



# COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

Palais de la Paix, Carnegieplein 2, 2517 KJ La Haye, Pays-Bas

Tél : +31 (0)70 302 2323 Télécopie : +31 (0)70 364 9928

Site Internet : [www.icj-cij.org](http://www.icj-cij.org) Compte Twitter : @CIJ\_ICJ

## Résumé

Document non officiel

N° 2016/4

Le 5 octobre 2016

### **Obligations relatives à des négociations concernant la cessation de la course aux armes nucléaires et le désarmement nucléaire (Iles Marshall c. Pakistan)**

#### **Résumé de l'arrêt du 5 octobre 2016**

##### **Chronologie de la procédure (par. 1-13)**

La Cour rappelle que, le 24 avril 2014, la République des Iles Marshall (ci-après dénommée les «Iles Marshall» ou le «demandeur») a déposé une requête introductive d'instance contre la République islamique du Pakistan (ci-après dénommée le «Pakistan» ou le «défendeur»), dans laquelle elle soutient que celui-ci a manqué à des obligations de droit international coutumier relatives à des négociations concernant la cessation de la course aux armements nucléaires et le désarmement nucléaire. Les Iles Marshall entendent fonder la compétence de la Cour sur les déclarations faites par les Parties en vertu du paragraphe 2 de l'article 36 de son Statut.

La Cour rappelle en outre que, par lettre en date du 9 juillet 2014, le Pakistan a indiqué qu'il considérait que la Cour n'avait pas compétence pour connaître du différend allégué et que la requête était irrecevable. Par ordonnance en date du 10 juillet 2014, le président de la Cour, se référant au paragraphe 2 de l'article 79 de son Règlement, a estimé que, dans les circonstances de l'espèce, il était en premier lieu nécessaire de régler les questions de la compétence de la Cour et de la recevabilité de la requête, et que, en conséquence, elle devrait statuer séparément, avant toute procédure sur le fond, sur ces questions ; à cette fin, le président a décidé que les pièces de procédure écrite porteraient d'abord sur lesdites questions. Les Parties ont déposé leurs pièces dans les délais prescrits par le président. Par lettre en date du 2 mars 2016, le Pakistan a informé la Cour qu'il ne prendrait pas part à la procédure orale sur la compétence et la recevabilité. Une audience publique sur les questions de la compétence de la Cour et de la recevabilité de la requête s'est tenue le mardi 8 mars 2016, au cours de laquelle les Iles Marshall ont été entendues en leurs plaidoiries.

#### **I. INTRODUCTION (PAR. 14-24)**

##### **A. Contexte historique (par. 14-20)**

La Cour décrit succinctement le contexte historique de l'affaire, notamment au regard des activités de l'Organisation des Nations Unies en matière de désarmement nucléaire.

## **B. Instances introduites devant la Cour (par. 21-24)**

La Cour mentionne les autres instances introduites par les Iles Marshall en même temps que la présente. Elle expose ensuite, dans leurs grandes lignes, les exceptions d'incompétence et d'irrecevabilité soulevées par le Pakistan, puis indique qu'elle commencera par examiner celle selon laquelle le demandeur n'a pas établi qu'il existait, au moment du dépôt de la requête, un différend d'ordre juridique entre les Parties.

## **II. L'EXCEPTION FONDÉE SUR L'ABSENCE DE DIFFÉREND (PAR. 25-55)**

Après avoir résumé les arguments des Parties, la Cour rappelle le droit applicable à la question à l'examen. Elle précise que l'existence d'un différend entre les Parties est une condition à sa compétence. Pour qu'un différend existe, il faut démontrer que la réclamation de l'une des parties se heurte à l'opposition manifeste de l'autre ; les points de vue des deux parties, quant à l'exécution ou à la non-exécution de certaines obligations internationales, doivent être nettement opposés. La détermination par la Cour de l'existence d'un différend est une question de fond, et non de forme ou de procédure. Lorsque la Cour est saisie sur la base de déclarations faites en vertu du paragraphe 2 de l'article 36 de son Statut, la tenue de négociations préalables n'est pas requise, à moins que l'une des déclarations pertinentes n'en dispose autrement. En outre, si la protestation diplomatique officielle peut constituer un moyen important pour une partie de porter à l'attention de l'autre une prétention, pareille protestation n'est pas une condition nécessaire à l'existence d'un différend. De la même manière, la notification de l'intention d'introduire une instance n'est pas requise aux fins de pouvoir saisir la Cour.

La Cour souligne ensuite que l'existence d'un différend doit être établie objectivement par elle sur la base d'un examen des faits. A cette fin, elle tient notamment compte de l'ensemble des déclarations ou documents échangés entre les parties, ainsi que des échanges qui ont eu lieu dans des enceintes multilatérales. Ce faisant, elle accorde une attention particulière aux auteurs des déclarations ou documents, aux personnes auxquelles ils étaient destinés ou qui en ont effectivement eu connaissance et à leur contenu. Le comportement des parties peut aussi entrer en ligne de compte, notamment en l'absence d'échanges diplomatiques. En particulier, la Cour a déjà eu l'occasion de préciser que l'existence d'un différend pouvait être déduite de l'absence de réaction d'un Etat à une accusation dans des circonstances où une telle réaction s'imposait. Les éléments de preuve doivent montrer que les «points de vue des ... parties [sont] nettement opposés» en ce qui concerne la question portée devant la Cour. Ainsi que cela ressort de décisions antérieures de la Cour dans lesquelles la question de l'existence d'un différend était à l'examen, un différend existe lorsqu'il est démontré, sur la base des éléments de preuve, que le défendeur avait connaissance, ou ne pouvait pas ne pas avoir connaissance, de ce que ses vues se heurtaient à l'«opposition manifeste» du demandeur.

La Cour précise en outre que, en principe, la date à laquelle doit être appréciée l'existence d'un différend est celle du dépôt de la requête. Le comportement des parties postérieur à la requête (ou la requête proprement dite) peut être pertinent à divers égards et, en particulier, aux fins de confirmer l'existence d'un différend, d'en clarifier l'objet ou de déterminer s'il a disparu au moment où la Cour statue. Cependant, ni la requête ni le comportement ultérieur des parties ou les déclarations faites par elles en cours d'instance ne sauraient permettre à la Cour de conclure qu'il a été satisfait à la condition de l'existence d'un différend dans cette même instance. Si la Cour était compétente à l'égard de différends résultant d'échanges qui ont eu lieu au cours de la procédure devant elle, le défendeur se trouverait privé de la possibilité de réagir, avant l'introduction de l'instance, à la réclamation visant son comportement. De surcroît, la règle selon laquelle le différend doit en principe déjà exister à la date du dépôt de la requête serait vidée de sa substance.

La Cour en vient ensuite à la présente instance, relevant d'emblée que les Iles Marshall, de par les souffrances qu'a endurées leur population par suite des importants programmes d'essais nucléaires dont elles ont été le théâtre, ont des raisons particulières de se préoccuper du désarmement nucléaire. Toutefois, cet état de fait ne change rien à la nécessité d'établir que les conditions régissant la compétence de la Cour sont remplies. Bien que la question de savoir si celle-ci a compétence soit une question juridique qui demande à être tranchée par elle, il appartient au demandeur de démontrer les faits étayant sa thèse relative à l'existence d'un différend.

La Cour relève que le Pakistan, à l'appui de sa position selon laquelle il n'existe pas de différend entre les Parties, invoque le fait que les Iles Marshall n'ont pas engagé de négociations et ne lui ont pas notifié la réclamation formulée dans la requête. Elle rappelle toutefois qu'elle a rejeté l'idée selon laquelle une notification ou des négociations préalables seraient requises lorsqu'elle a été saisie sur la base de déclarations faites en vertu du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut, à moins que cela ne soit prévu dans l'une de ces déclarations. La jurisprudence de la Cour traite la question de l'existence d'un différend comme une question afférente à la compétence qui impose de rechercher s'il existe un différend au fond, et non quelle est la forme que prend ce différend ou s'il a été notifié au défendeur.

La Cour examine ensuite les arguments qu'avancent les Iles Marshall pour montrer qu'un différend les oppose au Pakistan.

Premièrement, elle note que le demandeur invoque deux déclarations faites dans des enceintes multilatérales avant la date du dépôt de sa requête, qui, selon lui, suffisent à établir l'existence d'un différend. Les Iles Marshall se fondent ainsi sur la déclaration faite le 26 septembre 2013 à la réunion de haut niveau de l'Assemblée générale sur le désarmement nucléaire par leur ministre des affaires étrangères, qui a «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». La Cour considère toutefois que cette déclaration, qui revêt un caractère d'exhortation, ne saurait être considérée comme une allégation selon laquelle le Pakistan (ou toute autre puissance nucléaire) manquait à l'une quelconque de ses obligations juridiques. Il n'y est pas fait mention de l'obligation de négocier, pas plus qu'il n'y est indiqué que les Etats dotés d'armes nucléaires manquent aux obligations qui leur incombent à cet égard. Cette déclaration donne à penser que ces derniers font des «efforts» pour assumer leurs responsabilités et plaide en faveur d'une intensification de ces efforts ; elle ne dénonce pas une inaction. La Cour ajoute qu'une déclaration ne peut donner naissance à un différend que s'il y est fait référence assez clairement à l'objet d'une réclamation pour que l'Etat contre lequel celle-ci est formulée puisse savoir qu'un différend existe ou peut exister à cet égard. La déclaration de 2013 sur laquelle se fondent les Iles Marshall ne satisfait pas à ces exigences. La Cour constate que la déclaration que ces dernières ont faite lors de la conférence de Nayarit le 13 février 2014 va plus loin que celle de 2013, en ce qu'elle contient une phrase dans laquelle il est affirmé que «les Etats possédant un arsenal nucléaire ne respectent pas leurs obligations» au regard de l'article VI du TNP et du droit international coutumier. Le Pakistan était présent à la conférence de Nayarit. Toutefois, cette conférence ne portait pas spécifiquement sur la question de négociations en vue du désarmement nucléaire, mais sur celle, plus large, de l'impact humanitaire des armes nucléaires ; par ailleurs, si elle dénonce, d'une manière générale, le comportement de l'ensemble des Etats possédant un arsenal nucléaire, cette seconde déclaration ne précise pas le comportement du Pakistan qui serait à l'origine du manquement allégué. Selon la Cour, une telle précision aurait été particulièrement nécessaire si, comme l'affirment les Iles Marshall, la déclaration de Nayarit visait à mettre en cause la responsabilité internationale du défendeur à raison d'une ligne de conduite qui était restée constante depuis de nombreuses années. Ladite déclaration, étant donné son contenu très général et le contexte dans lequel elle a été faite, n'appelait pas de réaction particulière de la part du Pakistan. Aucune divergence de vues ne peut donc être déduite de cette absence de réaction. La déclaration de Nayarit ne suffit donc pas à faire naître, entre les Iles Marshall et le Pakistan, un différend spécifique ayant trait à l'existence ou à la portée des obligations alléguées de droit international coutumier consistant à poursuivre de bonne foi et mener à terme des négociations conduisant au

désarmement nucléaire dans tous ses aspects, sous un contrôle international strict et efficace, et à mettre fin à une date rapprochée à la course aux armements nucléaires, ou au respect par le Pakistan de telles obligations. La Cour conclut que, dans ces circonstances, l'on ne saurait affirmer, sur la base de ces déclarations — prises individuellement ou ensemble —, que le Pakistan avait connaissance, ou ne pouvait pas ne pas avoir connaissance, de ce que les Iles Marshall alléguaient qu'il manquait à ses obligations.

Deuxièmement, la Cour examine l'argument des Iles Marshall selon lequel le dépôt de la requête en tant que tel et les déclarations faites en cours d'instance par les deux Parties suffisent à établir l'existence d'un différend. Elle estime que la jurisprudence invoquée par les Iles Marshall n'étaye pas cette assertion. Dans l'affaire relative à Certains biens, les échanges bilatéraux qui avaient eu lieu entre les parties avant la date du dépôt de la requête attestaient clairement l'existence d'un différend (Certains biens (Liechtenstein c. Allemagne), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2005, p. 19, par. 25). Dans l'affaire Cameroun c. Nigeria, la prise en compte d'éléments postérieurs à cette date avait trait à la portée du différend, et non à l'existence de celui-ci (Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1998, p. 317, par. 93). En outre, s'il est vrai que, dans l'arrêt qu'elle a rendu 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 ne s'est pas expressément référée à quelque élément de preuve antérieur au dépôt de la requête pour démontrer l'existence d'un différend, dans le contexte particulier de l'espèce — qui avait trait à un conflit armé en cours —, le comportement des parties avant cette date était suffisant à cet égard (exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1996 (II), p. 614, par. 27 à 29) ; la réflexion de la Cour était centrée, non pas sur la date à laquelle le différend s'était fait jour, mais sur les points de savoir quel était le véritable objet du différend, si celui-ci relevait de la clause compromissaire pertinente et s'il «persist[ait]» à la date de la décision de la Cour. Celle-ci réaffirme que, si des déclarations ou réclamations formulées dans la requête, voire après le dépôt de celle-ci, peuvent être pertinentes à diverses fins — et, en particulier, pour préciser la portée du différend soumis à la Cour —, elles ne sauraient créer un différend de novo, c'est-à-dire un différend qui n'existe pas déjà.

Troisièmement, la Cour se penche sur l'argument des Iles Marshall selon lequel le comportement du Pakistan, qui a conservé et modernisé son arsenal nucléaire, et n'a pas participé à certaines initiatives diplomatiques, permet de déduire l'existence d'un différend entre les Parties. Elle rappelle que la question de l'existence d'un différend dans une affaire contentieuse dépend des éléments de preuve relatifs à une divergence de vues. A cet égard, le comportement d'un Etat défendeur peut aider la Cour à conclure que les parties ont des points de vue opposés. En la présente espèce, toutefois, ainsi que la Cour l'a conclu précédemment, aucune des deux déclarations faites par les Iles Marshall dans un cadre multilatéral ne concernait spécifiquement le comportement du Pakistan. Sur la base de telles déclarations, l'on ne saurait affirmer que celui-ci avait connaissance, ou ne pouvait pas ne pas avoir connaissance, de ce que les Iles Marshall alléguaient qu'il manquait à ses obligations. Dès lors, le comportement du Pakistan ne permet pas de conclure à l'existence d'un différend entre les deux Etats devant la Cour.

\* \* \*

Au vu de ce qui précède, la Cour conclut que la première exception soulevée par le Pakistan doit être retenue. Il s'ensuit qu'elle n'a pas compétence en la présente espèce au titre du paragraphe 2 de l'article 36 de son Statut. En conséquence, il n'est pas nécessaire pour elle de se pencher sur les autres exceptions soulevées par le Pakistan. La question de l'existence et de la portée des obligations de droit international coutumier dans le domaine du désarmement nucléaire, ainsi que du respect par le Pakistan de celles-ci, relève du fond de l'affaire. Ayant conclu qu'il

n'existait pas de différend entre les Parties avant le dépôt de la requête, la Cour n'a cependant pas compétence pour examiner ces questions.

**DISPOSITIF (PAR. 56)**

LA COUR,

1) Par neuf voix contre sept,

Retient l'exception d'incompétence soulevée par le Pakistan et fondée sur l'absence de différend entre les Parties ;

POUR : M. Abraham, président ; M. Yusuf, vice-président ; MM. Owada, Greenwood, Mmes Xue, Donoghue, MM. Gaja, Bhandari, Gevorgian, juges ;

CONTRE : MM. Tomka, Bennouna, Cançado Trindade, Mme Sebutinde, MM. Robinson, Crawford, juges ; M. Bedjaoui, jugé ad hoc ;

2) Par dix voix contre six,

Dit qu'elle ne peut procéder à l'examen de l'affaire au fond.

