of regulations annexed to the ICRW is an integral part of it, with equal legal force; amendments have regularly been made to the Schedule, so as to cope with international environmental developments. States parties thus count on a scheme to act together in the common interest, setting a proper balance between conservation and the use of whale resources. The ICRW, adopted in 1946 to stop the overexploitation of whales, presented thus two novelties in comparison with the first treaties on whaling: the creation of the IWC (under Article III), and the inclusion of the Schedule, controlling whaling so as to achieve conserva-

¹ E.g., resolution 2007-3 (Resolution on the Non-Lethal Use of Cetaceans); resolution 2007-1 (Resolution on JARPA).

que la conservation des populations baleinières en est une composante essentielle.

1. *Approche téléologique*

4. Je voudrais maintenant me pencher brièvement sur le préambule de la convention, qui contient des indications quant à l'objet et au but de celle-ci. Tout d'abord, il y est pris acte de l'«intérêt» qu'ont «les nations du monde ... à sauvegarder, au profit des générations futures, les grandes ressources naturelles représentées par les stocks de baleines», ce qui me semble conforter l'idée d'un objectif consistant à assurer la conservation et la protection des baleines. Ensuite, d'autres alinéas renvoient à une «réglementation» de la chasse à la baleine visant à assurer la conservation et l'accroissement des stocks de baleines. Enfin, il est précisé dans le préambule que les Etats parties ont «décidé de conclure une convention destinée à assurer la conservation appropriée des stocks de baleines et ... ainsi donner à l'industrie baleinière la possibilité de se développer d'une manière méthodique».

5. Il apparaît ainsi que la conservation et la reconstitution des stocks de baleines constituent bien l'objet et le but premiers de la convention. Celle-ci prévoit par ailleurs un mécanisme apte à lui permettre d'évoluer au gré des changements et des nouveaux défis. La commission baleinière internationale (dénommée ci-après la «CBI» ou la «commission») a en effet pour vocation expresse (aux termes de l'article VI) de faire des recommandations aux Etats parties, sous forme de résolutions que ceux-ci sont tenus de prendre en considération de bonne foi. Or la pratique de la CBI, telle que constituée par les résolutions successives qu'elle a adoptées, semble venir conforter l'idée que la conservation des stocks de baleines est un objectif central de la convention. La CBI a en effet, dans un certain nombre de ces résolutions, mis l'accent sur les méthodes de recherche non létales, ce qui témoigne d'un souci d'assurer la conservation des peuplements baleiniers¹. Dès lors, les ressources baleinières ne sauraient, à mon sens, être utilisées au détriment de la conservation des stocks de baleines.

6. Le règlement annexé à la convention fait partie intégrante de celle-ci, et a la même valeur juridique: il a été régulièrement modifié pour suivre les évolutions internationales en matière de protection de l'environnement. Les Etats parties ont ainsi à leur disposition un régime qui leur permet d'agir ensemble dans l'intérêt commun, établissant un juste équilibre entre conservation et exploitation des ressources baleinières. La convention, adoptée en 1946 pour mettre fin à la surexploitation de ces ressources, présentait deux nouveautés par rapport aux premiers traités régissant la chasse à la baleine: la création de la CBI (en vertu

¹ Voir, par exemple, la résolution 2007-3 (résolution sur l'utilisation non létale des cétacés); résolution 2007-1 (résolution sur JARPA).

tion and recovery of whale stocks. It became a multilateral scheme, seeking to avoid unilateral action so as to foster conservation.

7. The object and purpose of the ICRW are to be construed in light of its text, its supervisory mechanism, and its nature as a multilateral treaty encompassing both whaling and non-whaling States. The object and purpose of the Convention point to, as a guiding principle, the conservation and recovery of whale stocks; not to be seen on an equal footing with the sustainable development of the whaling industry or the protection of commercial whaling. A State party — Japan or any other — cannot act unilaterally to decide whether its programme is fulfilling the object and purpose of the ICRW, or the objective of conservation.

2. *Response of New Zealand to Questions from the Bench*

8. In this connection, in the course of the oral pleadings before the Court (on 8 July 2013), I deemed it fit to put the following questions to the intervenor, New Zealand:

“1. In your view, does the fact that the International Convention for the Regulation of Whaling is a multilateral treaty, with a supervisory organ of its own, have an impact on the interpretation of its object and purpose?”

2. You have stated in your written observations (of 4 April 2013) that the object and purpose of the International Convention for the Regulation of Whaling is: ‘to replace unregulated, unilateral whaling by States with collective regulation as a mechanism to provide for the interests of the parties in the proper conservation and management of whales’ (p. 16, para. 33). In your view, is this a widely accepted interpretation nowadays of the object and purpose of the International Convention for the Regulation of Whaling?”²

9. As to these questions, New Zealand at first recalled that, distinctly from the 1937 International Agreement for the Regulation of Whaling, the 1946 ICRW counts on a permanent Commission (the IWC) endowed with a supervisory role, evidencing a “collective enterprise”, and acknowledging that whale conservation “must be an international endeavour”. In sum, in New Zealand’s view, the object and purpose of the ICRW ought to be approached in the light of the *collective interest* of States parties in

² CR 2013/17, of 8 July 2013, pp. 49-50.

de l'article III) et l'insertion, en annexe, d'un règlement garantissant ainsi un contrôle destiné à assurer la conservation et la reconstitution des stocks de baleines. La communauté internationale était ainsi désormais dotée d'un dispositif multilatéral dont la vocation était d'empêcher les Etats d'agir unilatéralement, aux fins de favoriser la conservation.

7. L'objet et le but de la convention doivent être interprétés à la lumière de son libellé, de l'organe de contrôle qu'elle a établi, et de son statut de traité multilatéral regroupant aussi bien des nations baleinières que des nations non baleinières. Il en ressort que le principe directeur de cette convention est la conservation et la reconstitution des stocks de baleines — éléments qui ne sauraient être mis sur un pied d'égalité avec le développement durable de l'industrie baleinière ou la protection de la chasse commerciale. Un Etat partie — qu'il s'agisse du Japon ou d'un autre — ne peut déterminer de manière unilatérale si son programme satisfait réellement à l'objet ou au but de la convention, ou à l'objectif de conservation.

*2. Réponse de la Nouvelle-Zélande aux questions posées
par un membre de la Cour*

8. A cet égard, à l'audience qui s'est tenue devant la Cour le 8 juillet 2013, il m'a semblé utile de poser à l'Etat intervenant, la Nouvelle-Zélande, les questions suivantes :

« 1. Selon vous, le fait que la convention soit un traité multilatéral ayant institué un organe de contrôle a-t-il une incidence sur l'interprétation de son objet et de son but ?

2. Dans vos observations écrites (du 4 avril 2013), vous avez dit que la convention avait pour objet et pour but « de remplacer la chasse à la baleine non réglementée menée de façon unilatérale par les Etats par un mécanisme de réglementation collective destiné à servir les intérêts des parties en matière de conservation et de gestion appropriées des baleines » (p. 16, par. 33). S'agit-il là, selon vous, d'une interprétation aujourd'hui largement admise de l'objet et du but de la convention ? »²

9. En réponse, la Nouvelle-Zélande a commencé par rappeler que, à la différence de l'accord international pour la réglementation de la chasse à la baleine de 1937, la convention de 1946 s'appuyait sur une commission permanente (la CBI) investie d'un rôle de contrôle, ce qui témoignait selon elle d'une volonté de mener à bien une « entreprise collective » et d'une reconnaissance du fait que la conservation des baleines devait « s'inscrire dans le cadre d'un effort international ». Pour la Nouvelle-Zélande, il convient en

² CR 2013/17, 8 juillet 2013, p. 49-50.

the conservation and management of whale stocks³. Secondly, New Zealand argued that the IWC had recognizedly become the appropriate organ for the conservation and management of whales. Such role of collective regulation of the IWC — New Zealand added — was in the line of the United Nations Convention on the Law of the Sea, which requires States (Art. 65) to co-operate with a view to the conservation of marine mammals and to work through the appropriate international organs. Such endeavours of conservation have become a “collective responsibility”, and the IWC — New Zealand added — would “work co-operatively to improve the conservation and management of whale populations and stocks on a scientific basis and through agreed policy measures”⁴.

II. COLLECTIVE GUARANTEE AND COLLECTIVE REGULATION

1. *Collective Decision-Making under the ICRW*

10. The collective system established by the ICRW is crucial to the understanding and proper handling of the present case of *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening)*. In my view, the system created by the Convention aims at replacing a system of unilateral unregulated whaling, with a system of collective guarantee and regulation so as to provide for the interests of the States parties in the proper conservation and management of whales. To my mind, the structure of the Convention evidences that one of its aims is to achieve collective guarantee through collective regulation, in relation to all activities associated with whaling. This collective regulation is achieved through a process of collective decision-making by the IWC, which adopts regulations and resolutions (*supra*).

11. In addition, it may be recalled that the IWC may also adopt recommendations addressed to any or all of the States parties on any matters which relate to whales or whaling and to the objective and purpose of the Convention. These recommendations and resolutions, in my understanding, express the collective views of the parties under the Convention concerning the protection of their interests in the proper conservation and management of whales. Furthermore, membership of the IWC has grown along the years, with many members having no whaling industry or history of whaling activities; their common interest would arguably be the conservation and management of whales themselves, rather than solely the preservation of the whaling industry.

³ Written Responses of New Zealand to the Questions Put by Judge Cançado Trindade at the End of the Public Sitting Held on 8 July 2013 at 10 a.m., of 12 July 2013, pp. 6-7, paras. 1-3.

⁴ *Ibid.*, pp. 8-9, paras. 1-4.

somme d'examiner l'objet et le but de la convention de 1946 à la lumière de l'*intérêt collectif* en matière de conservation et de gestion des stocks de baleines³. La Nouvelle-Zélande affirme ensuite que la CBI est désormais reconnue comme l'organe ayant vocation à assurer cette conservation et cette gestion. Le rôle de réglementation collective qui lui a été dévolu s'inscrit selon elle dans le droit fil de la convention des Nations Unies sur le droit de la mer, qui impose aux Etats (en son article 65) de coopérer en vue d'assurer la protection des mammifères marins, par l'intermédiaire des organisations internationales appropriées. A son sens, cet effort de conservation relève désormais d'une «responsabilité collective» et les membres de la CBI doivent «œuvrer collectivement à l'amélioration des conditions de conservation et de gestion des populations et des stocks de baleines sur la base d'éléments scientifiques et par le biais de mesures concertées»⁴.

II. UN SYSTÈME DE RÉGLEMENTATION ET DE GARANTIES COLLECTIVES

1. *Le processus collectif de prise de décisions prévu par la convention*

10. Une juste analyse du régime collectif établi par la convention est essentielle pour bien comprendre et traiter les questions en jeu en la présente affaire. Selon moi, le mécanisme créé par la convention vise en effet à remplacer un modèle unilatéral et non réglementé de chasse à la baleine par un système de réglementation et de garanties collectives destiné à protéger les intérêts des Etats parties en matière de conservation et de gestion appropriées des stocks. A mon sens, la structure de la convention atteste que l'un des buts recherchés est d'apporter des garanties à tous, par l'effet d'une réglementation collective, pour l'ensemble des activités associées à la chasse à la baleine. Cette réglementation collective passe par un processus collectif de prise de décisions mis en œuvre au sein de la CBI, qui adopte des réglementations et des résolutions (voir ci-dessus).

11. Il convient en outre de rappeler que la CBI peut également adopter, à l'intention de l'un quelconque ou de l'ensemble des gouvernements contractants, des recommandations à propos de questions ayant trait soit aux baleines et à la chasse à la baleine, soit aux objectifs et aux buts de la convention. A mes yeux, ces recommandations et résolutions témoignent de la conception qu'ont collectivement les parties à la convention de la protection de leurs intérêts en matière de conservation et de gestion appropriées des stocks de baleines. En outre, le nombre d'Etats membres de la CBI a augmenté au fil des ans, beaucoup d'entre eux n'ayant aucune tradition ou industrie baleinière; aussi y a-t-il lieu de penser que leur intérêt commun serait la conservation et la gestion des populations baleinières elles-mêmes, et non le seul maintien de l'industrie baleinière.

³ Voir réponses de la Nouvelle-Zélande aux questions posées par le juge Cançado Trindade à la fin de l'audience publique qui s'est tenue le 8 juillet 2013 à 10 heures et le 12 juillet 2013, p. 4-5, par. 1-3.

⁴ *Ibid.*, p. 8-9, par. 1-4.

12. Thus, the nature and structure of the ICRW, the fact that it is a multilateral Convention (comprising both whaling and non-whaling States) with a supervisory organ of its own, which adopts resolutions and recommendations, highlights the collective decision-making process under the Convention and the collective guarantee provided thereunder. In the light of the object and purpose of the ICRW, clearly a system of collective guarantee and collective regulation operates thereunder.

2. *Review of Proposed Special Permits
under the Schedule*

13. In fact, in numerous resolutions, the IWC has provided guidance to the Scientific Committee for its review of special permits under paragraph 30 of the Schedule. This is aimed at amending proposed special permit programmes that do not meet the conditions. The expectation ensues therefrom that, e.g., non-lethal methods will be used whenever possible, on the basis of successive resolutions of the IWC stressing the relevance of obtaining scientific information without needing to kill whales for “scientific research”. In accordance with the IWC resolutions, the Scientific Committee has, for its part, elaborated a series of Guidelines to enable it to undertake its function of review of special permits (under paragraph 30 of the Schedule).

14. In the present proceedings before the ICJ, this practice has been brought to the attention of the Court, in particular by New Zealand⁵, who has further pointed out that over 25 resolutions of the IWC, issued after the Scientific Committee’s review of proposed special permits (under Article VIII of the ICRW), have been consistently requesting the States parties concerned “not to proceed where the Scientific Committee had determined that the proposed activity did not satisfy the Scientific Committee’s criteria”⁶. Such is the case of IWC resolutions 1987-1, 1987-2, 1987-3, 1987-4, 1989-1, 1989-2, 1989-3, 1990-1, 1990-2, 1991-2, 1991-3, 1993-7, 1993-8, 1994-9, 1994-10, 1994-11, 1995-9, 1996-7, 1997-5, 1997-6, 2000-4, 2000-5, 2001-7, 2001-8, 2003-2, 2003-3, 2005-1, and 2007-1⁷. Hence, it is clear that one counts nowadays on a system of collective guarantee and collective regulation under the ICRW (cf. also *infra*).

15. Bearing the IWC resolutions in mind, the Scientific Committee’s Guidelines have endeavoured to assist it in undertaking adequately its function of review of special permit proposals and of research results from existing and completed special permits. In its most recent Guidelines, adopted in 2008 (Annex P), the Scientific Committee’s review pro-

⁵ Both in its written observations, of 4 April 2013, and in its oral arguments; cf. written observations of New Zealand, of 4 April 2013, pp. 30-33, paras. 55-60; and CR 2013/17, of 8 July 2013, pp. 30-31 and 39, paras. 50-54 and 14.

⁶ Written observations of New Zealand, of 4 April 2013, p. 56, para. 98.

⁷ *Ibid.*, p. 56, para. 98, note 195.

12. Ainsi, la nature et la structure de la convention de 1946, et le fait qu'il s'agisse d'un instrument multilatéral (auquel sont parties tant des nations baleinières que des nations non baleinières), doté d'un organe de contrôle qui émet des résolutions et des recommandations, témoignent du caractère collectif du processus décisionnel et des garanties offertes par la convention. A la lumière de son objet et de son but, il est de même clair que la convention prévoit un système de réglementation et de garanties collectives.

2. Examen des propositions de permis spéciaux à la lumière du règlement

13. De fait, la CBI a, dans maintes résolutions, fourni au comité scientifique des lignes directrices en vue de l'examen des permis spéciaux auquel il lui faut procéder en vertu du paragraphe 30 du règlement annexé à la convention. Cet examen est destiné à modifier les projets qui ne satisfont pas aux conditions requises. L'on est donc en droit d'espérer, notamment, que des méthodes non létales seront utilisées chaque fois que possible, sur la base des résolutions successives par lesquelles la CBI a formulé le souhait que les informations scientifiques soient recueillies sans qu'il soit besoin de mettre à mort des baleines « en vue de recherches scientifiques ». Conformément aux résolutions de la CBI, le comité scientifique a, pour sa part, élaboré un ensemble de lignes directrices qu'il applique dans le cadre de sa mission d'évaluation des permis spéciaux (en vertu du paragraphe 30 du règlement).

14. Dans la présente instance, cette pratique a été portée à l'attention de la Cour par, notamment, la Nouvelle-Zélande⁵, qui a également relevé que, dans plus de vingt-cinq résolutions adoptées à la suite de l'examen par le comité scientifique de propositions de permis spéciaux (délivrés au titre de l'article VIII de la convention), la CBI a systématiquement recommandé aux Etats parties concernés de ne « pas donner suite à l'activité envisagée lorsque le comité scientifique consid[érait] qu'elle ne répond[ait] pas aux critères du comité »⁶. Tel est le cas des résolutions de la CBI 1987-1, 1987-2, 1987-3, 1987-4, 1989-1, 1989-2, 1989-3, 1990-1, 1990-2, 1991-2, 1991-3, 1993-7, 1993-8, 1994-9, 1994-10, 1994-11, 1995-9, 1996-7, 1997-5, 1997-6, 2000-4, 2000-5, 2001-7, 2001-8, 2003-2, 2003-3, 2005-1 et 2007-1⁷. Il est donc clair que la communauté internationale peut aujourd'hui se prévaloir d'un régime de réglementation et de garanties collectives, sous les auspices de la convention (voir également ci-dessous).

15. Fondées sur les résolutions de la CBI, les lignes directrices du comité scientifique visent à aider celui-ci à s'acquitter correctement de sa mission d'examen des propositions de permis spéciaux et des résultats scientifiques obtenus dans le cadre des programmes en cours ou échus. Conformément aux plus récentes de ses lignes directrices, adoptées en 2008 (annexe P), le

⁵ Aussi bien dans ses observations écrites du 4 avril 2013 que dans ses plaidoiries; cf. observations écrites de la Nouvelle-Zélande, 4 avril 2013, p. 30-33, par. 55-60, et CR 2013/17, 8 juillet 2013, p. 30-31, par. 50-54, et p. 39, par. 14.

⁶ Observations écrites de la Nouvelle-Zélande du 4 avril 2013, p. 56, par. 98.

⁷ *Ibid.*, p. 56, par. 98, note 195.

cess focuses on, *inter alia*, the possibility of using non-lethal research methods, the aims and the methodology and the sample size, the point whether the catches will have an adverse effect on the stocks (paras. 2-3). Moreover, the proposed activity is to be subject to periodic and final reviews. It is clear that there is here not much room for State unilateral action and free will.

16. It clearly appears, from paragraph 30 of the Schedule⁸, that a State party issuing a special permit is under the obligation to provide the IWC Secretary with proposed scientific permits *before* they are issued, and in sufficient time so as to allow the Scientific Committee to review and comment on them. Paragraph 30 of the Schedule thus plays an important role in the overall structure of the ICRW and in the pursuit of the fulfilment of its object and purpose. It establishes a review procedure that must be followed in relation to the granting of special permits, and that serves as a mechanism through which the granting of special permits may be monitored by the IWC. Accordingly, States granting special permits do not have an unfettered freedom to issue such permits.

17. It follows therefrom that, even if the recommendations of the Scientific Committee and the IWC are not *per se* legally binding on States, States willing to issue special permits should consider the comments of the IWC and the recommendations of the Scientific Committee in good faith (principle of *bona fide*). The terms of paragraph 30 make it clear that the particular duty to provide proposed special permits in advance to the IWC is set forth so as to enable the Scientific Committee to “review and comment” on them. It seems that, if States were to decide, at their free will, whether or not to take into account the comments and recommendations of the IWC and the Scientific Committee, that provision would be rendered meaningless, dead letter; the review procedure would then become a sort of unacceptable “rubber stamp” mechanism, whereby States issuing permits would be able to disregard completely the comments and recommendations whenever they wished.

⁸ Paragraph 30 of the Schedule states that a State party shall provide the IWC Secretary with proposed scientific permits

“before they are issued and in sufficient time to allow the Scientific Committee to review and comment on them. The proposed permits should specify: (a) objectives of the research; (b) number, sex, size and stock of the animals to be taken; (c) opportunities for participation in the research by scientists of other nations; and (d) possible effect on conservation of stock.”

Paragraph 30 adds that proposed permits

“shall be reviewed and commented on by the Scientific Committee at Annual Meetings when possible. When permits would be granted prior to the next Annual Meeting, the Secretary shall send the proposed permits to members of the Scientific Committee by mail for their comment and review. Preliminary results of any research resulting from the permits should be made available at the next Annual Meeting of the Scientific Committee.”

comité scientifique met notamment l'accent, lors du processus d'examen, sur la possibilité de recourir à des méthodes de recherche non létales, sur les objectifs, la méthodologie et les tailles des échantillons, ainsi que sur la question de savoir si les prises risquent d'avoir pour les stocks des effets dommageables (par. 2-3). En outre, l'activité proposée doit faire l'objet d'un suivi sous forme d'examens périodiques et finaux. Les Etats disposent donc, à l'évidence, d'une très faible marge de manœuvre pour prendre des mesures unilatérales et exercer librement leur volonté.

