

SEPARATE OPINION OF JUDGE TOMKA

Jurisdiction of the Court under Article 36 (2) of Statute — Existence of a dispute — No prior negotiations or notice necessary before seising Court — Existence of a dispute a condition for exercise of jurisdiction — Dispute in principle to exist at date of Application — Court has applied condition flexibly and taken into account subsequent events — Proceedings clarified that a dispute between the Marshall Islands and India exists — Court should have considered other arguments against jurisdiction.

Admissibility — Obligations relating to nuclear disarmament alleged to exist under customary international law — Nature of these alleged obligations — Disarmament requires co-operation between all States, in particular nuclear States — Court cannot consider position of one nuclear State without considering and understanding positions of other nuclear States — Absence of other nuclear powers before Court prevents consideration of claims in proper multilateral context — Application inadmissible.

1. For the first time in almost a century of adjudication of inter-State disputes in the Peace Palace, the “World” Court (the Permanent Court of International Justice and the International Court of Justice) has dismissed a case on the ground that no dispute existed between the Applicant and the Respondent prior to the filing of the Application instituting proceedings¹. The Court seems not to be interested in knowing whether a dispute between them exists now.

2. I am not convinced by the approach taken by the Court, despite many references to its case law. In my view, other decisions of the Court, and its predecessor, point in a different direction. Therefore, to my regret, I am unable to support the Court’s conclusion based on the absence of a dispute.

¹ This does not include requests for interpretation under Article 60 of the Court’s Statute, which also — at least in the English version — uses the term “dispute” (the French text of the Statute uses the term “contestation”) (see, e.g., *Request for Interpretation of the Judgment of 20 November 1950 in the Asylum Case (Colombia v. Peru)*, *I.C.J. Reports 1950*, p. 403). Where there is no disagreement between the parties about the meaning and scope of a Judgment, there is nothing to interpret (see *Request for Interpretation of the Judgment of 31 March 2004 in the Case concerning Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)* (*Mexico v. United States of America*), *Judgment, I.C.J. Reports 2009*, p. 17, para. 45). Requests for interpretation cannot serve the purpose of seeking a decision of the Court on matters not brought before the Court in the original proceedings (see, e.g., *Request for Interpretation of the Judgment of 15 June 1962 in the Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)* (*Cambodia v. Thailand*), *Judgment, I.C.J. Reports 2013*, pp. 303-304, para. 56).

OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE TOMKA

[Traduction]

Compétence de la Cour au titre du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut — Existence d'un différend — Négociations ou notification préalables n'étant pas requises pour saisir la Cour — Existence d'un différend étant une condition à l'exercice de la compétence — Différend devant exister en principe à la date du dépôt de la requête — Cour ayant appliqué cette condition avec souplesse et tenu compte des événements ultérieurs — Présente instance ayant clairement révélé qu'un différend existait entre les Iles Marshall et l'Inde — Fait que la Cour aurait dû examiner les autres arguments avancés pour contester sa compétence.

Recevabilité — Allégation selon laquelle le droit international coutumier impose des obligations relatives au désarmement nucléaire — Nature de ces obligations alléguées — Désarmement exigeant la coopération de tous les Etats, notamment les puissances nucléaires — Cour ne pouvant apprécier la position d'un Etat doté d'armes nucléaires sans prendre en considération celles des autres puissances nucléaires — Absence à l'instance des autres puissances nucléaires ayant empêché la Cour d'examiner les demandes des Iles Marshall dans le contexte multilatéral qui les caractérisait — Requête étant irrecevable.

1. Pour la première fois depuis près d'un siècle qu'elle règle les différends entre Etats dans l'enceinte du Palais de la Paix, la Cour « mondiale » (la Cour permanente de Justice internationale, puis la Cour internationale de Justice) a écarté une affaire au motif qu'il n'existait, avant le dépôt de la requête introductive d'instance, aucun différend entre le demandeur et le défendeur¹; elle n'a pas semblé s'intéresser à la question de savoir si pareil différend existe aujourd'hui.

2. Je ne suis pas convaincu par l'approche suivie dans l'arrêt, et ce, en dépit des nombreux renvois à la jurisprudence de la Cour qui y sont contenus. Selon moi, d'autres décisions rendues par celle-ci, ainsi que par sa devancière, ne vont pas dans le même sens, et je regrette donc de ne pouvoir souscrire à la conclusion de la Cour fondée sur l'absence de différend.

¹ Ne sont pas ici prises en compte les demandes en interprétation au sens de l'article 60 du Statut, qui mentionne également, dans sa version anglaise, le terme « dispute » (le texte français se référant à une « contestation ») (voir notamment *Demande d'interprétation de l'arrêt du 20 novembre 1950 en l'affaire du droit d'asile (Colombie c. Pérou)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1950, p. 403). En l'absence de désaccord entre les parties sur le sens et la portée de l'arrêt, il n'y a rien à interpréter (voir *Demande en interprétation de l'arrêt du 31 mars 2004 en l'affaire Avena* et autres ressortissants mexicains (Mexique c. Etats-Unis d'Amérique) (*Mexique c. Etats-Unis d'Amérique*), arrêt, C.I.J. Recueil 2009, p. 17, par. 45). Les demandes en interprétation ne peuvent servir à rechercher une décision de la Cour sur des questions dont elle n'a pas été saisie dans l'instance initiale (voir notamment *Demande en interprétation de l'arrêt du 15 juin 1962 en l'affaire du Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande)* (*Cambodge c. Thaïlande*), arrêt, C.I.J. Recueil 2013, p. 303-304, par. 56).

3. Is it really the case that the Marshall Islands and India did not, by April 2014, have a dispute relating to the latter's compliance with the obligations relating to nuclear disarmament that the Marshall Islands alleges to exist under customary international law, and that they do not have such a dispute now? Do the positions of the Marshall Islands and India on the latter's performance of its alleged obligations coincide?

4. The Marshall Islands in its Application alleges, *inter alia*, that

“India has not fulfilled its obligation under customary international law to pursue in good faith negotiations to cease the nuclear arms race at an early date, and instead is taking actions to improve and expand its nuclear forces and to maintain them for the indefinite future.

Similarly, India has not fulfilled its obligation under customary international law to pursue in good faith negotiations leading to nuclear disarmament in all its aspects under strict and effective international control, in particular by engaging a course of conduct, the quantitative build-up and qualitative improvement of its nuclear forces, contrary to the objective of nuclear disarmament.”

On the basis of these allegations, the Marshall Islands requests the Court to issue a declaratory judgment finding “that India has violated and *continues* to violate its international obligations under customary international law” through various acts and omissions (emphasis added)². The Marshall Islands further requests the Court

“to order India to take all steps necessary to comply with its obligations under customary international law with respect to cessation of the nuclear arms race at an early date and nuclear disarmament within one year of the Judgment, including the pursuit, by initiation if necessary, of negotiations in good faith aimed at the conclusion of a convention on nuclear disarmament in all its aspects under strict and effective international control”.

5. It is a question for the merits whether obligations under customary international law exist in the terms for which the Marshall Islands contends, thus binding also on India. However, India denies the claims made by the Marshall Islands in this case. In its Counter-Memorial, India “assert[ed] that [the Marshall Islands'] position lacks any merit whatsoever”.

² For the full text of the request, see paragraph 11 of the Judgment.

3. Est-il vraiment exact qu'il n'existait, en avril 2014, aucun différend entre les Iles Marshall et l'Inde concernant l'exécution par cette dernière des obligations relatives au désarmement nucléaire qui, selon le demandeur, lui incombent au titre du droit international coutumier? Est-il vraiment exact qu'il n'existe aucun différend entre les Parties aujourd'hui? Celles-ci ont-elles des positions concordantes sur la question de l'exécution par l'Inde des obligations alléguées?

4. Dans leur requête, les Iles Marshall soutenaient notamment que

«[l']Inde, au lieu de s'acquitter de l'obligation que lui impose le droit international coutumier de poursuivre de bonne foi des négociations pour mettre fin à la course aux armements nucléaires à une date rapprochée, cherch[ait] à améliorer et à accroître ses forces nucléaires et à les conserver pour une durée illimitée.

De même, l'Inde a manqué de s'acquitter de l'obligation que lui impose le droit international coutumier de poursuivre de bonne foi des négociations conduisant à un désarmement nucléaire dans tous ses aspects effectué sous un contrôle international strict et efficace, et ce, en particulier, en adoptant une ligne de conduite qui, en visant à accroître et à améliorer ses forces nucléaires, est contraire à l'objectif du désarmement nucléaire.»