POUR : M. Abraham, président ; M. Yusuf, vice-président ; MM. Owada, Tomka, Greenwood, Mmes Xue, Donoghue, MM. Gaja, Bhandari, Gevorgian, juges ;

CONTRE : MM. Bennouna, Cançado Trindade, Mme Sebutinde, MM. Robinson, Crawford, juges ; M. Bedjaoui, jugé ad hoc.

M. le juge ABRAHAM, président, et M. le juge YUSUF, vice-président, joignent des déclarations à l'arrêt ; MM. les juges OWADA et TOMKA joignent à l'arrêt les exposés de leur opinion individuelle ; MM. les juges BENNOUNA et CANÇADO TRINDADE joignent à l'arrêt les exposés de leur opinion dissidente ; Mmes les juges XUE et DONOGHUE, ainsi que M. le juge GAJA joignent des déclarations à l'arrêt ; Mme la juge SEBUTINDE et M. le juge BHANDARI joignent à l'arrêt les exposés de leur opinion individuelle ; MM. les juges ROBINSON et CRAWFORD joignent à l'arrêt les exposés de leur opinion dissidente ; M. le juge ad hoc BEDJAOUI joint à l'arrêt l'exposé de son opinion dissidente.

---

### **Déclaration de M. le juge Abraham, président**

Dans sa déclaration, le président Abraham explique qu'il a voté en faveur de l'arrêt car il considère que la décision de la Cour est conforme à sa jurisprudence récente relative à l'exigence qu'un différend existe entre les Parties, telle que cette jurisprudence a été fixée par une série d'arrêts rendus au cours des cinq dernières années, particulièrement l'arrêt du 1<sup>er</sup> avril 2011 rendu en l'affaire relative à l'Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie), l'arrêt du 20 juillet 2012 rendu en l'affaire relative à des Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal) et l'arrêt du 17 mars 2016 rendu en l'affaire relative à des Violations de droits souverains et d'espaces maritimes dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Colombie). Il ressort de ces arrêts, explique le président Abraham, qu'il convient de se placer à la date d'introduction de l'instance pour apprécier la réalisation de la condition relative à l'existence d'un différend et que la Cour ne peut se déclarer compétente pour connaître d'une affaire que lorsque chaque partie était consciente à cette date — ou aurait dû l'être — de ce que les vues de l'autre partie étaient opposées aux siennes.

Le président Abraham explique que, s'il a exprimé des réserves à l'égard de cette jurisprudence à l'époque où elle a été adoptée, il se considère néanmoins comme lié par celle-ci et a donc exprimé son vote en conformité avec cette dernière.

### **Déclaration de M. le juge Yusuf, vice-président**

1. Bien qu'il souscrive à la conclusion à laquelle la Cour est parvenue dans l'affaire Iles Marshall c. Pakistan, le vice-président expose, dans sa déclaration, son désaccord sur deux aspects de l'arrêt. Premièrement, il rejette le critère de la «connaissance» comme condition de l'existence d'un différend. Deuxièmement, il critique l'approche unique adoptée à l'égard des trois affaires distinctes qui ont été soumises à la Cour (Iles Marshall c. Inde, Iles Marshall c. Royaume-Uni et Iles Marshall c. Pakistan).

2. Comme la Cour le reconnaît dans son arrêt, «[u]n différend est un désaccord sur un point de droit ou de fait, une opposition de thèses juridiques ou d'intérêts entre deux personnes» (Concessions Mavrommatis en Palestine, arrêt no 2, 1924, C.P.J.I. série A n° 2, p. 11). Il incombe à la Cour d'établir objectivement l'existence d'un différend (Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie, première phase, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1950, p. 74), ce qui est une question «de fond, et non de forme» (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. 84, par. 30).

3. Dans le présent arrêt, la Cour affirme qu'«un différend existe lorsqu'il est démontré, sur la base des éléments de preuve, que le défendeur avait connaissance, ou ne pouvait pas ne pas avoir connaissance, de ce que ses vues se heurtaient à l'«opposition manifeste» du demandeur» (paragraphe 38). Les deux arrêts qu'elle invoque à l'appui de cette assertion — à savoir ceux qui ont été rendus sur les exceptions préliminaires dans les affaires relatives à des Violations alléguées de droits souverains et d'espaces maritimes dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Colombie) et à l'Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie) — ne viennent cependant pas étayer le critère de la «connaissance» énoncé en la présente espèce par la Cour. Dans ces deux affaires, celle-ci avait simplement relevé que, de fait, l'Etat défendeur avait connaissance de la position du demandeur ; à aucun moment elle n'a indiqué qu'il s'agissait là d'une condition de l'existence d'un différend, et cela ne ressortait pas non plus implicitement de son raisonnement.

4. Le vice-président note que l'introduction du critère de la «connaissance» va à l'encontre de la jurisprudence établie de la Cour selon laquelle l'existence d'un différend demande à être déterminée objectivement. En outre, il soutient que pareille approche nuit à l'économie judiciaire et à la bonne administration de la justice, puisqu'elle incite à soumettre une nouvelle requête au sujet du même différend.

5. La Cour aurait pu parvenir aux mêmes conclusions que celles qu'elle a formulées dans le présent arrêt en appliquant les critères qu'elle utilise habituellement pour établir l'existence d'un différend. Sur la base des éléments de preuve qui lui ont été soumis en l'espèce, elle aurait ainsi pu conclure que, avant le dépôt de la requête par la République des Iles Marshall, les vues des Parties ne s'opposaient pas manifestement. Point n'était donc besoin d'introduire un nouveau critère de la «connaissance» pour justifier ces conclusions.

6. La Cour aurait dû fonder les conclusions qu'elle a énoncées dans l'arrêt concernant l'absence de différend entre la République des Iles Marshall et le Pakistan sur une analyse des faits qui lui avaient été présentés au sujet des positions adoptées par les Parties quant à l'objet du différend allégué, et se référer en particulier à l'exposé de ces positions dans des enceintes multilatérales.

7. Plus précisément, il aurait fallu se référer : a) aux résolutions adoptées par l'Assemblée générale des Nations Unies exhortant les Etats à poursuivre des négociations multilatérales sur le désarmement nucléaire ainsi qu'aux votes de la République des Iles Marshall et du Pakistan sur ces textes ; et b) aux déclarations relatives à l'objet du différend allégué faites par les Parties dans des enceintes multilatérales.

8. S'agissant des résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies, le Pakistan a toujours voté en faveur de celles qui appelaient les Etats à négocier un traité général de désarmement nucléaire. Par ailleurs, le Pakistan, en tant que membre du mouvement des pays non alignés, a toujours souscrit aux déclarations faites par ce groupe d'Etats, dans lesquelles ceux-ci exprimaient leur volonté d'engager des négociations multilatérales conduisant au désarmement nucléaire.

9. Outre ses votes sur les résolutions adoptées au sein de l'Assemblée générale des Nations Unies et du mouvement des pays non alignés, le soutien constant du Pakistan à l'ouverture et à la conclusion de négociations conduisant au désarmement nucléaire est étayé par les déclarations faites par son chef de l'Etat et ses ministres dans des enceintes multilatérales ou dans des documents officiels.

10. Selon le vice-président, il ne ressort donc pas du dossier de l'affaire que, avant le dépôt de la requête par la République des Iles Marshall, cette dernière et le Pakistan avaient des vues manifestement opposées concernant l'obligation de poursuivre et de mener à terme des négociations sur le désarmement nucléaire, à supposer qu'une telle obligation existe en droit international coutumier.

11. Le dossier de l'affaire montre en revanche que les deux Etats ont défendu dans diverses enceintes multilatérales, y compris à la conférence de Nayarit, mais surtout au sein de l'Assemblée générale des Nations Unies (à tout le moins depuis 2013 dans le cas de la République des Iles Marshall), la nécessité pour tous les Etats, y compris ceux qui sont dotés d'armes nucléaires, de poursuivre de bonne foi et de mener à terme des négociations sur le désarmement nucléaire. Plutôt

qu'une opposition manifeste entre les prétentions des Parties ou une opposition de thèses juridiques sur l'objet du différend allégué, les éléments de preuve semblent donc révéler une convergence de vues entre les Parties sur la négociation et la conclusion d'une convention générale sur le désarmement nucléaire.

### **Opinion individuelle de M. le juge Owada**

Le juge Owada reconnaît que l'histoire des Iles Marshall leur a donné des raisons particulières de se préoccuper du désarmement nucléaire, et spécialement de l'obligation que l'article VI du traité sur la non-prolifération des armes nucléaires met à la charge des Etats dotés d'armes nucléaires. Il n'en reste pas moins qu'il faut que des éléments probants démontrent l'existence d'un différend juridique concret pour que la Cour puisse avoir compétence. C'est pour cette raison que le juge Owada, qui souscrit au raisonnement de la Cour, a joint à l'arrêt l'exposé de son opinion individuelle, afin de clarifier ce raisonnement sur trois points particuliers, dans un contexte certes juridique, mais aussi à forte charge politique.

Le premier point est celui de la norme juridique appliquée par la Cour pour déterminer s'il existait un différend à la date du dépôt de la requête des Iles Marshall. Le juge Owada rappelle que, pour établir l'existence d'un différend, il faut pouvoir démontrer que la réclamation de l'une des parties se heurte à l'opposition manifeste de l'autre. Il est crucial de reconnaître que ce critère, loin d'être une simple formalité, revêt une importance considérable en tant que condition préalable nécessaire à la saisine de la Cour par le demandeur. C'est pourquoi le fait que le différend allégué n'existait pas à la date du dépôt d'une requête n'est pas une simple question de procédure qu'il serait possible de régler par un acte ultérieur, comme dans l'affaire des Concessions Mavrommatis en Palestine. Dans ce genre de contexte, il faut faire la distinction entre un différend juridique et une simple divergence de positions. La jurisprudence de la Cour confirme ce principe, alors que la Cour a examiné la question dans des circonstances de fait et de droit très diverses et, ce faisant, a été conduite à apprécier des facteurs différents et variés. On pourrait être tenté de conclure que l'examen de ces facteurs par la Cour lui a permis de définir un certain seuil ou critère pour établir l'existence d'un différend, mais le juge Owada estime que, sur ce point, la jurisprudence de la Cour n'est pas tout à fait aussi «linéaire». Les arrêts en question correspondent plutôt à des situations spécifiques aux affaires examinées, dans lesquelles les différents éléments de preuve ont été jugés ou suffisants ou insuffisants. C'est ce qu'il ne faut pas oublier quand on veut comprendre le sens véritable de l'élément de «connaissance du différend par le défendeur» introduit par le présent arrêt. Bien que l'arrêt puisse sembler avoir introduit cet élément ex nihilo, il s'agit en réalité d'un dénominateur commun de toute la jurisprudence. Cette connaissance par le défendeur atteste qu'un simple désaccord s'est transformé en un véritable différend juridique, et elle constitue un minimum essentiel commun à tous les précédents.

Le deuxième point concerne la date à laquelle l'existence du différend doit être prouvée. Les Iles Marshall ont soutenu que les arrêts de la Cour en plusieurs affaires antérieures étayaient leur thèse voulant que des déclarations faites pendant la procédure pussent servir à prouver l'existence d'un différend. Bien que, dans le présent arrêt, la Cour ait expliqué correctement le sens de ces précédents, le juge Owada a souhaité expliciter la juste interprétation à donner de l'arrêt en l'affaire relative à l'Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro). Les circonstances exceptionnelles et le mélange particulier d'éléments de droit et de fait intéressant le fond de cette affaire font que la question que devait trancher la Cour était très différente de celle qui fait l'objet de la présente espèce, et expliquent que la Cour ait pu prendre en compte des déclarations faites pendant la procédure en ladite affaire sans que cela puisse être interprété comme le signe d'une évolution par rapport à sa jurisprudence constante en la matière.



En ce qui concerne le troisième point, le juge Owada a voulu s'exprimer sur la question du traitement de la preuve par la Cour dans le présent arrêt. D'aucuns, en effet, pourraient reprocher à la Cour d'avoir suivi une approche fragmentaire en rejetant individuellement chaque catégorie d'éléments de preuve, alors que les Iles Marshall prétendaient que ces derniers devaient être considérés dans leur ensemble. Selon le juge Owada, la Cour les a cependant tous examinés et a conclu à juste titre que — même considérées dans leur ensemble — ils n'étaient pas suffisants pour établir l'existence d'un différend.

Ceci dit, le juge Owada ajoute qu'il est possible que la présente instance ait donné naissance à une nouvelle situation juridique. Etant donné que le présent arrêt exprime la position de la Cour sur la situation qui existait à la date du dépôt de la requête actuelle, une nouvelle requête ne s'exposerait pas nécessairement à la même exception d'incompétence. Qu'une nouvelle requête puisse prospérer est une question encore sans réponse, et dont l'aboutissement dépendrait de l'examen que ferait la Cour de toutes les exceptions d'incompétence et d'irrecevabilité.

### **Opinion individuelle de M. le juge Tomka**

Le juge Tomka n'est pas convaincu par la logique suivie dans l'arrêt s'agissant de l'existence d'un différend en la présente espèce, logique qui n'est, selon lui, pas justifiée au regard de la jurisprudence de la Cour. Il regrette donc de ne pouvoir souscrire aux conclusions de celle-ci sur ce point.

Il expose pour commencer les demandes formulées par les Iles Marshall en la présente espèce concernant le manquement allégué du Pakistan aux obligations relatives au désarmement nucléaire qui lui incomberaient au titre du droit international coutumier, et observe que le défendeur a contesté ces allégations.

Le juge Tomka rappelle que les Iles Marshall ont invoqué les déclarations faites par les Parties en vertu du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut pour fonder la compétence de la Cour en l'affaire. Il observe que, lorsqu'elle examine des questions de compétence, la Cour doit faire preuve de prudence avant de s'appuyer sur des conclusions qu'elle a pu formuler antérieurement, dans le contexte de déclarations d'acceptation de sa juridiction particulières ou de clauses compromissaires établissant des conditions préalables à sa saisine. Il relève par ailleurs que, dans le présent arrêt, la Cour réaffirme la position qu'elle a déjà exprimée, selon laquelle les Etats ne sont pas tenus de négocier ni de notifier leurs griefs avant d'introduire une instance devant elle, à moins que la base de compétence invoquée ne prévoie pareille condition.

Le juge Tomka souligne que, si la Cour a maintes fois affirmé que l'existence d'un différend était une condition pour qu'elle ait compétence, il est, selon lui, plus exact de considérer qu'il s'agit d'une condition à l'exercice de cette compétence. A cet égard, et pour ce qui est des Etats qui ont fait une déclaration en vertu du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut, la compétence de la Cour est établie à partir du moment où ladite déclaration est déposée auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies. La compétence de la Cour n'est donc pas, selon le juge Tomka, établie ou parachevée par la naissance d'un différend, condition uniquement nécessaire à son exercice. Ainsi, la disparition d'un différend en cours de procédure 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 alors à trancher.