16. Il ressort clairement des termes du paragraphe 30 du règlement⁸ qu'un Etat partie envisageant d'octroyer un permis spécial a l'obligation d'en communiquer la teneur au secrétariat de la CBI *avant* sa délivrance, et ce, en temps suffisamment opportun pour permettre au comité scientifique de l'examiner et de formuler ses observations. Ce paragraphe joue ainsi un rôle important dans tout l'édifice de la convention, et aux fins de la réalisation de l'objet et du but de celle-ci. Il établit une procédure d'examen qui doit être suivie lorsque l'octroi de permis spéciaux est envisagé et qui sert de mécanisme permettant à la CBI d'encadrer la délivrance de tels permis.

17. Il s'ensuit que, même si les recommandations et les avis du comité scientifique de la CBI ne leur sont pas opposables en eux-mêmes, les Etats souhaitant délivrer un permis spécial doivent les prendre en considération *bona fide*. Il ressort clairement du libellé du paragraphe 30 que l'obligation de soumettre préalablement à la CBI les propositions de permis spéciaux a été spécifiquement établie pour permettre au comité scientifique de les « examiner et de formuler un avis » à leur égard. Il me semble que, si les Etats pouvaient décider à leur guise de prendre ou non en considération les avis et les recommandations de la CBI et du comité scientifique, cette disposition serait privée de tout sens et appelée à rester lettre morte; la procédure d'examen se trouverait en quelque sorte réduite à un système de blanc-seing dans le cadre duquel les Etats souhaitant délivrer un permis pourraient, à leur convenance, choisir de ne tenir aucun compte des avis et recommandations de ces organes.

⁸ Le paragraphe 30 du règlement énonce qu'il appartient à tout Etat partie de fournir au secrétaire de la CBI ses propositions de permis scientifiques

« avant leur délivrance et dans un délai suffisant pour permettre au comité scientifique de les examiner et de formuler un avis à ce sujet. Les propositions de permis doivent préciser: *a)* les objectifs de la recherche; *b)* le nombre, le sexe, la taille et la population des animaux à capturer; *c)* les possibilités de participation aux recherches de scientifiques provenant d'autres pays; et *d)* les effets potentiels de cette chasse sur la conservation de la population concernée. »

En outre, est-il précisé, les propositions de permis

« font l'objet d'un examen et de commentaires du comité scientifique lors des réunions annuelles dans la mesure du possible. Si des permis sont octroyés avant la réunion annuelle suivante, le Secrétaire envoie les propositions de permis aux membres du comité scientifique par courrier afin qu'elles puissent être commentées et examinées. Les résultats préliminaires de toute recherche issue des permis sont présentés lors de la réunion annuelle suivante du comité scientifique. »

18. Paragraph 30 thus creates a *positive* (procedural) obligation⁹ of the State willing to issue a special permit to co-operate with the IWC and the Scientific Committee. It would seem inconsistent with the purpose of paragraph 30 if a State party would feel entitled to issue a special permit without having co-operated with the IWC and the Scientific Committee, or without having given any consideration whatsoever to the views of other States parties expressed through the comments of the IWC and the recommendations of the Scientific Committee.

19. In its 2006 Report (p. 50), the Scientific Committee was of the view that the JARPA II proposed programme provided the specifications required by paragraph 30 of the Schedule. One has here, as already indicated, a system of collective guarantee and collective regulation under the ICRW. In the framework of this latter, the Court has determined, on distinct points, that the respondent State has not acted in conformity with paragraph 10 (*d*) and (*e*), and paragraph 7 (*b*), of the Schedule¹⁰ to the ICRW (resolatory points 3-5).

III. THE LIMITED SCOPE OF ARTICLE VIII (1) OF THE ICRW

20. Keeping the review system in mind, and given the arguments of the contending Parties and of the intervenor as to the scope of Article VIII¹¹ within the ICRW as a whole, a point to be addressed is that of the requirements for a whaling programme to be considered “for purposes of scientific research”. The key point seems to be whether a whaling programme carried out under a special permit must be exclusively for scientific

⁹ On the conceptualization of positive obligations in a distinct context, cf., e.g., D. Xenos, *The Positive Obligations of the State under the European Convention of Human Rights*, London/N.Y., Routledge, 2012, pp. 57-141.

¹⁰ Paragraph 10 (*d*) of the Schedule establishes a moratorium on the taking, killing or treating of (sperm, killer and baleen) whales, except minke whales, by factory ships or whale catchers attached to factory ships. And paragraph 10 (*e*) provides in addition for a “comprehensive assessment” of the effects of catches on whale stocks and the establishment of new catch limits. And paragraph 7 (*b*) of the Schedule prohibits commercial whaling in the Southern Ocean Sanctuary (a prohibition to be reviewed every ten years).

¹¹ Article VIII (1) of the ICRW reads as follows:

“Notwithstanding anything contained in this Convention any Contracting Government may grant to any of its nationals a special permit authorizing that national to kill, take and treat whales for purposes of scientific research subject to such restrictions as to number and subject to such other conditions as the Contracting Government thinks fit, and the killing, taking, and treating of whales in accordance with the provisions of this Article shall be exempt from the operation of this Convention. Each Contracting Government shall report at once to the Commission all such authorizations which it has granted. Each Contracting Government may at any time revoke any such special permit which it has granted.”

18. Le paragraphe 30 crée donc, à la charge de l'Etat qui souhaite délivrer un permis spécial, une obligation *positive* (de nature procédurale)⁹ de coopérer avec la CBI et le comité scientifique. Il serait contraire au but du paragraphe 30, me semble-t-il, qu'un Etat partie puisse s'estimer en droit de délivrer un permis spécial sans avoir coopéré avec la CBI et le comité scientifique, ou sans tenir le moindre compte des vues exprimées par d'autres Etats parties à travers les avis et les recommandations de ces organes.

19. Dans son rapport de 2006 (p. 50), le comité scientifique a estimé que la proposition de programme de JARPA II fournissait les précisions exigées par le paragraphe 30 du règlement. L'on est ici en présence, comme je l'ai déjà indiqué, d'un système de réglementation et de garanties collectives instauré par la convention de 1946. Dans ce contexte, la Cour a jugé, à propos d'autres questions, que l'Etat défendeur n'avait pas agi en conformité avec les paragraphes 10 *d*), 10 *e*) et 7 *b*) du règlement¹⁰ annexé à la convention (points 3-5 du dispositif).

III. LA PORTÉE LIMITÉE DU PARAGRAPHE 1 DE L'ARTICLE VIII DE LA CONVENTION

20. Il convient de déterminer quelles sont les conditions qu'un programme de chasse à la baleine doit remplir pour pouvoir être considéré comme ayant été conçu «en vue de recherches scientifiques», à la lumière, d'une part, de l'existence d'un mécanisme de contrôle et, d'autre part, des arguments développés par les Parties en litige et par l'Etat intervenant quant à la portée de l'article VIII¹¹. A cet égard, la principale question

⁹ Au sujet de la notion d'obligation positive dans un autre contexte, voir, par exemple, D. Xenos, *The Positive Obligations of the State under the European Convention of Human Rights*, Londres/New York, Routledge, 2012, p. 57-141.

¹⁰ Le paragraphe 10 *d*) du règlement instaure un moratoire interdisant aux usines flottantes ou aux navires baleiniers attachés à des usines flottantes de capturer, tuer ou traiter des baleines (cachalots, orques et baleines à fanons), à l'exception des petits rorquals. Le paragraphe 10 *e*) prévoit en outre la réalisation d'une «évaluation exhaustive» des effets des captures sur les populations de baleines et la fixation d'autres limites de capture. Quant au paragraphe 7 *b*), il interdit de chasser la baleine à des fins commerciales dans le sanctuaire de l'océan Austral (interdiction qui doit faire l'objet d'un examen tous les dix ans).

¹¹ Le paragraphe 1 de l'article VIII de la convention se lit comme suit :

«Nonobstant toute disposition contraire de la présente convention, chaque gouvernement contractant pourra accorder à l'un quelconque de ses ressortissants un permis spécial autorisant l'intéressé à tuer, capturer et traiter des baleines en vue de recherches scientifiques et subordonnant cette autorisation aux restrictions en ce qui concerne le nombre et à telles autres conditions que le gouvernement contractant jugera opportunes ; les baleines pourront être tuées, capturées ou traitées conformément aux prévisions du présent article sans qu'il y ait lieu de se conformer aux dispositions de la présente convention. Chaque gouvernement contractant devra porter immédiatement à la connaissance de la commission toutes les autorisations de cette nature qu'il aura accordées. Un gouvernement contractant pourra révoquer à tout moment un permis spécial par lui accordé.»

research and not for any other purpose. In other words, the question is whether the same programme may be carried out under a special permit for the purpose of “scientific research” and, e.g., for purpose of selling the whale meat.

21. In my understanding, Article VIII (1) of the ICRW is not to be interpreted broadly, so as to go against the object and purpose of the normative framework of the Convention as a whole. Article VIII (1) appears as an *exception* to the normative framework of the ICRW, to be thus interpreted restrictively. The purpose, in particular, of granting special permits, is, to my mind, to allow for scientific research to be undertaken; other purposes do not seem to be allowed under Article VIII, and should not fall under the exception of Article VIII (1), which, in my understanding, applies solely and specifically to scientific research programmes. If a programme with multiple purposes (including a “scientific research” purpose) could be qualified for a special permit under Article VIII (1), the provision would not have been drafted in the way it was. Article VIII (1) is phrased in terms (“for purposes of”) which seem to make it clear that the sole purpose for which a special permit shall be granted is the conduct of scientific research. Otherwise, it could be expected that the expression “or other purposes” would also have been included.

22. The Court has determined that the special permits granted by Japan in connection with JARPA II “do not fall within the provisions of Article VIII (1)” of the ICRW (resolatory point 2). As to whether a State issuing a special permit under Article VIII (1) has the discretion to determine whether a whaling programme is “for purposes of scientific research”, such a question can only be properly considered within the whole framework of the ICRW as a multilateral treaty, nowadays endowed with a supervisory mechanism of its own. Accordingly, a State issuing a permit does not have *carte blanche* to dictate that a given programme is “for purposes of scientific research”. It is not sufficient for a State party to describe its whaling programme as “for purposes of scientific research”, without demonstrating it.

23. In my view, such an unfettered discretion would not be in line with the object and purpose of the ICRW, nor with the idea of multilateral regulation. The State issuing a special permit should take into consideration the resolutions of the IWC which provide the views of other States parties as to what constitutes “scientific research”. There is no point in seeking to define “scientific research” for all purposes. When deciding whether a programme is “for purposes of scientific research” so as to issue a special permit under Article VIII (1), the State party concerned

qui se pose est celle de savoir si le programme soumis à un permis spécial doit être mené uniquement en vue de recherches scientifiques, à l'exclusion de toute autre fin. En d'autres termes, un même programme peut-il, outre la recherche scientifique, avoir — par exemple — pour objectif la vente de viande de baleine?

21. De mon point de vue, le paragraphe 1 de l'article VIII de la convention ne doit pas être interprété en un sens si large qu'il puisse aller à l'encontre de l'objet et du but du cadre normatif constitué par la convention dans son ensemble. Il semble faire *exception* audit cadre normatif et devrait donc être interprété de manière restrictive. La délivrance de permis spéciaux répond, à mon sens, à un objectif particulier, qui est de ménager la possibilité d'entreprendre des recherches scientifiques; aucune autre finalité ne semble admise par l'article VIII et ne saurait être couverte par l'exception prévue en son paragraphe 1, qui, selon moi, s'applique uniquement et spécifiquement aux programmes de recherche scientifique. Si un programme ayant des objectifs multiples (dont celui de mener des «recherches scientifiques») pouvait faire l'objet d'un permis spécial au titre du paragraphe 1 de l'article VIII, cette disposition n'aurait pas été rédigée comme elle l'a été: le paragraphe 1 de l'article VIII est en effet libellé en des termes («en vue de») qui semblent indiquer clairement qu'un permis spécial ne doit être délivré qu'aux fins de la recherche scientifique; si tel n'était pas le cas, l'expression «ou en vue d'autres activités» aurait vraisemblablement été ajoutée.

22. La Cour a conclu que les permis spéciaux délivrés par le Japon dans le cadre de JARPA II «n'entr[ai]ent pas dans les prévisions du paragraphe 1 de l'article VIII» de la convention (point 2 du dispositif). Quant à la question de savoir si l'Etat qui souhaite délivrer un permis spécial au titre du paragraphe 1 de l'article VIII jouit d'un pouvoir discrétionnaire pour déterminer si le programme de chasse à la baleine est conçu «en vue de recherches scientifiques», elle ne peut être tranchée à bon escient qu'eu égard au cadre global dans lequel s'inscrit la convention en tant que traité multilatéral, désormais doté de son propre mécanisme de contrôle. Un Etat habilité à délivrer un permis n'a donc pas carte blanche pour décider que tel ou tel programme de chasse à la baleine est mené «en vue de recherches scientifiques». Il ne suffit pas à un Etat partie de présenter son programme comme «mené en vue de recherches scientifiques» — encore lui faut-il en apporter la preuve.

23. Selon moi, un pouvoir discrétionnaire qui ne serait soumis à aucune restriction serait contraire à l'objet et au but de la convention, ainsi qu'à l'idée d'une réglementation multilatérale. L'Etat qui délivre un permis spécial doit prendre en considération les résolutions de la CBI, qui reflètent les vues d'autres Etats parties sur ce que recouvre la «recherche scientifique». S'il est inutile de chercher à donner une définition universelle de cette notion, un Etat partie qui cherche à déterminer si un programme est mené «en vue de recherches scientifiques» afin de délivrer un permis spé-

has, in my understanding, a duty to abide by the principle of prevention and the precautionary principle (cf. *infra*).

24. In my perception, Article VIII, part and parcel of the ICRW as a whole, is to be interpreted taking into account its object and purpose. This discards any pretence of devising in it a so-called “self-contained” regime or system, which would go unduly against the ICRW’s object and purpose. In sum, in my understanding, in line with the object and purpose of the ICRW (*supra*), a State party does not have an unfettered discretion to decide the meaning of “scientific research” and whether a given whaling programme is “for purposes of scientific research”. The interpretation and application of the ICRW in recent decades bear witness of a gradual move away from unilateralism and towards multilateral conservation of living marine resources, thus clarifying the limited scope of Article VIII (1) of the ICRW.

IV. THE EVOLVING LAW RELATING TO CONSERVATION: INTERACTIONS BETWEEN SYSTEMS

25. With the growth in recent decades of international instruments related to conservation, not a single one of them is approached in isolation from the others; not surprisingly, the co-existence of international treaties of the kind has called for a *systemic outlook*, which has been pursued in recent years. Reference can here be made to e.g., the 1973 Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora (CITES Convention), the 1979 Convention on Migratory Species of Wild Animals, the 1980 Convention on the Conservation of Antarctic Marine Living Resources, the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea, the 1992 United Nations Convention on Biological Diversity (CBD Convention).

26. The systemic outlook seems to be flourishing in recent years. For example, at its fifth meeting, in 2000, the Conference of States parties to the CBD Convention referred to “the interactions between climate change and the conservation and sustainable use of biological diversity in a number of thematic and cross-cutting areas”, including, *inter alia*, marine and coastal biodiversity¹². As for the ICRW, the most complete academic work produced to date, on its legal regime, that of Patricia W. Birnie, supports the teleological interpretation of the ICRW, stressing the growing importance of *conservation* in the evolving interpretation and application of the ICRW; she further points out that related treaties (e.g., the CITES Convention) have helped to identify the wide range of matters of concern to the inter-

¹² CBD, *Scientific Assessments — Note by the Executive Secretary*, doc. UNEP/CBD/SBSTTA/10/7, of 5 November 2004, p. 8, para. 29.

cial au titre du paragraphe 1 de l'article VIII a, à mon sens, le devoir de respecter les principes de prévention et de précaution (voir ci-dessous).

24. L'article VIII devant selon moi être interprété à la lumière de l'objet et du but de la convention dans son ensemble, dont il fait partie intégrante, on ne saurait y voir un régime ou un système «se suffisant à lui-même», car cela ferait échec à ces mêmes objet et but. En résumé, il m'apparaît que, conformément à ces derniers (voir ci-dessus), un Etat partie ne dispose pas d'un pouvoir discrétionnaire absolu, qui lui permettrait de choisir le sens à donner à la «recherche scientifique» ou de décider que tel ou tel programme de chasse à la baleine est mené «en vue de recherches scientifiques». L'interprétation et l'application de la convention au cours de ces dernières années témoignent de l'abandon progressif de l'unilatéralisme au profit de la conservation multilatérale des ressources marines vivantes, ne laissant aucun doute sur le caractère limité de la portée du paragraphe 1 de l'article VIII de la convention.

IV. L'ÉVOLUTION DU DROIT RELATIF À LA CONSERVATION : INTERACTIONS ENTRE LES DIFFÉRENTS SYSTÈMES

25. Aucun des instruments internationaux relatifs à la conservation — qui se sont multipliés au cours des dernières décennies — n'est envisageable séparément des autres: la coexistence de traités internationaux d'un genre similaire appelait une *vision systémique*, qui, en toute logique, s'est imposée au cours de ces dernières années. L'on citera ici la convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction de 1973 (CITES), la convention sur la conservation des espèces migratrices appartenant à la faune sauvage de 1979, la convention sur la conservation de la faune et la flore marines de l'Antarctique de 1980, la convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982 ou encore la convention sur la diversité biologique de 1992.

26. Cette vision systémique semble gagner du terrain depuis quelques années. Ainsi, lors de sa cinquième réunion, en 2000, la conférence des Etats parties à la convention sur la diversité biologique a fait allusion aux «interactions entre les changements climatiques et la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique dans un certain nombre de domaines thématiques et intersectoriels», dont, notamment, la diversité biologique marine et côtière¹². En ce qui concerne la convention internationale pour la réglementation de la chasse à la baleine, l'ouvrage académique le plus complet à ce jour consacré au régime juridique qu'elle a institué — le livre de Patricia W. Birnie — va dans le sens d'une interprétation téléologique de la convention, mettant en avant l'importance croissante de la *conservation* dans l'interprétation et l'application, en constante évolution,

¹² Convention sur la diversité biologique, *Evaluations scientifiques — Note du secrétaire exécutif*, doc. UNEP/CBD/SBSTTA/10/7, du 5 novembre 2004, p. 8, par. 29.

national community as a whole, such as, e.g., *inter alia*, the protection of wild fauna and flora¹³.

V. THE ICRW AS A “LIVING INSTRUMENT”: THE EVOLVING *OPINIO JURIS COMMUNIS*

27. The interpretation and application of the aforementioned treaties, in the light of the systemic outlook, have been contributing to the gradual formation of an *opinio juris communis* in the present domain of contemporary international law. The present Judgment of the ICJ in the *Whaling in the Antarctic* case has recalled the establishment, in 1950, by the IWC, of the Scientific Committee to assist it in discharging its functions; as from the mid-1980s, the Scientific Committee has conducted its review of special permits on the basis of Guidelines, issued or endorsed by the IWC (para. 47). Moreover, the IWC is entitled to adopt *recommendations* (under Article VI of the ICRW), which may be relevant (when adopted by consensus or unanimity) for the interpretation of the Convention or its Schedule (para. 46). As the ICJ itself has put it, the functions conferred upon the IWC “have made the Convention an evolving instrument” (para. 45).

28. The present Judgment of the ICJ proceeds to assert that States parties to the ICRW “have a duty to co-operate with the IWC and the Scientific Committee” and to “give due regard to recommendations calling for an assessment of the feasibility of non-lethal” research methods (para. 83). In this respect, it further recalls, *inter alia*, that “the two experts called by Australia referred to significant advances in a wide range of non-lethal research techniques over the past 20 years” (para. 137). The Judgment the Court has just adopted today, 31 March 2014, is likely to be of importance to the future of the IWC, and to secure the survival of the ICRW itself, as a “living instrument” capable of keeping on responding to needs of the international community and new challenges that it faces in the present domain.

29. This is not the first time that the Court acknowledges that international treaties and conventions are “living instruments”. In its *célèbre* Advisory Opinion (of 21 June 1971) on *Namibia*, for example, the ICJ referring to the mandates system of the League of Nations era, stated that

¹³ P. W. Birnie, *International Regulation of Whaling: From Conservation of Whaling to Conservation of Whales and Regulation of Whale Watching*, Vol. II, N.Y./London/Rome, Oceana Publs., 1985, pp. 583 and 635. She further singles out the continuing work of the IWC, with several resolutions addressing “a wide variety of new issues”, such as, *inter alia*, criteria for aboriginal subsistence whaling, small cetaceans, creation of sanctuary areas, preservation of habitats, “humane killing”, discouragement of whaling, among others; cf. *ibid.*, Vol. II, p. 641.

de cet instrument; l'auteur relève en outre que des traités d'un genre similaire (tels que la convention CITES) ont aidé à identifier les nombreuses questions intéressant la communauté internationale dans son ensemble, dont, par exemple, la protection de la faune et de la flore sauvages¹³.

