

SEPARATE OPINION OF JUDGE XUE

1. Although I concur with the Court's conclusion that special permits granted by Japan under JARPA II do not fall within the meaning of Article VIII, paragraph 1, of the International Convention for the Regulation of Whaling, much to my regret, I do not agree with all of the reasonings upon which the Judgment is based. My votes on paragraphs (3), (4) and (5) of the operative part are not based on the same legal considerations as those stated by the Court. As required by my judicial duty, I append this separate opinion to the Judgment with the explanation of my position.

I. INTERPRETATION OF ARTICLE VIII, PARAGRAPH 1,
OF THE CONVENTION

2. The dispute between the Parties in the present case with regard to the issue whether or not Japan's granting of special permits to the JARPA II programme is in compliance with the International Convention for the Regulation of Whaling ("the Convention") essentially concerns the meaning of Article VIII, paragraph 1, of the Convention and its relationship with the rest of the treaty provisions. To adjudicate the dispute, the Court may arguably need to examine the scientific aspects of the case, but the legal aspects, in my opinion, should take the centre-stage of judicial review. In its reasoning, although the Court deals with each of the issues relating to treaty interpretation, these crucial issues do not receive sufficient consideration in relation to the legality of the JARPA II programme. Consequently its reasoning for the conclusions regarding alleged violations of the Schedule lacks some coherence.

3. Article VIII, paragraph 1, of the Convention states:

"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

OPINION INDIVIDUELLE DE M^{me} LA JUGE XUE

[Traduction]

1. Bien que je souscrive à la conclusion de la Cour selon laquelle les permis spéciaux délivrés par le Japon dans le cadre de JARPA II n'entrent pas dans les prévisions du paragraphe 1 de l'article VIII de la convention internationale pour la réglementation de la chasse à la baleine, je ne puis, à mon grand regret, m'associer à l'ensemble du raisonnement sur lequel repose l'arrêt. J'ai voté en faveur des points 3, 4 et 5 du dispositif, mais sur la base de considérations juridiques qui ne sont pas celles qu'a développées la Cour. Il est donc de mon devoir de joindre à l'arrêt la présente opinion individuelle, qui explicite ma position.

I. L'INTERPRÉTATION DU PARAGRAPHE 1 DE L'ARTICLE VIII
DE LA CONVENTION

2. Le différend opposant les Parties à la présente instance quant à la question de savoir si les permis spéciaux délivrés par le Japon au titre du programme JARPA II l'ont été conformément aux prescriptions de la convention internationale pour la réglementation de la chasse à la baleine (dénommée ci-après «la convention») porte essentiellement sur le sens qu'il convient de donner au paragraphe 1 de l'article VIII de la convention et la relation que celui-ci entretient avec les autres dispositions de cet instrument. Pour trancher ce différend, la Cour peut certes avoir besoin de se pencher sur les aspects scientifiques de l'affaire, mais ce sont, selon moi, les aspects juridiques qui doivent être au cœur de son examen judiciaire. Or, si la Cour traite, dans ses motifs, de chacun des aspects intéressant l'interprétation de la convention, ces questions essentielles ne sont pas suffisamment approfondies au regard de la question de la licéité du programme JARPA II, et la cohérence du raisonnement motivant les conclusions dans lesquelles elle se prononce sur les allégations de violation du règlement s'en ressent.

3. 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.

it has granted. Each Contracting Government may at any time revoke any such special permit which it has granted.”

In the pleadings, Japan insists on its right to grant special permits for JARPA II by adopting a strictly textual interpretation of this Article. Australia, on the other hand, challenges the legality of JARPA II's use of lethal sampling on the basis of the object and purpose of the Convention. Each Party underscores one side of the Convention.

4. Article VIII sets up a special category of whaling under the Convention, pursuant to which, a Contracting Party may issue special permits to its nationals to kill, take, and treat whales for purposes of scientific research (scientific whaling). In issuing such special permits, a Contracting Party may specify the number of killing and other conditions as it “thinks fit”. Moreover, killing, taking and treating under special permits are exempt from the restrictions imposed on commercial whaling under the Convention, including the Schedule, which forms an integral part of the Convention.

5. It is clear that by these terms the Convention confers a discretionary power on the Contracting Parties with regard to scientific whaling. What is not clear from these terms, however, is to what extent a Contracting Party may exercise such discretion in granting special permits for scientific whaling. This is the very question that divides the Parties.

6. By its plain meaning, Article VIII, paragraph 1, of the Convention apparently leaves the matter of granting special permits in the hands of each Contracting Party. The term “thinks fit” implies a certain degree of appreciation by the authorizing State, given the fact that scientific programmes are designed and implemented at national level. In addition to the exemption from the operation of the Convention, procedural requirements under the Convention for reporting of such authorizations to the International Whaling Commission (“the Commission”) and transmitting data and information to the designated organ of the Convention (Art. VIII, paras. 1 and 3) do not substantively affect or restrain this discretionary power. Furthermore, review process in the Scientific Committee does not contain, apart from procedural formalities, any mandatory obligations on the authorizing State with respect to the granting of special permits; resolutions relating to scientific whaling are generally of a recommendatory nature. From that viewpoint, Japan's claim that the Contracting Parties enjoy an expansive right in issuing special permits, cannot be said to be untenable.

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.»

Dans ses exposés, le Japon met en avant le droit qui est le sien de délivrer des permis spéciaux au titre de JARPA II, en adoptant de cet article une interprétation strictement textuelle. L'Australie, quant à elle, invoquant l'objet et le but de la convention, conteste la licéité du recours fait à des prélèvements létaux dans le cadre de ce programme. Chaque Partie met l'accent sur l'un des aspects de cet instrument.

4. L'article VIII établit, dans le cadre de la convention, une catégorie particulière de chasse à la baleine permettant à une partie contractante de délivrer à ses ressortissants un permis spécial autorisant la mise à mort, la capture et le traitement de baleines à des fins de recherche scientifique (chasse scientifique). L'Etat en question peut, en délivrant de tels permis, préciser le nombre de mises à mort et les autres conditions qu'il «jugera... opportunes». En outre, la mise à mort, la capture et le traitement des baleines effectués en application de permis spéciaux échappent aux restrictions imposées en matière de chasse commerciale par le régime de la convention, lequel comprend le règlement, qui fait partie intégrante de cette dernière.

5. Il est clair que, par ces termes, la convention confère aux parties contractantes un pouvoir discrétionnaire en ce qui concerne la chasse scientifique. Ce qui est moins clair, en revanche, c'est la mesure dans laquelle une partie contractante peut exercer un tel pouvoir lorsqu'elle délivre des permis spéciaux à des fins de recherche scientifique. Telle est précisément la question qui oppose les Parties.