Le juge Tomka relève que, en tant qu'organe judiciaire principal de l'Organisation des Nations Unies, 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 qu'elle ne peut exercer que si un différend existe toujours entre les parties au moment où elle est appelée à se prononcer au fond. Toutefois, et même si la formulation du paragraphe 1 de l'article 38 implique qu'un différend existe déjà lorsque l'instance est introduite devant elle, ce membre de phrase relatif

à la mission de la Cour ne visait pas à poser une condition à sa compétence et ne devrait pas être déterminant à cet égard.

Le juge Tomka souligne que, selon la jurisprudence de la Cour, le différend doit, en principe, exister au moment du dépôt de la requête. Il est d'avis que, dans le présent arrêt, bien qu'ayant rappelé cette règle générale, la Cour a retenu un critère bien plus strict, estimant que le différend devait avoir existé avant le dépôt de la requête par les Iles Marshall.

Il observe que, dans certaines circonstances, le différend doit effectivement exister à la date à laquelle la requête est déposée, notamment lorsque, comme dans la récente affaire relative aux Violations alléguées de droits souverains et d'espaces maritimes dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Colombie) (exceptions préliminaires, arrêt du 17 mars 2016), la déclaration d'acceptation de la juridiction de la Cour de l'un des Etats vient à expirer après ce dépôt. Il peut également arriver, comme ce fut le cas en l'affaire relative à l'Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie) (C.I.J. Recueil 2011 (I), p. 70), que la clause compromissoire invoquée impose la tenue de négociations préalables au dépôt de la requête, ce dont il découle logiquement que le différend relatif à l'objet du traité en cause doit s'être fait jour avant l'introduction de l'instance. Le juge Tomka ne partage toutefois pas le point de vue selon lequel l'affaire Géorgie c. Fédération de Russie 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.

Selon lui, lorsque aucune circonstance ne requérait qu'un différend existe entre les parties à une date particulière, la Cour a fait preuve de souplesse à cet égard en ne limitant pas son examen à la période antérieure au dépôt de la requête. A titre d'exemple, le juge Tomka se réfère à l'affaire relative à l'Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro) (C.I.J. Recueil 1996 (II), p. 595).

Il souligne par ailleurs que, s'agissant de la date à laquelle il doit être satisfait aux conditions de sa compétence, la Cour, comme sa devancière, a toujours fait preuve d'une relative souplesse et s'est abstenue de tout formalisme excessif ; il évoque, sur ce point, les affaires suivantes : Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise, (compétence, arrêt n° 6, 1925), Concessions Mavrommatis en Palestine (arrêt n° 2, 1924), 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. 595) et 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. 412). Dans cette dernière affaire, la Cour a notamment relevé 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 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.» (Ibid., p. 441, par. 85).

Le juge Tomka estime qu'il n'existe aucune raison impérative faisant obstacle à ce que ce principe soit appliqué à l'existence d'un différend, et ne peut 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'est écartée de sa jurisprudence sur ce point.

S'il admet 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, le juge Tomka observe qu'elles ont, au moins depuis 2013, exprimé leur mécontentement

quant à l'exécution — ou, plutôt, l'inexécution — des obligations relatives au désarmement nucléaire qui, selon elles, incombent aux puissances nucléaires, et notamment au Pakistan, au titre du droit international coutumier. Il estime qu'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 sa requête. Dans le système actuel de la clause facultative, imposer pareille obligation de notification préalable risquerait, selon le juge Tomka, de priver la Cour de sa compétence avant qu'une requête lui soit soumise.

Le juge Tomka conclut, sur ce point, que la présente instance a clairement montré qu'un différend existait entre les Parties concernant l'exécution par le Pakistan de certaines obligations relatives au désarmement nucléaire qui, selon les Iles Marshall, lui incombent au titre du droit international coutumier. Il estime que la conclusion selon laquelle, en l'absence de différend, la Cour n'avait pas compétence n'est pas justifiée en la présente affaire.

Le juge Tomka est néanmoins d'avis que, de par la nature même des obligations susceptibles d'exister dans le domaine du désarmement nucléaire, la requête des Iles Marshall était irrecevable. Il se penche ainsi sur l'article VI du TNP, qui énonce des prescriptions similaires aux obligations de droit international coutumier qui, selon le demandeur, s'appliquaient en la présente espèce, et sur la manière dont la Cour, dans son avis consultatif sur la question de la Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif (C.I.J. Recueil 1996 (I), p. 226), les a qualifiées. Se référant à la doctrine sur ce point, il observe que le désarmement requiert que tous les Etats coopèrent et s'acquittent de leurs obligations, et que cet objectif ne pourra être réalistement atteint qu'en tenant compte des intérêts nationaux en matière de sécurité — et notamment de ceux de l'ensemble des puissances nucléaires et des autres Etats dotés de capacités militaires importantes. Pour rechercher si un Etat possédant des armes nucléaires s'acquitte de ses obligations en matière de désarmement, y compris celle de négocier de bonne foi, il y a lieu, selon le juge Tomka, 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, selon lui, 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. Le juge Tomka souligne que 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 —, mais que la question est plutôt, dans ce contexte, de savoir si la Cour peut examiner le comportement d'un Etat donné sans prendre en considération et comprendre les positions adoptées par les Etats tiers avec lesquels ce dernier (le défendeur, dans la présente affaire) aurait dû négocier et devrait convenir des mesures à mettre en œuvre par l'ensemble des parties concernées en vue d'atteindre l'objectif général du désarmement nucléaire.

Le juge Tomka conclut que les questions soulevées en la présente espèce n'étaient pas de nature bilatérale. Il est convaincu que la Cour ne pourrait se livrer à un examen pertinent du comportement du Pakistan que si d'autres Etats viennent expliquer devant elle leurs positions et leurs actes. La présente affaire illustre, de son point de vue, les limites de la mission de la Cour, en ce qu'elle est axée sur les différends bilatéraux. Si la Cour avait été dotée d'une compétence obligatoire universelle, l'ensemble des Etats Membres de l'Organisation des Nations Unies y auraient été soumis. Rien n'aurait alors pu faire obstacle à ce qu'elle exerce pleinement sa compétence et contribue ainsi à la réalisation des buts et objectifs de l'Organisation.

En conclusion, le juge Tomka déplore sincèrement et profondément que l'absence à l'instance des autres puissances nucléaires empêche la Cour d'examiner, dans le contexte multilatéral qui leur est propre, les demandes présentées par les Iles Marshall. Il considère en conséquence que la requête est irrecevable et que la Cour ne peut procéder à l'examen de l'affaire au fond.

### **Opinion dissidente de M. le juge Bennouna**

Dans les trois affaires engagées par les Îles Marshall relatives à l'obligation de négocier en vertu de l'article VI du traité de 1968 sur la non-prolifération des armes nucléaires et du droit international coutumier, la Cour s'est déclarée incompétente sur le fondement de l'inexistence d'un différend entre les Parties. Ce faisant, la Cour a préféré l'exercice d'un pur formalisme au réalisme et à la souplesse exprimés dans sa jurisprudence ancienne et constante. C'est ainsi que, tandis que la détermination de l'existence d'un différend était jusqu'alors établie objectivement, la Cour dans ses trois arrêts a introduit un nouveau facteur subjectif. En arrêtant le temps du droit et de l'analyse à la date de la soumission de la requête par les Îles Marshall et en exigeant du défendeur la connaissance ou l'impossibilité de ne pas «avoir connaissance de ce que ses vues se heurtaient à l'opposition manifeste du demandeur», la Cour a fait preuve d'un formalisme excessif aux dépens d'une approche souple favorisant une bonne administration de la justice.

### **Opinion dissidente de M. le juge Cançado Trindade**

1. Dans l'opinion dissidente, composée de 20 parties, dont il a joint l'exposé à l'arrêt rendu en la présente affaire des Obligations relatives à des négociations concernant la cessation de la course aux armes nucléaires et le désarmement nucléaire (Îles Marshall c. Pakistan), le juge Cançado Trindade expose les fondements de sa position personnelle au sujet de la décision que la Cour a rendue, son désaccord portant sur l'approche suivie, l'ensemble du raisonnement ainsi que les différents points du dispositif. Ce faisant, il entend se distancier le plus possible de la position adoptée par la majorité de la Cour.

2. Le juge Cançado Trindade commence par analyser la question de l'existence d'un différend devant la Cour de La Haye, examinant en détail la jurisprudence constante de cette juridiction (CPJI et CIJ), selon laquelle il y a différend en présence d'«un désaccord sur un point de droit ou de fait, une contradiction, une opposition de thèses juridiques ou d'intérêts entre deux personnes» (ces éléments ne devant pas nécessairement être énoncés *expressis verbis*). L'existence d'un différend demande à être «établie objectivement» par la Cour, et le simple fait qu'une partie la conteste ne prouve pas que le différend en cause n'existe pas.

3. Telle était la position adoptée par la Cour de La Haye, qu'il s'agisse de la CPJI (à compter de l'arrêt rendu le 30 août 1924 en l'affaire des Concessions Mavrommatis en Palestine) ou de la CIJ (à compter de l'avis consultatif donné le 30 mars 1950 sur l'Interprétation des traités de paix). Le juge Cançado Trindade rappelle que, même au cours de ces dix dernières années, la Cour a jugé utile d'insister sur le pouvoir qui est le sien d'«établir objectivement» l'existence d'un différend conformément à sa jurisprudence constante, qu'il examine en détail dans la partie II de son opinion dissidente.

4. Ce n'est que très récemment, dans un passage de l'arrêt qu'elle a rendu le 1<sup>er</sup> avril 2011 sur les exceptions préliminaires en l'affaire relative à l'Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, que la CIJ a décidé d'appliquer aux faits de l'espèce un critère plus strict pour établir l'existence d'un différend, en recherchant si l'Etat demandeur avait préalablement notifié sa réclamation à l'Etat défendeur et si ce dernier s'y était opposé. Le juge Cançado Trindade souligne que cette nouvelle exigence «n'est pas compatible avec la jurisprudence constante de la CPJI et de la CIJ en matière de détermination de l'existence d'un différend» (par. 9).

5. Dans les présentes affaires des Obligations relatives à des négociations concernant la cessation de la course aux armes nucléaires et le désarmement nucléaire, les trois Etats défendeurs (à savoir le Pakistan, l'Inde et le Royaume-Uni), ont ainsi cherché à faire fond sur une exigence de

notification préalable des réclamations, ou le critère selon lequel l'Etat défendeur devait avoir connaissance de celles de l'Etat demandeur, pour qu'un différend existe conformément au Statut de la CIJ ou au droit international général. Toutefois, le juge Cançado Trindade souligne là encore que

«nulle part, dans la jurisprudence constante de la Cour relative à la question de l'existence d'un différend, on ne trouve la moindre trace d'une telle exigence ; bien au contraire, la CIJ a précisé que la position ou l'attitude d'une partie pouvait être établie par inférence [affaire de la Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria, arrêt du 11 juin 1998 sur les exceptions préliminaires]. Selon l'approche de la Cour, il n'est pas nécessaire que le défendeur se soit préalablement opposé à la réclamation du demandeur en faisant une déclaration expresse, ni qu'il ait expressément confirmé l'existence d'un différend.» (Par. 10.)

6. Le juge Cançado Trindade rappelle ensuite que, dans l'opinion dissidente (par. 161) dont il avait joint l'exposé à l'arrêt rendu en 2011 en l'affaire relative à l'Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, il avait critiqué le «raisonnement formaliste» suivi par la Cour pour déterminer l'existence d'un différend, qui avait donné lieu à l'introduction d'un critère plus strict allant au-delà de la jurisprudence constante de la CPJI et de la CIJ elle-même (par. 11 et 12). Il n'existe en effet, pour l'Etat demandeur, aucune obligation générale de notifier préalablement son intention d'introduire une instance devant la Cour. Le juge Cançado Trindade ajoute que, «s'il convient d'établir l'existence (et l'objet) d'un différend porté devant la Cour, c'est dans le but de permettre à celle-ci d'exercer convenablement sa compétence : cela vise plus précisément, non pas à protéger l'Etat défendeur, mais à préserver le bon exercice, par la Cour, de la fonction judiciaire qui lui est dévolue» (par. 13).

7. Il n'existe pas non plus de condition imposant aux parties d'«épuisier» la voie des négociations diplomatiques (par. 14) avant d'introduire une instance devant la Cour (affaire de la Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria, arrêt du 11 juin 1998 sur les exceptions préliminaires). En la présente espèce opposant les Iles Marshall au Pakistan, les parties en litige avaient suivi deux lignes de conduite constantes et distinctes attestant la différence entre leurs positions juridiques, ce qui suffit à établir l'existence d'un différend. En l'occurrence, celui-ci portait sur la question de savoir si le Pakistan avait manqué à l'obligation que lui impose le droit international coutumier de poursuivre de bonne foi et de mener à terme des négociations conduisant au désarmement nucléaire dans tous ses aspects, sous un contrôle international efficace (par. 16).

8. Dans les présentes affaires des Obligations relatives à des négociations concernant la cessation de la course aux armes nucléaires et le désarmement nucléaire (Iles Marshall c. Pakistan/Inde/Royaume-Uni), la majorité de la Cour a indûment relevé le seuil permettant d'établir l'existence d'un différend en posant la condition de la «connaissance», ce qui semble «compromettre la propre capacité de la Cour à déduire l'existence d'un différend des comportements contradictoires des parties en litige» (par. 18).

9. Selon le juge Cançado Trindade, la position adoptée en la présente espèce par la majorité «contredit la propre jurisprudence antérieure de la Cour de La Haye (CPJI et CIJ)», dans laquelle celle-ci a suivi une approche nettement moins formaliste pour établir l'existence d'un différend» (s'agissant de la CPJI, voir, notamment, l'affaire des Concessions Mavrommatis en Palestine, arrêt du 30 août 1924 ; l'affaire relative à Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise, arrêt (fond) du 25 août 1925 ; l'affaire de l'Interprétation des arrêts n° 7 et 8 (usine de Chorzów), arrêt du 16 décembre 1927 ; et, s'agissant de la CIJ, voir, notamment, l'affaire relative au Timor oriental, arrêt du 30 juin 1995 ; l'affaire relative à l'Application de la convention pour la prévention

et la répression du crime de génocide, exceptions préliminaires, arrêt du 11 juillet 1996 ; l'affaire relative à Certains biens, exceptions préliminaires, arrêt du 10 février 2005) (par. 20).

10. Dans les affaires relatives au Timor oriental (1995), à l'Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (1996) et à Certains biens (2005), la CIJ a considéré que le comportement postérieur à la date critique (c'est-à-dire celle du dépôt de la requête) tendait à confirmer l'existence d'un différend entre les parties. Cette approche, que la CIJ elle-même avait suivie jusqu'alors, fait clairement apparaître qu'un différend existait en la présente espèce (par. 22 et 23).

11. Au surplus, la majorité de la Cour fait table rase de l'exigence selon laquelle la date à retenir pour établir l'existence du différend est «en principe» celle du dépôt de la requête (affaire relative à des Violations alléguées de droits souverains et d'espaces maritimes dans la mer des Caraïbes, exceptions préliminaires, arrêt du 17 mars 2016) ; comme on l'a vu, la CIJ a tenu compte, dans sa jurisprudence, du comportement postérieur à cette date critique (par. 26).