Les Iles Marshall priaient la Cour, sur le fondement de ces allégations, de rendre un jugement déclaratoire indiquant que, par un certain nombre d'actes et d'omissions, «l'Inde a[vait] manqué et *continu[ait]* de manquer aux obligations internationales qui lui incombent au regard du droit international coutumier» (les italiques sont de moi)². Elles demandaient également à la Cour

«d'ordonner à l'Inde de prendre toutes les mesures nécessaires pour se conformer, dans un délai d'un an à compter du prononcé de l'arrêt, aux obligations que lui impose le droit international coutumier en ce qui concerne la cessation de la course aux armements nucléaires à une date rapprochée et le désarmement nucléaire, parmi lesquelles celle de mener des négociations de bonne foi, si nécessaire en engageant celles-ci, en vue de conclure une convention relative à un désarmement nucléaire dans tous ses aspects effectué sous un contrôle international strict et efficace».

5. Le point de savoir s'il existe des obligations de droit international coutumier au sens où le demandeur les entend, et qui incombent donc notamment à l'Inde, relève de l'examen au fond. Ce nonobstant, le défendeur contestait les allégations des Iles Marshall en la présente espèce. Dans son contre-mémoire, il avait ainsi «souten[u] que la thèse de la République des Iles Marshall [était] totalement dépourvue de fondement».

² Pour le texte intégral des demandes, voir le paragraphe 11 du présent arrêt.

I. JURISDICTION

6. India has raised essentially four arguments against the Court having jurisdiction over this case, and to the admissibility of the Application. According to the first one of these, “there is no dispute between the Parties”.

7. The Court has concluded that it “does not have jurisdiction under Article 36, paragraph 2, of its Statute” (Judgment, para. 54).

8. It is to be recalled that the basis of jurisdiction relied upon by the Marshall Islands is two declarations under Article 36, paragraph 2, of the Statute of the Court, one deposited by the Marshall Islands on 24 April 2013 and the other by India on 18 September 1974.

9. When analysing issues of jurisdiction, caution has to be taken in relying on different pronouncements of the Court, in particular, depending upon whether the basis invoked is Article 36 (2) declarations or a compromissory clause contained in a treaty. Both declarations and compromissory clauses may set certain preconditions for the seising of the Court. The Court’s jurisprudence has to be viewed in light of the relevant provisions underpinning its jurisdiction in any given case.

10. The Court in the present Judgment (see paragraph 35) recalls its previous view, that when “[i]t has been seised on the basis of declarations made . . . which . . . do not contain any condition relating to prior negotiations to be conducted within a reasonable time” (*Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1998*, p. 322, para. 109), no such negotiations are required prior to the filing of the Application. In the same Judgment, the Court clarified that a State is “not bound to inform [the other State] of its intention to bring proceedings before the Court” (*ibid.*, p. 297, para. 39).

11. India argues that “the primary condition for the exercise of [the Court’s] jurisdiction is that there must be a dispute between the parties”.

12. Although the Court has, on a number of occasions, stated that the existence of a dispute is a condition for its jurisdiction, in my view, it is more properly characterized — as India has asserted — as a condition for the exercise of the Court’s jurisdiction. The jurisdiction of this Court is based on the consent of States. If States make declarations under Article 36 (2) of the Statute “they recognize as compulsory *ipso facto* and without special agreement, in relation to any other State accepting the same obligation, the jurisdiction of the Court in all legal disputes concerning [the matters specified in letters (a) to (d) of that paragraph]”. The Court’s jurisdiction in relation to a State which has made a declaration is established from the moment the declaration is deposited with the Secretary-General of the United Nations, and remains in force as long as it is either not withdrawn or has not lapsed if it has been made for a specified period of time. The Court has explained that

I. COMPÉTENCE

6. Pour l'essentiel, l'Inde avait avancé quatre arguments pour contester la compétence de la Cour et la recevabilité de la requête. Le premier consistait à affirmer qu'«il n'exist[ait] aucun différend entre les Parties».

7. La Cour a conclu qu'elle «n'a[vait] pas compétence en la présente espèce au titre du paragraphe 2 de l'article 36 de son Statut» (arrêt, par. 54).

8. Il y a lieu de rappeler que les Iles Marshall invoquaient, comme base de compétence, les déclarations faites par les Parties en vertu du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut, celle des Iles Marshall ayant été déposée le 24 avril 2013, et celle de l'Inde, le 18 septembre 1974.

9. Lorsqu'elle se penche sur des questions de compétence, la Cour doit faire preuve de prudence avant de s'appuyer sur des conclusions qu'elle a pu formuler par le passé, notamment dans le contexte de déclarations d'acceptation de sa juridiction ou de clauses compromissaires figurant dans des traités, qui peuvent, les unes et les autres, établir certaines conditions préalables à sa saisine. La jurisprudence de la Cour doit donc être examinée à la lumière des dispositions particulières qui fondaient sa compétence dans chaque affaire.

10. Dans le présent arrêt (voir le paragraphe 35), la Cour rappelle la position qu'elle a déjà exprimée, selon laquelle, lorsqu'«[e]lle a été saisie sur la base de déclarations ... qui ne contiennent aucune condition relative à des négociations préalables à mener dans un délai raisonnable» (*Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1998, p. 322, par. 109*), la tenue de pareilles négociations préalables au dépôt de la requête n'est pas requise. La Cour avait précisé, dans cette même décision, que l'Etat n'était pas «tenu d'informer [l'autre] de son intention de [la] saisir» (*ibid.*, p. 297, par. 39).

11. L'Inde a estimé que «la première condition mise à l'exercice de [la] compétence [de la Cour] est qu'il existe un différend entre les parties».

12. Bien que la Cour ait maintes fois déclaré que l'existence d'un différend était une condition pour qu'elle ait compétence, il est, selon moi, plus exact de considérer — avec l'Inde — qu'il s'agit en réalité d'une condition à l'exercice de cette compétence. La compétence de la Cour est fondée sur le consentement des Etats. Lorsqu'ils font une déclaration en vertu du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut, ceux-ci «reconn[ai]ssent] comme obligatoire de plein droit et sans convention spéciale, à l'égard de tout autre Etat acceptant la même obligation, la juridiction de la Cour sur tous les différends d'ordre juridique ayant pour objet [les questions visées aux alinéas a) à d) de ce paragraphe]». La compétence de la Cour à l'égard d'un Etat ayant fait pareille déclaration est donc établie à compter du moment où ladite déclaration est déposée auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, et demeure en vigueur jusqu'à son retrait ou, si elle a été faite pour une durée déterminée, son expiration. La Cour a ainsi confirmé que,

“by the deposit of its Declaration of Acceptance [of the Court’s jurisdiction under Article 36 (2) of the Statute] with the Secretary-General, the accepting State becomes a Party to the system of the Optional Clause in relation to the other declarant States, with all the rights and obligations deriving from Article 36. The *contractual relation* between the Parties and the *compulsory jurisdiction* of the Court resulting therefrom are *established, ‘ipso facto* and without special agreement’, *by the fact of the making of the Declaration.*” (*Right of Passage over Indian Territory (Portugal v. India), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1957*, p. 146; emphasis added.)

The Court further specified that it is on the date when the second declarant State deposits its Declaration of Acceptance “that the consensual bond, which is the basis of the Optional Clause, comes into being between the States concerned” (*ibid.*).

13. Thus, it is not the emergence of a dispute which establishes the Court’s jurisdiction or perfects it. The emergence of a dispute is a necessary condition, in the event that one of the disputing parties which has accepted the Court’s jurisdiction decides to bring an Application instituting proceedings before the Court against another State with an Article 36 declaration in force, for the Court to exercise that jurisdiction. The disappearance of the dispute during the proceedings, either because the parties have reached a settlement or because of intervening circumstances, does not deprive the Court of its jurisdiction. However, the Court in such a situation will not give any judgment on the merits, as there is nothing upon which to decide. It would limit itself either to taking note of the settlement in its Order and directing the Registrar “that the case be removed from the list” (see, e.g., *Passage through the Great Belt (Finland v. Denmark), Order of 10 September 1992, I.C.J. Reports 1992*, pp. 348-349) or concluding that a claim “no longer has any object and that the Court is therefore not called upon to give a decision thereon” (see, e.g., *Nuclear Tests (Australia v. France), Judgment, I.C.J. Reports 1974*, p. 272, para. 62; *Nuclear Tests (New Zealand v. France), Judgment, I.C.J. Reports 1974*, p. 478, para. 65).