6. Selon le sens ordinaire du paragraphe 1 de l'article VIII de la convention, la décision de délivrer un permis spécial semble être du ressort de la partie contractante concernée. L'expression «jugera opportunes» implique un certain degré d'appréciation de la part de l'Etat qui délivre le permis, puisque les programmes scientifiques sont conçus et mis en œuvre à l'échelon national. Outre que les activités mentionnées se trouvent, par l'effet de la dérogation que prévoit cette disposition, soustraites aux effets de la convention, les obligations de nature procédurale qu'impose cette dernière, contraignant l'Etat en question à rendre compte à la commission baleinière internationale (dénommée ci-après «la commission») des autorisations qu'il accorde, et à transmettre les renseignements et les informations obtenus à l'organe désigné à cet effet par la convention (art. VIII, par. 1 et 3), ne viennent pas véritablement limiter ou remettre en cause ce pouvoir discrétionnaire. Qui plus est, le processus d'examen mené au sein du comité scientifique n'impose, en dehors de certaines formalités procédurales, aucune obligation impérative à l'Etat qui délivre des permis spéciaux; les résolutions relatives à la chasse scientifique ont généralement valeur de recommandation. Dans cette optique, l'affirmation du Japon selon laquelle les parties contractantes jouissent d'un droit étendu en matière de délivrance de permis spéciaux ne peut être considérée comme indéfendable.

7. The weakness of Japan's interpretation of Article VIII, however, lies in the fact that the discretionary power of the Contracting Parties is derived from the regulating régime of the Convention, therefore it cannot be deemed unlimited. The reason for this is threefold. First, in granting special permits for killing, taking and treating whales for scientific purposes, the Contracting Party must avoid any adverse effect on the stocks with a view to maintaining sustainable utilization and conservation of the resources, otherwise the very object and purpose of the Convention would be undermined, a point on which the Parties hold no different views.

8. Secondly, in assessing the state of the stocks for the consideration of scientific whaling, the Contracting Party inevitably has to pay attention to the situation of commercial whaling. Restrictions imposed thereof indicate the manageable level of the stocks. In other words, there is an intrinsic link between commercial whaling and scientific whaling, particularly when scientific whaling is purportedly to be carried out on a large scale and on a continuous basis. This aspect is borne out by the fact that prior to the moratorium on commercial whaling, such dispute as the current one with the JARPA II programme would not arise; lethal sampling did not pose an issue.

9. Thirdly, as it is true with every right, discretion under Article VIII, paragraph 1, as a corollary, also means a duty on every authorizing party to exercise the power properly and reasonably by virtue of the principle of good faith under the law of treaties. For these reasons, it cannot be said that Article VIII has bestowed a self-defined right on the Contracting Parties.

10. On the issuance of special permits, the Court states that notwithstanding the discretion enjoyed by a Contracting Party, "whether the killing, taking and treating of whales pursuant to a requested special permit is for purposes of scientific research cannot depend simply on that State's perception" (Judgment, para. 61). This statement, however, is left unexplained. The Court's view may be taken as self-evident; such determination has to be based on objective scientific assessment, checked against by external review. However, Japan's claim that according to the rules of treaty interpretation the meaning of Article VIII must be given first and foremost by its express terms, and so long as the relevant treaty provision on the issuance of special permits is not revised to that effect, it is up to each authorizing party to determine the granting of special permits, is a relevant issue. Technically speaking, the granting of special permits and review of proposed programmes are two subject-matters under the Convention. In my view, the Court should, first of all, address the issue whether the authorizing party can or cannot, as asserted by Japan, freely determine, as it "thinks fit", the number of killing, taking and treating of whales for purposes of scientific research, an issue that bears on the relationship between Article VIII and the other provisions of the Convention.

7. La faiblesse de l'interprétation que donne le Japon de l'article VIII réside toutefois dans le fait que, puisqu'il découle du régime réglementaire de la convention, le pouvoir discrétionnaire dont jouissent les parties contractantes ne peut être tenu pour illimité, et ce, à trois égards. Premièrement, la partie contractante, lorsqu'elle délivre des permis spéciaux autorisant la mise à mort, la capture et le traitement de baleines à des fins scientifiques, doit, afin d'assurer la conservation et l'utilisation durable des ressources, éviter tout effet dommageable sur les stocks de baleines; toute autre approche ferait échec à l'objet et au but mêmes de la convention, ce dont conviennent du reste les parties contractantes.

8. Deuxièmement, lorsqu'elle envisage des activités de chasse scientifique, et évalue à cet effet l'état des stocks, la partie contractante doit inévitablement prêter attention à la situation de la chasse commerciale. Les restrictions imposées à celle-ci sont un indicateur du niveau d'exploitabilité des stocks. En d'autres termes, il existe un lien intrinsèque entre chasse commerciale et chasse scientifique, notamment lorsque cette dernière est censée être menée à grande échelle et de manière continue. Ce constat est étayé par le fait que, avant le moratoire sur la chasse à la baleine à des fins commerciales, un différend tel que celui qui porte ici sur le programme JARPA II ne se serait pas fait jour, l'échantillonnage légal ne posant alors pas de problème.

9. Troisièmement, comme tout autre droit, le pouvoir discrétionnaire que confère le paragraphe 1 de l'article VIII a pour corollaire l'obligation faite à toute partie délivrant un permis d'en faire un usage approprié et raisonnable en vertu du principe de bonne foi qui s'applique en droit des traités. Aussi ne peut-on considérer que l'article VIII a conféré aux parties contractantes un droit qu'elles pourraient définir à leur guise.

10. Sur la délivrance de permis spéciaux, la Cour déclare que, nonobstant le pouvoir discrétionnaire dont jouit un Etat contractant, «la réponse à la question de savoir si la mise à mort, la capture et le traitement de baleines en vertu du permis spécial demandé poursuivent des fins de recherche scientifique ne saurait dépendre simplement de la perception qu'en a cet Etat» (arrêt, par. 61). Cette déclaration peut être considérée comme allant de soi, la réponse à la question posée devant être fondée sur une évaluation scientifique objective, elle-même validée par une évaluation externe. Toutefois, le Japon affirme que, d'après les règles d'interprétation des traités, le sens de l'article VIII doit être déterminé à la lumière de ses dispositions expresses et que, tant que la disposition conventionnelle pertinente régissant la délivrance de permis spéciaux n'aura pas été révisée, c'est à l'Etat intéressé qu'il reviendra d'octroyer un permis spécial. Techniquement, l'octroi de permis spéciaux et l'examen des propositions de programmes sont deux questions qui relèvent de la convention. Selon moi, la Cour devrait commencer par répondre à la question de savoir si la partie qui délivre un permis peut déterminer librement, comme elle «le jugera opportun», le nombre de baleines pouvant être mises à mort, capturées et traitées en vue de recherches scientifiques, ce qui met en jeu la relation entre l'article VIII et les autres dispositions de la convention.