12. Le juge Cançado Trindade ajoute que, en la présente espèce, la majorité de la Cour reprend les obiter dicta formulés en l'affaire relative à l'Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (2011),

«qui ont relevé indûment le seuil permettant d'établir l'existence d'un différend, au sujet d'une clause compromissaire contenue dans cette convention (celle-ci ayant, en tout état de cause, été mal interprétée, puisqu'il n'a pas été tenu compte de son objet et de son but). Pis encore, dans la présente espèce opposant les Iles Marshall au Pakistan, la majorité de la Cour sort ce critère plus strict de son contexte et l'applique à une affaire portée devant la Cour sur la base d'une déclaration faite en vertu de la clause facultative et ayant trait à une obligation de droit international coutumier.» (Par. 27.)

13. Ce seuil relevé, qui est «de surcroît formaliste et artificiel», ne découle pas de la définition d'un différend telle qu'elle apparaît dans la jurisprudence constante de la Cour (par. 28). En appliquant le critère de la «connaissance», la majorité de la Cour s'attache excessivement aux formes, exigeant de l'Etat défendeur qu'il réagisse d'une certaine façon à la réclamation de l'Etat demandeur, et ce, «même dans une situation telle que celle de la présente espèce, où les parties en litige ont systématiquement suivi deux lignes de conduite distinctes» (par. 28). Le juge Cançado Trindade conclut à cet égard que, en relevant de manière formaliste le seuil qui permet d'établir l'existence d'un différend, la majorité de la Cour «crée indûment une entrave à l'accès même (des demandeurs) à la justice au niveau international, a fortiori dans une affaire consacrée à une question intéressant l'ensemble de l'humanité, ce qui est éminemment regrettable» (par. 29).

14. Le juge Cançado Trindade aborde ensuite les différentes séries de résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies sur les armes nucléaires et l'opinio juris (partie III), à savoir : a) les résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies sur les armes nucléaires (1961-1981) ; b) les résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies sur le gel des armes nucléaires (1982-1992) ; c) les résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies condamnant les armes nucléaires (1982-2015) ; et d) les résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies sur la suite donnée à l'avis consultatif de 1996 de la CIJ (1996-2015). Il rappelle que, dans le cadre de la présente affaire des Obligations relatives à des négociations concernant la cessation de la course aux armes nucléaires et le désarmement nucléaire, les parties en litige ont commencé par traiter les résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies consacrées à la question du désarmement nucléaire (par. 30).

15. S'agissant de la première série de résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies sur les armes nucléaires (1961-1981), c'est la résolution 1653 (XVI) du 24 novembre 1961 qui a ouvert la voie avec sa célèbre «Déclaration sur l'interdiction de l'emploi des armes nucléaires et thermonucléaires», trois décennies du désarmement ayant ensuite été proclamées (par. 31). Tout au long de cette première période à l'examen (1961-1981), l'Assemblée générale a accordé une importance particulière aux questions de désarmement, en particulier nucléaire (par. 32). En 1978 et en 1982, elle a ainsi consacré deux sessions extraordinaires (à savoir ses 10<sup>e</sup> et 12<sup>e</sup> sessions) au désarmement nucléaire, soulignant que l'objectif le plus urgent du désarmement consistait à écarter le risque d'une guerre nucléaire (par. 33).

16. Le juge Cançado Trindade rappelle que l'Assemblée générale a, à maintes reprises, dénoncé les risques que la course aux armes nucléaires faisait peser sur l'humanité ainsi que sur la survie de la civilisation, et exprimé ses craintes que les essais nucléaires aient pour conséquence négative d'accélérer encore cette compétition. Aussi l'Assemblée générale a-t-elle répété qu'elle condamnait l'ensemble des essais d'armes nucléaires, quel que soit l'environnement dans lequel ils pouvaient être menés, et qu'elle exhortait les Etats dotés d'armes nucléaires à suspendre ces essais sous toutes leurs formes (par. 34).

17. Le juge Cançado Trindade rappelle ensuite que, au cours de cette période, l'Assemblée générale a également souligné que les Etats dotés d'armes nucléaires avaient une responsabilité particulière pour parvenir à atteindre l'objectif du désarmement nucléaire (par. 35). Et d'ajouter que, à sa 84<sup>e</sup> séance plénière, qui a fait suite à sa 10<sup>e</sup> session extraordinaire consacrée au désarmement, l'Assemblée générale a déclaré que l'emploi d'armes nucléaires constituait une «violation de la Charte des Nations Unies» ainsi qu'un «crime contre l'humanité», et qu'il devrait être interdit, dans l'attente du désarmement nucléaire (par. 36).

18. S'agissant de la deuxième série de résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies sur le gel des armes nucléaires (1982-1992), cet organe a adopté chaque année au cours de la période à l'examen (comme suite à ses 10<sup>e</sup> et 12<sup>e</sup> sessions extraordinaires consacrées au désarmement nucléaire, tenues en 1978 et 1982, respectivement) des résolutions appelant à un gel de ces armements. L'Assemblée a relevé dans ces textes que les arsenaux existants étaient plus que suffisants pour détruire toute vie sur la terre, exprimant sa conviction qu'une paix mondiale pérenne ne pouvait reposer que sur un désarmement général et complet, effectué sous un contrôle international efficace. Elle a également noté à cet égard que les objectifs prioritaires en matière de désarmement devaient être le désarmement nucléaire et l'élimination de toutes les armes de destruction massive (par. 38).

19. Enfin, dans ces mêmes résolutions, l'Assemblée générale a exhorté les puissances nucléaires à convenir d'un «gel des armes nucléaires» prévoyant notamment «l'arrêt total et simultané de ... la production de matières fissiles destinées à la fabrication d'armes». Ce gel n'était pas considéré comme une fin en soi, mais comme la première étape la plus efficace vers la réduction des arsenaux nucléaires, une interdiction complète des essais, la cessation de la fabrication et du déploiement d'armes nucléaires, et la cessation de la production de matières fissiles destinées à la fabrication d'armes (par. 39).

20. Ayant rappelé que les exposés présentés à la fin de l'année 1995 dans le cadre de la procédure consultative engagée devant la Cour ont été l'occasion de reconnaître l'autorité et la valeur juridique des résolutions de l'Assemblée générale (par. 43-45), le juge Cançado Trindade souligne que celles-ci se sont, depuis — et jusqu'à ce jour —, multipliées, «constituant clairement», à son sens, «une opinio juris communis relative au désarmement nucléaire» (par. 43).

21. Il en vient ensuite à la longue série de résolutions condamnant les armes nucléaires (1982-2015), par lesquelles l'Assemblée générale est passée à une condamnation directe en formulant des mises en garde contre la menace que représentent les armes nucléaires pour la survie de l'humanité (par. 45). Autre point important, elle y réaffirme, chaque année, en préambule, que «l'emploi d'armes nucléaires constituerait une violation de la Charte des Nations Unies et un crime contre l'humanité» (par. 46).

22. Enfin et surtout, le juge Cançado Trindade examine la série de résolutions concernant la suite donnée à l'avis consultatif rendu en 1996 par la Cour (1996-2015), dans lesquelles l'Assemblée générale se dit tout d'abord convaincue que «la persistance des armes nucléaires fait peser une menace sur l'humanité», et que «leur emploi aurait des conséquences catastrophiques pour toutes les formes de vie sur Terre», précisant que «la seule protection contre une catastrophe nucléaire est l'élimination complète des armes nucléaires et la certitude qu'il n'en sera plus jamais fabriqué» (deuxième alinéa du préambule). Y est en outre maintes fois réaffirmé «l'engagement pris par la communauté internationale d'atteindre l'objectif d'un monde exempt d'armes nucléaires grâce à l'élimination totale des armes nucléaires» (par. 51).

23. Dans ces résolutions, l'Assemblée générale invite instamment tous les Etats à s'acquitter immédiatement de l'obligation qui conduira sans tarder à la conclusion d'une convention interdisant la mise au point, la fabrication, l'essai, le déploiement, le stockage, le transfert, la menace ou l'emploi de ces armes et prévoyant leur élimination (par. 52). Depuis quelques années, elle constate par ailleurs «avec satisfaction», en préambule, que le traité sur l'Antarctique et les traités de Tlatelolco, de Rarotonga, de Bangkok et de Pelindaba, ainsi que le traité portant création d'une zone exempte d'armes nucléaires en Asie centrale «libèrent progressivement de la présence d'armes nucléaires tout l'hémisphère Sud et les zones adjacentes visées par ces traités» (par. 53).

24. Les résolutions adoptées plus récemment (depuis 2013) ont vu leur portée nettement élargie. L'Assemblée générale y invite l'ensemble des Etats dotés d'armes nucléaires à prendre des mesures concrètes de désarmement, soulignant que tous les Etats doivent faire des efforts particuliers pour instaurer et conserver un monde exempt d'armes nucléaires. Leur dispositif rappelle la conclusion unanime énoncée par la Cour dans son avis consultatif de 1996 sur la Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, selon laquelle «il existe une obligation de poursuivre de bonne foi et de mener à terme des négociations conduisant au désarmement nucléaire dans tous ses aspects, sous un contrôle international strict et efficace» (par. 54).

25. Les résolutions concernant la suite donnée à l'avis consultatif de la Cour comportent des paragraphes qui, sans mentionner le TNP ni les Etats qui en sont parties, font référence à cette obligation de poursuivre de bonne foi et de mener à terme des négociations conduisant au désarmement nucléaire, présentée comme une obligation générale ne découlant d'aucune disposition conventionnelle particulière. Par ailleurs, tous les Etats, et pas uniquement ceux qui sont parties au TNP, sont priés de s'acquitter immédiatement de celle, qui leur incombe à tous, de tenir le Secrétaire général informé des efforts qu'ils déploient et des mesures qu'ils prennent en application des résolutions en question. En résumé, ces résolutions «visent délibérément tous les Etats, et, en ne mentionnant aucun traité particulier ni aucune autre obligation internationale découlant d'un texte spécifique, renvoient à une obligation de droit coutumier de négocier et de parvenir au désarmement nucléaire» (par. 55).

26. Tout comme l'Assemblée générale, le Conseil de Sécurité de l'Organisation des Nations Unies s'est maintes fois penché sur la question à l'examen (partie IV). Deux de ses résolutions (S/RES/984 (1995), adoptée le 11 avril 1995, et S/RES/1887 (2009), adoptée le 24 septembre 2009) mentionnent, en particulier, l'obligation de poursuivre de bonne foi des



négociations relatives au désarmement nucléaire (par. 60), le Conseil de Sécurité ayant, lui aussi, lancé un appel général à l'intention de tous les Etats membres de l'Organisation, qu'ils soient ou non parties au TNP (par. 61). Selon le juge Cançado Trindade,

«les résolutions susmentionnées du Conseil de Sécurité, comme celles de l'Assemblée générale (voir supra), qui s'adressent à tous les Etats membres de l'Organisation, constituent d'importants éléments attestant l'émergence d'une opinio juris, ce qui confirme la formation progressive d'une obligation de droit international coutumier correspondant à l'obligation conventionnelle établie par l'article VI du TNP. Il importe en particulier de relever, à cet égard, que le Conseil de Sécurité invite tous les Etats, et pas uniquement ceux qui sont parties au TNP, à poursuivre de bonne foi des négociations en vue du désarmement nucléaire (ou à se joindre aux Etats parties du TNP dans cette entreprise) ; l'obligation en cause incombe donc à tous les Etats membres de l'Organisation des Nations Unies, qu'ils soient ou non parties au TNP.» (Par. 62.)

27. Le juge Cançado Trindade indique ensuite que les résolutions examinées (celles de l'Assemblée générale et celles du Conseil de Sécurité) illustrent la longue histoire de la condamnation des armes nucléaires par l'Organisation des Nations Unies (partie V), qui remonte à la naissance de l'Organisation et à ses toutes premières années d'existence (par. 63 et 64). En 1956, était établie l'Agence internationale de l'énergie atomique (AIEA). Cinq ans plus tard, en 1961, l'Assemblée générale adoptait une résolution historique et inédite, la «Déclaration sur l'interdiction de l'emploi des armes nucléaires et thermonucléaires» (1653 (XVI), 24 novembre 1961), qui, «cinquante-cinq ans plus tard, n'a rien perdu de son actualité et mérite, aujourd'hui encore, la plus grande attention» (par. 65).

28. Plus d'un demi-siècle plus tard, cette déclaration poignante et clairvoyante a conservé tout sa pertinence, l'ensemble de la communauté internationale attendant toujours que le projet de convention générale sur l'interdiction de l'emploi des armes nucléaires et thermonucléaires se concrétise ; aujourd'hui encore — comme en 1961 — le désarmement nucléaire reste un objectif à atteindre pour l'Organisation des Nations Unies. Bien que 164 Etats l'aient, à ce jour, ratifié, le traité d'interdiction complète des essais nucléaires adopté le 24 septembre 1996 n'est toujours pas entré en vigueur (par. 66). Depuis l'adoption de ce texte en 1996, la conférence du désarmement a vu ses travaux largement paralysés par des divergences de vues tenant aux «intérêts en matière de sécurité» des différents participants (par. 72).

29. Pourtant, d'un point de vue historique, certaines avancées ont été réalisées depuis quelques dizaines d'années en ce qui concerne les autres armes de destruction massive, ainsi que l'illustrent l'adoption de la convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication et du stockage des armes bactériologiques (biologiques) ou à toxines et sur leur destruction (10 avril 1972) et celle de la convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication, du stockage et de l'emploi des armes chimiques et sur leur destruction (13 janvier 1993) — deux textes qui, à la différence du traité d'interdiction complète des essais nucléaires, sont déjà entrés en vigueur (les 26 mars 1975 et 29 avril 1997, respectivement). Et le juge Cançado Trindade de conclure à cet égard que,

«[d]u point de vue du seul droit international conventionnel, les armes de destruction massive (gaz toxiques, armes biologiques et chimiques) ont été prohibées ; les armes nucléaires, bien plus destructrices, ne le sont, quant à elles, toujours pas. Cette absurdité juridique alimente la myopie -- voire l'aveuglement -- positiviste consistant à en déduire qu'il n'existe aucune obligation internationale coutumière de désarmement nucléaire. Focalisé sur le droit des traités, ou le consentement individuel des Etats, le positivisme aboutit à des raisonnements stériles, perdant de vue les

besoins et aspirations pressants de la communauté internationale dans son ensemble et méconnaissant le caractère universel du droit international contemporain — tel que l'envisageaient, dès les XVI<sup>e</sup> et XVII<sup>e</sup> siècles, ses «pères fondateurs» — ainsi que les principes fondamentaux qui le sous-tendent ...

En réalité, il existe aujourd'hui en droit international, tant conventionnel que coutumier, une obligation de désarmement nucléaire, qui a vu le jour et s'est cristallisée grâce, notamment, à la précieuse contribution apportée par l'Organisation des Nations Unies au fil des décennies.» (Par. 74 et 75.)

30. Dans les écritures et plaidoiries qu'elles ont présentées à la Cour en l'espèce, les Parties ont exposé leur argumentation respective sur la question des résolutions de l'Organisation des Nations Unies et de l'émergence d'une opinio juris (partie VI). Le juge Cançado Trindade estime que, bien qu'ayant donné lieu à des votes différents, les résolutions de l'Assemblée générale examinées dans la présente opinion dissidente, prises dans leur ensemble,

«ne manquent pas, loin de là, de contribuer à la formation d'une opinio juris relative à la formation d'une obligation de désarmement nucléaire en droit international coutumier. Après tout, ces résolutions émanent de l'Assemblée générale elle-même (et pas seulement de la large majorité des Etats membres de l'ONU qui ont voté en leur faveur) ; elles émanent de l'Organisation des Nations Unies elle-même, qui s'est attelée à une question d'intérêt commun pour l'humanité toute entière.» (Par. 82.)