V. LA CONVENTION EN TANT QU'«INSTRUMENT VIVANT»: L'ÉVOLUTION DE L'*OPINIO JURIS COMMUNIS*

27. L'interprétation et l'application des traités précités à la lumière de cette vision systémique ont contribué à la formation graduelle d'une *opinio juris communis* dans ce domaine du droit international contemporain. Dans son arrêt en la présente affaire, la Cour rappelle que, en 1950, la CBI a établi un comité scientifique, qui l'aide à s'acquitter de ses fonctions; depuis le milieu des années 1980, le comité scientifique procède à l'examen des permis spéciaux sur la base de *lignes directrices* établies ou approuvées par la commission (par. 47). En outre, la CBI est habilitée à émettre des *recommandations* (en vertu de l'article VI de la convention) qui peuvent (lorsqu'elles sont adoptées par consensus ou à l'unanimité) être pertinentes aux fins de l'interprétation de la convention ou du règlement qui lui est annexé (par. 46). Comme la Cour elle-même l'a dit, la convention, du fait des fonctions conférées à la commission, est un «instrument en constante évolution» (par. 45).

28. Dans l'arrêt, la Cour affirme ensuite que les Etats parties à la convention sont «tenus de coopérer avec la CBI et le comité scientifique» et qu'«ils doivent tenir dûment compte des recommandations les invitant à évaluer la faisabilité d'autres méthodes [de recherche], non létales» (par. 83). A cet égard, elle rappelle notamment que «les deux experts cités par l'Australie ont fait état d'importantes avancées réalisées dans le domaine des techniques non létales au cours des vingt dernières années» (par. 137). L'arrêt adopté en ce 31 mars 2014 est donc susceptible de jouer un rôle important pour l'avenir de la CBI, et de garantir la survie de la convention elle-même en tant qu'«instrument vivant» capable de continuer à répondre aux besoins de la communauté internationale et aux nouveaux défis auxquels elle doit aujourd'hui faire face dans ce domaine.

29. Ce n'est pas la première fois que la Cour reconnaît que les conventions et traités internationaux sont des «instruments vivants». Dans son célèbre avis consultatif du 21 juin 1971 en l'affaire de la *Namibie*, la Cour, faisant référence au système des mandats de l'ère de la Société des Nations, avait ainsi jugé que

¹³ P. W. Birnie, *International Regulation of Whaling: From Conservation of Whaling to Conservation of Whales and Regulation of Whale Watching*, vol. II, New York/Londres/Rome, Oceana Publications, 1985, p. 583 et 635. L'auteur met en outre en avant le travail que ne cesse d'accomplir la CBI, plusieurs de ses résolutions traitant d'un «vaste éventail de nouvelles questions», telles que les critères relatifs à la chasse de subsistance aborigène, les petits cétacés, la création de sanctuaires, la préservation des habitats, la «mise à mort sans cruauté», les moyens de décourager la chasse; cf. *ibid.*, vol. II, p. 641.

“the concepts embodied in Article 22 of the Covenant (. . .) were not static, but were by definition evolutionary (. . .). [V]iewing the institutions of 1919, the Court must take into consideration the changes which have occurred in the supervening half-century, and its interpretation cannot remain unaffected by the subsequent development of law, through the Charter of the United Nations or by way of customary law. Moreover, an international instrument has to be interpreted and applied within the framework of the entire legal system prevailing at the time of its interpretation. In the domain to which the present proceedings relate, the last fifty years, as indicated above, have brought important developments. (. . .) In this domain, as elsewhere, the *corpus iuris gentium* has been considerably enriched, and this the Court, if it is faithfully to discharge its functions, may not ignore.” (*Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, *Advisory Opinion*, *I.C.J. Reports 1971*, pp. 31-32, para. 53.)

30. Subsequently, in its Judgment (of 25 September 1997) in the case concerning the *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, the ICJ pondered that “newly developed norms of environmental law are relevant for the implementation of the [1977] Treaty” in force between Hungary and Slovakia, that was the object of the dispute. The Court proceeded that the contending Parties are required, “in carrying out their obligations to ensure that the quality of water in the Danube is not impaired and that nature is protected, to take new environmental norms into consideration”. Accordingly, the Court added, the 1977 Treaty “is not static, and is open to adapt to emerging norms of international law” (*I.C.J. Reports 1997*, pp. 67-68, para. 112).

31. Other contemporary international tribunals have pursued the same evolutionary interpretation. For example, the European Court of Human Rights, in its judgment (of 25 April 1978) in the *Tyrer v. The United Kingdom* case, asserted that the European Convention on Human Rights “is a living instrument”, to be “interpreted in the light of present-day conditions” (para. 31). Subsequently, the European Court reiterated, *expressis verbis*, this *obiter dictum*, in its judgment (on preliminary objections, of 23 March 1995) in the case of *Loizidou v. Turkey*, wherein it added that, accordingly, the provisions of the European Convention, as a “living instrument”,

“cannot be interpreted solely in accordance with the intentions of their authors as expressed more than forty years ago. (. . .) In addition, the object and purpose of the Convention as an instrument for the protection of individual human beings requires that its provisions be interpreted and applied so as to make its safeguards practical and effective.” (Application No. 5856/72, paras. 71-72.)

32. Likewise, the Inter-American Court of Human Rights, in its Judgment (of 31 August 2001) in the case of the *Mayagna (Sumo) Awas*

«les notions consacrées par l'article 22 du Pacte ... n'étaient pas statiques mais par définition évolutives ... [Q]uand elle envisage les institutions de 1919, la Cour doit prendre en considération les transformations survenues dans le demi-siècle qui a suivi et son interprétation ne peut manquer de tenir compte de l'évolution que le droit a ultérieurement connue grâce à la Charte des Nations Unies et à la coutume. De plus, tout instrument international doit être interprété et appliqué dans le cadre de l'ensemble du système juridique en vigueur au moment où l'interprétation a lieu. Dans le domaine auquel se rattache la présente procédure, les cinquante dernières années ont marqué, comme il est dit plus haut, une évolution importante... Dans ce domaine comme dans les autres, le *corpus juris gentium* s'est beaucoup enrichi et, pour pouvoir s'acquitter fidèlement de ses fonctions, la Cour ne peut l'ignorer.» (*Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1971, p. 31-32, par. 53.*)

30. Dans son arrêt du 25 septembre 1997 en l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, la CIJ a jugé que «de nouvelles normes du droit de l'environnement, récemment apparues, [étaient] pertinentes pour l'exécution du traité» de 1977 en vigueur entre la Hongrie et la Slovaquie, qui se trouvait en cause, et précisé que les parties à cette affaire étaient tenues, «en s'acquittant de leurs obligations de veiller à ce que la qualité des eaux du Danube ne soit pas compromise et à ce que la protection de la nature soit assurée, de tenir compte des nouvelles normes en matière d'environnement». Ainsi, le traité en question n'était «pas un instrument figé [mais était] susceptible de s'adapter à de nouvelles normes du droit international» (*C.I.J. Recueil 1997, p. 67-68, par. 112.*)

31. D'autres juridictions internationales contemporaines ont adopté une même interprétation évolutive. La Cour européenne des droits de l'homme a ainsi, dans son arrêt du 25 avril 1978 en l'affaire *Tyrer c. Royaume-Uni*, affirmé que la convention européenne des droits de l'homme était un «instrument vivant à interpréter ... à la lumière des conditions de vie actuelles» (par. 31). Par la suite, elle a réitéré *expressis verbis* cet *obiter dictum* dans l'arrêt qu'elle a rendu le 23 mars 1995 sur les exceptions préliminaires en l'affaire *Loizidou c. Turquie*, ajoutant que les dispositions de la convention européenne, en tant qu'il s'agissait d'un «instrument vivant»,

«ne [pouvaient] s'interpréter uniquement en conformité avec les intentions de leurs auteurs telles qu'elles [avaient été] exprimées voici plus de quarante ans ... En outre, l'objet et le but de la convention, instrument de protection des êtres humains, appell[ai]ent à interpréter et à appliquer ses dispositions d'une manière qui en rende les exigences concrètes et effectives.» (Requête n° 5856/72, par. 71-72.)

32. La Cour interaméricaine des droits de l'homme (CIDH), dans son arrêt du 31 août 2001 en l'affaire *Communauté Mayagna (Sumo) Awas*

Tingni Community v. Nicaragua, stated that “human rights treaties are living instruments, the interpretation of which ought to adapt to the evolution of times, and, in particular, to current living conditions” (para. 146). In the same line of thinking, in its earlier Advisory Opinion (of 1 October 1999) on *The Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the Due Process of Law*, the Inter-American Court observed that the International Law of Human Rights

“has made great headway thanks to an evolutive interpretation of international instruments of protection. That evolutive interpretation is consistent with the general rules of treaty interpretation established in the 1969 Vienna Convention. (. . .) [H]uman rights treaties are living instruments whose interpretation must consider the changes over time and present-day conditions.” (Para. 114.)

33. The experience of supervisory organs of various international treaties and conventions points to this direction as well. Not seldom they have been faced with new challenges, requiring new responses from them, which could never have been anticipated, not even imagined, by the draftsmen of the respective treaties and conventions. In sum, international treaties and conventions are a product of their time, being also *living instruments*. They evolve with time; otherwise, they fall into *desuetude*. The ICRW is no exception to that. Those treaties endowed with supervisory organs of their own (like the ICRW) disclose more aptitude to face changing circumstances.

34. Moreover, in distinct domains of international law, treaties endowed with a supervisory mechanism of their own have pursued a hermeneutics of their own¹⁴, facing the corresponding treaties and conventions as *living instruments*. International treaties and conventions are products of their time, and their interpretation and application *in time*, with a temporal dimension, bears witness that they are indeed living instruments. This happens not only in the present domain of conservation and management of living marine resources, but likewise in other areas of international law¹⁵.

35. By the time of the adoption of the 1946 ICRW, in the mid-twentieth century, there did not yet exist an awareness that the living marine resources were not inexhaustible. Three and a half decades later, the adoption of the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS) — a major international law achievement in the nine-

¹⁴ Cf., for example, in the domain of the international protection of the rights of the human person, A. A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, Vol. II, Porto Alegre/Brazil, S. A. Fabris Ed., 1999, Chap. XI, pp. 23-200.

¹⁵ Cf. A. A. Cançado Trindade, *International Law for Humankind — Towards a New Jus Gentium*, 2nd rev. ed., Leiden/The Hague, Nijhoff, 2013, Chap. II (“Time and Law Revisited: International Law and the Temporal Dimension”), pp. 31-51.

Tingni c. Nicaragua, écrivait que: «[l]es traités relatifs aux droits de l'homme sont des instruments vivants, dont l'interprétation doit s'adapter à l'évolution des temps et, en particulier, aux conditions de vie présentes» (par. 146). Dans la même logique, elle avait déjà, dans un avis consultatif relatif au droit à l'information sur l'assistance consulaire dans le cadre d'une procédure régulière, rendu le 1^{er} octobre 1999, déclaré que le droit international relatif aux droits de l'homme avait

«beaucoup progressé grâce à l'interprétation évolutive des instruments internationaux de protection. Pareille interprétation est conforme aux règles générales d'interprétation des traités énoncées par la convention de Vienne de 1969 ... Les traités relatifs aux droits de l'homme sont des instruments vivants, dont l'interprétation doit tenir compte de l'évolution des temps et des conditions de vie présentes.» (Par. 114.)

33. La pratique des organes de contrôle de divers traités et conventions internationaux va dans le même sens. Il n'est pas rare que ces organes soient confrontés à de nouveaux défis, appelant de leur part des réponses d'un genre nouveau, que les rédacteurs de ces traités et conventions n'avaient nullement prévues, ni même imaginées. En résumé, les traités et les conventions internationaux sont les produits de leur temps, puisqu'ils sont aussi des *instruments vivants*. Ils évoluent avec le temps ou bien tombent en désuétude. La convention de 1946 ne fait pas exception. Les instruments dotés, à l'instar de cette convention, d'organes de contrôle qui leur sont propres révèlent une plus grande capacité d'adaptation au changement.

34. En outre, dans différents domaines du droit international, les traités dotés d'un mécanisme de contrôle se prêtent à une herméneutique *sui generis*, qui leur reconnaît le caractère d'*instruments vivants*¹⁴. Les traités et les conventions internationaux étant des produits de leur temps, leur interprétation et leur application *dans le temps*, eu égard à cette dimension temporelle, témoignent de ce qu'il s'agit bien d'instruments vivants. Cela est vrai non seulement dans le domaine de la conservation et de la gestion des ressources marines vivantes qui nous occupe ici, mais aussi dans d'autres sphères du droit international¹⁵.

35. A l'époque où a été adoptée la convention de 1946, au milieu du siècle dernier, le monde n'avait pas encore pris conscience du fait que les ressources marines vivantes n'étaient pas inépuisables. Trois décennies et demie plus tard, en 1982, l'adoption de la convention des Nations Unies sur le droit de la mer (CNUDM) — un événement qui a fait époque dans

¹⁴ Voir, par exemple, dans le domaine de la protection internationale des droits de la personne humaine, A. A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. II, Porto Alegre/Brésil, éd. S. A. Fabris, 1999, chap. XI, p. 23-200.

¹⁵ Voir A. A. Cançado Trindade, *International Law for Humankind — Towards a New Jus Gentium*, 2^e éd. rev., Leyde/La Haye, Nijhoff, 2013, chap. II («Time and Law Revisited: International Law and the Temporal Dimension»), p. 31-51.

teenth century — contributed to the public order of the oceans, and to the growing awareness that their living resources were not inexhaustible. Unilateralism gradually yielded to collective regulation towards conservation. An example to this effect is provided, under the 1946 ICRW, by the 1982 general moratorium on commercial whaling.

36. Another example can be found in the establishment by the IWC of whale sanctuaries (under Article V (1) of the ICRW) (*infra*). The IWC has so far adopted three whale sanctuaries: first, the Southern Ocean Sanctuary (1948-1955); secondly, the Indian Ocean Sanctuary (1979, renewed in 1989, and indefinitely as from 1992); thirdly, the new Southern Ocean Sanctuary (from 1994 onwards). Moreover, in its meetings of 2001-2004, the IWC was lodged with a proposal (revised in 2005) of a new sanctuary, the South Atlantic Sanctuary¹⁶, so as to reassert the need of conservation of whales.

37. Over the last three decades, the IWC has repeatedly made clear that lethal research methods are not in line with the aforementioned moratorium. In its resolution 2003-2, for example, the IWC calls for a limitation of “scientific research” to “non-lethal methods only”, and expresses its opposition to commercial whaling, “contrary to the spirit of the moratorium”, and presents an annotated compilation of its “Conservation Work”, with a systematization of resolutions to this effect (Anns. I-II). It is nowadays reckoned that States parties to the ICRW that wish to issue special permits are bound to co-operate with the IWC and the Scientific Committee, and to give consideration to the views of other States parties expressed through the comments of the IWC and the recommendations of the Scientific Committee.

38. Parallel to this, multilateral conventions (such as UNCLOS and CBD) have established a framework for the conservation and management of living marine resources. The UNCLOS Convention contains a series of provisions to that effect¹⁷. As to the CBD Convention, the Conference of the parties held in Jakarta in 1995, for example, adopted the Jakarta Mandate on Coastal and Marine Biodiversity, reasserting the relevance of conservation and ecologically sustainable use of coastal and marine biodiversity, and, in particular, linking conservation, sustainable use of biodiversity and fishing activities.

39. Furthermore, in its meeting of 2002, the States parties to the Convention on Migratory Species (CMS) pointed out the need to give greater protection to six species of whales (including the Antarctic minke whales)

¹⁶ Propounded mainly by Brazil, Argentina, South Africa and Uruguay in the ambit of the IWC. On the proposal, cf. “Chair’s Report of the 57th Annual Meeting of the International Whaling Commission”, pp. 33-34.

¹⁷ Such as Articles 61, 64-67, 192, 194 and 204 (2).

l'histoire du droit international — a contribué à une gestion ordonnée des océans et à une prise de conscience toujours plus grande de la vulnérabilité des ressources marines vivantes. L'unilatéralisme a progressivement cédé la place à un régime collectif de réglementation soucieux de la conservation, comme l'illustre le moratoire général de 1982 sur la chasse à la baleine à des fins commerciales instauré en vertu de la convention de 1946.

36. Les sanctuaires baleiniers établis par la CBI (au titre du paragraphe 1 de l'article V de la convention) en constituent une autre illustration (ci-dessous). A ce jour, la CBI en a institué trois: le sanctuaire de l'océan Austral (1948-1955), puis le sanctuaire de l'océan Indien (créé en 1979 et maintenu en 1989, pour une durée d'abord déterminée puis, à partir de 1992, indéterminée); et, enfin, le nouveau sanctuaire de l'océan Austral (à partir de 1994). En outre, lors des sessions qu'elle a tenues de 2001 à 2004, la CBI a examiné un projet (révisé en 2005) de création d'un nouveau sanctuaire, cette fois dans l'Atlantique sud¹⁶, afin de réaffirmer la nécessité d'assurer la conservation des baleines.

37. Au cours des trois dernières décennies, la CBI a indiqué clairement, et à plusieurs reprises, que les méthodes de recherche létales allaient à l'encontre de ce moratoire. Dans sa résolution 2003-2, elle préconise «le recours exclusif aux méthodes non létales» pour la recherche scientifique, exprime son opposition à la chasse commerciale «contrair[e] à l'esprit du moratoire», et présente une compilation annotée de ses «activités de conservation», en classant les résolutions à cet effet (annexes I-II). Il est aujourd'hui considéré que les Etats parties à la convention qui souhaitent délivrer des permis spéciaux sont tenus de coopérer avec la CBI et le comité scientifique, et de prendre en compte les vues des autres Etats parties telles que reflétées dans les avis de la CBI et les recommandations du comité scientifique.

38. En parallèle, certaines conventions multilatérales (telles que la CNUDM et la convention sur la diversité biologique) ont été adoptées pour encadrer la conservation et la gestion des ressources marines vivantes. La CNUDM contient une série de dispositions à cet effet¹⁷; s'agissant de la convention sur la diversité biologique, la conférence des parties tenue à Jakarta en 1995 a ainsi adopté le mandat de Jakarta sur la biodiversité côtière et marine, dans lequel elle a réaffirmé l'importance d'assurer la conservation et une utilisation durable de la diversité biologique marine et côtière, et établi plus particulièrement un lien entre ces deux notions et les activités halieutiques.

39. Par ailleurs, lors de leur conférence de 2002, les Etats parties à la convention sur la conservation des espèces migratrices ont mis l'accent sur la nécessité d'accorder une protection plus grande à six espèces de

¹⁶ Essentiellement défendu par le Brésil, l'Afrique du Sud, l'Argentine et l'Uruguay dans le cadre de la CBI. Sur cette proposition, cf. «Rapport du président de la 57^e réunion annuelle de la commission baleinière internationale», p. 33-34.

¹⁷ Voir par exemple les articles 61, 64-67, 192, 194 et 204 2).

and their habitats, breeding grounds and migratory routes. These are clear illustrations of the evolving *opinio juris communis* on the matter. In its 2010 meeting, held in Agadir, Morocco, the “Buenos Aires Group”¹⁸ reiterated support for the creation of a new South Atlantic Sanctuary for whales, and positioned itself in favour of conservation and non-lethal use of whales¹⁹, and against so-called “scientific whaling” (in particular in the cases of endangered or severely depleted species).

40. The “Buenos Aires Group” stressed the needed implementation of the moratorium, and recalled the achievements of the IWC since the early 1980s. It further called for a reform of Articles V (whaling under objection) and VIII (scientific whaling) of the ICRW, so that their interpretation and application do not go against the principle of conservation of whales underlying the Convention. More recently, on 4 February 2013, the same “Buenos Aires Group” expressed its “strongest rejection” of the ongoing whale hunting (including species classified as endangered) in the Southern Ocean Sanctuary (para. 1), with catches pointing to “an operation of a commercial nature which lacks any scientific justification” (para. 2). After calling for non-lethal methods and “the maintenance of the commercial moratorium in place since 1986”, the “Buenos Aires Group” stated that the ongoing whale hunting was in breach of “the spirit and the text” of the 1946 ICRW, and failed to respect “the integrity of the whale sanctuaries recognized by the IWC” (paras. 3-4).

VI. INTER-GENERATIONAL EQUITY

41. The 1946 ICRW was indeed pioneering, in acknowledging, in its Preamble, “the interest of the nations of the world in safeguarding for future generations the great natural resources represented by the whale stocks”. At that time, shortly after World War II, its draftsmen could hardly have anticipated that this concern would achieve the dimension it did, in the international agenda and in international law-making (in particular in the domain of international environmental law) in the decades that followed. The long-term temporal dimension, underlying the inter-generational equity, was properly acknowledged. And the conceptual construction of *inter-generational equity* (in the process of which I

¹⁸ Formed by Argentina, Brazil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominican Republic, Ecuador, Mexico, Panama, Peru and Uruguay.

¹⁹ Cf. Chair’s Report of the 62nd Annual Meeting of the International Whaling Commission, pp. 7-8.

baleines (au nombre desquelles figuraient les petits rorquals de l'Antarctique) ainsi qu'à leurs habitats, aires de reproduction et routes migratoires. Tous ces exemples témoignent clairement de l'évolution qu'a connue l'*opinio juris communis* en la matière. Lorsqu'il s'est réuni à Agadir (Maroc) en 2010, le «groupe de Buenos Aires»¹⁸ a réaffirmé son soutien au projet tendant à créer un nouveau sanctuaire baleinier dans l'Atlantique sud, et s'est prononcé en faveur de la conservation et d'une utilisation non létale des baleines¹⁹, et contre la prétendue «chasse scientifique» (en particulier dans le cas des espèces en danger ou connaissant un grave déclin).