11. In the course of its 68 years' operation since 1946, the Convention, as an evolving instrument, has undergone considerable change by way of its Schedule amendments. Although terms on scientific whaling under Article VIII remain intact, various restrictions on commercial whaling for purposes of conservation have indeed exerted a creeping effect on the way in which scientific research may be conducted, particularly with respect to methodology and scale of sample size. Notwithstanding policy differences between the anti-whaling group and the whaling parties, the parties have generally recognized the importance of conservation for the protection of whale resources. Moreover, revision of guidelines and reviews of special permits by the Scientific Committee also move in the direction of conservation. With these developments, it is hard to claim that scientific whaling is totally detached, freestanding, from the operation of the Convention and that the "margin of appreciation", if any, for the Contracting Parties in granting special permits stays the same as before.

12. That said, as the decision to grant special permits solely rests within the discretion of the authorizing party, there is no point in considering whether such a decision is subjectively taken or not; the authorizing party is obliged to use its best knowledge to determine, as it perceives proper, whether or not to grant special permits for proposed scientific research programmes. Once adopted, that decision nevertheless is subject to review, scientific or judicial. The assessment of the decision of course cannot simply rely on the perception of the authorizing party, but must be conducted on an objective basis. The authorizing party should justify its decision with scientific evidence and sound reasoning.

II. THE STANDARD OF REVIEW

13. In light of the foregoing, it is apparent that the standard of review by the Court should focus on legal issues. In the Judgment, the Court states that

"[w]hen reviewing the grant of a special permit authorizing killing, taking and treating of whales, the Court will assess, first, whether the programme under which these activities occur involves scientific research. Secondly, the Court will consider if the killing, taking and treating of whales is 'for purposes of' scientific research by examining whether, in the use of lethal methods, the programme's design and implementation are reasonable in relation to achieving its stated objectives" (Judgment, para. 67).

This approach poses a number of questions, as revealed in the subsequent reasoning.

11. Au cours des soixante-huit années qui ont suivi l'adoption de la convention en 1946, cet instrument en constante évolution a considérablement changé par l'effet des modifications apportées à son règlement. Si les dispositions régissant la chasse scientifique au titre de l'article VIII sont demeurées inchangées, diverses restrictions ont été imposées en matière de chasse commerciale, qui ont réduit le champ des possibilités quant à la manière d'effectuer des recherches, notamment pour ce qui est du choix des méthodes et de la taille des échantillons. En dépit des divergences entre partisans et détracteurs de la chasse à la baleine, les parties ont de manière générale reconnu l'importance de la conservation aux fins de protéger les ressources baleinières. En outre, les versions révisées des lignes directrices et l'examen des permis spéciaux par le comité scientifique évoluent généralement dans le sens de la conservation. En raison de ces évolutions, il est difficile de soutenir que la chasse scientifique est totalement détachée et indépendante des dispositions de la convention et que la «marge d'appréciation» dont disposeraient éventuellement les parties contractantes pour accorder des permis spéciaux est restée la même.

12. Cela dit, puisque la décision de délivrer des permis spéciaux relève du seul pouvoir discrétionnaire de l'Etat en question, point n'est besoin de se demander si cette décision est de nature subjective ou non ; la partie qui accorde le permis spécial est tenue de s'appuyer sur ses connaissances les plus pointues pour déterminer, comme elle le juge approprié, s'il convient d'accorder un permis spécial en vue de recherches scientifiques. Une fois prise, cette décision devra néanmoins faire l'objet d'un examen, qu'il soit d'ordre scientifique ou judiciaire, et il va de soi que pareille évaluation ne saurait reposer sur la seule perception de la partie qui accorde le permis, et devra être effectuée sur une base objective. La partie qui délivre le permis doit pouvoir justifier sa décision en se fondant sur des preuves scientifiques et un raisonnement solide.

II. LE CRITÈRE D'EXAMEN

13. Il ressort de ce qui précède que, pour procéder à l'examen requis, la Cour doit s'en tenir aux aspects juridiques. Dans l'arrêt, la Cour indique que,

«[L]orsqu'elle se penchera sur la question de la délivrance d'un permis spécial autorisant la mise à mort, la capture et le traitement de baleines, [elle] examinera, en premier lieu, si le programme dans le cadre duquel se déroulent ces activités comporte des recherches scientifiques, [et] établira, en second lieu, si les baleines mises à mort, capturées et traitées le sont «en vue de» recherches scientifiques, en examinant si, en ce qui concerne le recours à des méthodes létales, la conception et la mise en œuvre du programme sont raisonnables au regard de ses objectifs déclarés» (arrêt, par. 67).

Cette approche soulève un certain nombre de questions, comme je vais à présent le montrer.

14. First, in assessing Japan's exercise of its right under Article VIII, paragraph 1, in granting special permits, judicial review of the Court should link with treaty interpretation. The question whether activities under JARPA II involve scientific research is a matter of fact rather than a matter of law, therefore it should be subject to scientific review. I take the view that it is not for the Court to determine what elements a scientific research should or should not contain, nor is it for the Court to adjudicate what kind of activities involve scientific research. As special permits are granted by the authorizing party pursuant to Article VIII, paragraph 1, of the Convention to programmes for purposes of scientific research, it should be presumed that activities under such programmes involve scientific research. It is up to Australia to prove with convincing evidence to the Court that such is not the case with JARPA II, with Japan having the right to rebuttal. As the Court stated in the *Pulp Mills* case, that, in accordance with the well-established principle *onus probandi incumbit actori*, it is the duty of the party which asserts certain facts to establish the existence of such facts. This principle has been consistently upheld by the Court (see case concerning *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Judgment, *I.C.J. Reports 2010 (I)*, p. 71, para. 162; *Maritime Delimitation in the Black Sea (Romania v. Ukraine)*, Judgment, *I.C.J. Reports 2009*, p. 86, para. 68; *Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge (Malaysia/Singapore)*, Judgment, *I.C.J. Reports 2008*, p. 31, para. 45; *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment, *I.C.J. Reports 2007 (I)*, p. 128, para. 204; *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Jurisdiction and Admissibility, Judgment, *I.C.J. Reports 1984*, p. 437, para. 101). It is not necessary for the Court itself to go over the key elements of JARPA II as part of its judicial review and ascertain that JARPA II activities "can broadly be characterized as 'scientific research'" (Judgment, para. 127); its finding, on the basis of the evidence presented to the Court, that Australia has failed to prove that JARPA II activities, in order to be qualified as scientific research, must satisfy the four criteria as identified by Australia, could sufficiently lead to the conclusion that Australia's claim against JARPA II activities as not involving scientific research is unfounded.