31. L'histoire humaine a, au fil des siècles, été marquée par la présence du mal (partie VII). Dès le début de l'ère nucléaire, en août 1945, certains grands penseurs se sont posé la question de savoir si l'humanité avait un avenir (par. 83-91), appelant l'attention sur l'indispensable respect de la vie et sur l'importance des valeurs humanistes (par. 92-104). De même, des voix se sont élevées, dans la doctrine internationale, pour souligner la nécessité de faire prévaloir la conscience humaine — la conscience juridique universelle — sur le volontarisme des Etats (par. 105-108).

32. Telle est aussi la position défendue par le juge Cançado Trindade, qui estime que «la conscience juridique universelle est la source matérielle ultime du droit international. ...[L]'on ne saurait surmonter les nouvelles difficultés qui se posent à la communauté internationale dans son ensemble en ne se préoccupant que des «susceptibilités des Etats». Ainsi en va-t-il de l'obligation de libérer le monde des armes nucléaires, impératif qui découle de la recta ratio et non de la «volonté» des Etats. De fait, pour que perdure l'espoir, il convient de toujours garder à l'esprit l'humanité toute entière» (par. 109).

33. Dans le cadre des procédures devant la Cour, le juge Cançado Trindade a déjà exposé ce point aux paragraphes 488 et 489 de l'opinion dissidente qu'il a jointe à l'arrêt rendu le 3 février 2015 en l'affaire relative à l'Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie). Il souligne par ailleurs que «[l]'humanité a été marquée et accompagnée, au cours des siècles, par la présence du mal», qui s'est traduit par le «mépris croissant de la vie humaine» ; le «tragique message du livre de la Genèse» est selon lui «perpétuel et plus que jamais d'actualité dans l'ère nucléaire contemporaine» (par. 111 et 112).

34. Le juge Cançado Trindade s'intéresse ensuite à l'attention qui est accordée aux peuples dans la Charte des Nations Unies, comme le montrent un certain nombre de ses dispositions, ainsi qu'à la protection des valeurs communes de l'humanité et au respect de la vie et de la dignité humaine (partie VIII). La vision novatrice portée par ce texte, et consacrée par le droit des Nations Unies, a, selon lui,

«une incidence sur le règlement judiciaire des différends internationaux. Ainsi, le caractère interétatique du mécanisme par lequel la Cour examine les affaires contentieuses ne signifie pas que celle-ci doive circonscrire dans ces mêmes limites son raisonnement, qui dépend de la nature et du fond de chaque affaire particulière. La Cour a, de fait, été amenée, dans un certain nombre de cas, à dépasser largement cette dimension interétatique, ce qui est conforme aux prévisions de la Charte des Nations Unies, puisqu'elle est «l'organe judiciaire principal de l'Organisation.» (Par. 115.)

35. Dans le même ordre d'idées, le juge Cançado Trindade se réfère à la série de conférences mondiales organisées dans les années 1990, entreprise louable par laquelle l'Organisation des Nations Unies, mue par un esprit de solidarité, s'est efforcée de dépasser et de transcender la dimension purement interétatique afin d'envisager les difficultés auxquelles l'humanité aurait à faire face à l'avenir. Ces conférences, ajoute-t-il, ont pour dénominateur commun de reconnaître la légitimité des préoccupations de la communauté internationale dans son ensemble à l'égard des conditions de vie des êtres humains partout dans le monde. A la fin de cette décennie et à l'aube du nouveau millénaire, l'Organisation des Nations Unies a, dans la Déclaration du Millénaire (2000), affirmé sa détermination à «éliminer les dangers posés par les armes de destruction massive» (par. 119-121).

36. En résumé, la Cour peut fort bien être appelée, de par la nature de l'instance dont elle est saisie, à dépasser, dans son raisonnement, le cadre purement interétatique ; dans la présente affaire, relative à l'obligation du désarmement nucléaire, l'attention devait avant tout être accordée aux peuples, selon une approche humaniste, et non aux susceptibilités des Etats. Le mécanisme interétatique par lequel la Cour traite des affaires contentieuses n'implique nullement que son raisonnement doive lui aussi être strictement interétatique. Le désarmement nucléaire est une question intéressant l'humanité toute entière.

37. Contrairement à la logique retenue par la majorité, il n'y avait pas lieu, dans une affaire telle que la présente, d'appliquer le prétendu «principe» de l'Or monétaire, lequel «ne relève pas du champ des prima principia, puisqu'il s'agit, ni plus ni moins, d'une concession faite au consentement des Etats, selon une conception volontariste aujourd'hui dépassée». La présente affaire, du point de vue du juge Cançado Trindade, mettait au jour

«la nécessité de dépasser le point de vue strictement interétatique. Le fait que le mécanisme par lequel la Cour examine les affaires contentieuses s'inscrive dans un cadre interétatique n'implique nullement que celle-ci doive circonscrire son raisonnement dans ces mêmes limites. En la présente affaire, qui concerne les armes nucléaires et l'obligation du désarmement nucléaire, l'attention devait se porter en priorité sur les peuples, et non sur la susceptibilité des Etats. Il est impératif que la population mondiale demeure au centre des préoccupations, dans une perspective humaniste et à la lumière du principe d'humanité.» (Par. 124 et 125.)

38. L'affaire des Obligations relatives à des négociations concernant la cessation de la course aux armes nucléaires et le désarmement nucléaire met en évidence l'importance capitale des principes généraux du droit international, tel que celui de l'égalité juridique des Etats (partie XI). Les principes généraux du droit (prima principia) sont le fondement de tout système juridique. Ils éclairent et encadrent ses normes, guident leur application et appellent l'attention sur la prééminence du jus necessarium sur le jus voluntarium (cf. infra).

39. Il ne faut pas laisser les inégalités de fait et les stratégies de «dissuasion» l'emporter sur l'égalité juridique des Etats ; la «dissuasion» ne doit pas ignorer plus longtemps la longue série des résolutions de l'Assemblée générale de l'ONU qui expriment l'opinio juris communis en

condamnant les armes nucléaires (partie XI). Comme l'affirment également les principes généraux du droit international et la doctrine juridique internationale, ajoute le juge Cançado Trindade, les armes nucléaires constituent une violation du droit international, du droit international humanitaire, du droit international des droits de l'homme, de la Charte des Nations Unies et du jus cogens, en raison de leurs effets dévastateurs et des souffrances qu'elles peuvent infliger à l'humanité tout entière (par. 132 et 133).

40. Selon lui, la Cour devrait accorder «beaucoup plus de poids à la raison d'humanité» qu'à la raison d'Etat qui inspire la «dissuasion»; elle devrait «garder à l'esprit la personne humaine et les peuples pour qui les Etats ont été créés, au lieu de s'appuyer exclusivement sur une raison d'Etat présumée». Toujours selon lui, la raison d'humanité «doit avoir préséance sur les considérations de Realpolitik» (par. 143). D'ailleurs, c'est à juste titre que, dans son avis consultatif de 1996, la Cour a reconnu l'importance — affirmée dans toute une série de résolutions de l'Assemblée générale — d'un désarmement nucléaire complet, considéré comme une obligation de résultat et non de simple comportement (par. 89), mais

«elle n'a pas su en tirer les conséquences. Si elle l'avait fait, elle serait parvenue à la conclusion que le désarmement nucléaire ne saurait être entravé par le comportement d'une poignée d'Etats — les Etats dotés d'armes nucléaires — qui continuent d'entretenir et de moderniser leurs arsenaux nucléaires dans le cadre de leur stratégie de «dissuasion».

La stratégie de «dissuasion» comprend un élément suicidaire. Aujourd'hui, en 2016, vingt ans après l'avis consultatif de 1996 de la Cour, et compte tenu de la réaffirmation subséquente du désarmement nucléaire comme obligation de droit international tant conventionnel que coutumier, il ne reste plus aucune place pour l'ambiguïté. Il existe une opinio juris communis de l'illicéité des armes nucléaires et de l'obligation du désarmement nucléaire, cette dernière étant une obligation de résultat et pas seulement de comportement. Ladite opinio juris ne disparaîtra pas parce que certains positivistes insistent dogmatiquement sur une interdiction expresse des armes nucléaires ; bien au contraire, elle montre que le prétexte tiré de l'absence d'interdiction expresse est un non-sens, puisqu'il repose sur une stratégie dévastatrice et suicidaire de «dissuasion».» (Par. 134 et 135.)

41. Sur ce point, le juge Cançado Trindade conclut qu'il existe dans les faits une opinio juris communis clairement constituée qui affirme l'illicéité des armes nucléaires et exige leur interdiction, et que la survie de l'humanité ne saurait dépendre de la «volonté» et des «intérêts de sécurité nationale» d'une poignée d'Etats privilégiés ; «la conscience juridique universelle se situe très au-dessus de la «volonté» de quelques Etats» (par. 140).

42. La série suivante d'observations du juge Cançado Trindade porte sur l'illicéité des armes nucléaires et l'obligation de désarmement nucléaire (partie XII) et vise notamment : a) la condamnation de toutes les armes de destruction massive ; b) l'interdiction des armes nucléaires (nécessité d'adopter une approche centrée sur l'être humain et droit fondamental à la vie) ; c) les interdictions absolues du jus cogens et l'humanisation du droit international ; et d) les pièges du positivisme juridique. Le juge Cançado Trindade souligne la nécessité d'adopter une approche centrée sur l'être humain dans ce domaine, en gardant à l'esprit le droit fondamental à la vie (par. 166-179). Il importe également de garder à l'esprit les effets dévastateurs et catastrophiques de l'emploi d'armes nucléaires.

43. Il prévient que, sur le chemin qui conduit au désarmement nucléaire, les peuples de la planète ne sauraient être les otages du consentement de quelques Etats. Les interdictions absolues de la privation arbitraire de la vie, des traitements cruels, inhumains ou dégradants et des

souffrances inutiles sont des normes impératives du droit international général (jus cogens), éclairent le droit international des droits de l'homme, le droit international humanitaire, le droit international des réfugiés et le droit pénal international, et inspirent le processus actuel et historique d'humanisation du droit international (par. 180-183).

44. Il prévient également que c'est à tort que les conceptions positivistes méconnaissent l'opinio juris communis qui affirme l'illicéité de toutes les armes de destruction massive, y compris les armes nucléaires, et l'obligation de désarmement nucléaire en droit international contemporain (par. 184-190). Droit international conventionnel et droit international coutumier progressent de concert sur le front de la protection des personnes, comme le montre la clause de Martens, et cela a une incidence sur l'interdiction des armes nucléaires (par. 191-199).

45. Pour le juge Cançado Trindade, l'existence des armes nucléaires est la tragédie de l'ère nucléaire contemporaine ; aujourd'hui plus que jamais, les humains ont besoin d'être protégés contre eux-mêmes. Les armes nucléaires ne connaissent pas l'éthique, et l'éthique ne peut pas être séparée du droit, comme l'enseigne le jusnaturalisme (partie XIV). Il s'étonne que,

«en ce qui concerne le désarmement nucléaire, nous [soyons] aujourd'hui confrontés, dans l'univers conceptuel du droit international, à des lacunes ou des anomalies inexplicables, voire des absurdités. Par exemple, il existe heureusement de nos jours des conventions, de 1972 et 1993 respectivement, qui interdisent les armes biologiques et les armes chimiques, mais il n'existe aucune convention portant interdiction complète des armes nucléaires, qui sont pourtant beaucoup plus destructrices. Ces armes ne sont pas interdites alors même qu'elles constituent une violation manifeste du droit international, du droit international humanitaire, du droit international des droits de l'homme et du droit des Nations Unies.

Cela a-t-il un sens ? Le droit international peut-il se concevoir sans l'éthique ? Pour moi, il ne le peut pas. De même que le droit et l'éthique vont de pair dans la conception jusnaturaliste, la connaissance scientifique ne saurait être dissociée de l'éthique. La fabrication d'armes nucléaires montre bien le divorce entre considérations éthiques et progrès technologique. Sans ce divorce, des armes qui peuvent détruire des millions de civils innocents et l'humanité tout entière n'auraient jamais été conçues.

Les principes de la recta ratio qui encadrent la lex praeceptiva émanent de la conscience humaine, affirmant ainsi le rapport intime qui existe entre droit et éthique. Ce sont des considérations éthiques qui doivent guider les débats sur le désarmement nucléaire. Les armes nucléaires, qui sont capables de détruire l'humanité tout entière, sont des incarnations du mal. Elles ne connaissent pas les populations civiles, elles ignorent les principes de nécessité, de distinction et de proportionnalité. Elles font fi du principe d'humanité. Elles n'ont aucun respect pour le droit fondamental à la vie. Entièrement illicites et illégitimes, elles sont rejetées par la recta ratio, qui a assis le jus gentium, au cours de son évolution historique, sur des fondements éthiques et lui a donné son caractère d'universalité.» (Par. 201-203.)

46. Dans l'esprit du juge Cançado Trindade, l'humanité est sujet de droits (comme l'ont envisagé les «pères fondateurs» du droit international) dans l'univers du nouveau jus gentium humanisé ; en cette qualité de sujet de droits, l'humanité est depuis trop longtemps déjà une victime potentielle des armes nucléaires. Cette vision humaniste est centrée sur les peuples et tient compte des fins d'humanité poursuivies par les Etats.

47. Selon le juge Cançado Trindade, «la vision myopique du droit positif» est incapable d’appréhender à elle seule la tragédie contemporaine que représentent les armes nucléaires ; les armes nucléaires et autres armes de destruction massive ignorent l’éthique et n’ont aucun fondement dans le droit des gens. Elles constituent une violation flagrante de ses principes fondamentaux et de ceux du droit international humanitaire, du droit international des droits de l’homme et du droit des Nations Unies ; elles sont «une manifestation contemporaine du mal dans une longue trajectoire qui remonte jusqu’au livre de la Genèse». La pensée jusnaturaliste, «toujours ouverte à des considérations éthiques», reconnaît et rejette les effets délétères des stratégies fondées sur la «dissuasion», la peur et la menace ; ces stratégies ont «l’humanité pour victime» (par. 210).

48. Le juge Cançado Trindade passe ensuite à une série de réflexions sur le principe d’humanité (par. 215) et l’approche universaliste, et rappelle que le jus necessarium permet de dépasser les limites du jus voluntarium (partie XV). A plusieurs occasions, dans l’exposé de ses opinions individuelles qui a été joint à des arrêts de la CIJ et, antérieurement, de la Cour interaméricaine des droits de l’homme, il a en effet souligné que,

«au temps de ses origines historiques au XVI<sup>e</sup> siècle, le droit des gens passait pour comprendre non seulement les Etats (alors en pleine formation), mais encore les peuples, la personne humaine (considérée individuellement et collectivement) et l’humanité dans son ensemble. Ce n’est que bien plus tard que la conception strictement interétatique du droit des gens est apparue, à partir du réductionnisme vattelien du milieu du XVIII<sup>e</sup> siècle, qui s’est épanoui à la fin du XIX<sup>e</sup> et au début du XX<sup>e</sup> siècle, avec tout au long du XX<sup>e</sup> siècle les conséquences désastreuses que l’on sait — la succession d’atrocités dont ont été victimes des individus et des peuples dans diverses régions du monde. Depuis soixante-dix ans que nous sommes entrés dans l’ère nucléaire contemporaine, c’est l’humanité tout entière qui est menacée.» (Par. 213.)