14. The function of the Court “is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it” (Article 38, paragraph 1, of the Statute). The Court does so as the principal judicial organ of the United Nations, thus contributing to the achievement of its purposes, one of them being “to bring about by peaceful means, and in conformity with the principles of justice and international law, adjustment or settlement of international disputes” (Article 1, paragraph 1, of the Charter of the United Nations). In order to discharge this function, the dispute must still exist when the Court decides on its merits, provided that it has jurisdiction and the Application is admissible. While the formulation of Article 38, paragraph 1, of the Statute implies that the dispute will already exist when proceedings before the Court are instituted, the phrase about the Court’s function, added to the text of Article 38 at the Conference in

« par le dépôt de sa déclaration d'acceptation [de la juridiction de la Cour au titre du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut] entre les mains du Secrétaire général, l'Etat acceptant dev[enait] partie au système de la disposition facultative à l'égard de tous autres Etats déclarants, avec tous les droits et obligations qui découlent de l'article 36. *Le rapport contractuel* entre les Parties et la *juridiction obligatoire* de la Cour qui en découle sont *établis* « de plein droit et sans convention spéciale » *du fait du dépôt de la déclaration.* » (*Droit de passage sur territoire indien (Portugal c. Inde), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1957*, p. 146; les italiques sont de moi.)

La Cour a également précisé que c'est à la date à laquelle est déposée la déclaration du second Etat que « le lien consensuel qui constitue la base de la disposition facultative prend naissance entre les Etats intéressés » (*ibid.*).

13. La compétence de la Cour ne se trouve donc pas établie ou parachèvement par la naissance d'un différend, laquelle est une condition nécessaire à son exercice, dans l'hypothèse où un Etat ayant accepté la juridiction de la Cour décide d'introduire une instance devant elle contre un autre Etat, lui aussi auteur d'une déclaration en vigueur. La disparition d'un différend en cours de procédure — parce que les parties sont parvenues à un arrangement ou en raison de développements nouveaux — ne prive pas la Cour de sa compétence, mais celle-ci n'a plus, en pareil cas, à se prononcer au fond, aucune question ne restant à trancher. Elle se contente alors de prendre acte, par voie d'ordonnance, de l'arrangement intervenu en demandant au greffier « que l'affaire soit rayée du rôle » (voir notamment *Passage par le Grand-Belt (Finlande c. Danemark), ordonnance du 10 septembre 1992, C.I.J. Recueil 1992*, p. 348-349), ou de conclure que la demande « est désormais sans objet et qu'il n'y a dès lors pas lieu à statuer » (voir notamment *Essais nucléaires (Australie c. France), arrêt, C.I.J. Recueil 1974*, p. 272, par. 62; *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France), arrêt, C.I.J. Recueil 1974*, p. 478, par. 65).

14. La Cour a pour mission « de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis » (paragraphe 1 de l'article 38 du Statut), mission dont elle s'acquitte en sa qualité d'organe judiciaire principal de l'Organisation des Nations Unies, apportant ainsi sa contribution aux buts de l'Organisation, et notamment à celui de « réaliser, par des moyens pacifiques, conformément aux principes de la justice et du droit international, l'ajustement ou le règlement de différends ... de caractère international » (paragraphe 1 de l'article 1 de la Charte des Nations Unies). Elle ne peut effectivement le faire que si le différend entre les parties existe toujours au moment où elle est appelée à se prononcer au fond, et à condition qu'elle ait compétence et que la requête soit recevable. Toutefois, et même si la formulation du paragraphe 1 de l'article 38 implique que le différend existe déjà lorsque l'instance est introduite

San Francisco, was not intended to constitute a condition for the Court's jurisdiction. Article 38 concerns the law to be applied by the Court, while for its jurisdiction — in addition to Articles 34 and 35 — Articles 36 and 37 are particularly relevant. What the Court says in paragraph 39 of its present Judgment should thus be viewed as a mere observation and not as determinative for its jurisdiction.

15. As the Court has stated on a number of occasions the “dispute must *in principle* exist at the time the Application is submitted to the Court” (*Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, Judgment, *I.C.J. Reports 2012 (II)*, p. 442, para. 46, quoting *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation)*, Preliminary Objections, Judgment, *I.C.J. Reports 2011 (I)*, p. 85, para. 30; emphasis added); see also *Alleged Violations of Sovereign Rights and Maritime Spaces in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Colombia)*, Preliminary Objections, Judgment, *I.C.J. Reports 2016 (I)*, p. 61, para. 52; *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*, Preliminary Objections, Judgment, *I.C.J. Reports 2008*, p. 438, para. 80 and pp. 437-438, para. 79, quoting *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia)*, Preliminary Objections, Judgment, *I.C.J. Reports 1996 (II)*, p. 613, para. 26).

16. Despite repeating this general rule (see Judgment, paragraph 39), the Court has, however, adopted rather a very strict requirement that the dispute *must* have existed prior to the filing of the Marshall Islands' Application.

17. In some cases, circumstances will dictate that the dispute must indeed exist as at the date of the Application. Such was the situation in the recent case concerning *Alleged Violations of Sovereign Rights and Maritime Spaces in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Colombia)*, for in that case Colombia's denunciation of the Pact of Bogotá took effect almost immediately after the Application was filed (see *Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2016 (I)*, pp. 13-14, 18-20, paras. 17, 24, 34, 48). As Colombia's acceptance of the jurisdiction of the Court under the Pact had thus been terminated upon the taking effect of its denunciation, Nicaragua could not have subsequently filed an Application and the Court thus considered whether a dispute had previously emerged (*ibid.*, paras. 52 *et seq.*). Likewise, in the *Georgia v. Russia* case, the Court was considering a specific compromissory clause contained in the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination that required that there be a “dispute . . . with respect to the interpretation or application of this Convention, *which is not settled by negotiation or by the procedures expressly provided for in this Convention . . .*” (Article 22, quoted in *Application of the International Convention*

devant la Cour, le membre de phrase relatif à la mission de celle-ci, qui a été ajouté au texte dudit article à la conférence de San Francisco, ne visait pas à énoncer une condition à sa compétence. L'article 38 a en effet pour objet de définir le droit que la Cour est tenue d'appliquer, les dispositions concernant plus particulièrement sa compétence étant — outre les articles 34 et 35 — les articles 36 et 37. Ce qui est indiqué au paragraphe 39 du présent arrêt doit donc être considéré comme une simple observation de la Cour, et non comme un élément déterminant aux fins d'établir sa compétence.

15. Ainsi que la Cour l'a souligné à plusieurs reprises, «*[e]n principe, le différend doit exister au moment où la requête [lui] est soumise*» (*Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012 (II), p. 442, par. 46, citant *Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2011 (I), p. 85, par. 30; les italiques sont de moi); voir également *Violations alléguées de droits souverains et d'espaces maritimes dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Colombie)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2016 (I), p. 27, par. 52; *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2008, p. 437-438, par. 79-80, citant *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1996 (II), p. 613, par. 26).

16. Bien qu'ayant rappelé cette règle générale (voir arrêt, par. 39), la Cour a choisi d'adopter un critère très strict, estimant que le différend *devait* avoir existé avant le dépôt de la requête par les Iles Marshall.

17. Dans certaines circonstances, le différend doit effectivement exister à la date à laquelle la requête est déposée. Tel était par exemple le cas dans la récente affaire relative aux *Violations alléguées de droits souverains et d'espaces maritimes dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Colombie)*, puisque la dénonciation du pacte de Bogotá par la Colombie avait pris effet presque immédiatement après le dépôt de la requête (voir *exceptions préliminaires*, arrêt, C.I.J. Recueil 2016 (I), p. 49-50, par. 17, p. 52-53, par. 24, p. 56, par. 34, et p. 60, par. 48). L'acceptation par la Colombie de la juridiction de la Cour au titre du pacte ayant expiré dès la prise d'effet de ladite dénonciation, le Nicaragua ne pouvait plus, après cela, introduire une instance contre cet Etat, et la Cour a donc recherché si un différend s'était fait jour antérieurement (*ibid.*, par. 52 et suiv.). De la même manière, en l'affaire *Géorgie c. Fédération de Russie*, la Cour a été amenée à examiner une clause compromissoire particulière contenue dans la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, qui exigeait qu'il existât un «*différend ... touchant l'interprétation ou l'application de la ... Convention qui n'aura[it] pas été réglé par voie de négociation ou au moyen des procédures expressément prévues par ladite Convention...*» (art. 22, cité dans

on the *Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation)*, *Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2011 (I)*, p. 81, para. 20; emphasis added). There thus had to be a dispute that “is not settled by negotiation”, a requirement which the Court characterized as among the “preconditions to be fulfilled before the seisin of the Court” (*ibid.*, p. 128, para. 141). If a compromissory clause requires prior negotiations before filing the Application as one of the “preconditions” for seising the Court, logically the dispute should have arisen prior to instituting the proceedings before the Court. Moreover, the dispute and the required negotiations should have been related to the subject-matter of the Convention which contains the compromissory clause — racial discrimination in the *Georgia v. Russia* case. Any kind of bilateral political talks would not satisfy that requirement. The Judgment in *Georgia v. Russia* should be viewed in this light. Therefore, I cannot agree with the view of those who consider that it indicates the beginning of a more formalistic approach to the existence of a dispute in the Court’s jurisprudence.