15. In its reasoning, the Court draws the distinction between the term "scientific research" and the phrase "for purposes of" in Article VIII, paragraph 1, of the Convention, which to a certain extent, dictates the standard of review as articulated by the Court. Accepting Australia's interpretation that these two terms are cumulative, the Court actually sets up two conditions for review: the programme activities must first be characterized as scientific research and additionally, they must serve purposes

14. Premièrement, lorsqu'elle examine l'exercice que fait le Japon du droit qu'il tient du paragraphe 1 de l'article VIII de délivrer des permis spéciaux, la Cour doit mener de front contrôle judiciaire et interprétation des traités. La question de savoir si les activités réalisées dans le cadre de JARPA II comportent des recherches scientifiques est une question de fait plutôt que de droit et, dès lors, devrait faire l'objet d'un examen scientifique. Je considère qu'il ne revient pas à la Cour de déterminer les aspects que doit ou ne doit pas présenter la recherche scientifique, non plus qu'il ne lui appartient de déterminer quels types d'activités comportent des recherches scientifiques. Les permis spéciaux étant délivrés par l'Etat conformément au paragraphe 1 de l'article VIII de la convention au titre de programmes menés en vue de recherches scientifiques, il doit être présumé que les activités conduites dans le cadre de ces programmes comportent des recherches scientifiques. S'il n'en est pas ainsi s'agissant de JARPA II, il incombe à l'Australie de le prouver à la Cour, à l'aide d'éléments convaincants, et le Japon doit avoir la possibilité de réfuter ses dires. En effet, selon le principe bien établi *onus probandi incumbit actori*, c'est à la partie qui avance certains faits d'en démontrer l'existence, comme la Cour l'a dit dans l'affaire des *Usines de pâte à papier*, et comme elle l'a maintes fois confirmé depuis lors (voir *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2010 (I), p. 71, par. 162; *Délimitation maritime en mer Noire (Roumanie c. Ukraine)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2009, p. 86, par. 68; *Souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks et South Ledge (Malaisie/Singapour)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2008, p. 31, par. 45; *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2007 (I), p. 128, par. 204; *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 1984, p. 437, par. 101). Il n'était pas nécessaire que la Cour passe elle-même en revue les principaux aspects de JARPA II dans le cadre de son examen judiciaire pour en venir à la conclusion que les activités menées dans ce cadre «peuvent être globalement qualifiées de «recherches scientifiques»» (arrêt, par. 127); il lui eût suffi d'estimer, sur la base des éléments de preuve qui lui ont été présentés, que l'Australie n'avait pas prouvé que les activités menées dans le cadre de JARPA II devaient, pour être considérées comme des activités de recherche scientifique, satisfaire aux quatre critères qu'elle avait mis en avant, pour pouvoir rejeter comme infondée l'affirmation de l'Australie selon laquelle ces activités ne comportaient pas de recherches scientifiques.

15. En outre, dans son raisonnement, la Cour opère une nette distinction entre les termes «recherches scientifiques» et «en vue de», qui figurent dans le libellé du paragraphe 1 de l'article VIII de la convention, distinction qui, dans une certaine mesure, façonne le critère d'examen qu'elle énonce. Faisant sienne l'interprétation de l'Australie selon laquelle ces deux notions sont cumulatives, la Cour énonce en réalité deux critères d'examen: les activités menées dans le cadre du programme doivent

of scientific research. As is stated above, determination of scientific research is primarily a matter of fact subject to scientific scrutiny. The phrase “for purposes of” cannot stand on its own without the modifier “scientific research”. When the Court is tasked to determine whether, in the use of lethal sampling, the elements of JARPA II’s design and implementation are reasonable in relation to its stated scientific objectives, it is actually set to assess the scientific merit of the programme. In that case the term “for purposes of” would mean to evaluate the design and implementation of JARPA II so as to see whether they are justifiable for achieving the objectives of the research programme. This interpretation, in my opinion, unduly complicates the meaning of the phrase “for purposes of scientific research” in Article VIII, paragraph 1, rendering the Court’s role beyond its judicial purview.

16. Notwithstanding the above, I agree with the majority that in order to ascertain whether special permits for JARPA II genuinely serve purposes of scientific research, the Court may have to examine some relevant aspects of the design and implementation of JARPA II in the light of its stated objectives. As the case hinges on the legality of Japan’s determination to grant special permits to JARPA II, the Court, in my view, should focus its review on the question whether Japan’s issuance of special permits to JARPA II satisfies the requirement under Article VIII, paragraph 1, namely, for purposes of scientific research. The standard of review as agreed by the Parties that tests whether a State’s decision to grant special permits is objectively reasonable, supported by coherent reasoning and respectable scientific evidence, should therefore primarily relate to special permits rather than the programme in general.

III. THE JARPA II PROGRAMME IN LIGHT OF ARTICLE VIII, PARAGRAPH 1, OF THE CONVENTION

17. In the Court’s review, a few of its findings pertaining to Japan’s determination to grant special permits to the JARPA II programme are important.

18. First, the Court finds that Japan does not prove that it has duly conducted feasibility studies on the use of non-lethal methods with an effort to reduce lethal sampling, thus failing its obligation to give due regard to the resolutions and Guidelines adopted by the Commission. It concludes that,

d'abord relever de la recherche scientifique et, ensuite, avoir pour finalité la recherche scientifique. Comme je l'ai déjà dit, déterminer si ces activités relèvent ou non de la recherche scientifique est principalement une question de fait dont l'appréciation incombe aux scientifiques. Quant à la locution «en vue de», elle ne peut être employée seule, sans les termes «recherches scientifiques». Dès lors que la Cour se fixe pour mission de déterminer si, pour ce qui est du recours à l'échantillonnage légal, les éléments de la conception et de la mise en œuvre de JARPA II sont raisonnables au regard des objectifs scientifiques déclarés du programme, il lui faut en réalité porter une appréciation sur les mérites scientifiques de celui-ci et, dès lors, s'agissant de la locution «en vue de», évaluer la conception et la mise en œuvre de JARPA II en cherchant à savoir si elles se justifient aux fins de la réalisation des objectifs du programme de recherche. Cette interprétation revient selon moi à prêter à l'expression «en vue de recherches scientifiques» qui figure au paragraphe 1 de l'article VIII une signification excessivement compliquée, et fait sortir la Cour du strict cadre de sa compétence judiciaire.