40. Le «groupe de Buenos Aires» a mis en avant la nécessité de faire respecter le moratoire, et rappelé les résultats obtenus par la CBI depuis le début des années 1980. Il a en outre appelé à une réforme de l'article V (chasse pratiquée au titre d'une objection) et de l'article VIII (chasse scientifique) de la convention afin que leur interprétation et leur application n'aillent pas à l'encontre du principe de conservation qui sous-tend cette dernière. Plus récemment, le 4 février 2013, ce même groupe a exprimé son «opposition catégorique» aux activités de chasse à la baleine (notamment d'espèces reconnues comme étant en danger) qui se poursuivaient dans le sanctuaire de l'océan Austral (par. 1), et déclaré que les prises étaient révélatrices de la «nature commerciale d'une opération dépourvue de toute justification scientifique» (par. 2). Après avoir préconisé le recours à des méthodes non létales et le «maintien du moratoire sur la chasse commerciale institué en 1986», le «groupe de Buenos Aires» a déclaré que les activités de chasse à la baleine qui se poursuivaient dans le sanctuaire de l'océan Austral non seulement étaient contraires «à l'esprit et à la lettre» de la convention de 1946, mais encore portaient atteinte à «l'intégrité des sanctuaires baleiniers» reconnus par la CBI (par. 3-4).

VI. L'ÉQUITÉ INTERGÉNÉRATIONNELLE

41. La convention de 1946 a réellement fait date en ce qu'elle reconnaissait, dans son préambule, «que les nations du monde [avaient] intérêt à sauvegarder, au profit des générations futures, les grandes ressources naturelles représentées par l'espèce baleinière». A l'époque, au sortir de la seconde guerre mondiale, ses auteurs pouvaient difficilement prévoir que, au cours des décennies suivantes, cette préoccupation prendrait une telle importance aux yeux de la communauté internationale et dans l'élaboration du droit international (en particulier dans le domaine du droit international de l'environnement). La dimension temporelle, inscrite dans le long terme, qui sous-tend la notion d'équité intergénérationnelle, était

¹⁸ Constitué par l'Argentine, le Brésil, le Chili, la Colombie, le Costa Rica, l'Equateur, le Mexique, le Panama, le Pérou, la République dominicaine et l'Uruguay.

¹⁹ Voir «Rapport du président de la 62^e réunion annuelle de la commission baleinière internationale», p. 7-8.

had the privilege to take part) was to take place, in international legal doctrine, four decades later, from the mid-1980s onwards.

42. Within this Court, I had in fact the occasion to address the long-term temporal dimension, in relation to *inter-generational equity*, in my separate opinion in the case of the *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)* (*Judgment, I.C.J. Reports 2010 (I)*, p. 14). I pondered therein that

“The long-term temporal dimension marks its presence, in a notorious way, in the domain of environmental protection. The concern for the prevalence of the element of *conservation* (over the simple exploitation of natural resources) reflects a cultural manifestation of the integration of the human being with nature and the world wherein he or she lives. Such understanding is, in my view, projected both in space and in time, as human beings relate themselves, in space, with the natural system of which they form part (and ought to treat with diligence and care), and, in time, with other generations (past and future)²⁰, in respect of which they have obligations. (. . .)

In fact, concern with future generations underlies some environmental law conventions²¹. In addition, in the same line of reasoning, the 1997 UNESCO Declaration on the Responsibilities of Present Generations Towards Future Generations, after invoking, *inter alia*, the 1948 Universal Declaration of Human Rights and the two 1966 United Nations Covenants on Human Rights, recalls the responsibilities of present generations to ensure that ‘the needs and interests of present and future generations are fully safeguarded’ (Article 1 and Preamble). The 1997 Declaration added, *inter alia*, that ‘the present generations should strive to ensure the maintenance and perpetuation

²⁰ Future generations promptly began to attract the attention of the contemporary doctrine of international law: cf., e.g., A.-Ch. Kiss, “La notion de patrimoine commun de l’humanité”, 175 *Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye (RCADI)* (1982), pp. 109-253; E. Brown Weiss, *In Fairness to Future Generations: International Law, Common Patrimony and Intergenerational Equity*, Tokyo/Dobbs Ferry N.Y., United Nations University/Transnational Publs., 1989, pp. 1-351; A.-Ch. Kiss, “The Rights and Interests of Future Generations and the Precautionary Principle”, *The Precautionary Principle and International Law — The Challenge of Implementation* (eds. D. Freestone and E. Hey), The Hague, Kluwer, 1996, pp. 19-28; [Various Authors], *Future Generations and International Law* (eds. E. Agius and S. Busuttill *et al.*), London, Earthscan, 1998, pp. 3-197; [Various Authors], *Human Rights: New Dimensions and Challenges* (J. Symonides, ed.), Paris/Aldershot, UNESCO/Dartmouth, 1998, pp. 1-153; [Various Authors], *Handbook of Intergenerational Justice* (J. C. Tremmel, ed.), Cheltenham, E. Elgar Publ., 2006, pp. 23-332.

²¹ E.g., the 1992 United Nations Framework Convention on Climate Change, the 1997 Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change, the 1985 Vienna Convention for the Protection of the Ozone Layer, the 1987 Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer, among others.

dûment reconnue. Et c'est quarante ans plus tard, à partir du milieu des années 1980 (dans le cadre d'un processus auquel je ne suis du reste pas étranger), que cette notion d'*équité intergénérationnelle* devait voir le jour dans la doctrine juridique internationale.

42. Au sein de la Cour, j'ai de fait eu l'occasion de traiter de cette dimension temporelle à long terme, à propos de cette même notion d'*équité intergénérationnelle*, dans l'opinion individuelle que j'ai jointe à l'affaire des *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)* (arrêt, *C.I.J. Recueil 2010 (I)*, p. 14). Voici ce que j'y faisais observer :

« Dans le domaine de la protection de l'environnement, la dimension temporelle à long terme est évidente. Le souci de faire prévaloir l'élément de *conservation* (sur la simple exploitation des ressources naturelles) est une manifestation culturelle de l'intégration de l'être humain à la nature et au monde dans lequel il vit. Cette approche a, à mon sens, un aspect spatio-temporel, l'être humain établissant un lien, dans l'espace, entre lui-même et le système naturel dont il fait partie (et qu'il devrait traiter avec diligence et attention) et, dans le temps, entre lui-même et les autres générations (passées et futures)²⁰, envers lesquelles il a des obligations...

En fait, le souci des générations futures est à la base de certaines conventions de droit de l'environnement²¹. En outre, dans le même ordre d'idées, la déclaration sur les responsabilités des générations présentes envers les générations futures, adoptée par l'UNESCO en 1997, après avoir invoqué, notamment, la déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 et les deux pactes relatifs aux droits de l'homme adoptés par l'Organisation des Nations Unies en 1966, rappelle la responsabilité qui incombe aux générations présentes de veiller à ce que « les besoins et les intérêts des générations présentes et futures soient pleinement sauvegardés » (article premier et préam-

²⁰ Cette question des générations futures a rapidement attiré l'attention des auteurs de la doctrine contemporaine du droit international : voir, par exemple, A.-Ch. Kiss, « La notion de patrimoine commun de l'humanité », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye (RCADI)*, t. 175 (1982), p. 109-253 ; E. Brown Weiss, *In Fairness to Future Generations: International Law, Common Patrimony and Intergenerational Equity*, Tokyo/Dobbs Ferry New York, United Nations University/Transnational Pubs., 1989, p. 1-351 ; A.-Ch. Kiss, « The Rights and Interests of Future Generations and the Precautionary Principle », *The Precautionary Principle and International Law — The Challenge of Implementation* (D. Freestone et E. Hey, dir. publ.), La Haye, Kluwer, 1996, p. 19-28 ; [divers auteurs], *Future Generations and International Law* (E. Agius et S. Busuttill et al., dir. publ.), Londres, Earthscan, 1998, p. 3-197 ; [divers auteurs], *Human Rights: New Dimensions and Challenges* (J. Symonides, dir. publ.), Paris/Aldershot, Unesco/Dartmouth, 1998, p. 1-153 ; [divers auteurs], *Handbook of Intergenerational Justice* (J. C. Tremmel, dir. publ.), Cheltenham, E. Elgar Publ., 2006, p. 23-332.

²¹ Par exemple, la convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques de 1992, le protocole de Kyoto à la convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques de 1997, la convention de Vienne de 1985 pour la protection de la couche d'ozone et le protocole de Montréal de 1987 relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone, notamment.

of humankind with due respect for the dignity of the human person' (Art. 3). Almost two decades earlier, the United Nations General Assembly adopted, on 30 October 1980, its resolution proclaiming 'the historical responsibility of States for the preservation of nature for present and future generations' (para. 1); it further called upon States, in 'the interests of present and future generations', to take 'measures (. . .) necessary for preserving nature' (para. 3). (. . .)

May I recall that the subject at issue was originally taken up by the Advisory Committee to the United Nations University (UNU) on a project on the matter, in early 1988, so as to provide an innovative response to rising and growing concerns over the depletion of natural resources and the degradation of environmental quality and the recognition of the need to conserve the natural and cultural heritage (at all levels, national, regional and international; and governmental as well as non-governmental). The Advisory Committee, composed of professors from distinct continents²², met in Goa, India²³, and issued, on 15 February 1988, a final document titled 'Goa Guidelines on Intergenerational Equity'²⁴, which stated:

'Th[e] temporal dimension is articulated through the formulation of the theory of 'intergenerational equity'; all members of each generation of human beings, as a species, inherit a natural and cultural patrimony from past generations, both as beneficiaries and as custodians under the duty to pass on this heritage to future generations. As a central point of this theory the right of each generation to benefit from this natural and cultural heritage is inseparably coupled with the obligation to use this heritage in such a manner that it can be passed on to future generations in no worse condition than it was received from past generations. This requires conservation and, as appropriate, enhancement of the quality and of the diversity of this heritage. The conservation of cultural diversity is as important as the conservation of environmental diversity to ensure options for future generations.

²² Namely, Professors E. Brown Weiss, A. A. Cançado Trindade, A.-Ch. Kiss, R. S. Pathak, Lai Peng Cheng and E. W. Ploman.

²³ In the meeting held in Goa, India, convened by the United Nations University (UNU), the members of the UNU Advisory Committee acted in their own personal capacity.

²⁴ These Guidelines, adopted on 15 February 1988, were the outcome of prolonged discussions, which formed part of a major study sponsored by the UNU. It is not my intention to recall, in the present separate opinion, the points raised in those discussions, annotated in the unpublished UNU dossiers and working documents, on file with me since February 1988.

bule). Elle ajoute notamment que «[l]es générations présentes devraient s'efforcer d'assurer le maintien et la perpétuation de l'humanité, dans le respect de la dignité de la personne humaine» (art. 3). Presque deux décennies auparavant, l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies adoptait, le 30 octobre 1980, sa résolution proclamant «la responsabilité historique des Etats concernant la préservation de la nature pour les générations présentes et futures» (par. 1), et appelait en outre les Etats à prendre «les mesures nécessaires ... en vue de préserver la nature», «dans l'intérêt des générations présentes et futures» (par. 3)...

Qu'il me soit permis de rappeler que le sujet en question a initialement été abordé, au début de l'année 1988, par le comité consultatif de l'Université des Nations Unies (UNU), dans le cadre d'un projet visant à apporter une réponse novatrice aux préoccupations grandissantes concernant l'épuisement des ressources naturelles et la dégradation de l'environnement ainsi qu'à faire en sorte que soit reconnue la nécessité de préserver le patrimoine naturel et culturel (à tous les niveaux, national, régional et international, qu'il soit public ou non). Le comité consultatif, composé de professeurs originaires de différents continents²², s'est réuni à Goa, en Inde²³, et a publié, le 15 février 1988, un document final intitulé «Directives de Goa relatives à l'équité intergénérationnelle»²⁴, dans lequel il était déclaré ce qui suit :

«[La] dimension temporelle s'articule autour du développement de la théorie de l'«équité intergénérationnelle». A chaque génération, tous les êtres humains, en tant qu'espèce, héritent des générations précédentes un patrimoine naturel et culturel, dont ils sont à la fois les bénéficiaires et les gardiens ayant le devoir de transmettre cet héritage aux générations futures. L'idée qui est au cœur de cette théorie est que le droit de chaque génération de tirer avantage de cet héritage naturel et culturel est inséparablement lié à l'obligation d'en user de manière à pouvoir le transmettre aux générations futures dans un état au moins équivalent à celui dans lequel il se trouvait lorsqu'elle l'a reçu des générations précédentes. Cette obligation implique la conservation et, le cas échéant, l'amélioration de la qualité et de la diversité de cet héritage. La conservation de la diversité culturelle est tout aussi importante que celle de la diversité de l'environnement pour offrir diverses options aux générations futures.

²² A savoir Mme E. Brown Weiss, M. A. A. Cançado Trindade, M. A.-Ch. Kiss, M. R. S. Pathak, M. Lai Peng Cheng et M. E. W. Ploman.

²³ A la réunion convoquée par l'Université des Nations Unies (UNU) à Goa, en Inde, les membres du comité consultatif sont intervenus à titre personnel.

²⁴ Les directives adoptées le 15 février 1988 sont le résultat de longs débats qui se sont déroulés dans le cadre d'une grande étude parrainée par l'UNU. Je n'ai pas l'intention de rappeler, dans la présente opinion individuelle, les questions abordées lors de ces débats, annotés dans les dossiers et les documents de travail non publiés de l'UNU, que je conserve depuis 1988.

Specifically, the principle of intergenerational equity requires conserving the diversity and the quality of biological resources. (. . .)

The principles of equity governing the relationship between generations (. . .) pertain to valued interests of past, present and future generations, covering natural and cultural resources. (. . .) There is a complementarity between recognized human rights and the proposed intergenerational rights. (. . .)²⁵

And the aforementioned UNU document moved on to propose strategies to implement inter-generational rights and obligations. From then onwards, the first studies on this specific topic of inter-generational equity, in the framework of the conceptual universe of International Environmental Law, began to flourish²⁶. From the late 1980s onwards, inter-generational equity has been articulated amidst the growing awareness of the vulnerability of the environment, of the threat and gravity of sudden and global changes, and, ultimately, of one's own mortality."²⁷

43. Inter-generational equity comes again to the fore in the present case of *Whaling in the Antarctic*. The factual context of the *cas d'espèce* is of course quite distinct from that of the *Pulp Mills* case; yet, significantly, in one and the other, *inter-generational equity* (with its long-term temporal dimension) marks its presence. It does so in distinct international instruments of international environmental law, and in its domain as a whole. And this cannot pass unnoticed here.

44. In this respect, the 1973 CITES Convention, e.g., states in its Preamble that wild fauna and flora "must be protected for this and the generations to come", and adds that "peoples and States are and should be the best protectors of their own wild fauna and flora". The CITES Convention provides for control of trade, and prevention or restriction of exploitation of species (Art. II). The 1979 Convention on the Conservation of Migratory Species of Wild Animals asserts in its Preamble the awareness that each generation "holds the resources of the earth for future generations and has an obligation to ensure that this legacy is conserved and, where utilized, is used wisely". Furthermore, it recognizes in

²⁵ The full text of the "Goa Guidelines on Intergenerational Equity" is reproduced in Annexes to the two following books, whose authors participated in the elaboration of the document: E. Brown Weiss, *In Fairness to Future Generations: International Law, Common Patrimony and Intergenerational Equity*, *op. cit. supra* note 20, Appendix A, pp. 293-295; A. A. Cançado Trindade, *Direitos Humanos e Meio Ambiente: Paralelo dos Sistemas de Proteção Internacional*, Porto Alegre/Brazil, S. A. Fabris Ed., 1993, Ann. IX, pp. 296-298.

²⁶ Cf., *inter alia*, *supra* note 20.

²⁷ *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Judgment, I.C.J. Reports 2010 (I), pp. 177-180, paras. 114, 118, 120 and 121 of my aforementioned separate opinion.

Plus précisément, le principe de l'équité intergénérationnelle exige que l'on préserve la diversité et la qualité des ressources biologiques...

Les principes d'équité qui régissent la relation entre les générations ... touchent aux intérêts primordiaux des générations passées, présentes et futures, et s'étendent aux ressources naturelles et culturelles. Il existe une complémentarité entre les droits de l'homme déjà reconnus et les droits intergénérationnels proposés... »²⁵

Les auteurs de ce document de l'ONU poursuivaient en proposant des stratégies visant à mettre en œuvre les droits et obligations intergénérationnels. Dès lors, les premières études sur le thème spécifique de l'équité intergénérationnelle, dans le cadre de l'univers conceptuel du droit international de l'environnement, commencèrent à se multiplier²⁶. A partir de la fin des années 1980, le thème de l'équité intergénérationnelle s'est développé sur fond de prise de conscience croissante de la vulnérabilité de l'environnement, de la menace de changements à l'échelle planétaire et de leur gravité, et, en fin de compte, de notre propre mortalité. »²⁷

43. L'équité intergénérationnelle occupe à nouveau une place de premier plan en la présente affaire relative à la *Chasse à la baleine dans l'Antarctique*. Bien que le contexte factuel soit ici nettement distinct de celui de l'affaire des *Usines de pâte à papier*, force est de constater que, dans un cas comme dans l'autre, la notion d'*équité intergénérationnelle* (avec sa dimension temporelle à long terme) est présente. Elle l'est à travers différents instruments régissant le droit international de l'environnement et l'ensemble des questions touchant à ce dernier. Ce point ne saurait ici passer inaperçu.

44. Ainsi, la convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction (CITES) de 1973 indique, dans son préambule, que la faune et la flore sauvages « doi[vent] être protégé[es] p[our] les générations présentes et futures », ajoutant que « les peuples et les Etats sont et devraient être les meilleurs protecteurs de leur faune et de leur flore sauvages » et prévoit, en son article II, un contrôle du commerce, ainsi que la prévention ou la restriction de l'exploitation des espèces. La convention sur la conservation des espèces migratrices appartenant à la faune sauvage de 1979 exprime, dans son préambule, la conscience de ce que chaque génération « détient les ressources de la Terre

²⁵ Le texte intégral des « Directives de Goa relatives à l'équité intergénérationnelle » est reproduit dans les annexes des deux ouvrages suivants, dont les auteurs ont participé à l'élaboration du document : E. Brown Weiss, *In Fairness to Future Generations: International Law, Common Patrimony and Intergenerational Equity*, op. cit. supra note 20, appendice A, p. 293-295 ; A. A. Cançado Trindade, *Direitos Humanos e Meio Ambiente: Paralelo dos Sistemas de Proteção Internacional*, Porto Alegre/Brésil, éd. S. A. Fabris, 1993, annexe IX, p. 296-298.

²⁶ Voir, notamment, supra note 20.

²⁷ *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2010 (I), p. 177-180, par. 114, 118, 120 et 121 de mon opinion individuelle.

the Preamble that “wild animals in their innumerable forms are an irreplaceable part of the earth’s natural system which must be conserved for the good of mankind”.

45. The 1992 CBD Convention expresses, in its Preamble, the determination “to conserve and sustainably use biological diversity for the benefit of present and future generations”. It further asserts in its Preamble that “the conservation of biological diversity is a common concern of humankind”, and calls for “the conservation of biological diversity and the sustainable use of its components”, also to “contribute to peace for humankind”. In its operative part, the CBD Convention then proceeds, in detail, to provide for conservation of biological diversity and its sustainable use (Arts. 1, 6-10, 11-13, and 17-18).

46. In the course of a meeting of a UNEP Group of Legal Experts — of which I keep a good memory — which took place in Malta before the holding of the 1992 UNCED Conference in Rio de Janeiro in the period of the *travaux préparatoires* of the CBD Convention — the need was stressed of relating “preventive with corrective measures, with preventive measures seeming “to lend themselves more easily to an inter-generational perspective”²⁸. The Group of Legal Experts then identified “the constitutive elements” of common concern of humankind, namely:

“involvement of all countries, all societies, and all classes of people within countries and societies; long-term temporal dimension, encompassing present as well as future generations; and some sort of sharing of burdens of environmental protection”²⁹.

47. In effect, inter-generational equity marks presence nowadays in a wide range of instruments of international environmental law, and indeed of contemporary public international law. It goes beyond the scope of the present separate opinion to dwell extensively upon them. Suffice it here to refer to yet another illustration. The 2001 UNESCO Universal Declaration on Cultural Diversity, e.g., after expressing, in its Preamble, the aspiration to “greater solidarity” on the basis of “recognition of cultural diversity, of awareness of the unity of humankind, and of the development of intercultural exchanges”, adds, in Article 1, that “cultural diversity is as necessary for humankind as biodiversity is for nature”; in this

²⁸ UNEP, “Report on the Proceedings of the Meeting Prepared by the Co-Rapporteurs, Profs. A. A. Cançado Trindade and D. J. Attard”, *The Meeting of the Group of Legal Experts to Examine the Concept of the Common Concern of Mankind in Relation to Global Environmental Issues* (D. J. Attard, ed. — Malta, University of Malta, 13-15 December 1990), Nairobi, UNEP, 1991, p. 22, para. 6.

²⁹ *Ibid.*, p. 21, para. 4.

pour les générations futures et a la mission de faire en sorte que ce legs soit préservé et que, lorsqu'il en est fait usage, cet usage soit fait avec prudence», et reconnaît en outre que «la faune sauvage, dans ses formes innombrables, constitue un élément irremplaçable des systèmes naturels de la Terre, qui doit être conservé pour le bien de l'humanité».