49. L’obligation conventionnelle et coutumière de désarmement nucléaire, poursuit le juge Cançado Trindade, nous rappelle utilement que

«la question de la validité des normes juridiques internationales est, tout bien considéré, métajuridique. Le droit ne peut tout simplement pas rester indifférent aux valeurs, aux principes généraux du droit et aux considérations éthiques; pour commencer, il doit identifier ce qui est nécessaire — comme par exemple un monde exempt d’armes nucléaires — pour assurer la survie de l’humanité. Cette idée du droit précède le droit international positif et s’inscrit dans le droit fil de la pensée jusnaturaliste.

.....

Il est clair pour la conscience humaine que ces armes, capables de détruire l’humanité tout entière, sont illicites et interdites. Elles constituent une violation flagrante du jus cogens.» (Par. 221-223.)

50. Le juge Trindade Cançado commente d’autres aspects de la question qui ont été abordés par les parties dans l’affaire des Obligations relatives à des négociations concernant la cessation de la course aux armes nucléaires et le désarmement nucléaire. Il explique que l’opinio juris communis necessitatis, qui fait du désarmement nucléaire une obligation de droit conventionnel et coutumier, a trouvé à s’exprimer, premièrement, dans les conférences d’examen du traité sur la non-prolifération de 1975 à 2015 (partie XVI).

51. Elle a trouvé à s'exprimer, deuxièmement, dans la création de zones exemptes d'armes nucléaires (partie XVII), au bénéfice de l'humanité tout entière (par. 247). Des considérations élémentaires d'humanité ont certainement contribué à la création de ces zones, avec l'adoption en 1967 du traité visant l'interdiction des armes nucléaires en Amérique latine et dans les Caraïbes (traité de Tlatelolco), suivie par celle de quatre autres traités ayant le même objet, ainsi que de leurs protocoles respectifs, dans quatre autres régions du monde, à savoir le traité sur la zone dénucléarisée du Pacifique Sud (traité de Rarotonga) en 1985, le traité sur la zone exempte d'armes nucléaires en Asie du Sud-Est (traité de Bangkok) en 1995, le traité sur une zone exempte d'armes nucléaires en Afrique (traité de Pelindaba) en 1996 et le traité portant création d'une zone exempte d'armes nucléaires en Asie centrale (traité de Semipalatinsk) en 2006.

52. La création de ces zones exemptes d'armes nucléaires est un effet de la réprobation croissante dont ces armes sont l'objet de la part de la communauté internationale dans son ensemble (par. 240). D'autres mesures contre les armes nucléaires sont venues s'ajouter à la création de ces cinq zones, avec l'adoption de traités interdisant de placer des armes nucléaires et d'autres armes de destruction massive dans l'espace extra-atmosphérique, sur le fond des mers et des océans ainsi que dans leur sous-sol au-delà de la limite extérieure de la zone territoriale — tous ces espaces se trouvant «dénucléarisés» par les traités sur l'Antarctique (1959), sur l'espace extra-atmosphérique (1967) et sur le fond des mers et des océans (1971), auxquels il convient d'ajouter le traité sur la Lune et les autres corps célestes (1979), qui les ont soumis à une complète démilitarisation (par. 251).

53. Le fait que la communauté internationale compte aujourd'hui cinq zones exemptes d'arme nucléaires, à l'égard desquelles les Etats détenteurs d'armes nucléaires ont une responsabilité particulière, «signale un progrès indéniable de la droite raison, la recta ratio, dans les fondements du droit international contemporain». De plus, l'initiative qui a donné le jour à ces zones continue de gagner du terrain : plusieurs propositions de création de nouvelles zones de ce genre ont été examinées ces dernières années, y compris un statut d'Etat exempt d'armes nucléaires (pour la Mongolie par exemple). Tout ceci confirme «la réprobation croissante dont les armes nucléaires sont l'objet de la part de la communauté internationale dans son ensemble, qui considère que leur énorme puissance de destruction constitue un affront à la droite raison (recta ratio)» (par. 252).

54. Troisièmement, cette réprobation a trouvé à s'exprimer dans les récentes conférences sur l'impact humanitaire des armes nucléaires (partie XVIII) tenues à Oslo en mars 2013, Nayarit en février 2014 et Vienne en décembre 2014, qui visaient la réalisation et la conservation d'un monde exempt d'armes nucléaires. Ces conférences, que le juge Cançado Trindade passe en revue, ont appelé l'attention sur les effets humanitaires des armes nucléaires «et remis les êtres humains et les peuples au centre des préoccupations» ; ce faisant, elles ont «mis en évidence l'importance de la dimension humaine de la question, et tenté d'éveiller la conscience de la communauté internationale tout entière et de renforcer la coordination humanitaire nécessaire dans ce domaine» (par. 255).

55. Vu leurs effets dévastateurs, les armes nucléaires n'auraient jamais dû être conçues ni produites. Les participants aux conférences de Nayarit et de Vienne ont entendu les témoignages bouleversants de quelques hibakusha — rescapés des bombes atomiques larguées sur Hiroshima et Nagasaki — qui ont décrit les immenses dommages infligés à ces villes et à leurs habitants par les explosions nucléaires (y compris les victimes transformées en torches vivantes, carbonisées ou vaporisées, et les effets à long terme de la radioactivité, tels que les «bébés monstrueux» et les souffrances provoquées par «les cancers de la thyroïde et du foie et toute sorte d'affections de type cancéreux produites par les rayonnements ionisants», qui se prolongent pendant de nombreuses années et dont de nombreux rescapés sont morts au cours des sept dernières décennies) (par. 263-273).

56. Ces conférences sur l'impact humanitaire des armes nucléaires ont contribué à une meilleure compréhension des risques d'explosion nucléaire et des conséquences d'une telle explosion ; elles ont décrit les effets catastrophiques, tant immédiats qu'à moyen et long terme, de l'emploi et de l'essai d'armes nucléaires ; elles ont accordé une place importante au cadre juridique (et à ses lacunes) dans lequel s'inscrivent ces armes (par. 274 et 275 et 277-281). Dans le cadre de la lutte contre les armes nucléaires, la conférence de Vienne a produit un «engagement humanitaire» qui, dès avril 2016, avait été officiellement approuvé par 127 Etats (par. 282-284).

57. Le juge Cançado Trindade conclut sur ce point que ces récentes initiatives (cf. supra) ont

«attiré à juste titre l'attention sur les graves conséquences humanitaires des explosions d'armes nucléaires. La réinscription de toute cette question dans un cadre centré sur l'être humain me semble particulièrement lucide et nécessaire, compte tenu de l'inefficacité de la stratégie de «dissuasion» et des conséquences catastrophiques de l'emploi des armes nucléaires.

.....

Du fait que l'obligation de désarmement nucléaire est une obligation de résultat, l'approche dite «par étapes» ne peut pas se prolonger indéfiniment dans le temps, avec sa volonté insistante de garder en suspens l'épée de Damoclès nucléaire. Cette approche «par étapes» n'a produit à ce jour aucun résultat notable, faisant comme si les nombreuses déclarations des Nations Unies confirmant l'obligation de désarmement nucléaire n'existaient pas (cf. supra). Or l'interdiction absolue et pluridimensionnelle des armes nucléaires est une norme impérative de jus cogens (cf. supra). Ces armes, comme l'ont montré les conférences sur l'impact humanitaire des armes nucléaires, sont inhumaines par nature, rendant par là-même inutile et insoutenable la stratégie de «dissuasion».» (Par. 285 et 286.)

58. De surcroît, ces initiatives (conférences d'examen du traité sur la non-prolifération, création de zones exemptes d'armes nucléaires, conférences sur l'impact humanitaire des armes nucléaires) que le juge Cançado Trindade commente dans son opinion dissidente et qui ont été évoquées par les parties au cours de la procédure en l'affaire des Obligations relatives à des négociations concernant la cessation de la course aux armes nucléaires et le désarmement nucléaire, «se sont affranchies de la perspective interétatique». Selon le juge Cançado Trindade, «il importe au plus haut point, dans ce domaine, de dépasser l'horizon des Etats pour rejoindre la lutte pour la survie des peuples et de l'humanité à l'époque contemporaine» (par. 289).

59. Après avoir rappelé que les armes nucléaires «ont été associées dès leur conception à des dommages incommensurables» (par. 290), le juge Cançado Trindade présente ses observations finales (partie XIX). Dans son esprit, l'opinio juris communis, à laquelle les résolutions de l'Assemblée générale de l'ONU ont contribué, a une dimension beaucoup plus large que celle de représenter l'élément subjectif de la constitution de la coutume ; elle est devenue un élément essentiel de la formation d'un droit de la conscience qui a vocation à délivrer le monde de la menace inhumaine des armes nucléaires.

60. Les résolutions des Nations Unies (Assemblée générale et Conseil de sécurité) sont adoptées au nom de l'Organisation des Nations Unies (et non des seuls Etats qui ont voté pour elles) ; elles s'imposent donc à tous les Etats Membres de l'Organisation. Parmi les organes principaux de l'Organisation, les contributions de l'Assemblée générale, du Conseil de sécurité et du Secrétaire général au désarmement nucléaire ont été remarquablement cohérentes au fil des ans. La CIJ, en sa qualité d'organe judiciaire principal des Nations Unies, doit tenir compte des



considérations élémentaires d'humanité, avec leurs incidences sur les questions de recevabilité et de compétence, en même temps que du droit positif.

61. L'opinio juris a connu une longue évolution dans la pensée juridique et pris aujourd'hui une dimension considérable. Dès le XIX<sup>e</sup> siècle, l'«Ecole historique» de théorie juridique et de jurisprudence, «réagissant contre la conception volontariste, écartait progressivement la «volonté» des Etats en déplaçant l'attention vers l'opinio juris, et demandait que la pratique soit une expression authentique de la «conscience juridique» des nations et des peuples». Avec le passage du temps, l'adhésion à l'idée de la supériorité de la conscience sur la «volonté» s'est confirmée, «en réaction contre la réticence de certains Etats à se conformer à des normes de la communauté internationale applicables à des questions d'intérêt général ou commun» (par. 293). Le juge Cançado Trindade ajoute que

«l'opinio juris est devenue un élément essentiel de la formation du droit international, un droit de la conscience. Cette situation a réduit l'influence unilatérale des Etats les plus puissants, avec pour conséquence qu'il est devenu plus facile aujourd'hui de créer un droit international au service de l'intérêt public et soucieux du bien commun de la communauté internationale dans son ensemble.

On a progressivement admis que les fondements de l'ordre juridique international sont indépendants de la «volonté» d'Etats pris individuellement et transcendent cette volonté; que l'opinio juris communis est l'expression de la «conscience juridique» non plus seulement des nations et des peuples — comme le soutenait autrefois l'«Ecole historique» —, mais encore de la communauté internationale dans son ensemble, ce qui conduit à une universalisation du droit international. C'est, à mon avis, ce droit international de la conscience qui plaide en particulier pour le désarmement nucléaire, au nom de la survie de l'humanité.» (Par. 294 et 295).

62. Le juge Cançado Trindade rappelle qu'au fil des années, il a constamment dénoncé le «volontarisme positiviste», comme il le fait aujourd'hui dans son opinion dissidente en ce qui concerne «l'obligation coutumière et conventionnelle de mettre fin aux armes nucléaires», et ce, de façon à «délivrer le monde de la menace inhumaine que celles-ci font peser sur lui» (par. 297-299). Il fait ensuite observer que les résolutions de l'Assemblée générale ou du Conseil de sécurité de l'ONU sur la question qu'il a passées en revue dans son opinion dissidente

«sont adoptées non pas au nom des Etats qui ont voté pour elles, mais au nom de l'ONU elle-même (et de ses organes concernés), et qu'elles valent donc pour tous les Etats Membres de l'ONU. ... [L']ONU est dotée de la personnalité morale internationale, ce qui lui permet d'intervenir sur le plan international comme une entité distincte et indépendante de tel ou tel Etat Membre; c'est ainsi qu'elle défend l'égalité juridique de tous les Etats et atténue la vulnérabilité — et l'inquiétude qu'elle nourrit — d'Etats objectivement plus faibles, comme le sont les Etats non dotés d'armes nucléaires; ce faisant et agissant dans un cadre multilatéral, elle recherche l'intérêt général et favorise la réalisation de buts communs de la communauté internationale dans son ensemble, tels que le désarmement nucléaire.

Un petit groupe d'Etats — tels que les Etats dotés d'armes nucléaires — ne saurait ignorer ou méconnaître ces résolutions constamment réaffirmées, au seul motif qu'ils ont voté contre elles ou se sont abstenus. Une fois adoptées, elles valent pour tous les Etats Membres de l'ONU. Ce sont des résolutions de l'ONU tout entière et non pas seulement de la vaste majorité des Etats Membres qui ont voté pour elles. Je tiens que les résolutions de l'Assemblée générale qui traitent de sujets qui concernent l'humanité tout entière (comme celui des armes nucléaires contemporaines) ont une

valeur normative. Il est impossible de les appréhender correctement en se plaçant dans une perspective volontariste d'Etat ; ces résolutions s'inscrivent dans une autre perspective, qui n'est pas une stricte perspective positiviste et volontariste.» (Par. 300 et 301.)

63. Ces résolutions, poursuit le juge Cançado Trindade, «trouvent leur inspiration dans les principes généraux du droit international qui, de leur côté, expriment les valeurs et les aspirations de la communauté internationale dans son ensemble et de l'humanité tout entière». Les valeurs qui trouvent à s'exprimer dans ces prima principia «inspirent chaque ordre juridique et, en fin de compte, se trouvent à son fondement» (par. 302). Selon lui, les principes généraux du droit (prima principia)

«confèrent à l'ordre juridique (national et international) son inévitable dimension axiologique. Ce nonobstant, le positivisme juridique et le «réalisme» politique, dans leur soumission caractéristique au pouvoir, s'empressent de commettre l'erreur élémentaire qui consiste à méconnaître ces principes, qui sont pourtant au fondement de tout système juridique et qui éclairent et encadrent les normes et les actions dans la quête d'une réalisation de la justice. Chaque fois que cette méconnaissance des principes l'a emporté, les conséquences en ont été désastreuses.» (Par. 303.)

64. Ces principes généraux ont contribué au cours des dernières décennies à la constitution d'un vaste corpus juris sur des sujets qui intéressent la communauté internationale dans son ensemble, rendant ainsi caduc le paradigme interétatique traditionnel de l'ordre juridique international. Il n'est plus possible aujourd'hui de faire abstraction de cette situation : le mécanisme interétatique du contentieux porté devant la CIJ «ne saurait être invoqué pour justifier un raisonnement interétatique». En sa qualité d'«organe judiciaire principal» de l'Organisation des Nations Unies,

«la CIJ doit tenir compte non seulement des Etats, mais encore de ce «nous, peuples des Nations Unies» au nom de qui la Charte des Nations Unies a été adoptée. Lorsqu'elle est saisie de contentieux comme celui de la présente affaire des Obligations relatives à des négociations concernant la cessation de la course aux armes nucléaires et le désarmement nucléaire, la CIJ doit tenir compte des considérations élémentaires d'humanité, avec leurs incidences sur les questions de recevabilité et de compétence, en même temps que du droit positif.» (Par. 304.)