16. Nonobstant ce qui précède, je conviens avec la majorité que, pour déterminer si les permis spéciaux délivrés dans le cadre de JARPA II servent réellement les besoins de la recherche scientifique, la Cour doit peut-être examiner certains des aspects pertinents de la conception et de la mise en œuvre de JARPA II au regard de ses objectifs déclarés. L'affaire tournant autour de la question de la licéité de la décision prise par le Japon d'octroyer des permis spéciaux au titre de JARPA II, la Cour devrait axer son examen sur la question de savoir si les permis ainsi délivrés l'ont été conformément aux prescriptions du paragraphe 1 de l'article VIII, c'est-à-dire en vue de recherches scientifiques. Le critère d'examen auquel ont souscrit les Parties — consistant à déterminer si la décision que prend un Etat de délivrer des permis spéciaux est objectivement raisonnable et étayée par un raisonnement cohérent, ainsi que par des preuves scientifiques dignes de foi — devrait donc essentiellement être appliqué aux permis spéciaux plutôt qu'au programme en général.

III. LE PROGRAMME JARPA II AU REGARD DU PARAGRAPHE 1 DE L'ARTICLE VIII DE LA CONVENTION

17. Dans l'examen auquel elle se livre, la Cour formule certaines constatations importantes relativement à la décision du Japon de délivrer des permis spéciaux au titre de JARPA II.

18. Premièrement, elle conclut que le Japon n'a pas démontré que, en ce qui concerne le recours à des méthodes non létales, il aurait réalisé les études de faisabilité dans un souci de diminuer le nombre de prises, et en déduit que le défendeur a manqué à son obligation de tenir dûment compte des résolutions et des lignes directrices adoptées par la commission. Selon elle,

“the papers to which Japan directed [the Court] reveal little analysis of the feasibility of using non-lethal methods to achieve the JARPA II research objectives. Nor do they point to consideration of the possibility of making more extensive use of non-lethal methods in order to reduce or eliminate the need for lethal sampling, either when JARPA II was proposed or in subsequent years. Given the expanded use of lethal methods in JARPA II, as compared to JARPA, this is difficult to reconcile with Japan’s obligation 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.)

19. Secondly, two pieces of probative evidence support the Court’s finding that Japan’s determination of sample sizes is influenced by its funding consideration. One is the 2007 document referred to by Japan to prove that it has given necessary consideration to the use of non-lethal methods in JARPA II. The document explains why certain biological parameters require lethal sampling, but it also suggests that lethal sampling be preferred because it provides a source of funding to offset the cost of the research. Secondly, Dr. Walløe, the expert called by Japan, also testifies in the oral proceedings before the Court that “Japanese scientists have not always given completely transparent and clear explanations of how sample sizes were calculated or determined”. He admits that he is under the impression that JARPA II sample sizes had been “influenced by funding consideration”, although he does not find that objectionable.

20. Thirdly, the Court finds that the JARPA II Research Plan lacks transparency in the reasons for selecting particular sample sizes for individual research items, a point agreed by the experts called by both Parties. The shortcomings in the design of the Research Plan are not explained by Japan with supporting evidence, which casts doubt on the reasonableness of the sample sizes in relation to achieving its objectives.

21. Lastly, in view of the evidence regarding the gap between the target sample sizes and the actual take in the implementation of the programme, the Court draws the conclusion that the target sample sizes are larger than reasonable for achieving JARPA II’s objectives. The Court notes that the sample sizes for fin and humpback whales and review periods chosen cast doubt on the centrality of the objectives that Japan highlights as the rationale for the annual number of minke whale samples that it sets up.

22. These findings, among others, are decisive for the Court’s ruling on Japan’s decision to issue special permits for JARPA II. Important as they

« les documents invoqués par le Japon révèlent que ce dernier, aussi bien au moment où JARPA II a été proposé que dans les années qui ont suivi, n'a pas suffisamment analysé la possibilité de recourir à des méthodes non létales afin d'atteindre les objectifs de recherche de JARPA II, pas plus qu'il ne s'est interrogé sur la possibilité de faire plus largement appel à ces méthodes afin de réduire, voire d'éliminer, la nécessité des prélèvements létaux. 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 il 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.)

19. Deuxièmement, elle conclut que la taille des échantillons fixée par le Japon est influencée par des considérations financières, ce que viennent étayer deux éléments de preuve. L'un est le document de 2007 invoqué par le Japon pour montrer qu'il a dûment envisagé le recours à des méthodes non létales dans le cadre de JARPA II : en effet, si ce document explique pourquoi l'étude de certains paramètres biologiques nécessite le recours à des prélèvements létaux, il laisse également entendre que cette méthode serait à préférer en tant qu'elle offrirait une source de financement susceptible de couvrir le coût de la recherche. L'autre est le témoignage de M. Walløe, l'expert cité par le Japon, qui a déclaré à l'audience que « les scientifiques japonais n'[avaient] pas toujours fourni d'explications complètement claires et transparentes sur la manière dont la taille des échantillons a[vait] été calculée ou déterminée ». M. Walløe admet avoir eu l'impression que la taille des échantillons fixée dans le cadre de JARPA II « était également influencée par des considérations de financement », sans toutefois y voir aucune objection.

20. Troisièmement, la Cour conclut, s'agissant du plan de recherche de JARPA II, à un manque de transparence quant aux raisons ayant conduit au choix de telles ou telles tailles d'échantillon pour les différents paramètres étudiés, un point sur lequel les experts cités de part et d'autre sont d'accord. Le Japon n'a pas produit d'éléments de preuve à même d'expliquer les faiblesses du plan de recherche, ce qui jette un doute sur le caractère raisonnable, au regard des objectifs du programme, des tailles d'échantillon retenues.

21. Enfin, à la lumière des éléments de preuve relatifs à l'écart entre les objectifs de capture et le nombre de baleines effectivement prélevées dans le cadre de la mise en œuvre du programme, la Cour aboutit à la conclusion que les tailles d'échantillon sont supérieures à ce qui serait raisonnable au regard des objectifs annoncés de JARPA II. Elle note que, au vu de la taille des échantillons de rorquals communs et de baleines à bosse et des périodes de recherche qu'il a retenues, il est permis de douter que les objectifs que le Japon avance pour justifier le nombre de petits rorquals qu'il prévoit de prélever chaque année constituent effectivement sa motivation principale.

22. Ce sont notamment ces constatations qui ont amené la Cour à se prononcer comme elle l'a fait sur la décision du Japon de délivrer des

are, in relation to the purposes of JARPA II, I think the Court should have given further consideration to the question of funding, as it bears directly on the pivotal issue of the case — the size of lethal sampling.