45. La convention sur la diversité biologique de 1992 exprime, dans son préambule, une détermination «à conserver et à utiliser durablement la diversité biologique au profit des générations présentes et futures», et y affirme que «la conservation de la diversité biologique est une préoccupation commune à l'humanité»; il y est appelé à la «conservation de la diversité biologique et [à] l'utilisation durable de ses éléments», notamment dans le but de «contribuer ... à la paix de l'humanité». Les dispositions de cette convention établissent un mécanisme détaillé destiné à assurer la conservation de la diversité biologique et l'utilisation durable de ses éléments (art. premier, 6-10, 11-13 et 17-18).

46. Lors d'une réunion du groupe d'experts juridiques du PNUE — dont je garde un très agréable souvenir —, qui s'est déroulée à Malte, avant la tenue de la conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement (CNUED) de 1992 à Rio de Janeiro, à l'époque des travaux préparatoires de la convention sur la diversité biologique, l'accent a été mis sur la nécessité de combiner «mesures préventives et correctives», les premières semblant «plus adaptées à une perspective intergénérationnelle»²⁸. Ont ensuite été énumérés les éléments intéressant l'humanité tout entière, à savoir:

«la participation de tous les pays, de toutes les sociétés et de toutes les classes sociales au sein des pays et des sociétés; la dimension temporelle à long terme, englobant les générations présentes et futures; et, sous une forme ou sous une autre, un partage des charges en matière de protection de l'environnement»²⁹.

47. De fait, l'équité intergénérationnelle est aujourd'hui présente dans un grand nombre d'instruments relevant du droit international de l'environnement, et même du droit international public contemporain. Il ne m'appartient pas, dans le cadre de la présente opinion individuelle, d'examiner en détail ces instruments. Qu'il me suffise de donner un dernier exemple. La déclaration universelle de l'UNESCO sur la diversité culturelle de 2001, après avoir exprimé, dans son préambule, une aspiration «à une plus grande solidarité fondée sur la reconnaissance de la diversité culturelle, sur la prise de conscience de l'unité du genre humain et sur le développement des échanges interculturels», ajoute, en son article premier,

²⁸ PNUE, «Report on the Proceedings of the Meeting Prepared by the Co-Rapporteurs, Profs. A. A. Cançado Trindade and D. J. Attard», *The Meeting of the Group of Legal Experts to Examine the Concept of the Common Concern of Mankind in Relation to Global Environmental Issues* (sous la dir. de D. J. Attard — Malte, Université de Malte, 13-15 décembre 1990), Nairobi, PNUE (1991), p. 22, par. 6.

²⁹ *Ibid.*, p. 21, par. 4.

sense, “it is the common heritage of humanity and should be recognized and affirmed for the benefit of present and future generations”.

VII. CONSERVATION OF LIVING SPECIES (MARINE MAMMALS)

1. The Tension between Conservation and Exploitation: Arguments of the Parties

48. In the course of the proceedings (written phase) of the present case *Whaling in the Antarctic*, both Australia and Japan referred, in distinct terms to the conservation of marine mammals. To start with, Australia’s Memorial devoted some attention to the development, from the mid-1970s onwards, of a treaty-based regime for the conservation of marine mammals. It observed that, from then onwards, “the international community has adopted an increasingly conservation-oriented approach in the development of treaty regimes, including those covering marine mammals” (para. 4.84). This, in its view, has led to “significant developments in the law relating to conservation” (para. 4.85).

49. In Australia’s view, those international instruments recognize “the intrinsic value” of all living species, and “the importance of conservation of migratory species and biological diversity as common concerns of mankind”. They are directly relevant to the conservation and management of whales, and support an interpretation of Article VIII of the ICRW that “contributes to, rather than undermines, the conservation of whales” (para. 4.86). Australia then advances “a restrictive interpretation of the Article VIII exception, and a stringent limitation on the use of lethal methods of scientific research if non-lethal means are available” (para. 4.86). Australia further refers to the recognition of the “precautionary approach” in several “international environmental agreements, concerning both broader environmental matters, and, more particularly, the conservation and protection of marine mammals” (para. 4.89).

50. For its part, Japan, in its Counter-Memorial, argued that, in its view, there is “no contradiction” between the conservation and the exploitation of whales, not even under the ICRW (para. 6.15). In the same line of thinking — Japan added — the United Nations Convention on Biological Diversity (CBD) “permits the use of biological resources” in a manner that avoids or minimizes “adverse impacts” on biological diversity (para. 6.17). In Japan’s view, the term “use” includes “both commercial exploitation and use for the purposes of scientific research” (para. 6.18). Japan then recalled that the concept of “sustainable use” has been further developed by the Conference of the States parties to the

que «la diversité culturelle est, pour le genre humain, aussi nécessaire que l'est la biodiversité dans l'ordre du vivant», et qu'en ce sens «elle constitue le patrimoine commun de l'humanité et doit être reconnue et affirmée au bénéfice des générations présentes et des générations futures».

VII. LA CONSERVATION DES ESPÈCES VIVANTES (MAMMIFÈRES MARINS)

1. Antagonisme entre conservation et exploitation : les arguments des Parties

48. Dans le cadre de la procédure (écrite) en l'espèce, l'Australie comme le Japon ont expressément fait référence à la conservation des mammifères marins. Dans son mémoire, l'Australie a ainsi évoqué le développement, depuis le milieu des années 1970, d'un régime conventionnel tendant à la conservation de ces animaux, faisant observer que, à partir de ce moment, «la communauté internationale a adopté une démarche de plus en plus axée sur la conservation, en élaborant des régimes conventionnels, notamment ceux concernant les mammifères marins» (par. 4.84), qui ont entraîné une «évolution considérable ... [du] droit en matière de conservation» (par. 4.85).

49. L'Australie estime que, dans ces instruments, sont reconnues «la valeur intrinsèque» de tous les organismes vivants ainsi que «l'importance de la conservation des espèces migratrices et de la diversité biologique en tant que préoccupations communes de l'humanité». Directement lié à la conservation et à la gestion des stocks de baleines, ce régime conventionnel conforte, selon elle, l'idée que l'article VIII de la convention de 1946 doit être interprété de manière à «contribuer à la conservation des baleines, et non à y faire obstacle» (par. 4.86). L'Australie préconise une «interprétation restrictive de l'exception contenue à l'article VIII, et une limitation rigoureuse du recours à des méthodes létales de recherche scientifique lorsque d'autres, non létales, sont disponibles» (par. 4.86). Elle note en outre que «l'approche de précaution» a été reconnue dans plusieurs «accords internationaux sur l'environnement, qui concernent à la fois des questions environnementales d'ordre général et celles, plus spécifiques, de la conservation et de la protection des mammifères marins» (par. 4.89).

50. Le Japon, pour sa part, soutient dans son contre-mémoire qu'il n'y a «pas de contradiction» entre la conservation des baleines et leur exploitation, fût-ce dans le cadre de la convention de 1946 (par. 6.15). Dans cette optique — ajoute-t-il —, la convention sur la diversité biologique «permet d'utiliser les ressources biologiques» d'une manière qui évite ou atténue «les effets défavorables» sur la diversité biologique (par. 6.17). Par «utilisation», on entend, selon le Japon, «à la fois exploitation commerciale et utilisation en vue de recherches scientifiques» (par. 6.18). Le Japon poursuit en rappelant que la conférence des parties à la convention sur la diversité biologique a apporté des précisions supplémentaires sur la

CBD, which, in 2004, adopted the Addis Ababa Principles and Guidelines for the Sustainable Use of Biodiversity, recognizing that:

“Sustainable use is a valuable tool to promote conservation of biological diversity, since in many instances it provides incentives for conservation and restoration because of social, cultural and economic benefits that people derive from that use. In turn, sustainable use cannot be achieved without effective conservation measures. In this context, and as recognized in the Plan of Implementation of the World Summit on Sustainable Development, sustainable use is an effective tool to combat poverty, and consequently, to achieve sustainable development.” (Memorial of Australia, para. 6.19.)

51. Japan further argued that the policy of “combination of conservation and sustainable use” under the CBD has been a “matter of practical necessity”, and “what types and levels of utilization are sustainable will depend on the status of the species and the demands upon it at any particular time” (*ibid.*, para. 6.20). As the “level of exploitation” would depend on “the conservation status of the species in question” — Japan added — it followed that “the measures adopted to promote sustainable use of biological resources should be adjusted according to the information available about a species, bearing in mind the precautionary approach” (*ibid.*, para. 6.22).

2. *Whale Stocks — Conservation and Development:
Responses of the Parties and the Intervenor
to Questions from the Bench*

52. There has been growing awareness in recent years that the ICRW does not allow the use of whales to take place to the detriment of the conservation of whale stocks. The general membership of the ICRW (encompassing both whaling and non-whaling States) has been attentive to the growing emphasis on conservation, with more protective measures (by the IWC), and the gradual crystallization of the precautionary principle (cf. *infra*). In the present case of *Whaling in the Antarctic*, in the course of the oral pleadings before the Court (on 8 July 2013), I deemed it fit to put the following questions to Japan, Australia and New Zealand together:

- “[1.] How do you interpret the terms ‘conservation and development’ of whale stocks under the International Convention for the Regulation of Whaling?
- [2.] In your view, can a programme that utilizes lethal methods be considered ‘scientific research’, in line with the object and purpose of the International Convention for the Regulation of Whaling?”³⁰

³⁰ CR 2013/17, of 8 July 2013, p. 49.

notion d'«utilisation durable»; en 2004, les parties à cette conférence ont adopté les principes et les directives d'Addis-Abeba pour l'utilisation durable de la diversité biologique; elles y affirmaient ce qui suit:

«L'utilisation durable est un bon moyen de promouvoir la conservation car les avantages sociaux, culturels et économiques qui en découlent favorisent très souvent la protection et la restauration de la diversité biologique. L'utilisation durable exige aussi l'adoption de mesures de conservation efficaces. Comme cela a été reconnu dans le plan d'application du sommet mondial pour le développement durable, elle permet de lutter efficacement contre la pauvreté et, par conséquent, de parvenir à un développement durable.» (Mémoire de l'Australie, par. 6.19.)

51. Le Japon fait également valoir que le choix de conjuguer «conservation et utilisation durable» dans la convention sur la diversité biologique relève «de la nécessité pratique» et que «la question de savoir précisément quels types et quels niveaux d'utilisation sont durables dépend de l'état des espèces et des contraintes dont elles font l'objet à un moment particulier» (*ibid.*, par. 6.20). Puisque le «niveau d'exploitation» d'une espèce considérée dépend de «son état de conservation», ajoute-t-il, «les mesures adoptées pour promouvoir l'utilisation durable des ressources biologiques devraient être ajustées en fonction des informations disponibles sur une espèce, en gardant à l'esprit l'approche de précaution» (*ibid.*, par. 6.22).

*2. Stocks de baleines — conservation et développement :
réponses des Parties et de l'Etat intervenant aux questions
d'un membre de la Cour*

52. La conscience que la convention de 1946 ne permet pas d'utiliser des baleines au détriment de la conservation de leurs stocks n'a cessé de croître au cours des dernières années. Les Etats parties à la convention (qui regroupent des nations baleinières et non baleinières) ont été sensibles à l'accentuation de l'aspect relatif à la conservation, ce qu'attestent l'adoption par la CBI de mesures davantage axées sur la protection et la cristallisation progressive du principe de précaution (cf. ci-dessous). Au cours de la procédure orale qui s'est tenue en l'espèce, à l'audience du 8 juillet 2013, j'ai jugé opportun de poser au Japon, à l'Australie et à la Nouvelle-Zélande les questions suivantes:

- «1. Comment interprétez-vous les termes «conservation et accroissement» des peuplements baleiniers, tels qu'ils sont employés dans la convention?
2. Selon vous, un programme prévoyant l'emploi de méthodes létales peut-il être considéré comme relevant de la «recherche scientifique» eu égard à l'objet et au but de la convention?»³⁰

³⁰ CR 2013/17, 8 juillet 2013, p. 49.

And then, I addressed the following additional questions only to Japan :

- “1. To what extent would the use of alternative non-lethal methods affect the objectives of the JARPA II programme?
2. What would happen to whale stocks if many, or even all States parties to the International Convention for the Regulation of Whaling, decide to undertake ‘scientific research’ using lethal methods, upon their own initiative, similarly to the *modus operandi* of JARPA II?”³¹

53. The questions I put to Australia, Japan and New Zealand together pertained to the interpretation of the terms “conservation and development” of whale stocks under the ICRW, and to the methods to be used in “scientific research” in the light of the object and purpose of the ICRW. In its answer, Australia drew attention to quotas for “aboriginal subsistence whaling”, and to measures for purposes other than consumption (e.g., whale watching)³². For its part, Japan referred to the co-existence between “conservationist measures” (e.g., moratorium and sanctuaries) and “scientific whaling” under Article VIII of the ICRW³³.

54. In its response, the intervenor, New Zealand, warned against the excesses of commercial whaling (also referring to the sustainable use of whale stocks), invoking the Preamble of the ICRW’s provision, to the effect that whale capture cannot endanger those “natural resources”. New Zealand further referred to the duty of co-operation and “the needs of conservation for the benefit of all”. Invoking the precautionary approach, New Zealand ascribed a limited role to Article VIII for the conduct of scientific research, adding that lethal methods could only be used when they created no risk of an adverse effect on the whales stock³⁴.

55. As to one of the questions I addressed to Japan, pertaining to the objectives of a programme (*supra*), the argument advanced by Japan was that the research objectives (of JARPA II) dictated the methods, and not vice versa. If certain data could only be collected by using lethal methods, in its view there would be no alternative non-lethal methods. Japan then added that there were limitations to the use of non-lethal methods of biopsy sampling and satellite tagging³⁵.

³¹ CR 2013/17, of 8 July 2013, p. 49.

³² CR 2013/19, of 10 July 2013, p. 54, para. 79.

³³ CR 2013/21, of 15 July 2013, pp. 40-41, paras. 20-21.

³⁴ Written Responses of New Zealand, *op. cit. supra* note 3, pp. 4-5, paras. 1-4.

³⁵ CR 2013/22, of 15 July 2013, p. 48, para. 20.

J'ai ensuite adressé au Japon les questions suivantes :

- « 1. Dans quelle mesure l'emploi de méthodes de substitution non létales aurait-il une incidence sur la réalisation des objectifs du programme JARPA II ?
2. Qu'advierait-il des peuplements baleiniers si de nombreux Etats parties à la convention, voire tous, entreprenaient de leur propre initiative des « recherches scientifiques » en ayant recours à des méthodes létales, selon un *modus operandi* analogue à celui de JARPA II ? »³¹

53. Les questions que j'ai posées collectivement à l'Australie, au Japon et à la Nouvelle-Zélande avaient trait à l'interprétation des termes « conservation et accroissement » des stocks de baleines tels qu'employés dans la convention, et aux méthodes à mettre en œuvre dans le cadre de la « recherche scientifique » eu égard à l'objet et au but de cet instrument. Dans sa réponse, l'Australie a appelé l'attention sur les quotas pour « la chasse aborigène de subsistance » et sur des mesures sans rapport avec la consommation, comme l'observation des baleines (ou « whale watching »)³². Le Japon, pour sa part, a mis en avant la coexistence de « mesures conservationnistes » (telles que l'instauration d'un moratoire et l'établissement de sanctuaires) et de la « chasse scientifique » pratiquée au titre de l'article VIII de la convention³³.

54. Dans sa réponse, la Nouvelle-Zélande, Etat intervenant, a mis en garde contre les excès observés en matière de chasse commerciale (eu égard également à l'exploitation durable des stocks de baleines), en se référant à la disposition du préambule de la convention qui prévoit que la capture de baleines ne doit pas compromettre ces « ressources naturelles ». Elle a également évoqué le devoir de coopération et les « impératifs de la conservation dans l'intérêt de tous ». Invoquant l'approche de précaution, elle a attribué à l'article VIII un rôle limité aux fins de la conduite d'activités de recherche scientifique, estimant que les méthodes létales ne pouvaient être utilisées que lorsqu'il n'existait aucun risque qu'il soit porté préjudice aux peuplements baleiniers³⁴.

55. En réponse à l'une des questions que je lui avais adressées quant aux objectifs d'un programme (voir ci-dessus), le Japon a affirmé que c'étaient les objectifs de recherche (de JARPA II) qui dictaient les méthodes, et non l'inverse. Si certaines données ne peuvent être recueillies qu'au moyen de méthodes létales, il est, selon lui, impossible de recourir à des méthodes non létales. Le Japon faisait en outre état de limites à l'utilisation des méthodes non létales que sont le prélèvement biopsique et le marquage et le suivi par satellite³⁵.

³¹ CR 2013/17, 8 juillet 2013, p. 49.

³² CR 2013/19, 10 juillet 2013, p. 54, par. 79.

³³ CR 2013/21, 15 juillet 2013, p. 40-41, par. 20-21.

³⁴ Réponses de la Nouvelle-Zélande aux questions posées par le juge Cançado Trindade, *op. cit. supra* note 3, p. 4-5, par. 1-4.

³⁵ CR 2013/22, 15 juillet 2013, p. 48, par. 20.

56. Australia retorted that the objectives of JARPA II were, in its view, rather vague and general, and seemed to have been adopted and applied so as to allow the killing of whales; thus, the methods (of JARPA II) dictated the objectives, and not vice versa. After criticizing the stated objectives of JARPA II, Australia advocated the use of non-lethal methods under that programme. And it added that, if many of the States parties to the ICRW felt entirely free — as Japan does — to decide for itself to issue special permits under Article VIII for the taking of any number of whales, this would certainly have adverse effects on the fin, humpback and other whale stocks³⁶. Australia expressed its concern that, as the situation stands at present, “an unknown and indefinite number of whales will be taken under JARPA II”³⁷.

3. General Assessment

57. It has been made clear, in recent decades, that the international community has adopted a conservation-oriented approach in treaty regimes, including treaties covering marine mammals. The ICRW is to be properly interpreted in this context; it does not stand alone as a single international Convention aimed at conservation and management of marine mammals. The ICRW is part of a plethora of international instruments adopted in recent years, aiming at conservation with a precautionary approach. Amongst these instruments stands the United Nations Convention on Biological Diversity (CBD), adopted at the United Nations Conference on Environment and Development (UNCED), in Rio de Janeiro, on 5 June 1992, which can here be recalled as an international instrument aiming at conservation of living species.

58. The CBD is directly pertinent to conservation and management of whales. For example, in its Preamble, it asserts *inter alia* its determination “to conserve and sustainably use biological diversity for the benefit of present and future generations”. In this respect, the ICRW should be read in the light of other international instruments that follow a conservation-oriented approach and the precautionary principle. The existence of the ICRW in relation to Conventions aimed at conservation of living resources supports a narrow interpretation of Article VIII of the ICRW.

59. Accordingly, Article VIII (1), as already pointed out, cannot be broadly interpreted, and cannot at all be taken as a so-called “self-contained” regime or system. It is not a free-standing platform, not a *carte blanche* given to States to do as they freely wish. It is part and parcel of a system of collective guarantee and collective regulation oriented

³⁶ Written Comments of Australia on Japan’s Responses to Questions Put by Judges during the Oral Proceedings, of 19 July 2013, pp. 8-13.

³⁷ CR 2013/20, of 10 July 2013, p. 16, para. 37.

56. L'Australie a répliqué que les objectifs de JARPA II étaient par trop vagues et généraux, et semblaient avoir été adoptés et poursuivis afin de ménager la possibilité de tuer des baleines; ce sont donc, selon elle, les méthodes (de JARPA II) qui dictent les objectifs, et non l'inverse. Ayant critiqué les objectifs affichés de JARPA II, elle a préconisé le recours à des méthodes non létales dans le cadre de ce programme, ajoutant que, si nombre d'Etats parties à la convention se sentaient entièrement libres de délivrer des permis spéciaux au titre de l'article VIII afin de procéder à la capture du nombre de baleines qu'ils souhaitent, cela porterait assurément préjudice aux populations de rorquals communs, de baleines à bosse et autres espèces de baleines³⁶. Enfin, l'Australie s'est déclarée préoccupée par le fait que, si rien ne changeait, «[u]n nombre inconnu et indéterminé de baleines sera[it] capturé dans le cadre de JARPA II»³⁷.

3. *Appréciation générale*

57. Il est devenu clair, au cours des dernières décennies, que la communauté internationale a adopté dans les régimes conventionnels, notamment ceux concernant les mammifères marins, une conception axée sur la conservation. Tel est le contexte dans lequel il convient d'interpréter la convention de 1946; elle ne fait pas cavalier seul, en tant qu'elle serait l'unique convention internationale visant la conservation et la gestion des populations de mammifères marins, mais fait partie des nombreux instruments internationaux axés, dans une optique de précaution, sur la conservation qui ont été adoptés ces dernières années. Parmi eux figure notamment la convention des Nations Unies sur la diversité biologique, adoptée le 5 juin 1992, lors de la CNUED de Rio de Janeiro, et qui constitue un exemple d'instrument international visant la conservation des espèces vivantes.

58. La convention sur la diversité biologique intéresse directement la conservation et la gestion des populations de baleines, son préambule faisant par exemple état d'une détermination «à conserver et à utiliser durablement la diversité biologique au profit des générations présentes et futures». La convention de 1946 doit ainsi être lue à la lumière des autres instruments internationaux relevant d'une conception axée sur la conservation et le principe de précaution. C'est l'articulation même de cette convention avec d'autres instruments visant la conservation des ressources vivantes qui milite en faveur d'une interprétation restrictive de son article VIII.