18. Where there are no circumstances requiring that the dispute exist by a particular date, the Court has been rather more flexible in not limiting itself only to the period prior to the filing of the Application in order to ascertain whether a dispute existed between the parties before it.

19. In the *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia)* case, that Court, when “verify[ing] whether there [was] a dispute between the Parties that falls within the scope of [the] provision [of Article IX of the Convention]” (*Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1996 (II)*, p. 614, para. 27), observed that

“[w]hile Yugoslavia has refrained from filing a Counter-Memorial on the merits and has raised preliminary objections, it has nevertheless wholly *denied* all of Bosnia and Herzegovina’s *allegations*, whether at the *stage of proceedings relating to the requests for the indication of provisional measures*, or at the *stage of the present proceedings relating to those objections*” (*ibid.*, para. 28; emphasis added).

Manifestly, a very serious military conflict in Bosnia and Herzegovina had been going on already for a year prior to the filing of the Application on 20 March 1993. The war on the territory of Bosnia and Herzegovina broke out shortly after its declaration of independence on 6 March 1992. The Court, however, did not inquire whether any allegation or claim of a breach of the obligations under the Genocide Convention had been made prior to the submission of the case to the Court. It limited itself to noting that “the principal requests submitted by Bosnia and Herzegovina are for the Court to adjudge and declare that Yugoslavia has in several ways violated the Genocide Convention” (*ibid.*) and then noting, in the passage quoted above, the denial of these allegations by the Respondent in

Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2011 (I), p. 81, par. 20; les italiques sont de moi). Il devait donc exister un différend qui n'eût «pas été réglé par voie de négociation», exigence dont la Cour a estimé qu'elle faisait partie des «conditions préalables auxquelles il d[evait] être satisfait avant toute saisine de la Cour» (*ibid.*, p. 128, par. 141). Lorsqu'une clause compromissoire impose, parmi les «conditions préalables» à la saisine de la Cour, que des négociations soient menées avant le dépôt de la requête, le différend doit logiquement s'être fait jour avant l'introduction de l'instance. De surcroît, le différend et les négociations ainsi prescrites doivent porter sur l'objet de la convention dans laquelle figure ladite clause compromissoire — soit, dans le cas de l'affaire *Géorgie c. Fédération de Russie*, celle relative à la discrimination raciale —, condition à laquelle il ne saurait être satisfait par n'importe quel type de discussions politiques bilatérales. L'arrêt *Géorgie c. Fédération de Russie* doit donc être analysé à la lumière de ce qui précède, et je ne partage pas l'idée selon laquelle cette décision aurait marqué l'apparition, dans la jurisprudence de la Cour, d'une approche plus formaliste quant à la question de l'existence d'un différend.

18. Quand aucune circonstance ne requerrait qu'un différend ait existé entre les parties à une date particulière, la Cour a en revanche fait preuve de souplesse à cet égard en ne limitant pas son examen à la période antérieure au dépôt de la requête.

19. En l'affaire relative à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie)*, la Cour, amenée à «vérifier s'il exist[ait] entre les Parties un différend entrant dans les prévisions de [l'article IX de la convention]» (*exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1996 (II)*), p. 614, par. 27), a ainsi relevé ce qui suit :

«[s]i la Yougoslavie s'est abstenue de déposer un contre-mémoire au fond et a soulevé des exceptions préliminaires, elle n'en a pas moins globalement *rejeté* toutes les *allégations* de la Bosnie-Herzégovine, que ce soit *au stade des procédures afférentes aux demandes en indication de mesures conservatoires, ou au stade de la présente procédure relative auxdites exceptions*» (*ibid.*, par. 28; les italiques sont de moi).

Il était manifeste que, lorsque la requête avait été déposée le 20 mars 1993, un très grave conflit militaire faisait déjà rage depuis un an en Bosnie-Herzégovine, la guerre ayant éclaté sur son territoire peu de temps après sa déclaration d'indépendance le 6 mars 1992. La Cour n'a cependant pas recherché si le demandeur avait formulé quelque allégation ou prétention fondée sur un manquement aux obligations découlant de la convention avant l'introduction de l'instance. Elle s'est contentée de relever que «les demandes présentées à titre principal par la Bosnie-Herzégovine tend[aient] à ce qu'elle dise et juge que la Yougoslavie a[avait] violé de diverses façons la convention sur le génocide» (*ibid.*), avant de constater, dans le passage précité, que le défendeur avait rejeté ces allégations au

the course of the proceedings before the Court. The Court did not refer to a denial of such allegations prior to its seisin by the Applicant.

20. Moreover, from an early period of its adjudication the World Court has shown a reasonable amount of flexibility, not being overly formalistic, when it comes to the timing at which jurisdictional requirements are to be met (see similarly *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*, *Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2008*, p. 438, para. 81).

21. In a case decided in 1925, the Respondent argued, *inter alia*, “that the Court has no jurisdiction because the existence of a difference of opinion in regard to the construction and application of the Geneva Convention had not been established *before* the filing of the Application” (*Certain German Interests in Polish Upper Silesia, Jurisdiction, Judgment No. 6, 1925, P.C.I.J., Series A, No. 6*, p. 13; emphasis added). The Court looked at the compromissory clause, and noticed that it “does not stipulate that diplomatic negotiations must first of all be tried” and that under that clause “recourse may be had to the Court as soon as one of the Parties considers that a difference of opinion arising out of the construction and application of [certain Articles of the Convention] exists” (*ibid.*, p. 14). In dismissing the objection the Court made a pronouncement which, in my view, is clearly apposite to the case at hand. It said:

“Now a difference of opinion does exist as soon as one of the Governments concerned points out that the attitude adopted by the other conflicts with its own views. Even if, under [the compromissory clause], the existence of a definite dispute were necessary, this condition could at any time be fulfilled by means of unilateral action on the part of the applicant Party. And the Court cannot allow itself to be hampered by a mere defect of form, the removal of which depends solely on the Party concerned.” (*Ibid.*)³

22. This dictum originated from the principle which the Permanent Court had enunciated a year earlier, in 1924, in the *Mavrommatis Palestine Concessions* case (see *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia)*, *Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1996 (II)*, p. 613, para. 26). In response to an argument that the proceedings were not validly instituted because “the application was filed before [the relevant protocol] had become applicable”, the Permanent Court stated:

“Even if the grounds on which the institution of proceedings was based were defective for the reason stated, this would not be an ade-

³ The force of this statement is strengthened by the fact that it seems all elected judges were in agreement with it; only a “National Judge”, as judges *ad hoc* were at that time designated, chosen by the Respondent, dissented.

cours de la procédure, sans faire aucune mention d'un rejet antérieur à sa saisine par le demandeur.

20. Par ailleurs, s'agissant de la date à laquelle il doit être satisfait aux conditions de sa compétence, la Cour mondiale a, depuis ses premières années d'existence, toujours fait preuve d'une relative souplesse, s'abstenant de tout formalisme excessif (sur ce point, voir *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2008*, p. 438, par. 81).

21. Dans une affaire tranchée en 1925, le défendeur avait notamment allégué que «[l]a Cour n[était] pas compétente parce qu'une divergence de vues au sujet de l'interprétation et de l'application de la convention de Genève n[avait] pas été constatée avant l'introduction de la requête» (*Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise, compétence, arrêt n° 6, 1925, C.P.J.I. série A, n° 6*, p. 13; les italiques sont de moi). La Cour permanente a toutefois relevé que la clause compromissoire «ne pos[ait] pas la condition de négociations diplomatiques qui devraient être tentées en première ligne», et que, en vertu de cette clause, «[elle] p[ouvait] être saisie ... aussitôt que l'une des Parties estim[ait] qu'il y a[vait] divergence d'opinion résultant de l'interprétation et de l'application de [certaines dispositions de la convention]» (*ibid.*, p. 14). Rejetant l'exception qui lui était soumise, la Cour a fait un prononcé qui, selon moi, est clairement pertinent aux fins de la présente espèce. Il se lit comme suit :

«Or, une divergence d'opinion se manifeste dès qu'un des gouvernements en cause constate que l'attitude observée par l'autre est contraire à la manière de voir du premier. Même si la nécessité d'une contestation formelle ressortait de [la clause compromissoire], cette condition pourrait être à tout moment remplie par un acte unilatéral de la Partie demanderesse. La Cour ne pourrait s'arrêter à un défaut de forme qu'il dépendrait de la seule Partie intéressée de faire disparaître.» (*Ibid.*)³