23. In its pleadings, Japan does not deny that funding consideration is involved in the determination of granting special permits, but asserts that such practice is normal in fishery research. Dr. Walløe does not deem it questionable either. Besides, Japan's explanation that for certain scientific research and data collection, non-lethal methods are "impractical, cost-ineffective and prohibitively expensive" does not appear a mere excuse for its lethal sampling, as this kind of situation often exists elsewhere in scientific research.

24. It is apparent that the use of lethal sampling in JARPA II per se does not pose an issue under the Convention; Article VIII clearly confers that discretion on the Contracting Parties. The Court agrees that under Article VIII, paragraph 2, the fact that a programme involves the sale of meat and the use of proceeds to fund research is not sufficient, taken alone, to cause a special permit to fall outside Article VIII. What remains at issue is whether the scale of lethal sampling for JARPA II is reasonable.

25. In my view, Japan fails to explain to the satisfaction of the Court how the sample sizes are calculated and determined with the aim of achieving the objectives of the programme. Technical complexity of the matter does not release it of the burden of proof, as the issue lies at the core of the dispute. Moreover, Japan does not succeed in refuting with solid evidence Australia's allegation that the funding consideration actually dictates its sample sizes and in proving that fundraising is just incidental and derivative from the research activities. It could have explained how JARPA II activities are funded and whether there are other financial sources that support the programme.

26. Furthermore, in response to Australia's claim that Japan's real intention in conducting JARPA II is to maintain its whaling operation and that the programme is commercial whaling in disguise, Japan's rebuttal is weak and unpersuasive. Even if fundraising through commercial means may not necessarily render the programme as commercial whaling, or commercial whaling in disguise, given the scale of lethal sampling and the unlimited duration of JARPA II, the cumulative effect of its lethal take on the conservation of whale resources is not insignificant and negligible, which gives all the more reason for requiring Japan to justify its decision on special permits.

permis spéciaux au titre de JARPA II. Mais, pour importants que soient ces constats, je pense que, s'agissant des objectifs de ce programme, c'est la question du financement que la Cour aurait dû approfondir, car elle a des conséquences directes sur le problème qui est au cœur de l'affaire, à savoir la taille des échantillons létaux.

23. Dans ses plaidoiries, le Japon ne nie pas que des considérations financières interviennent dans la décision de délivrer des permis spéciaux, mais soutient que pareille pratique est normale dans le domaine de la recherche halieutique. M. Walløe ne la juge pas davantage contestable. Par ailleurs, l'explication du Japon selon laquelle, pour certains types de recherches scientifiques et de collectes de données, le recours à des méthodes non létales est « irréalizable d'un point de vue pratique, peu rentable et d'un coût prohibitif » ne semble pas avoir été avancée aux seules fins de justifier la pratique de l'échantillonnage légal, puisque ce type de situation se présente souvent dans d'autres domaines de recherche.

24. Il est évident que la pratique de l'échantillonnage légal dans le cadre de JARPA II ne pose pas un problème en soi au regard de la convention; l'article VIII confère clairement aux Etats contractants le pouvoir discrétionnaire d'y recourir. La Cour convient que, au regard du paragraphe 2 de cet article, la vente de la chair de baleine obtenue dans le cadre d'un programme et l'utilisation du produit de cette vente pour financer la recherche ne suffisent pas, en elles-mêmes, à exclure un permis spécial des prévisions de l'article VIII. Reste la question de savoir si l'ampleur du recours aux prélèvements létaux est raisonnable dans le cadre de JARPA II.

25. Selon moi, le Japon n'a pas expliqué à la satisfaction de la Cour en quoi les tailles des échantillons sont calculées et déterminées dans le but d'atteindre les objectifs du programme; or, la complexité technique de la question ne saurait libérer la partie défenderesse de la charge de la preuve. En outre, le Japon n'a pas réfuté, preuves solides à l'appui, l'allégation de l'Australie selon laquelle ce sont en réalité des considérations financières qui dictent le choix des tailles d'échantillon, ni n'a prouvé que la collecte de fonds n'était qu'une activité accessoire et subsidiaire par rapport aux activités de recherche. Il aurait pu expliquer comment les activités menées dans le cadre de JARPA II étaient financées et indiquer si ce programme pouvait compter sur d'autres sources de financement.

26. En outre, le défendeur apporte une réponse faible et peu convaincante à l'allégation de l'Australie selon laquelle sa véritable intention, en mettant en œuvre JARPA II, aurait été de poursuivre ses opérations de chasse, le Japon menant en fait un programme de chasse commerciale sous le couvert de la recherche. Même si la levée de fonds par des moyens commerciaux ne fait pas nécessairement de JARPA II un programme de chasse commerciale, ou un moyen détourné de poursuivre une telle activité, il apparaît, étant donné l'ampleur des prélèvements pratiqués dans le cadre de JARPA II et la durée illimitée de ce programme, que l'effet cumulatif sur la conservation des ressources baleinières des prises létales ainsi réalisées n'est ni insignifiant ni négligeable, et il n'en est donc que plus nécessaire que le Japon soit tenu de justifier ses décisions en ce qui concerne la délivrance des permis spéciaux.

27. Prior to the moratorium on commercial whaling, use of proceeds from the sale of whale meat to fund scientific research might be an acceptable practice among the Contracting Parties, inasmuch as the stocks were not affected. Such “margin of appreciation” enjoyed by the parties, if any, however, becomes questionable when the moratorium on commercial whaling is imposed, because excessive scientific whaling would unavoidably undermine the collective effort of the Contracting Parties in the conservation measures. The term “for purposes of scientific research” under Article VIII, paragraph 1, should thus be strictly interpreted; sample sizes that are dictated by fundraising consideration, therefore, cannot be considered as “objectively reasonable”, or “for purposes of scientific research”.

28. It is based on these considerations that I agree with the Court’s conclusion that JARPA II does not fall with the meaning of Article VIII, paragraph 1, of the Convention.

IV. RELATIONSHIP BETWEEN ARTICLE VIII, PARAGRAPH 1, AND THE SCHEDULE

29. Having reached the above conclusion, the Court turns to examine Australia’s contention that Japan has breached three provisions of the Schedule by conducting JARPA II. The three provisions of the Schedule include: the obligation to respect zero catch limits for the killing, for commercial purposes, of whales from all stocks (paragraph 10 (*e*) of the Schedule); the factory ship moratorium (para. 10 (*d*)); and the prohibition on commercial whaling in the Southern Ocean Sanctuary (para. 7 (*b*)).