59. En conséquence, le paragraphe 1 de l'article VIII ne saurait, ainsi que je l'ai déjà indiqué, être interprété de manière large, ni être réputé constituer un prétendu système ou régime «se suffisant à lui-même». Il ne constitue pas une plate-forme autonome, non plus qu'il ne donne carte blanche aux Etats pour agir comme bon leur semble. Il fait partie inté-

³⁶ Observations écrites de l'Australie sur les réponses apportées par le Japon aux questions posées par les juges au cours de la procédure orale, 19 juillet 2013, p. 8-13.

³⁷ CR 2013/20, 10 juillet 2013, p. 16, par. 37.

towards the conservation of living species. Thus, Article VIII (1) can only be interpreted in a restrictive way; all States parties to the ICRW have recognized a common interest in the conservation and in the long-term future of whale stocks.

VIII. PRINCIPLE OF PREVENTION AND THE PRECAUTIONARY PRINCIPLE:
ARGUMENTS OF THE PARTIES AND THE INTERVENOR

60. Although the Court does not dwell upon the precautionary principle or approach in the present Judgment in the case of *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening)*, I deem it fit to recall and point out herein that, in the course of the proceedings in the present case, the two contending Parties as well as New Zealand addressed the principle of prevention and the precautionary principle as related to the *cas d'espèce*. In its oral arguments, Australia stressed *conservation* under contemporary international environmental law, invoking its “three main legal pillars”, namely, “intergenerational equity, the principle of prevention and the precautionary approach”, principles that are to “govern the interpretation and the application of the 1946 Convention régime, as they make it possible for its object and purpose to be achieved”³⁸.

61. In the same line of thinking, in its Memorial Australia upheld the precautionary principle, asserting that, for example, “[t]he establishment of sanctuaries reflects also the increasing importance of the precautionary approach in the IWC’s management and conservation of whales” (p. 42, para. 2.80). It has then added that

“[t]he IWC now pursues conservation of whales as an end itself. In so doing, it places greater reliance on a precautionary approach to conservation and management combined with a focus on non-consumptive use” (p. 52, para. 2.99).

62. Australia, in sum, identified an “increasingly conservation-oriented approach” (p. 172, para. 4.83). This is so in view of the growing pursuance of the precautionary approach. In Australia’s perception,

“This development, which has been recognized by the IWC, must be taken into account in interpreting the Article VIII exception. In practical terms, and in the face of uncertainty as to the status of whale stocks and the effect of any lethal take, precaution directs an interpretation of Article VIII that limits the killing of whales.

The precautionary approach specifically is intended to provide guidance in the development and application of international environ-

³⁸ CR 2013/7, of 26 June 2013, pp. 56-58, paras. 50, 55 and 57-58.

grante d'un système de réglementation et de garanties collectives axé sur la conservation des espèces vivantes. Aussi ne peut-il être interprété que dans un sens restrictif, étant entendu que tous les Etats parties à la convention de 1946 ont un intérêt commun à la conservation et à la perpétuation à long terme des peuplements baleiniers.

VIII. LES PRINCIPES DE PRÉVENTION ET DE PRÉCAUTION :
ARGUMENTS DES PARTIES ET DE L'ÉTAT INTERVENANT

60. Bien que la Cour ne se soit pas étendue sur le principe de précaution dans l'arrêt qu'elle a rendu en la présente affaire, il me paraît utile de rappeler et de souligner ici que les deux Parties en litige et l'Etat intervenant ont, au cours de la procédure, analysé les rapports entre les principes de précaution et de prévention et le cas d'espèce. A l'audience, l'Australie a mis en avant la place de la notion de *conservation* dans le droit international contemporain régissant les questions d'environnement, en faisant référence à ses trois grands « piliers juridiques », à savoir « l'équité intergénérationnelle, le principe de prévention et l'approche de précaution » — principes qui doivent « régi[r] l'interprétation et l'application du régime de la convention de 1946 car ils permettent à son objet et à son but d'être atteints »³⁸.

61. Dans la même optique, l'Australie a, dans son mémoire, mis en exergue le principe de précaution, affirmant que « [l]a création de ... refuges », par exemple, « témoign[ait] de l'importance croissante d'une approche de précaution dans la politique de la CBI en matière de gestion et de conservation des ressources baleinières » (p. 42, par. 2.80), et poursuivant en ces termes :

« De nos jours, la conservation des baleines constitue un objectif en soi pour la CBI, qui privilégie une gestion fondée sur une approche de précaution, tout en s'intéressant à l'utilisation des ressources à des fins autres que la consommation. » (P. 52, par. 2.99.)

62. En résumé, l'Australie a mis en évidence « l'intérêt croissant porté à la conservation » (p. 172, par. 4.83), l'approche de précaution étant de plus en plus privilégiée. Selon elle,

« [c]ette nouvelle approche, qui a été reconnue par la CBI, doit être prise en considération pour interpréter l'exception figurant à l'article VIII. Dans la pratique, et vu l'incertitude régnant quant à l'état des populations de baleines et à l'effet de toute prise létale, cette approche de précaution exige une interprétation de l'article VIII qui limite le nombre de baleines tuées.

Face à l'absence de certitude scientifique, l'approche de précaution vise à poser les grands principes du développement du droit inter-

³⁸ CR 2013/7, 26 juin 2013, p. 56-58, par. 50, 55 et 57-58.

mental law where there is scientific uncertainty. The core of this approach is reflected in Principle 15 of the Rio Declaration (. . .). The approach requires caution and vigilance in decision-making in the face of such uncertainty.

The precautionary approach has been recognized in a number of international policy documents and international environmental agreements, concerning both broader environmental matters and, more particularly, the conservation and protection of marine mammals. (. . .)

The Contracting Governments to the ICRW have agreed to the adoption of a precautionary approach in a wide range of matters. As applied to Article VIII, this means that the uncertainty regarding the status of whale stocks requires Contracting Governments to act with prudence and caution by strictly limiting the grant of special permits under Article VIII.” (Memorial of Australia, pp. 173-176, paras. 4.87-4.91.)³⁹

63. In sum, in Australia’s understanding, developments in international law confirm that “Article VIII is to be interpreted as an exception that is only available in limited circumstances”; Article VIII “is not self-judging”, and its application is to be “determined by reference to objective criteria, consistent with those adopted by the Commission established under the ICRW”. Such an approach — Australia added — is consistent with “the broader international legal framework in which the ICRW now rests”, which promotes a “conservation-oriented focus” that is consistent with the precautionary approach (*ibid.*, pp. 173-176, paras. 4.87-4.91). Australia concluded on this point that “the Article VIII exception” had a “strictly limited application”, in particular where there is “uncertainty regarding the status of the relevant whale stocks” (*ibid.*, p. 187, paras. 4.118). Also in its oral arguments, Australia insisted that “the aim of the precautionary approach is conservation (. . .)”, and this latter applies in particular “where there is scientific uncertainty”⁴⁰.

64. For its part, in its arguments (in the written and oral phases) Japan did not elaborate on the principle of prevention. Furthermore, in its Counter-Memorial, it somehow minimized the precautionary approach⁴¹, but it conceded that such an approach entailed “the conduct of further special permit whaling for scientific purposes as a means of improving

³⁹ Australia recalled, still in its Memorial, not only the incorporation of the precautionary approach (as propounded in Principle 15 of the Rio Declaration on Environment and Development) in “a growing number of international treaties”, but also the contemporary case law on the subject, of the International Court of Justice (case of the *Pulp Mills on the River Uruguay*), as well as of the International Tribunal for the Law of the Sea (ITLOS) (the *Southern Bluefin Tuna* cases, and the Advisory Opinion of its Sea-Bed Disputes Chamber, on the *Responsibilities and Obligations of States Sponsoring Persons and Entities with Respect to Activities in the Area*) (pp. 173-176, paras. 4.87-4.91).

⁴⁰ CR 2013/7, of 26 June 2013, p. 47, paras. 53-54.

⁴¹ Counter-Memorial of Japan, p. 132, para. 3.92.

national de l'environnement et de son application. L'essentiel en est reflété dans le principe 15 de la déclaration de Rio... L'incertitude quant à l'incidence [d']activités [risquant de causer de graves dommages à l'environnement] ... impose [aux Etats] de faire preuve de prudence et de vigilance dans leurs décisions.

L'approche de précaution est reconnue dans un certain nombre de déclarations de principe internationales et d'accords internationaux sur l'environnement, qui concernent à la fois des questions environnementales d'ordre général et des questions plus spécifiques, à savoir la conservation et la protection des mammifères marins.

Les gouvernements contractants sont convenus d'adopter une approche de précaution à l'égard d'un large éventail de questions. Dans le cas de l'article VIII, il s'ensuit que, l'état des populations de baleines demeurant incertain, ils doivent faire preuve de prudence et de vigilance en limitant strictement l'octroi de permis spéciaux au titre de cet article.» (Mémoire de l'Australie, p. 173-176, par. 4.87-4.91.)³⁹

63. En bref, de l'avis de l'Australie, l'évolution du droit international confirme que «l'article VIII doit être interprété comme une exception à laquelle il ne peut être recouru que dans des cas limités»; il n'est «pas une clause d'application discrétionnaire», son application devant «s'apprécier au regard de critères objectifs, compatibles avec ceux adoptés par la commission établie par la convention de 1946». Cet avis, estime l'Australie, est conforme au «cadre juridique international plus général dans lequel la convention de 1946 s'inscrit à l'heure actuelle», un cadre «qui favorise la conservation» et qui est conforme à l'approche de précaution (*ibid.*, p. 173-176, par. 4.87-4.91). L'Australie conclut sur ce point que «l'exception définie à l'article VIII» est d'«application strictement limitée», en particulier lorsqu'il existe «une incertitude quant à l'état des peuplements baleiniers concernés» (*ibid.*, p. 187, par. 4.118). A l'audience aussi, l'Australie a souligné que «l'approche de précaution vis[ait] la conservation», surtout «dans les contextes d'incertitude scientifique»⁴⁰.

64. Le Japon, dans ses plaidoiries (écrites et orales), n'a pas analysé de manière approfondie le principe de prévention. Dans son contre-mémoire, il a en outre trouvé le moyen de minorer l'importance de l'approche de précaution⁴¹, tout en soutenant que celle-ci supposait «de conduire de nouvelles activités de chasse en vertu de permis spéciaux délivrés à des

³⁹ L'Australie a rappelé, toujours dans son mémoire, que l'approche de précaution (telle qu'énoncée dans le principe 15 de la déclaration de Rio sur l'environnement et le développement) a été intégrée «dans un nombre croissant de traités ... internationaux», mais également dans la jurisprudence contemporaine pertinente constituée tant par la CIJ (affaire des *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*) que par le tribunal international du droit de la mer (TIDM) (affaires du *Thon à nageoire bleue* et *Responsabilités et obligations des Etats qui patronnent des personnes et des entités dans le cadre d'activités menées dans la Zone*, demande d'avis consultatif soumise à la Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins) (p. 173-176, par. 4.87-4.91).

⁴⁰ CR 2013/7, 26 juin 2013, p. 47, par. 53-54.

⁴¹ Contre-mémoire du Japon, p. 132, par. 3.92.

understanding of marine ecosystems and the sustainability of whale stocks”; it was on that basis, Japan added, “that JARPA and JARPA II have been designed and carried out”, in a “prudent and cautious” way, posing “no risk to the survival of abundant minke whale stocks”⁴².

65. In its oral arguments, Japan further stated that it was conducting “scientific research” in such a way that “no harm to stocks” would occur “in full application of the precautionary approach”. It added that “[l]ittle is known of the ecosystem in the Antarctic Ocean”, and it was “precisely to supply the Scientific Committee with necessary scientific data that Japan is pursuing research whaling”, and, together with “other nations’ contribution, conservation and management based on science under the IWC has been making progress”⁴³. In invoking the precautionary approach (as expressed in Principle 15 of the Rio Declaration on Environment and Development), Japan asserted that the JARPA II programme was “consistent” with its requirements; Japan then called for “a permissive interpretation and application of Article VIII of the ICRW, so as to render it effective”⁴⁴.

66. For its part, New Zealand, in its oral arguments, in addressing the *principle of prevention*, stated that “consultations and negotiations” — in pursuance of the duty of co-operation — are to be “meaningful”⁴⁵, also taking into account “the views and legitimate interests of others”⁴⁶. Turning to the precautionary principle or approach, New Zealand argued, in its written observations, that States parties to the ICRW do not have full discretion, in the form of a “blank cheque”, to “determine the number of whales to be killed under special permit under Article VIII”; they have to proceed reasonably, so as to achieve the object and purpose of the Convention as a whole⁴⁷.

67. That number of whales, New Zealand proceeded in its written observations, ought to be “necessary and proportionate to the objectives of the scientific research”, pursuant to the precautionary approach as related to “the conservation and management of living marine resources”.

⁴² Japan added that “possible effects of JARPA II catches on whale stocks were analysed and submitted to the IWC Scientific Committee in 2005”, and those analyses concluded that “there would be no adverse effects on the long-term status of any of the targeted whale species in the Antarctic”. Japan concluded that, if there was “scientific uncertainty about the conservation status and population dynamics of whale stocks”, then further research would become necessary, and it would keep on “acting prudently in continuing to conduct JARPA II” (Counter-Memorial of Japan, pp. 424-426, paras. 9.33-9.36).

⁴³ CR 2013/12, of 2 July 2013, pp. 15-16, para. 9.

⁴⁴ CR 2013/16, of 4 July 2013, pp. 29-35, para. 19, and cf. also paras. 11-12, 15-16, and 20-21.

⁴⁵ CR 2013/17, of 8 July 2013, p. 45, para. 30.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 46, para. 33.

⁴⁷ *Ibid.*, pp. 25-27, paras. 34-38.

fins scientifiques, afin d'améliorer la connaissance des écosystèmes marins et la viabilité des populations baleinières»; c'est sur cette base, ajoutait-il, «que JARPA et JARPA II ont été conçus et mis en œuvre», dans une optique de «précaution et prudence», de sorte qu'ils «ne menacent nullement la survie des abondantes populations de petits rorquals»⁴².

65. A l'audience, le Japon a de plus affirmé qu'il «observ[ait] pleinement l'approche de précaution» dans la conduite de ses travaux de «recherche scientifique» en veillant à ce que ceux-ci n'aient pas «d'effets délétères sur les stocks étudiés». «L'écosystème de l'Antarctique est très mal connu», et c'est «précisément pour fournir au comité scientifique les données scientifiques nécessaires que le Japon continue de pratiquer la chasse à la baleine à des fins de recherche», a-t-il précisé, ajoutant que, grâce à ces travaux et «aux contributions d'autres Etats, des progrès ont été accomplis, sous l'égide de la CBI, dans le sens de la conservation et de la gestion scientifiquement fondées»⁴³. A propos de l'approche de précaution (telle qu'exprimée dans le principe 15 de la déclaration de Rio sur l'environnement et le développement), il a fait valoir que JARPA II était «conforme» aux exigences d'une telle approche, avant d'appeler à une interprétation et une application permissives de l'article VIII de la convention de 1946, pour lui assurer un effet utile⁴⁴.

66. La Nouvelle-Zélande, quant à elle, a affirmé à l'audience, à propos du *principe de prévention*, que «les consultations et les négociations» — requises au titre du devoir de coopération — devaient être «effectives»⁴⁵, eu égard aussi aux «vues et ... intérêts légitimes d'autrui»⁴⁶. A propos du principe ou de l'approche de précaution, elle a fait valoir, dans ses observations écrites, que les Etats parties à la convention de 1946 ne jouissaient pas d'un pouvoir entièrement discrétionnaire, sous forme de «chèque en blanc», leur permettant de «déterminer le nombre de baleines pouvant être tuées au titre d'un permis spécial en vertu de l'article VIII»; force leur est d'agir de manière raisonnable, afin de réaliser l'objet et le but de la convention dans son ensemble⁴⁷.

67. La Nouvelle-Zélande fait valoir dans ses observations écrites que ce nombre doit être limité au «minimum indispensable à la réalisation des objectifs de la recherche scientifique et proportionné à ceux-ci», conformément à l'approche de précaution en matière de «conservation et [de]

⁴² Le Japon ajoute que «les effets potentiels sur les populations baleinières des captures réalisées en vertu du programme JARPA II ont été analysés et soumis au comité scientifique de la CBI en 2005», et que ces analyses ont permis de conclure à «l'absence d'effets néfastes, à long terme, sur les espèces ciblées présentes dans l'Antarctique». Et de conclure que, s'il existe «une incertitude scientifique concernant l'état de conservation et la dynamique des populations baleinières», des recherches supplémentaires se révéleront nécessaires et le Japon continuera de faire «preuve de prudence en poursuivant son programme JARPA II» (contre-mémoire du Japon, p. 424-426, par. 9.33-9.36).

⁴³ CR 2013/12, 2 juillet 2013, p. 15-16, par. 9.

⁴⁴ CR 2013/16, 4 juillet 2013, p. 29-35, par. 19; cf. aussi, par. 11-12, 15-16 et 20-21.

⁴⁵ CR 2013/17, 8 juillet 2013, p. 45, par. 30.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 46, par. 33.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 25-27, par. 34-38.

New Zealand added in its written observations, that States parties are required to act with “prudence and caution”, particularly when “information is uncertain, unreliable or inadequate”, so as to avoid “any harm” (CR 2013/17, of 8 July 2013, pp. 40-41, paras. 73-74). In issuing a special permit, a State party to the ICRW is to demonstrate that it “will avoid any adverse effect on the conservation of the stock” (*ibid.*, p. 41, para. 75).

68. Again in its oral arguments, New Zealand sustained that the issue here in contention is the number of whales to be killed, which, in its view, cannot be “entirely self-judging”, nor completely without review⁴⁸. In its view, the determination of that number should take into account certain factors, namely:

- “(a) first, the number of whales killed must be the lowest necessary for, and proportionate to, the purposes of scientific research;
- (b) as a consequence, there is an expectation that non-lethal methods of research will be used;
- (c) third, the number of whales to be killed must be set at a level which takes into account the precautionary approach; and
- (d) finally, the discretion to set the number of whales to be killed must be exercised reasonably and consistent with the object and purpose of the Convention”⁴⁹.

69. Insisting on the relevance of the precautionary approach, New Zealand added that States parties to the ICRW “should act with prudence and caution when applying provisions, such as Article VIII, which may have an effect on the conservation of natural resources”. Such “prudence and caution” are even more needed “when the information is uncertain, unreliable or inadequate” (*ibid.*, para. 15). A “prudent and cautious” approach would ensure that the number of whales to be taken “is necessary and proportionate”, and would “give preference to the conduct of non-lethal methods of research. (. . .) [U]ncertainty is the very reason for acting with caution.”⁵⁰

70. Even if the Court, in the present Judgment in the *Whaling in the Antarctic* case, has not seen it fit to pronounce on the principle of prevention and the precautionary principle, it is, in my view, significant that the contending Parties, Australia and Japan, and the intervenor, New Zealand, have cared to refer to these principles, in general, in their arguments as to whether or not Japan’s whaling practices under special permits conform to them. Such principles are to inform and conform any programmes under special permits within the limited scope of Article VIII of the ICRW. Furthermore, the principles of prevention and precaution appear inter-related in the present case of *Whaling in the Antarctic*.

⁴⁸ CR 2013/17, of 8 July 2013, p. 35, para. 3.

⁴⁹ *Ibid.*, pp. 35-36, para. 3.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 40, para. 17.

gestion de la faune et de la flore marines», ajoutant que les Etats parties sont tenus d'agir avec «prudence et précaution», tout particulièrement lorsque «les informations sont incertaines, peu fiables ou inadaptées», afin d'éviter que ces activités ne soient «nui[sibles]» (CR 2013/17, 8 juillet 2013, p. 40-41, par. 73-74). Le gouvernement contractant qui délivre un permis spécial devra également démontrer qu'il ne sera pas «port[é] préjudice à la conservation des stocks» (*ibid.*, p. 41, par. 75).

68. La Nouvelle-Zélande, à l'audience une fois de plus, a soutenu que l'enjeu en l'espèce était le nombre de baleines qu'il s'agissait de tuer, élément qui, selon elle, ne relevait pas d'une «décision entièrement discrétionnaire», non plus qu'il ne pourrait échapper à tout examen⁴⁸. D'après elle, la détermination de ce nombre suppose la prise en considération de plusieurs facteurs, parmi lesquels figurent les éléments suivants :

- a) premièrement, ce nombre doit être restreint au minimum nécessaire et être proportionné aux objets de la recherche scientifique;
- b) en conséquence, les méthodes de recherche non létales doivent être privilégiées;
- c) troisièmement, le niveau auquel est fixé le nombre de baleines à mettre à mort doit tenir compte du principe de précaution;
- d) enfin, le pouvoir discrétionnaire de déterminer le nombre de baleines à mettre à mort doit être exercé de manière raisonnable et compatible avec l'objet et le but de la convention⁴⁹.