22. Ce *dictum* trouvait son origine dans le principe que la Cour permanente avait énoncé un an auparavant, en 1924, en l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine* (voir *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1996 (II)*, p. 613, par. 26). Examinant un argument suivant lequel la requête introductive d'instance n'était pas valide au motif «qu'elle [était] antérieure à l'époque où le [protocole invoqué] [était] devenu applicable», la Cour permanente avait souligné ceci :

«Même si la base de l'introduction d'instance était défectueuse pour la raison mentionnée, ce ne serait pas une raison suffisante pour

³ Cet énoncé a d'autant plus de force qu'il reflétait, semble-t-il, un consensus de l'ensemble des membres élus de la Cour ; seul un «juge national», ainsi qu'étaient alors désignés les juges *ad hoc*, choisi par le défendeur, s'y était opposé.

quate reason for the dismissal of the applicant's suit. The Court, whose jurisdiction is international, is not bound to attach to matters of form the same degree of importance which they might possess in municipal law. Even, therefore, if the application were premature because the Treaty of Lausanne had not yet been ratified, this circumstance would now be covered by the subsequent deposit of the necessary ratifications." (*Mavrommatis Palestine Concessions, Judgment No. 2, 1924, P.C.I.J., Series A, No. 2, p. 34.*)

23. The Court applied this principle in *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1996 (II)*, pp. 613-614, para. 26. As the Court there observed (*ibid.*), it also did so in *Northern Cameroons (Cameroon v. United Kingdom), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1963*, p. 28, and in *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1984*, pp. 428-429, para. 83. Indeed, in the former Judgment, the Court highlighted that "the Court, like its predecessor, the Permanent Court of International Justice, has *always* had recourse to the principle according to which it should not penalize a defect in a procedural act which the applicant could easily remedy" (*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1996 (II)*, p. 613, para. 26; emphasis added).

24. More recently, the Court invoked this principle in 2008 in the case concerning the *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2008*, p. 412. The Court "emphasized that a State which decides to bring proceedings before the Court should carefully ascertain that all the requisite conditions for the jurisdiction of the Court have been met at the time proceedings are instituted" (*ibid.*, p. 438, para. 80). Nonetheless, the Court went on that it "has also shown realism and flexibility in certain situations in which the conditions governing the Court's jurisdiction were not fully satisfied when proceedings were initiated but were subsequently satisfied" (*ibid.*, p. 438, para. 81). It referred (*ibid.*, p. 439, para. 82) to the principle outlined in the *Mavrommatis* case, noted above, whereby the Court "is not bound to attach to matters of form the same degree of importance which they might possess in municipal law". The Court concluded that

"What matters is that, at the latest by the date when the Court decides on its jurisdiction, the applicant must be entitled, if it so wishes, to bring fresh proceedings in which the initially unmet condition would be fulfilled. In such a situation, it is not in the interests of the sound

débouter le demandeur de sa requête. La Cour, exerçant une juridiction internationale, n'est pas tenue d'attacher à des considérations de forme la même importance qu'elles pourraient avoir dans le droit interne. Dans ces conditions, même si l'introduction avait été prématurée, parce que le Traité de Lausanne n'était pas encore ratifié, ce fait aurait été couvert par le dépôt ultérieur des ratifications requises. » (*Concessions Mavrommatis en Palestine, arrêt n° 2, 1924, C.P.J.I. série A n° 2, p. 34.*)

23. La Cour internationale de Justice a appliqué ce principe dans l'arrêt qu'elle a rendu au stade des exceptions préliminaires en l'affaire relative à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie)* (*C.I.J. Recueil 1996 (II)*), p. 613-614, par. 26), relevant (*ibid.*) qu'elle en avait fait de même dans son arrêt sur les exceptions préliminaires en l'affaire du *Cameroun septentrional (Cameroun c. Royaume-Uni)* (*C.I.J. Recueil 1963*, p. 28), ainsi que dans son arrêt sur la compétence et la recevabilité en l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)* (*C.I.J. Recueil 1984*, p. 428-429, par. 83). Dans le premier arrêt susmentionné, la Cour a ainsi rappelé que, « comme sa devancière, la Cour permanente de Justice internationale, [elle] a [avait] toujours eu recours au principe selon lequel elle ne d[evait] pas sanctionner un défaut qui affecterait un acte de procédure et auquel la partie requérante pourrait aisément porter remède » (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1996 (II)*), p. 613, par. 26; les italiques sont de moi).

24. Plus récemment, la Cour a invoqué ce même principe en 2008, dans l'arrêt qu'elle a rendu au stade des exceptions préliminaires en l'affaire relative à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)* (*C.I.J. Recueil 2008*, p. 412). Après avoir « soulign[é] qu'un Etat qui décide de saisir la Cour d[evait] vérifier avec attention que toutes les conditions nécessaires à la compétence de celle-ci sont remplies à la date à laquelle l'instance est introduite » (*ibid.*, p. 438, par. 80), elle a néanmoins relevé qu'elle « a [avait] aussi fait preuve de réalisme et de souplesse dans certaines hypothèses où les conditions de [s]a compétence ... n'étaient pas toutes remplies à la date de l'introduction de l'instance, mais l'avaient été postérieurement » (*ibid.*, p. 438, par. 81). Se référant (*ibid.*, p. 439, par. 82) au principe précité qui avait été énoncé en l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine* — selon lequel la Cour « n'est pas tenue d'attacher à des considérations de forme la même importance qu'elles pourraient avoir dans le droit interne » —, elle a conclu que

« ce qui import[ait], c'[était] que, au plus tard à la date à laquelle la Cour statu[ait] sur sa compétence, le demandeur [fût] en droit, s'il le souhait[ait], d'introduire une nouvelle instance dans le cadre de laquelle la condition qui faisait initialement défaut serait remplie. En

administration of justice to compel the applicant to begin the proceedings anew — or to initiate fresh proceedings — and it is preferable, except in special circumstances, to conclude that the condition has, from that point on, been fulfilled.” (*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*, *Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2008*, p. 441, para. 85.)

It explained the rationale behind the principle as follows:

“it is concern for judicial economy, an element of the requirements of the sound administration of justice, which justifies application of the jurisprudence deriving from the *Mavrommatis* Judgment in appropriate cases. The purpose of this jurisprudence is to prevent the needless proliferation of proceedings.” (*Ibid.*, p. 443, para. 89.)

25. If the existence of a dispute is considered necessary for the Court’s jurisdiction (as stated above in paragraph 12, I consider it rather a condition for the exercise of the Court’s jurisdiction), there is no compelling reason why the principle cannot be applied to such a condition. As I have already outlined, that was the position taken in the *Certain German Interests* case, which was cited by the Court in the more recent *Croatia v. Serbia* case (see *ibid.*, p. 439, para. 82). Indeed, the Court in the latter case highlighted that “it is of no importance which condition was unmet at the date the proceedings were instituted, and thereby prevented the Court at that time from exercising its jurisdiction, once it has been fulfilled subsequently” (*ibid.*, p. 442, para. 87).

26. This is, as I understand it, the jurisprudence of the Court on the conditions to be met for its jurisdiction — not excessively formalistic, but rather reasonable, allowing it to exercise its function to resolve disputes between States brought before it. I cannot agree with the view that the Judgment in *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)* (*I.C.J. Reports 2012 (II)*, p. 422) represents a departure in the Court’s jurisprudence. That case was about the failure of Senegal to bring to justice Hissène Habré to account for acts committed during his rule as President of Chad. In the diplomatic exchanges prior to bringing the matter before the Court, Belgium always argued in terms of obligations under the Convention against Torture (*ibid.*, pp. 444-445, para. 54). It was only in the Application instituting proceedings that the alleged crimes against humanity under customary international law were mentioned. The Court concluded that there existed a dispute in regard to “the interpretation and application of Articles 6, paragraph 2, and 7, paragraph 1, of the Convention” (*ibid.*, p. 444, para. 52), but that it “did not relate to breaches of obligations under customary international law” (*ibid.*, p. 445, para. 55). The Court knew that it thus had jurisdiction, under the compromissory clause contained in Article 30, paragraph 1, of the Convention against Torture, to deal with the matter brought before

pareil cas, cela ne servirait pas l'intérêt d'une bonne administration de la justice d'obliger le demandeur à recommencer la procédure — ou à en commencer une nouvelle — et il est préférable, sauf circonstances spéciales, de constater que la condition est désormais remplie.» (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2008*, p. 441, par. 85.)