30. Under the Convention, there are basically three types of whaling involved: commercial whaling, scientific whaling and aboriginal subsistence whaling. Pursuant to Article 1, paragraph 1, of the Convention, the Schedule constitutes an integral part thereof. “All references to ‘Convention’ shall be understood as including the said Schedule either in its present terms or as amended in accordance with the provision of Article V.” At the same time, Article VIII, paragraph 1, also provides that scientific whaling shall be exempt from the operation of this Convention, which means that restrictions and conditions relating to the granting of special permits for purposes of scientific research are not subject to the Schedule. Therefore, before addressing Australia’s contention, the Court has to first determine the applicability of these three paragraphs to JARPA II.

31. The Court takes the view that all killing, taking and treating of whales that fall within neither scientific whaling under Article VIII, nor aboriginal subsistence whaling under paragraph 13 of the Schedule, will

27. Avant le moratoire sur la chasse commerciale, l'utilisation du produit de la vente de viande de baleine pour financer la recherche scientifique était peut-être une pratique acceptable aux yeux des parties contractantes, dans la mesure où les stocks n'en pâtissaient pas. Une telle «marge d'appréciation» laissée aux parties, pour autant qu'elle ait existé, est toutefois devenue contestable dès lors qu'un moratoire a été imposé sur la chasse commerciale, car des prises excessives, dans le cadre d'activités de chasse scientifique, ne peuvent que saper l'effort collectif des parties contractantes en vue de la mise en œuvre de mesures de conservation. L'expression «en vue de recherches scientifiques» employée au paragraphe 1 de l'article VIII doit donc être interprétée de façon stricte et les tailles des échantillons qui ont été définies pour répondre à la nécessité de collecter des fonds ne sauraient dès lors être considérées comme «objectivement raisonnables» ou comme ayant été établies «en vue de recherches scientifiques».

28. C'est sur la base de ces considérations que je souscris à la conclusion de la Cour selon laquelle JARPA II n'entre pas dans les prévisions du paragraphe 1 de l'article VIII de la convention.

IV. LA RELATION ENTRE LE PARAGRAPHE 1 DE L'ARTICLE VIII ET LE RÈGLEMENT ANNEXÉ À LA CONVENTION

29. Après être parvenue à cette conclusion, la Cour se penche sur l'affirmation de l'Australie selon laquelle le Japon a violé trois dispositions du règlement en mettant en œuvre le programme JARPA II: l'obligation de respecter la limite fixée à zéro concernant le nombre de baleines pouvant être mises à mort, toutes espèces confondues, à des fins commerciales (par. 10 *e*)), le moratoire sur les usines flottantes (par. 10 *d*)) et l'interdiction de la chasse commerciale dans le sanctuaire de l'océan Austral (par. 7 *b*)).

30. La convention renvoie essentiellement à trois types de chasse: la chasse commerciale, la chasse scientifique et la chasse aborigène de subsistance. Aux termes du paragraphe 1 de son article premier, le règlement en fait partie intégrante: «Toutes mentions de la «convention» viseront également le règlement y annexé, soit dans sa version actuelle, soit tel qu'il pourra être modifié conformément aux dispositions de l'article V.» Parallèlement, le paragraphe 1 de l'article VIII prévoit qu'il n'y a pas lieu, dans le cas de la chasse scientifique, de se conformer aux dispositions de la convention, ce qui signifie que les restrictions et les conditions applicables aux permis spéciaux délivrés à des fins de recherche scientifique échappent de même aux dispositions du règlement. Avant d'examiner l'affirmation de l'Australie, la Cour doit donc commencer par déterminer dans quelle mesure ces trois alinéas s'appliqueront à JARPA II.

31. La Cour estime que la mise à mort, la capture et le traitement de baleines dans un cadre qui ne relève ni de la chasse scientifique visée à l'article VIII ni de la chasse aborigène de subsistance visée au para-

be considered subject to the same restrictions as laid down in the three paragraphs. That is to say, since the Court reaches the conclusion that JARPA II does not fall within the meaning of Article VIII, paragraph 1, of the Convention, it would be regarded as commercial whaling. This is because, the Court says,

“[t]he reference to ‘commercial’ whaling in paragraphs 7 (*b*) and 10 (*e*) of the Schedule can be explained by the fact that in nearly all cases this would be the most appropriate characterization of the whaling activity concerned. The language of the two provisions cannot be taken as implying that there exist categories of whaling which do not come within the provisions of either Article VIII, paragraph 1, of the Convention or paragraph 13 of the Schedule but which nevertheless fall outside the scope of the prohibitions in paragraphs 7 (*b*) and 10 (*e*) of the Schedule. Any such interpretation would leave certain undefined categories of whaling activity beyond the scope of the Convention and thus would undermine its object and purpose.” (Judgment, para. 229.)

Paragraph 10 (*d*), although without an explicit reference to commercial whaling in its terms, should equally apply to all the cases with regard to the prohibition of the use of factory ships except in scientific and aboriginal subsistence whaling.

32. Based upon the above reasoning, the Court finds that since the special permits under JARPA II do not fall within the meaning of Article VIII, paragraph 1, of the Convention, Japan thereby has not acted in conformity with its obligations under paragraphs 10 (*e*), (*d*) and 7 (*b*) of the Schedule. With due respect, I find this line of reasoning quite confusing.

33. In the first place, the premise for the application of paragraphs 10 (*e*), (*d*), and paragraph 7 (*b*) to JARPA II is that the Court has determined that JARPA II is in fact a commercial whaling operation rather than a programme for purposes of scientific research. There is no evidence identified by the Court that supports this conclusion. On the contrary, in the Judgment, the Court ascertains that the programme has scientific objectives and its use of lethal methods per se is not objectionable. Moreover, it concludes that Japan has complied with its obligations under paragraph 30 of the Schedule in submitting in time proposed special permits to the Scientific Committee for review and comments.

34. Moreover, most of the shortcomings in JARPA II as analysed by the Court are, by and large, technical flaws associated with the design and implementation of the programme, which do not by themselves transform JARPA II into a commercial whaling operation. Fundraising, albeit by market sale of whale meat, does not necessarily alter the scientific nature of the programme, unless the Court finds bad faith on the part of Japan.

graphie 13 du règlement seront dans tous les cas soumis aux restrictions énoncées dans les trois alinéas cités. Cela revient à dire que, la Cour ayant conclu qu'il n'entrait pas dans les prévisions du paragraphe 1 de l'article VIII de la convention, JARPA II doit être considéré comme relevant de la chasse commerciale, car, explique-t-elle,

«[L]a mention de la chasse «commerciale» aux paragraphes 7 *b*) et 10 *e*) du règlement peut s'expliquer par le fait que, dans presque tous les cas, telle serait la qualification la plus appropriée de l'activité de chasse pratiquée. Le libellé de ces deux dispositions ne saurait être interprété comme donnant à penser qu'il existerait certaines catégories de chasse à la baleine qui n'entreraient pas dans les prévisions du paragraphe 1 de l'article VIII de la convention ou du paragraphe 13 du règlement, mais qui ne tomberaient pas pour autant sous le coup des interdictions énoncées aux paragraphes 7 *b*) et 10 *e*) du règlement. Toute interprétation de ce genre laisserait hors du champ d'application de la convention certaines catégories non définies de chasse à la baleine, ce qui ferait échec à son objet et à son but.» (Arrêt, par. 229.)