69. Insistant sur l'importance de l'approche de précaution, la Nouvelle-Zélande a ajouté que les Etats parties à la convention «dev[ai]ent faire preuve de prudence et de précaution dans l'application des dispositions des accords internationaux auxquels ils sont parties et qui, tel l'article VIII, peuvent avoir une incidence sur la conservation des ressources naturelles». La nécessité d'agir ainsi «avec prudence et précaution» est encore plus grande «lorsque l'information est incertaine, peu fiable ou insuffisante» (*ibid.*, par. 15). Agir «avec prudence et précaution» suppose que le nombre de prises remplit «le critère de nécessité et de proportionnalité», et que «la préférence soit donnée aux méthodes de recherche non létales... [C]'est précisément [l]'incertitude qui commande d'agir avec précaution.»⁵⁰

70. Même si la Cour, dans l'arrêt qu'elle rend ici en l'affaire de la *Chasse à la baleine dans l'Antarctique*, n'a pas jugé utile de se prononcer sur les principes de prévention et de précaution, il est selon moi significatif que les Parties en présence, l'Australie et le Japon, ainsi que l'Etat intervenant, la Nouvelle-Zélande, aient pris soin de s'y référer de manière générale, se posant la question de savoir si les activités baleinières menées par le Japon au titre de permis spéciaux y étaient conformes. De tels principes doivent inspirer et façonner tout programme mené au titre d'un permis spécial, dont la portée est limitée par l'article VIII de la convention. En outre, les principes de prévention et de précaution semblent en la présente affaire intimement liés.

⁴⁸ CR 2013/17, 8 juillet 2013, p. 35, par. 3.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 35-36, par. 3.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 40, par. 17.

71. May I add just one final remark in this respect. Despite the hesitation of the ICJ (and of other international tribunals in general) to pronounce and dwell upon the precautionary principle, expert writing increasingly examines it, drawing attention to its incidence when there is need to take protective measures in face of risks, even in the absence of corresponding scientific proof. The precautionary principle, in turn, draws attention to the time factor, the temporal dimension, which marks a noticeable presence in the interpretation and application of treaties and instruments of international environmental law⁵¹. In this domain in general, and in respect of the ICRW in particular, there has occurred, with the passing of time, a move towards conservation of living marine resources as a common interest, prevailing over State unilateral action in search of commercial profitability⁵². This move has taken place by the operation of the system of collective guarantee, collective decision-making and collective regulation under the ICRW (cf. item II, *supra*).

IX. RESPONSES FROM THE EXPERTS, AND REMAINING UNCERTAINTIES AROUND “SCIENTIFIC RESEARCH” (UNDER JARPA II)

72. During the public sittings of the Court, I deemed it fit to put several questions to the experts of Australia and Japan. In response to my five questions put to him, the expert of Australia (M. Mangel) addressed the availability of non-lethal research techniques to States parties to the 1946 ICRW in the context of conservation and management of whales, pointing out that their use (so as to replace lethal methods) would depend on “having a relevant question”, as there is “always a tension in the scientific community about the exact question”⁵³. Satellite tagging, e.g., has become a non-lethal tool, with the technological development as from the early 1990s, for the collection of information (e.g., on the movement of whales)⁵⁴.

73. In response to my three questions put to him, the expert of Japan (L. Walløe) compared biopsy sampling with lethal sampling. He admitted that he could not determine the total of whales to be killed to attain the objectives of “scientific research” (as under JARPA II), as that, in his view, would depend on the question one would be focusing on; but, “for the time being”, he added, and “for some years”, it would “be justified to

⁵¹ Cf., generally, e.g., Y. Tanaka, “Reflections on Time Elements in the International Law of the Environment”, 73 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (2013), pp. 143-147, 150-156, 165-167 and 170-175.

⁵² Cf. M. Bowman, “‘Normalizing’ the International Convention for the Regulation of Whaling”, 29 *Michigan Journal of International Law* (2008), pp. 139, 163, 175-177 and 199.

⁵³ CR 2013/9, of 27 June 2013, pp. 64-66.

⁵⁴ *Ibid.*, pp. 66-67.

71. Qu'il me soit simplement permis d'ajouter une dernière remarque en conclusion de ce point. En dépit de la réticence de la CIJ (et des autres juridictions internationales, de manière générale) à se prononcer ou à s'arrêter sur le principe de précaution, celui-ci est de plus en plus présent dans la doctrine, qui le met en avant lorsqu'il est nécessaire de prendre des mesures de protection dès lors que des risques existent, fût-ce en l'absence de preuve scientifique que ces risques existent. Le principe de précaution, quant à lui, met en jeu le facteur temps, la dimension temporelle qui se fait clairement sentir dans l'interprétation et l'application des traités et des instruments relevant du droit international de l'environnement⁵¹. Dans ce domaine en général, et en ce qui concerne la convention de 1946 en particulier, la conservation des ressources marines vivantes est devenue, au fil du temps, un intérêt commun prévalant sur la rentabilité commerciale recherchée unilatéralement par les Etats⁵², par l'effet de la mise en œuvre du système de garanties, de prise de décisions et de réglementation collective selon la convention de 1946 (voir point II ci-dessus).

IX. LES RÉPONSES DES EXPERTS ET LES INCERTITUDES DEMEURANT AUTOUR DE LA «RECHERCHE SCIENTIFIQUE» (AU TITRE DE JARPA II)

72. A l'audience, il m'a semblé opportun de poser aux experts de l'Australie et du Japon un certain nombre de questions. En réponse aux cinq questions que je lui ai adressées, l'expert de l'Australie (M. Mangel) a évoqué la possibilité qu'ont les Etats parties à la convention de 1946 de recourir à des méthodes de recherche non létales dans le contexte de la conservation des baleines, le recours à de telles méthodes (par opposition à des méthodes létales) dépendant de la «question qui est au centre de la recherche», sachant qu'il existe une «tension permanente au sein de la communauté scientifique» sur ce point précis⁵³. Le procédé de marquage et de suivi par satellite, par exemple, est devenu, avec les développements technologiques observés dès le début des années 1990, un moyen non légal de recueillir des informations (par exemple, sur les déplacements des cétacés)⁵⁴.

73. En réponse aux trois questions que je lui ai posées, l'expert du Japon (L. Walløe) a comparé les prélèvements biopsiques à l'échantillonnage légal. Il a reconnu ne pas être en mesure de déterminer le nombre total de baleines devant être tuées pour permettre la réalisation des objectifs de «recherche scientifique» (tels que définis dans le cadre de JARPA II), dans la mesure où cela dépendrait de la question qui serait

⁵¹ Voir, de manière générale, par exemple Y. Tanaka, «Reflections on Time Elements in the International Law of the Environment», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (2013), vol. 73, p. 143-147, 150-156, 165-167 et 170-175.

⁵² Voir M. Bowman, ««Normalizing» the International Convention for the Regulation of Whaling», *Michigan Journal of International Law* (2008), vol. 29, p. 139, 163, 175-177 et 199.

⁵³ CR 2013/9, 27 juin 2013, p. 64-66.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 66-67.

kill 850”⁵⁵. He submitted that, for certain purposes, “lethal research” (e.g., on the amount of stomach contents) continued to be necessary⁵⁶. Yet, despite these responses, there remained, in my perception, the impression of a lack of general criteria for the determination of the total whales to be killed, and for how long, for the purposes of so-called “scientific research”.

74. “Scientific research” is surrounded by uncertainties; it is undertaken on the basis of uncertainties. Suffice it here to recall the legacy of Karl Popper, who used to ponder wisely that scientific knowledge can only be uncertain or conjectural, while ignorance is infinite. Scientific research is a search for truth, amidst conjectures, and, given one’s fallibility, one has to learn with mistakes incurred into. One can hope to be coming closer to truth, but without knowing for sure whether one is distant from, or near it. Without the ineluctable refutations, science would fall into stagnation, losing its empirical character. Conjectures and refutations are needed, for science to keep on advancing in its empirical path⁵⁷. As for the *cas d’espèce*, would this mean that whales could keep on being killed, and increasingly so, for “scientific purposes” and amidst scientific uncertainty? I do not think so; there are also non-lethal methods, and, after all, living marine resources are not inexhaustible.

X. REITERATED CALLS UNDER THE ICRW FOR NON-LETHAL USE OF CETACEANS

75. The reiterated calls for non-lethal use of cetaceans, under the ICRW, cannot pass unnoticed here. In its resolution 1995-9, on whaling under special permit, the IWC recommended that “scientific research” intended to assist the comprehensive assessment of whale stocks should be undertaken by non-lethal means; furthermore, it recalled that the ICRW recognizes the common interest of all “the nations of the world” in safeguarding the “great natural resources” of whale stocks “for future generations”. Subsequently, in its resolution 2005-I, on JARPA II, the IWC began by recalling (second preambular paragraph) that

“since the moratorium on commercial whaling came into force in 1985-1986, the IWC has adopted over 30 resolutions on special

⁵⁵ CR 2013/14, of 3 July 2013, pp. 50-51.

⁵⁶ *Ibid.*, pp. 51-52.

⁵⁷ Cf. Karl R. Popper, *Conjecturas e Refutações — O Progresso do Conhecimento Científico* [*Conjectures and Refutations — The Growth of Scientific Knowledge*], 5th ed., Brasília, Editora Universidade de Brasília, 2008, pp. 255, 257, 260, 269 and 271.

examinée, affirmant toutefois que, «pour le moment — et pendant encore quelques années —, la mise à mort de 850 individus se justif[iait]»⁵⁵. Il a ajouté que, à certains égards, la «recherche létale» (dans le cadre, par exemple, de l'étude du contenu stomacal) continuait d'être nécessaire⁵⁶. Néanmoins, en dépit de ces réponses, demeurait à mon sens l'impression qu'il n'existait pas de critères globaux permettant de déterminer le nombre total de baleines devant être mises à mort, ni l'intervalle de temps dans lequel de telles activités devaient s'inscrire, pour que l'on puisse considérer celles-ci comme menées aux fins de la «recherche scientifique».

74. La «recherche scientifique» est entourée d'incertitudes et est menée en toute conscience de ce fait. Il suffit de se souvenir de ce que Karl Popper nous a appris dans sa grande sagesse, à savoir que le savoir scientifique ne peut être qu'incertain ou conjectural, alors que l'ignorance est infinie. La recherche scientifique est une quête de vérité parmi des conjectures, et puisque nous sommes faillibles, il nous faut apprendre en faisant des erreurs. Nous pouvons espérer nous rapprocher de la vérité, mais sans vraiment savoir si nous en sommes loin ou proches. Sans les réfutations qu'elle appelle nécessairement, la science en viendrait à stagner et à perdre son caractère empirique. Les conjectures et les réfutations sont essentielles au progrès de la science abordée dans cette optique⁵⁷. En l'espèce, cela signifierait-il que l'on peut continuer à tuer des baleines, et de plus en plus, «à des fins scientifiques» et en pleine incertitude scientifique? Je ne le pense pas; il existe aussi des méthodes non létales et, après tout, les ressources marines vivantes ne sont pas inépuisables.

X. DES APPELS RÉITÉRÉS, SOUS LES AUSPICES DE LA CONVENTION DE 1946, EN FAVEUR D'UNE UTILISATION NON LÉTALE DES CÉTACÉS

75. On ne saurait ici passer sous silence les appels réitérés qui ont été formulés sous les auspices de la convention de 1946 en faveur d'une utilisation non létale des cétacés. Dans sa résolution 1995-9 sur la chasse à la baleine au titre de permis spéciaux, la CBI recommande de mener au moyen de méthodes non létales les activités de «recherche scientifique» destinées à contribuer à l'évaluation globale des stocks de baleines; elle rappelle en outre que la convention de 1946 reconnaît l'intérêt commun qu'ont toutes «les nations du monde» à sauvegarder les «grandes ressources naturelles» représentées par les stocks de baleines «au profit des générations futures». Dans sa résolution 2005-I consacrée à JARPA II, la CBI commence par rappeler (préambule, alinéa 2) que,

«depuis l'entrée en vigueur du moratoire interdisant la chasse à la baleine à des fins commerciales en 1985-1986, [elle] a adopté plus de

⁵⁵ CR 2013/14, 3 juillet 2013, p. 50-51.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 51-52.

⁵⁷ Cf. Karl R. Popper, *Conjectures et réfutations — La croissance du savoir scientifique*, éd. Payot, 2006.

permit whaling in which it has generally expressed its opinion that special permit whaling should: be terminated and scientific research limited to non-lethal methods only (2003-2); refrain from involving the killing of cetaceans in sanctuaries (1998-4); ensure that the recovery of populations is not impeded (1987); and take account of the comments of the Scientific Committee (1987)".

76. Resolution 2005-I of the IWC proceeded to express concern (sixth preambular paragraph) that "more than 6,800 Antarctic minke whales (*Balaenoptera bonaerensis*) have been killed in Antarctic waters under the 18 years of JARPA, compared with a total of 840 whales killed globally by Japan for scientific research in the 31-year period prior to the moratorium". It then noted (tenth preambular paragraph) that "some humpback whales which will be targeted by JARPA II belong to small, vulnerable breeding populations around small island States in the South Pacific", and "even small takes could have a detrimental effect on the recovery and survival of such populations". The IWC further expressed concern (eleventh preambular paragraph) that "JARPA II may have an adverse impact on established long-term whale research projects involving humpback whales". At last, the operative part of resolution 2005-I "strongly" urged Japan to withdraw its JARPA II proposal, or else to revise it to consider using non-lethal means.

77. Two years later, the IWC adopted two new resolutions on the non-lethal use of whale resources. In resolution 2007-1, the IWC recalled that paragraph 7 (*b*) of the Schedule establishes the Southern Ocean Sanctuary; it further recalled its repeated requests to States parties to refrain from issuing special permits for research involving the killing of whales within the Southern Ocean Sanctuary. It then expressed concern at continuing lethal "research" within the Southern Ocean Sanctuary. In relation to JARPA II in particular, the IWC noted that, thereunder, "the take of minke whales has been more than doubled, and fin whales and humpback whales have been added to the list of targeted species" (fourth preambular paragraph). Convinced that "the aims of JARPA II do not address critically important research needs" (six preambular paragraph), resolution 2007-I, in its operative part, called upon Japan 31 recommendations of the Scientific Committee and "to suspend indefinitely the lethal aspects of JARPA II conducted within the Southern Ocean Whale Sanctuary".

78. In addition, the IWC recalled, in resolution 2007-3 (on Non-Lethal Use of Cetaceans), the ICRW's aim to safeguard "the natural resources represented by whale stocks for the benefit of future generations" (first preambular paragraph). It noted that many coastal States adopted poli-

trente résolutions sur la chasse à la baleine au titre d'un permis spécial, dans lesquelles elle a généralement exprimé sa position sur cette forme de chasse en déclarant qu'il fallait mettre un terme à la chasse à la baleine au titre d'un permis spécial et recourir uniquement à des méthodes non létales dans le cadre de la recherche scientifique (2003-2), s'abstenir de tuer des cétacés dans les sanctuaires (1998-4), veiller à ne pas compromettre la reconstitution des populations (1987) et tenir compte des commentaires du comité scientifique (1987)».

76. Dans sa résolution 2005-I, la CBI se dit (préambule, alinéa 6) préoccupée par «le fait que plus de 6800 petits rorquals de l'Antarctique (*Balaenoptera bonaerensis*) ont été tués dans les eaux de l'Antarctique pendant les dix-huit années du programme JARPA, comparés aux 840 baleines tuées à l'échelle mondiale par le Japon à des fins de recherche scientifique pendant les trente et une années qui ont précédé le moratoire», précisant (*ibid.*, alinéa 10) que «certaines des baleines à bosse visées par le programme JARPA II appartiennent à des populations reproductrices de taille modeste et vulnérables vivant autour des Etats archipels du Pacifique sud, et que des prélèvements, même faibles, pourraient avoir un effet préjudiciable sur la reconstitution et la survie de ces peuplements». La CBI se déclare également préoccupée (*ibid.*, alinéa 11) par le fait que «le programme JARPA II pourrait avoir un effet préjudiciable sur les projets déjà en place de recherche à long terme sur les baleines à bosse». Enfin, dans le dispositif de la résolution, elle invite «instamment» le Japon à retirer sa proposition au titre du programme JARPA II ou à la reviser dans le dessein de recourir à des méthodes non létales.

77. Deux ans plus tard, la CBI a adoptée deux nouvelles résolutions sur l'utilisation non létale des ressources baleinières. Dans la résolution 2007-1, elle rappelle que le paragraphe 7 b) du règlement annexé à la convention établit un sanctuaire dans l'océan Austral, et qu'elle a, à maintes reprises, demandé aux Etats parties de s'abstenir de délivrer des permis spéciaux en vue de recherches scientifiques impliquant la mise à mort de baleines dans ce sanctuaire, avant d'exprimer sa profonde inquiétude quant au fait que des recherches létales s'y poursuivent. A propos de JARPA II en particulier, la CBI note que, dans le cadre de ce programme, «les prises de petits rorquals ont plus que doublé, et [que] les rorquals communs et les baleines à bosse ont été ajoutés à la liste des espèces visées» (*ibid.*, alinéa 4). Convaincue que «les objectifs du programme JARPA II ne répondent pas à des besoins d'une importance cruciale pour la recherche» (*ibid.*, alinéa 6), la CBI, dans le dispositif de cette même résolution, appelle le Japon à donner suite aux trente et une recommandations du comité scientifique et «à suspendre indéfiniment le recours à des méthodes létales dans le cadre du programme JARPA II dans le sanctuaire baleinier de l'océan Austral».

78. Dans sa résolution 2007-3 (sur l'utilisation non létale des cétacés), la CBI rappelle en outre que la convention de 1946 a pour but de sauvegarder, «au profit des générations futures, les grandes ressources naturelles représentées par les stocks de baleines» (*ibid.*, alinéa premier), et

cies of non-lethal use of cetaceans in the waters under their jurisdiction, in the light of relevant provisions of the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea and the 1992 Rio Declaration on Environment and Development (second preambular paragraph). It pondered that “most whale species are highly migratory” and are “thus shared biodiversity resources” (third preambular paragraph). Calling for the non-lethal use of whales, it further noted that “the moratorium on commercial whaling has been in effect since 1986 and has contributed to the recovery of some cetacean populations essential for the promotion of non-lethal uses in many countries” (sixth preambular paragraph).

79. Next, in the same resolution 2007-3, the IWC expressed its concern that whales in the twenty-first century “face a wider range of threats than those envisaged when the ICRW was concluded in 1946” (seventh preambular paragraph). The IWC further notes that the Buenos Aires Declaration states that “high quality and well managed implementation of whale watching tourism promotes economic growth and social and cultural development of local communities, bringing educational and scientific benefits, whilst contributing to the protection of cetacean populations” (eighth preambular paragraph). Accordingly, in the operative part of resolution 2007-3, the IWC recognized, first, the valuable benefits to be derived from “the non-lethal uses of cetaceans as a resource, both in terms of socio-economic and scientific development”, and secondly, the non-lethal use as “a legitimate management strategy”. Thus, the IWC encouraged member States “to work constructively” towards “the incorporation” of the needs of non-lethal uses of whale resources in “any future decisions and agreements”.

XI. CONCLUDING OBSERVATIONS, ON THE JARPA II PROGRAMME AND THE REQUIREMENTS OF THE ICRW AND ITS SCHEDULE

80. Last but not least, as to the central question of the present case, that is, whether JARPA II is in conformity with the ICRW and its Schedule, — object of the main controversy between Australia and Japan — in my perception JARPA II does not meet the requirements of a programme “for purposes of scientific research” and does not fall under the exception contained in Article VIII of the ICRW. There are a few characteristics of JARPA II which do not allow it to qualify under the exception of Article VIII, to be restrictively interpreted; in effect, the programme at issue does not seem to be genuinely and *solely* motivated by the purpose of conducting scientific research.

81. This is so, keeping in mind the relation between JARPA II’s stated objectives and the methods used to achieve these objectives: lethal methods, which JARPA II widely applies in its operations, are, in my view,

note que nombre d'Etats côtiers ont opté pour une utilisation non létale des cétacés dans les eaux relevant de leur juridiction, à la lumière des dispositions pertinentes de la convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982 et de la déclaration de Rio sur l'environnement et le développement de 1992 (préambule, alinéa 2). Elle observe que les cétacés sont, « pour la plupart, de grands migrants » et relèvent de ce fait d'un « patrimoine de biodiversité partagé » (*ibid.*, alinéa 3). Appelant à une utilisation non létale des baleines, elle ajoute que « le moratoire sur la chasse commerciale, en vigueur depuis 1986, a contribué à la reconstitution de certains peuplements baleiniers, essentielle à la promotion des utilisations non létales dans de nombreux pays » (*ibid.*, alinéa 6).

79. Dans cette même résolution, la CBI se déclare préoccupée par le fait que les baleines doivent, au XXI^e siècle, faire face « à des menaces dont la diversité n'avait nullement été envisagée lors de la conclusion de la convention de 1946 » (*ibid.*, alinéa 7). Elle ajoute que, d'après la déclaration de Buenos Aires, « le tourisme de l'observation des baleines, lorsqu'il est bien géré et de grande qualité, favorise la croissance économique et le développement socioculturel des communautés locales, apportant un avantage éducatif et scientifique, tout en contribuant à la protection des populations baleinières » (*ibid.*, alinéa 8). Dans le dispositif de la résolution, la CBI reconnaît en conséquence, premièrement, les précieux avantages qu'il y a à tirer des « utilisations non létales des cétacés en tant que ressources, en matière tant de développement socio-économique que scientifique » et, deuxièmement, « la légitimité » de l'utilisation non létale en tant que « stratégie de gestion ». Aussi encourage-t-elle les Etats membres à « œuvrer de manière constructive » en vue d'une « prise en compte » des besoins liés à une utilisation non létale des ressources baleinières dans « tout accord ou toute décision futures ».