Pour expliquer la logique sous-tendant ce principe, la Cour a précisé que

«c'[était] le souci d'économie de procédure, qui est une composante des exigences de bonne administration de la justice, qui justifiait, dans les cas appropriés, l'application de la jurisprudence issue de l'arrêt *Mavrommatis*. Cette jurisprudence vise à éviter la multiplication inutile des procédures.» (*Ibid.*, p. 443, par. 89.)

25. Si l'on considère que l'existence d'un différend est une condition nécessaire à la compétence de Cour (ou plutôt, selon moi, à l'exercice de cette compétence, ainsi que je l'ai précisé au paragraphe 12 ci-dessus), aucune raison impérieuse ne fait obstacle à ce que le principe en question soit appliqué à cette condition. Telle est, comme je l'ai déjà exposé, la position qui fut adoptée en l'affaire relative à *Certains intérêts allemands*, à laquelle la Cour s'est référée dans une affaire plus récente, celle qui a opposé la Croatie à la Serbie (voir *ibid.*, p. 439, par. 82), soulignant, de fait, que «peu import[ait] la condition qui, à la date d'introduction de l'instance, faisait défaut, empêchant ainsi la Cour, à ce moment-là, d'exercer sa compétence, dès lors qu'elle a[vait] été remplie par la suite» (*ibid.*, p. 442, par. 87).

26. A mon sens, la jurisprudence de la Cour relative aux conditions auxquelles il doit être satisfait pour que celle-ci ait compétence appelle donc une approche raisonnable, sans formalisme excessif, qui lui permette d'exercer sa mission consistant à régler les différends que lui soumettent les Etats. Je ne puis souscrire à l'idée selon laquelle, dans l'arrêt qu'elle a rendu en l'affaire relative à des *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal) (C.I.J. Recueil 2012 (II))*, p. 422), la Cour s'en serait écartée. Dans cette affaire, il était reproché au Sénégal de n'avoir pas traduit M. Hissène Habré en justice pour qu'il réponde de certains actes commis alors qu'il était président du Tchad. Dans les échanges diplomatiques antérieurs à l'introduction de l'instance devant la Cour, la Belgique avait toujours invoqué des obligations découlant de la convention contre la torture (*ibid.*, p. 444-445, par. 54). Ce n'est que dans la requête qu'avaient été formulées des allégations de crimes contre l'humanité au titre du droit international coutumier. Dans son arrêt, la Cour a conclu qu'il existait un différend concernant «l'interprétation et l'application de l'article 6, paragraphe 2, et de l'article 7, paragraphe 1, de la convention» (*ibid.*, p. 444, par. 52), mais que ce différend «n'était pas relatif à des manquements à des obligations relevant du droit international coutumier» (*ibid.*, p. 445, par. 55). Elle savait qu'elle avait ainsi compétence au titre de la clause compromissoire figurant

it, and it could thus resolve the dispute. It was clear that Belgium would not contemplate re-submitting to the Court a dispute relating to obligations under customary international law. In fact, Belgium welcomed the Judgment and was among those States which, in addition to the African Union and the European Union, assisted Senegal — in particular financially — to comply with the Judgment. Senegal is to be commended for the measures it has taken in the implementation of its obligations. It charged Hissène Habré, who was found guilty of, *inter alia*, torture by a Judgment rendered on 30 May 2016 and sentenced to life imprisonment. The victims finally, after more than a quarter of a century, have seen justice delivered. In light of these facts, the Court's Judgment in *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)* should rather be seen as wise and not overly formalistic. The Court was certainly prudent not to foreclose any future developments in respect of obligations of States that might exist under customary international law to prosecute perpetrators of alleged crimes against humanity.

27. It is true that the Marshall Islands had, for some time, not taken a particularly active position on nuclear disarmament in multilateral fora, including in its voting until 2012 in the United Nations on these issues, for reasons which do not need elaboration. However, as it appears from the record, the Marshall Islands has, since at least 2013, revisited its position and voiced its dissatisfaction about the compliance, or rather lack thereof, with obligations related to nuclear disarmament alleged to exist under, *inter alia*, customary international law by nuclear powers, among them India. In September 2013, its Foreign Minister diplomatically “urge[d] all nuclear weapons states to intensify efforts to address their responsibilities in moving towards an effective and secure disarmament” (see Judgment, paragraph 46; emphasis added). I do not take issue with the Court's analysis of this statement, although it does indicate a shift in the Marshall Islands' approach.

28. In February 2014, the Marshall Islands, while renewing its call to all nuclear powers made in the United Nations in September 2013, expressed its views more openly, asserting that “States possessing nuclear arsenals are failing to fulfil their legal obligations” regarding “multilateral negotiations on achieving and sustaining a world free of nuclear weapons [which] are long overdue” (Judgment, para. 26). The allegation is made against all nuclear-weapon States, without exception. This has been subsequently confirmed by the fact that the Marshall Islands filed, on 24 April 2014, nine Applications against the nine States which are known or believed to possess nuclear weapons. India did participate at that Conference in Nayarit. No doubt, the Marshall Islands' assertion was aimed at all nuclear States, including India.

au paragraphe 1 de l'article 30 de la convention contre la torture pour connaître de l'instance introduite devant elle et pouvait, en conséquence, régler le différend. Il était évident que la Belgique n'envisagerait pas de la saisir à nouveau au sujet d'obligations découlant du droit international coutumier; de fait, le demandeur s'est félicité de l'arrêt et a fait partie des Etats qui ont, aux côtés de l'Union africaine et de l'Union européenne, apporté leur concours — notamment financier — pour aider le Sénégal à s'y conformer. Déployant de louables efforts à cet effet, ce dernier a inculpé M. Habré, qui, par une décision rendue le 30 mai 2016, a été notamment reconnu coupable de torture et condamné à une peine d'emprisonnement à perpétuité. Plus d'un quart de siècle après les faits, les victimes ont ainsi enfin obtenu que justice leur soit rendue. Au vu de ce qui précède, l'arrêt de la Cour en l'affaire relative à des *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)* se caractérise donc par sa sagesse, et non par un formalisme excessif. La Cour a assurément fait preuve de prudence en n'excluant aucune évolution future en ce qui concerne les obligations de droit international coutumier susceptibles de prescrire aux Etats de poursuivre les auteurs présumés de crimes contre l'humanité.

27. Il est vrai que, pendant un certain temps, les Iles Marshall ne se sont pas montrées particulièrement actives, dans les enceintes multilatérales, sur la question du désarmement nucléaire, notamment — pour des raisons qu'il n'y a pas lieu d'explicitier — par les votes qu'elles ont exprimés à cet égard au sein de l'Organisation des Nations Unies jusqu'en 2012. Il ressort toutefois du dossier de l'affaire qu'elles ont, au moins depuis 2013, revu leur position et manifesté leur mécontentement quant à l'exécution — ou plutôt l'inexécution — de certaines obligations relatives au désarmement nucléaire qui, selon elles, incombent aux puissances nucléaires, dont l'Inde, notamment au titre du droit international coutumier. Ainsi, au mois de septembre 2013, leur ministre des affaires étrangères a, en des termes diplomatiques, «appel[é] instamment *toutes* les puissances nucléaires [à] intensifier leurs efforts pour assumer leurs responsabilités en vue d'un désarmement effectif réalisé en toute sécurité» (voir arrêt, par. 46; les italiques sont de moi). Quoique je ne conteste pas l'analyse qu'en fait la Cour, cette déclaration indique bien un changement dans la position des Iles Marshall.

28. En février 2014, tout en réitérant l'appel qu'elles avaient lancé à la tribune de l'Organisation des Nations Unies en septembre 2013 à l'intention de toutes les puissances nucléaires, les Iles Marshall ont affirmé, de manière plus directe, que «les Etats possédant un arsenal nucléaire ne respect[aient] pas leurs obligations» quant aux «négociations multilatérales visant à créer et à maintenir un monde dépourvu d'armes nucléaires [qui] auraient dû être engagées depuis longtemps» (arrêt, par. 26). Cette accusation visait toutes les puissances nucléaires, sans exception, comme l'a ensuite confirmé le dépôt, par les Iles Marshall, le 24 avril 2014, de neuf requêtes contre les neuf Etats possédant ou supposés posséder pareilles armes. L'Inde participait à cette conférence, qui s'est tenue à Nayarit, et l'allégation des Iles Marshall visait incontestablement toutes les puissances nucléaires, dont le défendeur.