De même, en vertu du paragraphe 10 *d*) — et quoique celui-ci ne fasse pas expressément référence à la chasse commerciale —, l'interdiction de recourir à des usines flottantes doit-elle à ses yeux s'appliquer dans tous les cas, dès lors qu'il ne s'agit pas de chasse scientifique ou de chasse aborigène de subsistance.

32. Sur la base du raisonnement qui précède, la Cour conclut que, puisque les permis spéciaux délivrés au titre de JARPA II n'entrent pas dans les prévisions du paragraphe 1 de l'article VIII de la convention, le Japon n'a pas agi conformément aux obligations que lui imposent les paragraphes 10 *e*), 10 *d*) et 7 *b*) du règlement. Or ce raisonnement me laisse quelque peu perplexe.

33. Premièrement, l'application des paragraphes 10 *e*), 10 *d*) et 7 *b*) de JARPA II suppose que la Cour a déterminé que JARPA II était en réalité une opération de chasse à la baleine commerciale et non pas un programme mené en vue de recherches scientifiques. Or la Cour n'a mis en avant aucun élément de preuve à l'appui de cette conclusion. Au contraire, dans son arrêt, elle estime que ce programme poursuit des objectifs scientifiques et que le recours qui y est fait aux méthodes létales n'est pas en soi répréhensible. En outre, elle conclut que le Japon s'est conformé aux obligations que lui impose le paragraphe 30 du règlement en soumettant en temps utile au comité scientifique, pour examen et avis, ses propositions de permis spéciaux.

34. Au surplus, la plupart des défauts de JARPA II, tels qu'analysés par la Cour, sont, d'une façon générale, des défauts techniques touchant la conception et la mise en œuvre du programme, qui ne transforment pas en soi le programme JARPA II en un programme de chasse commerciale. La levée de fonds, fût-ce par la commercialisation de chair de baleine, ne change pas nécessairement la nature scientifique du programme, à moins

The conclusion of the Court that JARPA II activities do not fall within the meaning of Article VIII, paragraph 1, cannot be understood to mean that JARPA II activities thereby do not involve scientific research. That is to say, scientific whaling, even if with flaws, remains scientific in nature. It does not fall outside that category.

35. Furthermore, from a legal point of view, consequences of breach of Article VIII and that of the Schedule paragraphs can be different. In the former case, the conditions and the number of special permits may be revised or revoked upon the review and comments by the Scientific Committee. To put it in another way, as a technical matter, when the granting of special permits by Japan for JARPA II is found not within the meaning of Article VIII, paragraph 1, Japan is not prohibited to issue special permits for the programme, provided such issuance is brought in line with the requirement of Article VIII, paragraph 1. In this regard, JARPA II continues to fall within the purview of the Scientific Committee for periodical reviews. In the latter situation, however, as Japan is deemed breaching its international obligation under the Schedule of the Convention by violating the moratorium on commercial whaling, its international responsibility shall be invoked. Consequently, under the rules of State responsibility, Japan shall be obliged to revoke all the extant special permits and refrain from granting further for JARPA II, which would apparently forestall the Scientific Committee's review.

36. I vote with the majority on paragraphs (3), (4) and (5) of the operative clause because I am of the view that Japan's granting of special permits for JARPA II has been unduly excessive in relation to achieving its stated objectives, which may arguably have adverse impact on the effectiveness of the moratorium on commercial whaling. Nevertheless, JARPA II remains a programme for scientific research, in my opinion. Japan should be given the opportunity to address the shortcomings in the design and implementation of the programme in the Scientific Committee during the upcoming periodical review.

(Signed) XUE Hanqin.

que la Cour n'estime que le Japon a fait preuve de mauvaise foi. La conclusion de la Cour selon laquelle les activités de JARPA II n'entrent pas dans les prévisions du paragraphe 1 de l'article VIII ne peut être interprétée comme impliquant nécessairement que les activités menées dans le cadre de ce programme ne comportent pas de recherches scientifiques. Autrement dit, la chasse scientifique, même entachée de défauts, conserve sa nature scientifique. Elle ne se retrouve pas pour autant exclue de cette catégorie.

35. En outre, d'un point de vue juridique, les conséquences de la violation de l'article VIII et celles de la violation des dispositions du règlement annexé à la convention peuvent être différentes. Dans le premier cas, les conditions auxquelles est subordonnée la délivrance de permis spéciaux et le nombre de ces permis peuvent être modifiés ou remis en question sur la base de l'examen et des commentaires du comité scientifique. Autrement dit, d'un point de vue technique, s'il est estimé que les permis spéciaux qu'il a délivrés au titre de JARPA II ne l'ont pas été conformément aux prévisions du paragraphe 1 de l'article VIII, le Japon n'est pas pour autant empêché de délivrer de tels permis, à condition qu'ils le soient dorénavant conformément auxdites prévisions. A cet égard, JARPA II continue de relever de la compétence du comité scientifique, aux fins d'examens périodiques. Dans le second cas, toutefois, le Japon étant réputé manquer aux obligations internationales qui lui incombent en vertu du règlement annexé à la convention en violant le moratoire sur la chasse commerciale, il sera tenu, en vertu des règles de la responsabilité de l'Etat, de révoquer tous les permis spéciaux en cours et de s'abstenir d'en délivrer à l'avenir au titre de JARPA II, ce qui revient à anticiper sur l'examen auquel le comité scientifique est censé se livrer.

36. Je m'associe à la majorité pour voter en faveur des points 3, 4 et 5 du dispositif, car j'estime, au regard des objectifs déclarés de JARPA II, que c'est de manière abusive que le Japon a délivré des permis spéciaux au titre de ce programme, ce qui pourrait compromettre l'efficacité du moratoire sur la chasse commerciale. Néanmoins, JARPA II demeure selon moi un programme de recherche scientifique et, s'agissant des faiblesses de sa conception et de sa mise en œuvre, l'occasion devrait être donnée au Japon de s'en expliquer devant le comité scientifique à la faveur du prochain examen périodique.

(Signé) XUE Hanqin.