65. Dernier point, mais non des moindres, dans un épilogue (partie XX), le juge Cançado Trindade déclare être en paix avec sa conscience après avoir exposé ainsi les motifs fondamentaux de sa position dans le cas d'espèce, position qui «est en claire et complète opposition avec les vues de la majorité de la Cour». Selon lui,

«un différend a été porté devant la Cour, qui avait compétence pour statuer en l'affaire. Il existe une obligation internationale conventionnelle et coutumière de désarmement nucléaire. Ce n'est que lors de la phase du fond de la présente espèce que la Cour aurait pu se prononcer sur la question de savoir s'il y avait eu un manquement concret à cette obligation.» (Par. 305.)

66. L'opinion dissidente du juge Cançado Trindade «s'appuie non seulement sur l'analyse des arguments défendus par les parties devant la Cour, mais surtout sur des principes et des valeurs fondamentales auxquels [il] attache une plus grande importance» (par. 306). Pour conclure, il ajoute qu'«[un] monde comme le nôtre, avec ses arsenaux nucléaires, se prépare à détruire son passé, menace dangereusement le présent et n'a aucun avenir. Les armes nucléaires ouvrent une voie qui mène au néant.» (Par. 321.) Telle qu'il la conçoit,

«la Cour internationale de Justice, organe judiciaire principal de l'Organisation des Nations Unies, aurait dû se montrer sensible à ce contexte dans la présente espèce et apporter sa contribution à une question qui préoccupe considérablement la communauté internationale vulnérable, et en vérité, l'humanité tout entière» (par. 321).

### **Déclaration de Mme la juge Xue**

La juge Xue a voté en faveur de l'arrêt car elle souscrit à la décision de la Cour consistant à se déclarer incompétente en la présente espèce. Ce nonobstant, elle tient à formuler deux observations au sujet du texte.

La première a trait à l'approche que la Cour a suivie en ce qui concerne la question de l'existence d'un différend. Dans son arrêt, la Cour a conclu que les éléments de preuve qui lui avaient été présentés ne permettaient pas de démontrer que, au moment où les Iles Marshall ont introduit l'instance devant elle, il existait entre les Parties un différend relatif à l'objet de la requête ; en conséquence, il n'était pas satisfait à la condition de sa compétence. La Cour est parvenue à cette conclusion essentiellement au motif que, quelles que soient les circonstances, les Iles Marshall n'avaient jamais — par leurs déclarations ou leur comportement — livré au Pakistan quelque élément précis qui lui aurait permis d'avoir connaissance de ce qu'elles formulaient à son encontre une réclamation pour manquement à son obligation internationale de négocier au sujet du désarmement nucléaire.

La juge Xue note que la Cour n'a pas examiné les autres exceptions soulevées par le défendeur, mais a rejeté la requête en s'appuyant uniquement sur sa conclusion selon laquelle il n'existait pas, au moment de l'introduction de l'instance, de différend entre les Parties. Il n'est donc pas exclu que l'opportunité de cette approche formelle et restrictive suscite certaines questions. Compte tenu de la pratique antérieure de la Cour — qui a consisté à faire preuve de souplesse à l'égard des carences procédurales —, on peut contester que l'inexistence d'un différend entre les Parties au moment du dépôt de la requête pouvait constituer en soi une base solide pour écarter l'affaire ; le différend s'étant désormais bel et bien cristallisé, il serait aisé pour les Iles Marshall de se présenter de nouveau devant la Cour en introduisant une nouvelle requête ayant le même objet. Pour des raisons d'économie judiciaire, le réalisme et la souplesse pouvaient sembler être de mise dans les présentes circonstances.

Si la juge Xue a souscrit à la décision de la Cour, c'est pour trois raisons. Premièrement, elle est d'avis que la démonstration, par le demandeur, qu'un différend existait entre les Parties avant l'introduction de l'instance doit satisfaire à un critère minimum. Or, les éléments de preuve présentés par les Iles Marshall à cet égard étaient nettement insuffisants. Celles-ci se sont en effet largement fondées sur les positions exprimées par les Parties en cours d'instance pour démontrer que la réclamation de l'une se heurtait à l'opposition manifeste de l'autre. Ainsi que la Cour l'a souligné, si pareille argumentation était jugée recevable, la condition de l'existence d'un différend se trouverait en pratique privée de tout sens et de toute valeur. Chose plus fondamentale encore, selon la juge Xue, cela ébranlerait la confiance des Etats qui acceptent la juridiction obligatoire de la Cour.

Deuxièmement, même si une notification préalable ou des échanges diplomatiques ne sont pas requis en tant que condition de l'existence d'un différend, il convient néanmoins de décourager toute action en justice «par surprise». Tout moyen de règlement pacifique des différends, y compris la voie judiciaire, vise au règlement du différend en cause. A cet égard, la manifestation claire d'une réclamation juridique contre la partie responsable, chaque fois que les circonstances le permettent, faciliterait le processus de négociation et de règlement. La Cour peut certes prendre en

compte le comportement des parties postérieur au dépôt de la requête en tant qu'élément de preuve supplémentaire pour s'assurer de sa compétence et de la recevabilité de la requête, mais la souplesse, en matière judiciaire, doit être exercée dans des limites raisonnables.

Troisièmement, la compétence de la Cour repose sur le consentement mutuel et la réciprocité. La présente affaire diffèrait par nature de celles dans lesquelles la Cour avait opté pour une approche plus souple à l'égard de certaines carences procédurales. La juge Xue observe ainsi que, bien qu'ayant été elles-mêmes victimes des armes nucléaires, les Iles Marshall n'ont pas introduit la présente instance simplement pour protéger leurs propres intérêts ; leur argumentation sert en effet davantage ceux de la communauté internationale. Or, bien qu'elle ait reconnu l'existence d'obligations erga omnes en droit international dans l'affaire de la Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (nouvelle requête : 1962) (Belgique c. Espagne), seconde phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1970, p. 32, par. 33), la Cour ne s'est pas penchée sur la question de la qualité pour agir dans ce domaine, question qui reste à développer en droit international.

La juge Xue en vient ensuite à sa seconde observation en indiquant qu'elle déplore grandement que la Cour n'ait pas examiné certaines autres exceptions soulevées par le défendeur. Le Pakistan soutenait notamment que, au vu de la règle énoncée dans l'affaire de l'Or monétaire, le différend allégué ne pouvait être tranché par la Cour en l'absence des autres Etats dotés d'armes nucléaires. Il affirmait de surcroît que la prétendue obligation de négocier nécessitait la participation de tous ces Etats, et d'autres encore. Selon lui, toute décision obligatoire pour les Iles Marshall et lui-même ne pouvait donc avoir l'effet désiré.

La juge Xue estime que la Cour aurait dû examiner ces exceptions dès la phase préliminaire, puisque cela aurait eu un effet direct sur sa compétence et sur la recevabilité de la requête. Si elle avait procédé ainsi, la Cour aurait en effet été mieux à même de démontrer que, pour ce qui concerne les questions de compétence et de recevabilité, la requête des Iles Marshall n'était pas défectueuse sur un unique point de procédure.

La juge Xue rappelle que, dans son avis consultatif sur la Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, la Cour avait précisé que « toute recherche réaliste d'un désarmement général et complet, en particulier nucléaire, nécessit[ait] la coopération de tous les Etats » (Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996 (I), p. 264, par. 100 ; le soulignement est de moi) et que l'obligation énoncée à l'article VI du traité sur la non-prolifération des armes nucléaires n'était pas une simple obligation de comportement, mais une obligation de parvenir à un résultat précis.

La juge Xue observe que vingt ans se sont écoulés depuis cet avis consultatif. Elle relève que, si l'on a assisté en la matière à un manquement collectif, la question qui se posait en la présente espèce était de savoir si celui-ci pouvait prendre la forme d'une série de différends bilatéraux, qui seraient examinés séparément. Elle se demande si pareil désaccord, susceptible d'opposer certains Etats dotés d'armes nucléaires à d'autres qui ne le sont pas au sujet de la cessation de la course aux armements et du processus de négociation sur le désarmement nucléaire, peut être qualifié de différend au sens des articles 36 et 38 du Statut, et si un tel différend, à supposer qu'il ait existé au moment du dépôt de la requête ou qu'il se soit cristallisé par la suite, peut être tranché par la Cour dans le cadre d'une procédure contentieuse. La juge Xue considère que la Cour a un peu trop mis l'accent sur la manière dont un différend peut se matérialiser, sans tenir suffisamment compte de la nature de celui qui, selon les Iles Marshall, les opposait au Pakistan.

#### **Déclaration de Mme la juge Donoghue**

La juge Donoghue relève que les critères sur lesquels la Cour se fonde pour déterminer s'il existe un différend ne sont pas énoncés dans son Statut, mais contenus dans les motifs de ses arrêts. Il s'ensuit que ces critères doivent être clairs et appliqués de manière cohérente. A cet égard,

la juge Donoghue considère que l'examen de la question de l'existence d'un différend dans le présent arrêt est conforme au raisonnement que la Cour a suivi dans sa jurisprudence récente.

En ce qui concerne l'assertion des Iles Marshall selon laquelle des déclarations opposées faites par les parties en cours d'instance peuvent suffire à établir l'existence d'un différend, la juge Donoghue observe que, dans les arrêts qu'elle a rendus récemment, la Cour n'a pas conclu à l'existence d'un différend en se fondant uniquement sur pareilles déclarations, mais qu'elle s'est conformée au principe suivant lequel les éléments de preuve doivent démontrer qu'un différend existait à la date du dépôt de la requête, comme elle l'a de nouveau fait aujourd'hui.

En ce qui concerne l'argument des Iles Marshall selon lequel la Cour devait déduire l'existence d'un différend en rapprochant leurs déclarations du comportement du défendeur, la juge Donoghue observe que le critère objectif appliqué dans le présent arrêt pour apprécier les éléments de preuve est conforme à la jurisprudence récente de la Cour. La question essentielle était de savoir si, dans ses déclarations, le demandeur s'était référé à l'objet de sa réclamation contre le défendeur — c'est-à-dire à «la question portée devant la Cour» dans la requête — de manière suffisamment claire pour que ce dernier «ait connaissance, ou ne puisse pas ne pas avoir connaissance» de ladite réclamation. Tel n'ayant pas été le cas, il n'y avait aucune raison que le défendeur y réponde, ou que la Cour déduise qu'il s'y opposait au motif qu'il n'avait pas modifié son comportement. Il n'existait donc pas de divergence de vues, ni de différend, à la date du dépôt de la requête.

#### **Déclaration de M. le juge Gaja**

Etant parvenue à la conclusion qu'il n'existait pas de différend entre les Parties à la date du dépôt de la requête, la Cour a décidé de ne pas examiner les autres exceptions soulevées par les défendeurs. Etant donné que des différends se sont clairement fait jour depuis cette date, il aurait été préférable que la Cour examine aussi ces exceptions, puisqu'elles seront probablement formulées de nouveau si les Iles Marshall introduisent de nouvelles requêtes.

#### **Opinion individuelle de Mme la juge Sebutinde**

La Charte des Nations Unies a pour objet et pour but d'assurer le maintien de la paix et de la sécurité internationales. C'est à la lumière de ces objet et but — dont la menace que représentent les armes nucléaires ne fait que souligner l'importance — que la Cour internationale de Justice, organe judiciaire principal de l'Organisation des Nations Unies, s'acquitte de sa mission consistant à trancher les différends interétatiques sur la base du droit international.

Le différend entre les Parties à la présente espèce avait pour objet le manquement allégué de la République du Pakistan à une obligation internationale de droit coutumier de poursuivre de bonne foi et de mener à terme des négociations conduisant au désarmement nucléaire dans tous ses aspects, sous un contrôle international strict et efficace. La République des Iles Marshall comme le Pakistan avaient déposé des déclarations d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour faites en vertu du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut de la Cour — la première, en 2013, et le second, en 1960. L'existence d'un différend constitue cependant une condition préalable à l'exercice de la compétence de la Cour.

C'est le rôle de la Cour (et non des Parties) que de déterminer objectivement si, à la date du dépôt de la requête, il existait ou non «un désaccord sur un point de droit ou de fait, une opposition de thèses juridiques ou d'intérêts» entre les Parties ayant trait à l'objet susmentionné. A cet égard, il ressort de la jurisprudence de la Cour que celle-ci a, dans l'exercice de cette fonction particulière, suivi une approche souple, accordant davantage d'importance à l'examen matériel des éléments de preuve — y compris en ce qui concerne le comportement des Parties — qu'à des questions de

forme ou de procédure. Or, l'approche et le raisonnement qu'a suivis la majorité pour parvenir à la conclusion qu'il n'existait pas de différend entre les Parties en la présente affaire, non seulement privilégient la forme et la procédure, mais se caractérisent par leur rigidité puisqu'ils ne tiennent pas compte du comportement des Parties. Une approche plus souple et centrée sur le fond, dans le cadre de laquelle le comportement des Parties aurait été examiné en tant qu'élément de preuve pertinent, aurait permis de démontrer que les Iles Marshall et le Pakistan avaient clairement des vues divergentes sur l'objet du différend porté devant la Cour.

Enfin, en affirmant que, pour qu'un différend existe, le demandeur doit établir que le défendeur «avait connaissance ou ne pouvait pas ne pas avoir connaissance que ses vues se heurtaient à l'opposition manifeste du demandeur», la majorité a énoncé un nouveau critère juridique étranger à la jurisprudence établie de la Cour, qui élève indûment le seuil requis en matière de preuve. Outre qu'il privilégie indûment la forme au fond, ce nouveau critère de la «connaissance» introduit un degré de subjectivité dans une problématique qui devrait demeurer objective, puisqu'il impose tant au demandeur qu'à la Cour de sonder l'esprit du défendeur. Les affaires antérieures sur lesquelles la majorité s'est fondée pour adopter ce nouveau critère se distinguent de la présente espèce et ne pouvaient servir de précédents.

### **Opinion individuelle de M. le juge Bhandari**

Dans son opinion individuelle, le juge Bhandari rappelle qu'il a voté en faveur des conclusions de la majorité. Il voudrait cependant asseoir sur une base plus large le raisonnement développé dans l'arrêt, et il se propose d'aborder un autre aspect de l'affaire, à savoir que, dans le cas d'espèce, la Cour aurait dû répondre aux autres exceptions soulevées par le Pakistan, parce que les questions dont il s'agit dans cette affaire ne concernent pas les seules Parties, mais l'humanité tout entière.

Le juge Bhandari explique que, selon le Statut de la Cour et sa jurisprudence, la Cour ne peut exercer sa compétence que s'il existe un différend entre les Parties. La question à trancher est donc de savoir si les documents, les pièces de procédure et le comportement des Parties permettent d'établir qu'il existait entre elles, à la date du dépôt de la requête, un différend répondant aux conditions prévues par les instruments juridiques applicables et par la jurisprudence de la Cour. Le juge Bhandari rappelle ensuite les dispositions statutaires pertinentes (paragraphe 2 de l'article 36 et paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour) et la définition du «différend». Il rappelle encore que, pour établir l'existence d'un différend, la Cour examine avec soin les échanges diplomatiques, les documents et les déclarations des parties (Géorgie c. Russie et Belgique c. Sénégal) afin de déterminer s'il existe entre elles «un désaccord sur un point de droit ou de fait, une contradiction, une opposition de thèses juridiques ou d'intérêts» (Concessions Mavrommatis en Palestine). Depuis la jurisprudence de la Cour dans les affaires du Sud-Ouest africain, la pierre de touche de l'existence d'un différend est que la réclamation de l'une des parties se heurte à l'opposition manifeste de l'autre.