29. In my view, a State is not required, under international law, to give notice to another State of its intention to institute proceedings before the Court. A State can formulate its claim in the Application seising the Court if it believes that it has a dispute with another State, or considers that the other State is in breach of international obligations owed to the Applicant. To require a State to give prior notice may entail, in the present optional clause system of the Court's compulsory jurisdiction, a risk that the Court will be deprived of its jurisdiction prior to receiving an Application instituting proceedings. A number of declarations made under Article 36, paragraph 2, of the Court's Statute may be modified or withdrawn with immediate effect by simple notification to the Secretary-General of the United Nations. And it is not unknown that some declarations have been modified in the past, including recently, in order to prevent another State from bringing before the Court a particular dispute or a particular category of disputes.

30. The proceedings before the Court in this case have clarified that there is a dispute between the Marshall Islands and India about the latter's performance of obligations related to nuclear disarmament and alleged to exist under customary international law. Therefore, in my view, the conclusion that the Court has no jurisdiction in the absence of a dispute is not justified in the case at hand. In order to affirm its jurisdiction the Court would have to deal with the other arguments of India against its having jurisdiction. The Court did not consider it necessary to proceed that way in light of the conclusion it reached.

II. ADMISSIBILITY

31. Assuming that all of the arguments raised by India against the Court's having jurisdiction were to be rejected, the Court would proceed to the merits, provided that the Application and the claims formulated therein are admissible. In my view, however, the nature of the obligations said to exist under customary international law in the field of nuclear disarmament which are relied upon in this case renders the Application inadmissible under the present, rather unsatisfactory, system of the Court's jurisdiction.

32. The Marshall Islands does not invoke, in this case, the provisions of the 1968 Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons (hereinafter the "NPT"), as India is not a party thereto. Nonetheless, the obligations that it alleges to exist under customary international law are in similar terms to Article VI thereof.

33. Article VI of the NPT reads as follows:

"Each of the Parties to the Treaty undertakes to pursue negotiations in good faith on effective measures relating to cessation of the nuclear arms race at an early date and to nuclear disarmament, and on a treaty on general and complete disarmament under strict and effective international control."

29. A mon sens, un Etat n'est pas tenu, en droit international, d'informer un autre Etat de son intention d'introduire contre lui une instance devant la Cour, et peut formuler ses griefs dans la requête, s'il estime qu'un différend l'oppose à cet autre Etat ou que celui-ci manque à des obligations internationales qui lui sont dues. Dans le système actuel de la clause facultative, imposer pareille obligation de notification préalable risquerait de priver la Cour de sa compétence avant qu'une requête ne lui soit soumise. Les déclarations faites en vertu du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut sont souvent assorties d'une possibilité de retrait ou de modification avec effet immédiat par simple notification au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, et l'on sait bien que certains Etats ont, y compris tout récemment, modifié leur déclaration pour empêcher tout autre Etat de saisir la Cour d'un différend particulier ou d'une catégorie particulière de différends.

30. La présente instance a clairement révélé qu'un différend existait entre les Parties concernant l'exécution, par l'Inde, de certaines obligations relatives au désarmement nucléaire, qui, selon les Iles Marshall, lui incombent au titre du droit international coutumier. Je suis donc d'avis que la conclusion selon laquelle la Cour n'avait pas compétence au motif qu'il n'existait pas de différend n'était pas justifiée. Pour se déclarer compétente, la Cour aurait toutefois eu à examiner les autres exceptions d'incompétence soulevées par l'Inde. Compte tenu de la conclusion à laquelle elle était parvenue, elle n'a pas jugé nécessaire de le faire.

II. RECEVABILITÉ

31. A supposer que tous les arguments avancés par l'Inde pour contester la compétence de la Cour aient été rejetés, celle-ci aurait procédé à l'examen de l'affaire au fond, à condition que la requête et les demandes qui y étaient formulées soient recevables. Or, je suis d'avis que, dans le système peu satisfaisant qui régit aujourd'hui la compétence de la Cour, la requête des Iles Marshall était irrecevable, et ce, en raison de la nature des obligations de droit international coutumier qui, selon le demandeur, existent dans le domaine du désarmement nucléaire.

32. Si, dans la présente affaire, les Iles Marshall n'invoquaient pas les dispositions du traité de 1968 sur la non-prolifération des armes nucléaires (ci-après, le «TNP»), puisque l'Inde n'y est pas partie, les obligations qui, selon le demandeur, découlent du droit international coutumier vont dans le même sens que l'article VI de cet instrument.

33. L'article VI du TNP se lit comme suit :

«Chacune des Parties au Traité s'engage à poursuivre de bonne foi des négociations sur des mesures efficaces relatives à la cessation de la course aux armements nucléaires à une date rapprochée et au désarmement nucléaire, et sur un traité de désarmement général et complet sous un contrôle international strict et efficace.»

34. The Court in its advisory opinion analysed this provision and expressed its view in the following terms:

“The legal import of that obligation goes beyond that of a mere obligation of conduct; the obligation involved here is an obligation to achieve a precise result — nuclear disarmament in all its aspects — by adopting a particular course of conduct, namely, the pursuit of negotiations on the matter in good faith.” (*Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996 (I)*, p. 264, para. 99.)

The Court characterized the obligation as “twofold” — as an “obligation to pursue and to conclude negotiations” (*ibid.*, para. 100). It emphasized that “any realistic search for general and complete disarmament, especially nuclear disarmament, necessitates the co-operation of all States” (*ibid.*).

35. Indeed, “disarmament treaties or treaties prohibiting the use of particular weapons” have been regarded as an instance of the kind of treaty, “the objective of which can only be achieved through the interdependent performance of obligations by all parties”⁴. One respected scholar, and now international judge, observes in this respect:

“It is clear . . . in the context of a disarmament treaty, that each State reduces its military power because and to the extent that the other parties do likewise. Non-performance, or material breach, of the treaty by one of its parties would threaten the often fragile military balance brought by the agreement.”⁵

In other words, the performance of the obligation by a State is conditional on the performance of the same obligation by the other States⁶. If customary obligations were found to exist in the terms for which the

⁴ Bruno Simma and Christian J. Tams, “1969 Vienna Convention, Article 60: Termination or suspension of the operation of a treaty as a consequence of its breach”, in Olivier Corten and Pierre Klein (eds.), *The Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, Vol. II, Oxford University Press, 2011, p. 1365. See also *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, Vol. II, Part Two, p. 119, paragraph 13 of the commentary to Article 42, or James Crawford, *The International Law Commission’s Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge University Press, 2002, p. 259.

⁵ Linos-Alexander Sicilianos, “The Classification of Obligations and the Multilateral Dimension of the Relations of International Responsibility” (2002) 13, (5) *European Journal of International Law* 1127, p. 1134.

⁶ The nature of the obligation is well described in the commentary to the Articles on State Responsibility as referring to an obligation “where each party’s performance is effectively conditioned upon and requires the performance of each of the others”: *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, Vol. II, Part Two, p. 119, paragraph 13 of the commentary to Article 42; see also James Crawford, *The International Law Commission’s Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge University Press, 2002, p. 259.

34. Lorsqu'elle a analysé cette disposition dans son avis consultatif, la Cour a formulé ses vues comme suit :

«La portée juridique de l'obligation considérée dépasse celle d'une simple obligation de comportement ; l'obligation en cause ici est celle de parvenir à un résultat précis — le désarmement nucléaire dans tous ses aspects — par l'adoption d'un comportement déterminé, à savoir la poursuite de bonne foi de négociations en la matière.» (*Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996 (I)*, p. 264, par. 99.)

La Cour a estimé qu'était en jeu une «double obligation» — celle «de négocier et de conclure» (*ibid.*, par. 100) —, soulignant que «toute recherche réaliste d'un désarmement général et complet, en particulier nucléaire, nécessit[ait] la coopération de tous les Etats» (*ibid.*).

35. De fait, les «traités portant sur le désarmement ou interdisant l'emploi d'armes particulières» ont été considérés comme des exemples de traités «dont l'objectif ne peut être réalisé que par l'exécution, par toutes les parties et de manière interdépendante, des obligations qui y sont énoncées»⁴. A cet égard, un éminent auteur, devenu juge international, a relevé ce qui suit :

«Il est évident ... dans le cadre d'un traité sur le désarmement, que chacun des Etats parties ne réduit sa puissance militaire que parce que les autres le font également, et qu'il le fait dans la même proportion. Toute inexécution ou violation grave du traité par l'une des parties menacerait l'équilibre militaire souvent fragile établi par cet instrument.»⁵

Autrement dit, l'exécution d'une obligation par un Etat dépend de l'exécution de cette même obligation par les autres Etats⁶. Si l'existence d'obligations coutumières telles qu'alléguées par les Iles Marshall devait être

⁴ Bruno Simma et Christian J. Tams, «1969 Vienna Convention, Article 60: Termination or suspension of the operation of a treaty as a consequence of its breach», dans Olivier Corten et Pierre Klein (dir. publ.), *The Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, vol. II, Oxford University Press, 2011, p. 1365. Voir également *Annuaire de la Commission du droit international* (2001), vol. II, deuxième partie, p. 127, paragraphe 13 du commentaire de l'article 42, ou James Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge University Press, 2002, p. 259.