XI. OBSERVATIONS FINALES SUR LE PROGRAMME JARPA II ET LES EXIGENCES DE LA CONVENTION DE 1946 ET DU RÈGLEMENT QUI LUI EST ANNEXÉ

80. Pour en venir enfin à l'enjeu central de la présente espèce — celui du principal différend entre l'Australie et le Japon —, c'est-à-dire la question de savoir si JARPA II est conforme aux prescriptions de la convention de 1946 et du règlement qui lui est annexé, JARPA II ne remplit pas à mon sens les conditions voulues pour pouvoir être considéré comme étant mené « en vue de recherches scientifiques » et ne relève pas de l'exception prévue à l'article VIII de la convention. Au vu de certaines de ses caractéristiques, JARPA II ne peut bénéficier de l'exception prévue à l'article VIII, dont l'interprétation doit être restrictive; il semble en effet que ce programme ne soit pas réellement et *uniquement* motivé par la conduite de recherches scientifiques.

81. Telle est ma conclusion au vu des méthodes employées pour atteindre les objectifs fixés: les méthodes létales, qui sont largement utilisées dans le cadre de JARPA II, doivent être selon moi réservées aux seuls cas où, pre-

only to be used, first, where it is unavoidable to achieve a crucial objective of the scientific research; secondly, where no other methods would be available; and thirdly, where the number of whales killed corresponds to those necessary to conduct the research. In practice, the use of lethal methods by JARPA II in relation to what seems to be a large number of whales does not appear justifiable as “scientific research”.

82. Furthermore, the fact that JARPA II runs for an indefinite duration also militates against its professed purpose of “scientific research”. To my mind, a scientific programme, when being devised, should have objectives which go along a specific time frame for their achievement. To prolong the killing of whales indefinitely does not seem to be in line with scientific research, nor justifiable. In addition, there subsists the concern with the possible adverse effects of JARPA II on whale stocks. As just indicated, JARPA II utilizes lethal methods and runs for an indefinite time. It is not entirely convincing that, under these parameters, whale stocks subject to the programme will not be adversely affected. This is exacerbated in the hypothesis that other States parties to the ICRW decide to follow the same approach and methodology of Japan, and start likewise killing whales allegedly for similar purposes of “scientific research”.

83. There could be an adverse impact on whale stocks if other States parties to the ICRW decided to kill as many whales as Japan, within an unlimited time frame, for purposes of “scientific research”. JARPA II, in the manner it is being currently conducted, can have adverse effects on whale stocks. Even if there is a minor scientific purpose in the JARPA II programme, it is clearly not the main purpose of the programme. In my view, given the methodologies used (widely employing lethal methods — cf. *supra*), the structure of the programme and its duration, “scientific research” is not the sole purpose of the programme, nor the main one.

84. As to the question whether commercial aspects are permissible under Article VIII (2) of the Convention⁵⁸, the text of this provision seems clear: it does not seem expressly to allow for commercial aspects of a whaling programme under special permit. Article VIII (2) is aimed, in my perception, solely to avoid waste. The commercialization of whale meat does not seem to be in line with the purpose of granting special permits and should not be validated under this provision. Permitting commercial aspects of a special permit whaling programme under this provision would go against Article VIII as a whole, and the object and purpose of the ICRW (cf. *supra*). Commercial whaling, pure and simple, is not permissible under Article VIII (2).

⁵⁸ Which reads as follows: “Any whales taken under these special permits shall so far as practicable be processed and the proceeds shall be dealt with in accordance with directions issued by the Government by which the permit was granted.”

mièrement, elles sont incontournables pour atteindre un objectif crucial de la recherche scientifique; deuxièmement, aucune autre méthode n'est disponible; et, troisièmement, le nombre de baleines tuées se limite au strict nécessaire aux fins de la recherche. Or, de fait, dans le cadre de JARPA II, le recours à des méthodes létales pour tuer un nombre *a priori* élevé de baleines ne me semble pas pouvoir se justifier au nom de la «recherche scientifique».

82. Un autre facteur qui contredit la prétendue vocation «scientifique» de JARPA II est sa durée indéterminée. A mon sens, la conception de tout programme scientifique suppose de définir des objectifs dont la réalisation obéit à un échéancier précis. La mise à mort continuelle de baleines ne s'inscrit pas dans la logique de la recherche scientifique, me semble-t-il, et ne se justifie pas. Reste en outre la question de l'effet négatif que JARPA II risque d'avoir sur les peuplements baleiniers. Comme indiqué à l'instant, ce programme associe méthodes létales et durée indéterminée. Je ne suis guère convaincu que, eu égard à ces paramètres, les peuplements baleiniers à l'étude n'en pâtiront pas, surtout si d'autres Etats parties à la convention décident d'emboîter le pas au Japon en utilisant les mêmes méthodes et se mettent à tuer des baleines en prétendant comme lui se livrer à des «recherches scientifiques».

83. Il pourrait être porté préjudice aux peuplements baleiniers si d'autres Etats parties à la convention décidaient de tuer autant de baleines que le Japon, pendant une durée indéterminée, en vue de «recherches scientifiques». Le programme JARPA II, tel qu'il est actuellement mis en œuvre, peut compromettre la reconstitution des stocks de baleines. Quand bien même l'objectif visé serait aussi scientifique, la recherche scientifique n'est clairement pas le principal objectif de ce programme. Si j'en juge par la méthodologie utilisée (qui fait une large place aux techniques létales — voir ci-dessus), par la structure du programme et par sa durée, les «recherches scientifiques» ne constituent pas le seul objectif de ce programme, ni même le principal.

84. S'agissant de la question de savoir si le paragraphe 2 de l'article VIII⁵⁸ autorise les aspects commerciaux, le texte de cette disposition paraît clair: il n'admet pas expressément, me semble-t-il, qu'un programme de chasse à la baleine mené au titre d'un permis spécial puisse revêtir une dimension commerciale, mais vise uniquement à éviter le gaspillage. La commercialisation de la viande de baleine ne me paraît pas s'inscrire dans la logique de l'objectif dans lequel les permis spéciaux sont accordés et elle ne doit pas être admise au titre de cette disposition. Approuver, sur la base de cette disposition, les aspects commerciaux d'un programme de chasse à la baleine mené au titre d'un permis spécial irait à l'encontre de l'article VIII dans son ensemble, ainsi que de l'objet et du but de la convention (voir ci-dessus). La chasse pratiquée purement et simplement à des fins commerciales n'est pas admissible, en vertu du paragraphe 2 de l'article VIII.

⁵⁸ Cette disposition se lit comme suit: «Dans toute la mesure du possible, les baleines capturées en vertu de ces permis spéciaux devront être traitées conformément aux directives formulées par le Gouvernement qui aura délivré le permis, lesquelles s'appliqueront également à l'utilisation des produits obtenus.»

85. As to the Schedule, paragraph 30 sets forth a *positive* procedural obligation of States parties to the ICRW, whereby Japan's co-operation with the IWC and the Scientific Committee is expected. The Court has found, in the present Judgment in the *Whaling in the Antarctic* case, that Japan has not acted in conformity with paragraph 10 (*d*) and (*e*) (whaling moratorium, and assessment of effects of whale catches on stocks), and paragraph 7 (*b*) (prohibition of commercial whaling in the Southern Ocean Sanctuary), of the Schedule (resolatory points 3-5). Japan does not appear to have fulfilled this obligation to take into account comments, resolutions and recommendations of the IWC and the Scientific Committee.

86. For example, I note that many resolutions⁵⁹ have been issued over the years concerning JARPA II and its use of lethal methods, which Japan does not seem to have fully taken into account, given its continued use of lethal methods. The Court itself has drawn attention, in the present Judgment (para. 144), to the paucity of analysis by Japan of the feasibility of non-lethal methods to achieve JARPA II objectives; and it has added that

“Given the expanded use of lethal methods in JARPA II, as compared to JARPA, this is difficult to reconcile with Japan's duty to give due regard to IWC resolutions and Guidelines and its statement that JARPA II uses lethal methods only to the extent necessary to meet its scientific objectives.” (Judgment, para. 144.)

⁵⁹ Cf., e.g., Resolution on Japanese Proposal for Special Permits, App. 4, Chairman's Report of the 39th Annual Meeting, *Report of the International Whaling Commission [Rep. Int. Whal. Commn]* 38, 1988, p. 29 (resolution 1987-4); Resolution on the Proposed Take by Japan of Whales in the Southern Hemisphere under Special Permit, App. 3, Chairman's Report of the 41st Annual Meeting, *Rep. Int. Whal. Commn* 40, 1990, p. 36 (resolution 1989-3); Resolution on Special Permit Catches by Japan in the Southern Hemisphere, App. 2, Chairman's Report of the 42nd Meeting, *Rep. Int. Whal. Commn* 41, 1991, pp. 47-48 (resolution 1990-2); Resolution on Special Permit Catches by Japan in the Southern Hemisphere, App. 2, Chairman's Report of the 43rd Meeting, *Rep. Int. Whal. Commn* 42, 1992, p. 46 (resolution 1991-2); Resolution on Special Permit Catches by Japan in the Southern Hemisphere, App. 5, Chairman's Report of the 44th Meeting, *Rep. Int. Whal. Commn* 43, 1993, 71 (resolution 1992-5); Resolution on Special Permit Catches by Japan in the Southern Hemisphere, App. 7, Chairman's Report of the 45th Annual Meeting, *Rep. Int. Whal. Commn* 44, 1994, p. 33 (resolution 1993-7); Resolution on Special Permit Catches by Japan in the North Pacific, Resolution 1994-9, App. 15, Chairman's Report of the 46th Annual Meeting, *Rep. Int. Whal. Commn* 45, 1995, p. 47 (resolution 1994-9); Resolution on Special Permit Catches by Japan in the Southern Hemisphere, resolution 1994-10, App. 15, Chairman's Report of the 46th Annual Meeting, *Rep. Int. Whal. Commn* 45, 1995, p. 47 (resolution 1994-10); Resolution on Special Permit Catches by Japan, resolution 1996-7, App. 7, Chairman's Report of the 48th Meeting, *Rep. Int. Whal. Commn* 47, 1997, pp. 51-52 (resolution 1996-7); cited in CR 2013/8, of 26 June 2013, pp. 34-35.

85. En ce qui concerne le règlement, le paragraphe 30 impose aux Etats parties à la convention une obligation procédurale *positive*, au regard de laquelle il est attendu que le Japon coopère avec la CBI et le comité scientifique. Dans le présent arrêt, la Cour a conclu que le Japon n'avait pas agi en conformité avec le règlement, et plus précisément avec les alinéas *d)* et *e)* de son paragraphe 10 (moratoire sur la chasse à la baleine et évaluation des effets des prises de baleines sur les stocks) et avec l'alinéa *b)* de son paragraphe 7 (interdiction de la chasse commerciale à la baleine dans le sanctuaire de l'océan Austral) (points 3 à 5 du dispositif). Le Japon ne semble pas s'être acquitté de son obligation de tenir compte des commentaires, résolutions et recommandations de la CBI et de son comité scientifique.

86. Je relèverai par exemple que de nombreuses résolutions⁵⁹ ont été adoptées au fil des ans au sujet de JARPA II et des méthodes létales auxquelles il fait appel, sans que le Japon semble en avoir pleinement tenu compte, puisqu'il continue d'avoir recours à ces mêmes méthodes. La Cour elle-même, dans le présent arrêt (par. 144), a appelé l'attention sur l'indigence de l'analyse, par le Japon, de la faisabilité des méthodes non létales pour atteindre les objectifs de JARPA II; elle a par ailleurs fait le commentaire suivant :

«Au vu du recours accru aux méthodes létales par rapport à JARPA, ce constat cadre difficilement avec l'obligation incombant au Japon de prendre dûment en considération les résolutions et lignes directrices de la CBI et avec son affirmation selon laquelle [le Japon] n'aurait recours aux méthodes létales dans le cadre de JARPA II que dans la limite nécessaire à la réalisation des objectifs scientifiques du programme.» (Arrêt, par. 144.)

⁵⁹ Voir, par exemple: résolution sur la proposition de permis spéciaux du Japon, appendice 4, rapport du président sur les travaux de la 39^e réunion annuelle de la CBI, *Report of the International Whaling Commission (Rep. IWC)*, 1988, vol. 38, p. 29 (résolution 1987-4); résolution sur la proposition du Japon de capturer des baleines dans l'hémisphère sud au titre d'un permis spécial, appendice 3, rapport du président sur les travaux de la 41^e réunion annuelle de la CBI, *Rep. IWC*, 1990, vol. 40, p. 36 (résolution 1989-3); résolution sur les captures effectuées par le Japon dans l'hémisphère sud au titre d'un permis spécial, appendice 2, rapport du président sur les travaux de la 42^e réunion annuelle de la CBI, *Rep. IWC*, 1991, vol. 41, p. 47-48 (résolution 1990-2); résolution sur les captures effectuées par le Japon dans l'hémisphère sud au titre d'un permis spécial, appendice 2, rapport du président sur les travaux de la 43^e réunion annuelle de la CBI, *Rep. IWC*, 1992, vol. 42, p. 46 (résolution 1991-2); résolution sur les captures effectuées par le Japon dans l'hémisphère sud au titre d'un permis spécial, appendice 5, rapport du président sur les travaux de la 44^e réunion annuelle de la CBI, *Rep. IWC*, 1993, vol. 43, p. 71 (résolution 1992-5); résolution sur les captures effectuées par le Japon dans l'hémisphère sud au titre d'un permis spécial, appendice 7, rapport du président sur les travaux de la 45^e réunion annuelle de la CBI, *Rep. IWC*, 1994, vol. 44, p. 33 (résolution 1993-7); résolution sur les captures effectuées par le Japon dans le Pacifique nord au titre d'un permis spécial, appendice 15, rapport du président sur les travaux de la 46^e réunion annuelle de la CBI, *Rep. IWC*, 1995, vol. 45, p. 47 (résolution 1994-9); résolution sur les captures effectuées par le Japon dans l'hémisphère sud au titre d'un permis spécial, appendice 15, rapport du président sur les travaux de la 46^e réunion annuelle de la CBI, *Rep. IWC*, 1995, vol. 45, p. 47 (résolution 1994-10); résolution sur les captures effectuées par le Japon au titre d'un permis spécial, appendice 7, rapport du président sur les travaux de la 48^e réunion annuelle de la CBI, *Rep. IWC*, 1997, vol. 47, p. 51-52 (résolution 1996-7) (CR 2013/8, 26 juin 2013, p. 34-35).

87. Moreover, it could hardly be claimed that the sole purpose of the JARPA II programme is “scientific research”, as it appears that some commercial aspects permeate the programme. The JARPA II programme does not seem to fall under the exception of Article VIII of the ICRW. In the present Judgment, the Court has found that the special permits granted by Japan in connection with JARPA II do not fall under Article VIII (1) of the ICRW (resolatory point 2). The present case has provided a unique occasion for the Court to pronounce upon a system of collective regulation of the environment for the benefit of future generations. The notion of *collective guarantee* has been developed, and put in practice, to date in distinct domains of contemporary international law. The Court’s present Judgment in the *Whaling in the Antarctic* case may have wider implications than solely the peaceful settlement of the present dispute between the contending Parties, to the benefit of all.

88. Last but not least, may I observe that international treaties and conventions are a product of their time; yet, they have an aptitude to face changing conditions, and their interpretation and application in time bears witness that they are *living* instruments. They evolve with time, otherwise they would fall into *desuetude*. The 1946 ICRW is no exception to that, and, endowed with a mechanism of supervision of its own, it has proven to be a *living* instrument. Moreover, in distinct domains of international law, treaties and conventions — especially those setting forth a mechanism of protection — have required the pursuance of a hermeneutics of their own, as *living* instruments. This happens not only in the present domain of conservation and sustainable use of living marine resources, but likewise in other areas of international law.

89. The present case on *Whaling in the Antarctic* has brought to the fore the evolving law on the conservation and sustainable use of living marine resources, which, in turn, has disclosed what I perceive as its contribution to the gradual formation of an *opinio juris communis* in the present domain of contemporary international law. *Opinio juris*, in my conception, becomes a key factor in the formation itself of international law (here, conservation and sustainable use of living marine resources); its incidence is no longer that of only one of the constitutive elements of one of its “formal” sources⁶⁰. The formation of international law in domains of public or common interest, such as that of conservation and sustainable use of living marine resources, is a much wider process than the formulation of its “formal sources”, above all in seeking the legitimacy of norms to govern international life⁶¹.

⁶⁰ These latter being only means or vehicles for the formation of international legal norms.

⁶¹ For the conceptualization of this outlook, cf. A. A. Cañado Trindade, *International Law for Humankind . . .*, *op. cit. supra* note 15, pp. 134-138, esp. p. 137.

87. En outre, l'on serait bien en peine de défendre l'idée que les «recherches scientifiques» constituent le seul objectif de JARPA II, qui semble à bien des égards avoir une vocation commerciale. JARPA II ne relève pas, me semble-t-il, de l'exception prévue à l'article VIII de la convention. Dans son arrêt, la Cour a jugé que les permis spéciaux délivrés par le Japon dans le cadre de ce programme n'entraient pas dans les prévisions du paragraphe 1 de l'article VIII de la convention (point 2 du dispositif). La présente affaire a donné à la Cour une occasion unique de se prononcer sur un système de réglementation collective de l'environnement dans l'intérêt des générations à venir. La notion de *garanties collectives* est désormais inscrite dans différents domaines du droit international contemporain. Au-delà du seul règlement pacifique du différend qui oppose actuellement les Parties, l'arrêt de la Cour en l'affaire pourrait revêtir une portée plus large au profit de tous.

88. Enfin, je me permettrai de relever que, bien que les conventions et les traités internationaux soient le produit de leur époque, ils peuvent s'adapter à des conditions qui évoluent, et leur interprétation et leur application dans le temps attestent qu'il s'agit d'instruments *vivants*. Ils évoluent au fil des ans; sans cela, ils tomberaient en *désuétude*. La convention de 1946 ne fait pas exception et, dotée de son propre mécanisme de contrôle, elle s'est révélée être un instrument *vivant*. En outre, dans des domaines différents du droit international, les traités et les conventions — en particulier ceux qui mettent en place un mécanisme de protection — ont amené à définir une herméneutique qui leur est propre en tant qu'instruments *vivants*. C'est ce qui se passe non seulement dans le domaine de la conservation et de l'utilisation durable des ressources marines vivantes qui nous occupe ici, mais aussi dans d'autres sphères du droit international.

89. La présente affaire relative à la *Chasse à la baleine dans l'Antarctique* a mis en lumière l'évolution du droit relatif à la conservation et à l'utilisation durable des ressources marines vivantes qui, à son tour, a fait apparaître ce qui me semble être sa contribution à la formation progressive d'une *opinio juris communis* dans ce domaine du droit international contemporain. L'*opinio juris*, à mon sens, devient un facteur clé dans le développement même du droit international (dans le cas présent, conservation et utilisation durable des ressources marines vivantes); son incidence n'est plus celle d'un seul des éléments constitutifs de l'une de ses sources «formelles»⁶⁰. Le développement du droit international dans des domaines d'intérêt public ou commun, tels que celui de la conservation et de l'utilisation durable des ressources marines vivantes, est un processus qui, essentiellement par une tentative de légitimer les normes destinées à régir la vie internationale, va au-delà de l'énoncé de ses sources formelles⁶¹.

⁶⁰ Ces dernières n'étant que des moyens ou instruments de formation de normes juridiques internationales.

⁶¹ Pour une conceptualisation de cette perspective, voir A. A. Cançado Trindade, *International Law for Humankind...*, *op. cit. supra* note 15, p. 134-138, et en particulier p. 137.

90. *Opinio juris communis*, in this way, comes to assume a considerably broader dimension than that of the subjective element constitutive of custom, and to exert a key role in the emergence and gradual evolution of international legal norms. After all, juridical conscience of what is necessary (*jus necessarium*) stands above the “free will” of individual States (*jus voluntarium*), rendering possible the evolution of international law governing conservation and sustainable use of living marine resources. In this domain, State voluntarism yields to the *jus necessarium*, and notably so in the present era of international tribunals, amidst increasing endeavours to secure the long-awaited primacy of the *jus necessarium* over the *jus voluntarium*. Ultimately, this becomes of key importance to the realization of the pursued common good.

(Signed) Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE.

90. De cette manière, l'*opinio juris communis* en vient à prendre une dimension bien plus large que celle d'un élément subjectif constitutif de la coutume, et à exercer un rôle clé dans l'émergence et l'évolution progressive des normes juridiques internationales. Après tout, la conscience juridique de ce qui est nécessaire (*jus necessarium*) l'emporte sur la volonté des Etats individuels (*jus voluntarium*), rendant possible l'évolution du droit international qui régit la conservation et l'utilisation durable des ressources marines vivantes. Dans ce domaine, le volontarisme de l'Etat le cède au *jus necessarium*, et ce particulièrement en cette époque qui a vu se créer nombre de juridictions internationales et se multiplier les efforts visant à parvenir à la primauté tant attendue du *jus necessarium* sur le *jus voluntarium*, une primauté qui se révèle en définitive cruciale pour la réalisation du bien commun.

(Signé) Antônio Augustus CANÇADO TRINDADE.