⁵ Linos-Alexander Sicilianos, «The Classification of Obligations and the Multilateral Dimension of the Relations of International Responsibility» (2002), *Journal européen de droit international*, vol. 13, n° 5, p. 1134.

⁶ Les commentaires des articles sur la responsabilité des Etats comprennent une description fort juste de la nature de cette obligation, «dont l'exécution par chacune des parties dépend effectivement de son exécution par chacune des autres parties, et exige cette exécution», *Annuaire de la Commission du droit international* (2001), vol. II, deuxième partie, p. 127, paragraphe 13 du commentaire de l'article 42; voir également James Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge University Press, 2002, p. 259.

Marshall Islands has contended, these considerations would be more generally relevant. In the field of nuclear disarmament, it is unrealistic to expect that a State will disarm unilaterally. International law does not impose such an obligation. In respect of the treaty-based obligations of the NPT, it rather provides for achieving that goal through negotiations in good faith, through the co-operation of all States. Customary obligations in this field, if they were proved to exist, would most likely not differ.

36. The most noble and important goal of getting the world rid of nuclear arms, to which the absolute majority — if not all — nations subscribe, can realistically be achieved only through balancing the security interests of the States concerned, in particular all nuclear powers and other countries with significant military capabilities.

37. It seems that the Marshall Islands is aware of this reality. It has filed Applications against all nuclear powers alleging that they are in breach of their obligations under the NPT and/or customary international law. Six of the nuclear powers are not before the Court as they have not accepted the Marshall Islands' invitation to accept the Court's jurisdiction under Article 38, paragraph 5, of the Rules of Court.

38. Enquiry into the compliance by one nuclear power with its obligations relating to nuclear disarmament, including any obligation to negotiate in good faith, invites consideration of the position taken by all other nuclear powers in relation to the same obligations which are or may be binding on them. It is only with an understanding of the positions taken by other States that the Court can stand on safe ground in considering the conduct of any one State alone, which necessarily is influenced by the positions of those other States, and whether that one State alone is open to achieving the goal of nuclear disarmament through *bona fide* negotiations. This is not a question of ruling on the responsibility of those other States as a precondition for ruling on the responsibility of the Respondent such that the *Monetary Gold* principle would apply. It is rather a question of whether it is possible for the Court, in this context, to undertake consideration of a single State's conduct without considering and understanding the positions taken by the other States with which that State (the Respondent in the case at hand) would need to have negotiated, and with which it would need to agree on the steps and measures to be taken by all concerned in order to achieve the overall goal of nuclear disarmament.

39. The issues raised in the present proceedings are not of a bilateral nature between the Marshall Islands and India. I am convinced that the Court cannot meaningfully engage in a consideration of India's conduct when other States — whose conduct would necessarily also be at issue — are not present before the Court to explain their positions and actions.

40. This case illustrates the limits of the Court's function, resulting from the fact that it has evolved from international arbitration, which is

établie, ces considérations n'en seraient que plus généralement valables. Dans le domaine du désarmement nucléaire, il n'est pas réaliste de s'attendre à ce qu'un Etat prenne des mesures unilatérales. Le droit international ne l'impose d'ailleurs pas. S'agissant des obligations conventionnelles énoncées dans le TNP, il prescrit simplement d'atteindre l'objectif du désarmement par des négociations de bonne foi et la coopération de tous les Etats. Si elles étaient établies, les obligations coutumières en la matière iraient très probablement dans le même sens.

36. L'objectif supérieur et primordial consistant à débarrasser le monde des armes nucléaires, qui emporte l'adhésion de la très grande majorité des nations — si ce n'est de toutes —, ne pourra être réalistement atteint qu'en trouvant un équilibre entre les intérêts en matière de sécurité des Etats concernés, notamment l'ensemble des puissances nucléaires et les autres Etats dotés de capacités militaires importantes.

37. Sans doute conscientes de cette réalité, les Iles Marshall avaient déposé des requêtes contre toutes les puissances nucléaires en alléguant que celles-ci manquaient aux obligations qui leur incombent au titre du TNP ou du droit international coutumier. Six d'entre elles ne sont pas parties à des instances devant la Cour, n'ayant pas, ainsi que les y invitaient les Iles Marshall, accepté sa compétence en vertu du paragraphe 5 de l'article 38 du Règlement.

38. Pour rechercher si un Etat possédant des armes nucléaires s'acquitte de ses obligations en matière de désarmement, y compris toute obligation de négocier de bonne foi, il y a lieu de prendre en considération l'attitude des autres puissances nucléaires à l'égard des mêmes obligations qui leur incombent ou sont susceptibles de leur incomber. Ce n'est qu'à la lumière des positions adoptées par d'autres Etats et de l'influence que celles-ci exercent nécessairement que la Cour peut sérieusement apprécier le comportement d'un Etat particulier et déterminer si celui-ci est disposé, en poursuivant des négociations de bonne foi, à œuvrer en vue de l'objectif du désarmement nucléaire. Cela ne revient pas à dire que la détermination de la responsabilité du défendeur suppose de déterminer préalablement celle d'Etats tiers — auquel cas le principe de l'*Or monétaire* s'appliquerait —, la question étant plutôt, dans ce contexte, de savoir si la Cour peut examiner le comportement d'un Etat donné sans considérer et comprendre les positions adoptées par les Etats tiers avec lesquels ce dernier (le défendeur, dans la présente affaire) aurait dû négocier, et avec lesquels il devrait convenir des mesures à mettre en œuvre par l'ensemble des parties concernées en vue d'atteindre l'objectif général du désarmement nucléaire.

39. Les questions soulevées en la présente espèce n'étaient pas de nature bilatérale. Je suis convaincu que la Cour ne pouvait se livrer à un examen sérieux du comportement de l'Inde dès lors que d'autres Etats — dont le comportement aurait été, lui aussi, nécessairement en cause — n'étaient pas présents devant elle pour expliquer leurs positions et leurs actes.

40. La présente affaire illustre les limites de la mission de la Cour, qui est issue de l'arbitrage international, traditionnellement axé sur les diffé-

traditionally focused on bilateral disputes. The Statute of the Court is expressly based on the Statute of its predecessor, the Permanent Court of International Justice. That Statute was drafted in 1920 and major powers opposed the idea of granting the Court compulsory jurisdiction. That approach did not change in 1945 when the International Court of Justice was conceived as the principal judicial organ of the United Nations. Had the founders of that Organization endowed the Court with universal compulsory jurisdiction, all Members of the United Nations would have been subject to its jurisdiction. There would not have then existed obstacles to the Court's exercising its jurisdiction fully and thus contributing to the achievement of the purposes and goals of the Organization.

41. To my sincere and profound regret, I have to conclude that the absence of other nuclear powers in the proceedings prevents the Court from considering the Marshall Islands' claims in their proper multilateral context, which is also determined by the positions taken by those other powers, and thus renders the Application inadmissible. For this reason I have joined those of my colleagues who have concluded that the Court cannot proceed to the merits of the case.

(Signed) Peter TOMKA.

rends bilatéraux. Le Statut de la Cour est expressément fondé sur celui de sa devancière, la Cour permanente de Justice internationale. Lorsque ce premier texte fut rédigé en 1920, les principales puissances s'opposèrent à l'idée de conférer à la Cour permanente une juridiction obligatoire, opposition qui se manifesta de nouveau en 1945, lors de la création de la Cour internationale de Justice en tant qu'organe judiciaire principal de l'Organisation des Nations Unies. Si les fondateurs de l'Organisation avaient doté la Cour d'une juridiction obligatoire universelle, tous les Etats Membres y auraient été soumis. Rien n'aurait alors pu faire obstacle à ce que la Cour exerce pleinement sa compétence et contribue ainsi à la réalisation des buts et des objectifs de l'Organisation.

41. A mon sincère et profond regret, je me vois contraint de conclure que l'absence à l'instance des autres puissances nucléaires empêchait la Cour d'examiner, dans le contexte multilatéral qui les caractérise — et qui est également déterminé par les positions adoptées par ces autres Etats —, les demandes présentées par les Iles Marshall, et que, partant, la requête était irrecevable. C'est la raison pour laquelle je me suis rallié à ceux de mes collègues qui ont conclu que la Cour ne pouvait procéder à l'examen de l'affaire au fond.

(Signé) Peter TOMKA.