Dans son opinion individuelle, le juge Bhandari, se fondant sur le Statut et la jurisprudence de la Cour et sur les documents et les exposés dont elle a été saisie, parvient à l'irréfragable conclusion d'une absence de différend entre les Parties, d'où il s'ensuit que, compte tenu des faits de l'espèce, la Cour n'est pas compétente pour statuer. Or, dans cet arrêt, au lieu d'examiner ces aspects de près, la majorité de la Cour a décidé de s'intéresser principalement au fait que le défendeur n'avait pas connaissance du différend allégué.

La Cour, lorsqu'elle examine sa propre compétence, est libre de choisir n'importe quelle exception, et elle choisit habituellement l'exception la plus «directe et décisive» (Certains emprunts norvégiens). En la présente espèce, lorsqu'elle a retenu le défaut de connaissance du différend chez le défendeur comme motif principal de rejet de la demande, la Cour n'a pas choisi le motif le plus «direct et décisif», puisque le demandeur pourra facilement mettre fin à ce défaut de

connaissance en donnant notification formelle du différend au défendeur. Dans ce cas, le demandeur pourrait simplement introduire à nouveau la même instance devant la Cour. Un tel résultat n'est guère souhaitable et il aurait fallu l'éviter. Les Parties ont déjà soumis une profusion de documents et de pièces de procédure. Compte tenu des faits de l'espèce, la Cour aurait dû examiner les autres exceptions. Faute de quoi, une réintroduction de l'instance signifierait que les efforts, le temps et les moyens que les Parties et la Cour ont dépensés pour régler cette question l'ont été en pure perte.

Le juge Bhandari considère donc que, compte tenu des faits de l'espèce, la Cour aurait dû examiner les autres exceptions soulevées par le défendeur, à savoir l'incompétence au motif de l'absence à l'instance de parties indispensables (principe de l'Or monétaire), le fait que le demandeur n'avait pas qualité pour agir, et le fait qu'un éventuel arrêt de la Cour aurait tout au plus valeur d'avis consultatif. En ce qui concerne le principe de l'Or monétaire en particulier, le juge Bhandari rappelle que, dans son avis consultatif de 1996 sur les armes nucléaires, la Cour a considéré que toute recherche réaliste d'un désarmement général et complet nécessiterait la coopération de tous les États. Ces exceptions sont fondamentales, et la Cour aurait dû se prononcer sur elles.

### **Opinion individuelle de M. le juge Robinson**

Le juge Robinson ne souscrit pas à la conclusion de la majorité selon laquelle il n'existe aucun différend en la présente espèce. La Charte des Nations Unies a en effet confié une mission particulière à la Cour qui, par l'exercice de ses fonctions judiciaires, apporte une contribution de taille au maintien de la paix et de la sécurité internationales. Or, la décision rendue ce jour par la majorité ne tient pas compte de cette mission.

La jurisprudence de la Cour est cohérente en ce qui concerne l'approche à adopter pour déterminer s'il existe un différend, approche qui n'a pas été suivie dans le présent arrêt. Elle impose, à cet égard, de faire preuve d'objectivité, de souplesse et de pragmatisme, et établit clairement qu'un différend se fait jour lorsqu'il ressort d'un examen objectif que «les points de vue des deux parties, quant à l'exécution ou à la non-exécution» des obligations incombant à un Etat, «sont nettement opposés» (Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie, première phase, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1950, p. 74). Il n'y a pas une seule affaire, dans la jurisprudence de la Cour, qui autorise la majorité à affirmer qu'il y a lieu, pour rechercher s'il existe un différend, d'établir que le défendeur avait connaissance de ce que le demandeur s'opposait à ses vues. Si cette connaissance peut être considérée comme un élément confirmant l'existence d'un différend, le fait de la poser en condition préalable à celle-ci revient à renoncer à l'examen empirique et pragmatique auquel la Cour doit se livrer, examen qui porte simplement sur la question de savoir si les éléments de preuve révèlent une opposition manifeste entre les vues des deux parties.

Par ailleurs, la majorité de la Cour fait une interprétation erronée du sens ordinaire de ses dicta et de sa propre jurisprudence lorsqu'elle conclut que les éléments de preuve postérieurs au dépôt de la requête ne peuvent servir qu'à confirmer l'existence d'un différend. La Cour, lorsqu'elle a abordé cette question, s'est en effet montrée moins catégorique et inflexible que la majorité le laisse entendre. Elle s'est ainsi ménagé une certaine marge de manœuvre qui lui permet d'accorder un poids important aux déclarations faites en cours d'instance — notamment le rejet des allégations du demandeur par le défendeur —, et ce, aux fins non seulement de confirmer mais aussi d'établir l'existence d'un différend. Cela est du reste tout à fait cohérent avec l'approche souple et pragmatique qui caractérise sa jurisprudence en la matière. La possibilité, pour le défendeur, de réagir doit être considérée comme une des garanties d'une procédure régulière, et non comme un aspect du critère applicable à l'existence d'un différend.

Selon le juge Robinson, il convient également de rejeter la décision prise par la majorité car elle va à l'encontre du principe de la bonne administration de la justice, principe sur lequel la Cour a insisté à plusieurs reprises, se prononçant contre une approche qui, pour reprendre ses termes, conduirait à une «multiplication inutile des procédures» (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. 443, par. 89). Etant donné la base sur laquelle la requête a été écartée, la décision de la majorité a pour conséquence singulière de donner au demandeur la possibilité théorique d'introduire une nouvelle instance contre le défendeur.

Il ressort des faits de la présente espèce qu'il existait un différend entre les Parties. Même si le juge Robinson est en désaccord avec la position de la majorité, estimant contrairement à celle-ci que le fait d'avoir connaissance du différend n'est pas une condition préalable pour établir l'existence de celui-ci, il est difficile de conclure que le défendeur ait pu «ne pas avoir connaissance» de ce que ses vues et celles du demandeur étaient opposées.

Par la conclusion à laquelle elle est parvenue dans le présent arrêt, la majorité a placé un obstacle supplémentaire et injustifié à l'examen des demandes au fond. Ce faisant, elle a porté atteinte à la possibilité, pour la Cour, de s'acquitter de sa mission en tant qu'organe permanent de règlement pacifique des différends, dont les fonctions contribuent grandement au maintien de la paix et de la sécurité internationales. Compte tenu de l'objet du différend dont la Cour était saisie, ce constat n'en est que plus éloquent.

### **Opinion dissidente de M. le juge Crawford**

Le juge Crawford conteste le critère de la «connaissance objective» adopté par la majorité pour établir l'existence d'un différend. On ne trouve aucune exigence juridique de ce type dans la jurisprudence de la Cour. Ce critère de la connaissance objective est difficile à distinguer de l'exigence de notification formelle que la Cour a déjà rejetée. De plus, la Cour a traditionnellement fait preuve de souplesse pour apprécier l'existence d'un différend. Si le juge Crawford convient qu'en principe le différend devrait exister à la date du dépôt de la requête, il n'en considère pas moins qu'il est possible de conclure à l'existence de ce différend sur la base, entre autres facteurs, de comportements ou d'éléments de preuve postérieurs à la requête, y compris les déclarations faites par les parties au cours de la procédure.

Par ailleurs, le juge Crawford conteste non seulement le point de droit développé par la Cour, mais encore son application aux faits. Selon lui, il aurait fallu, en particulier, donner au différend en cause la qualité de différend international, en invoquant l'autorité de l'arrêt dans les affaires du Sud-Ouest africain (exceptions préliminaires) pour avancer qu'un tel différend peut «se cristalliser» dans des enceintes multilatérales regroupant une pluralité d'Etats. Selon lui, il existait au moins un différend naissant entre le demandeur et le défendeur à la date de la requête, puisque les Iles Marshall avaient pris parti dans un désaccord multilatéral avec les Etats dotés d'armes nucléaires.

Etant donné qu'à la date de la requête il existait un différend entre les Iles Marshall et le défendeur sur le respect par ce dernier de l'article VI du traité sur la non-prolifération, ou de l'obligation correspondante de droit international coutumier, il n'est pas nécessaire d'examiner s'il pourrait être remédié à telle ou telle carence par application de la latitude autorisée par la jurisprudence Mavrommatis, telle qu'elle a été récemment formulée dans l'affaire Croatie c. Serbie.

Le juge Crawford évoque également une autre des exceptions d'incompétence et d'irrecevabilité soulevées par le demandeur, celle de l'Or monétaire. Selon lui, cette question aurait dû être renvoyée à la phase du fond. En effet, la réponse à la question de savoir si c'est une condition nécessaire pour la Cour de statuer préalablement sur les droits et obligations de tierces parties à un différend pour qu'elle puisse trancher ce différend dépend, entre autres facteurs, de la



portée et de l'application de l'article VI du traité sur la non-prolifération ou de toute obligation correspondante du droit international coutumier.

## **Opinion dissidente de M. le juge ad hoc Bedjaoui**

### **I. Introduction**

M. le juge ad hoc Bedjaoui a voté contre le dispositif adopté par la Cour dans l'affaire opposant les Iles Marshall au Pakistan. Il est d'avis qu'il existe un différend entre les Iles Marshall et le défendeur.

Il note que, si la Cour a toujours tenu à s'attacher à une définition générale uniforme d'un différend d'ordre juridique, elle n'a pas en revanche marqué autant de fidélité aux critères qu'elle a elle-même dégagés pour la détermination de l'existence de ce différend. La plus significative dissonance jurisprudentielle commença avec l'arrêt du 1<sup>er</sup> avril 2011 en l'affaire Géorgie c Fédération de Russie et fut poursuivie dans l'affaire relative à des Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader.

### **II. Une jurisprudence traditionnelle peu formaliste**

M. le juge ad hoc Bedjaoui soutient que l'activité présente de la Cour, qui paie au prix cher un certain formalisme, pourrait à juste titre paraître en reflux par rapport à sa jurisprudence traditionnelle.

Il se réfère à la lucidité et l'inventivité de la Cour tant dans sa fonction consultative que dans l'exercice de sa fonction contentieuse. Elle a pu savoir éviter d'être prisonnière de la lettre de la Charte ou des lacunes du droit international. Au vu du rapide et schématique panorama de la jurisprudence de la Cour qu'il présente, M. le juge ad hoc Bedjaoui regrette la physionomie que pourrait laisser la décision de ce jour en la présente affaire.

Il lui paraît d'autant plus impératif que la Cour fasse un effort de clarification dans sa détermination de l'existence d'un différend, qu'il s'agit d'une question majeure dont dépend directement soit sa compétence, soit l'exercice de celle-ci, selon le cas. Il est nécessaire que la Cour donne plus de cohérence à la détermination des critères d'existence du différend et à leur application concrète dans chaque cas d'espèce. Faute de le faire, cela suscite une insécurité juridique chez les Etats et une certaine perplexité chez les lecteurs, les uns et les autres ne sachant pas pourquoi un cas d'espèce peut bénéficier de la compréhension de la Cour quand un autre ne peut y prétendre.

Outre ce premier devoir de cohérence, la Cour doit également se garder, à son avis, de se laisser entraîner à la fossilisation. La fidélité à l'application rationnelle des critères n'exclut pas de demeurer en même temps ouvert aux préoccupations changeantes du monde ; il ne s'agit nullement pour la Cour de faire droit à toute nouveauté, mais de savoir quand et comment il conviendrait de resserrer ou au contraire d'élargir l'application des critères à la base de la jurisprudence Mavrommatis et Sud-Ouest africain et surtout de dire chaque fois pourquoi il faut préférer la flexibilité ou son contraire dans l'espèce considérée.

A ses yeux, pour l'heure, le danger le plus inquiétant reste l'excès de formalisme, surtout lorsqu'il s'y ajoute, comme c'est le cas maintenant, une jurisprudence privée de toute visibilité pour l'avenir. Cela provoque clairement le risque d'arbitraire.

### III. Notification/«connaissance» ?

M. le juge ad hoc Bedjaoui est d'avis que, si la Cour a traditionnellement été très réticente à faire de la «notification» du différend par l'Etat demandeur à l'Etat défendeur une précondition à remplir avant l'introduction d'une requête, une ambiguïté certaine brouille le panorama depuis la décision de 2011.

Il regrette que la Cour paraisse établir une corrélation directe et, semble-t-il, automatique, entre la connaissance d'une opposition de points de vue et l'existence d'un différend. Il observe également que, dans le raisonnement de la Cour, l'essentiel est bien le fait pour l'Etat défendeur d'«avoir connaissance». M. le juge ad hoc Bedjaoui se demande si l'on n'assiste pas alors à la résurrection rampante du concept de «notification».

Mais, si l'on admet l'existence de cette précondition supplémentaire, alors pourquoi ne pas l'appliquer correctement ? M. le juge ad hoc Bedjaoui soutient que le Pakistan ne pouvait qu'avoir «connaissance» des thèses antinucléaires des Iles Marshall s'opposant à son comportement nucléaire, au vu entre autres de l'histoire des Iles Marshall et des déclarations de 2013 et 2014 dans des enceintes internationales ouvertes à tous. Ces déclarations visaient indistinctement tous les Etats dotés d'armes nucléaires que le monde entier connaît et n'ont nullement exclu le Pakistan.

Finalement, M. le juge ad hoc Bedjaoui s'interroge : comment juger la «connaissance» et ses degrés dans la conscience du défendeur ? Comment cette incursion insolite dans le subjectivisme pourrait-elle s'accommoder avec une recherche déclarée «objective» de l'existence d'un différend ?

### IV. Date de l'existence d'un différend

M. le juge ad hoc Bedjaoui se félicite que, dans le présent arrêt, la Cour paraît s'attacher à sa jurisprudence selon laquelle «[e]n principe, la date critique à laquelle doit être appréciée l'existence d'un différend est celle du dépôt de la requête».

Cependant, en pratique, la Cour s'est refusée, sans explication convaincante, à prendre en compte les éléments de preuve de l'existence d'un différend qui ont eu lieu après la date d'introduction d'instance. Ce faisant, elle érige en dogme absolu une solution contraire à l'approche traditionnelle qui se distinguait par toute sa souplesse lorsqu'elle rappelait que c'est seulement «en principe» que le différend doit exister à la date de l'introduction d'instance.

### V. Défauts procéduraux

En ce qui concerne les défauts procéduraux réparables, qu'il s'agisse du demandeur ou du défendeur, qu'il s'agisse d'une introduction d'instance prématurée ou d'un accès à la Cour trop tôt, M. le juge ad hoc Bedjaoui note que la Cour avait bâti une jurisprudence saine qui a traversé tout le siècle et qui exposait sans rides sa constance de près de quatre-vingt-dix ans. C'est cette jurisprudence que l'arrêt de 2011 a commencé à anéantir, le coup de grâce étant porté par l'affaire Belgique c. Sénégal.

En la présente espèce, la Cour a encore une fois écarté sa jurisprudence traditionnelle pourtant si avisée. M. le juge ad hoc Bedjaoui déplore que les déclarations des Iles Marshall aient paru à la majorité de la Cour insuffisantes pour cristalliser l'existence d'un différend d'ordre juridique. Le résultat est qu'il suffira aux Iles Marshall d'adresser demain au défendeur une simple note verbale de quelques lignes exprimant leur opposition à sa politique nucléaire, pour pouvoir saisir à nouveau la Cour du différend ainsi formalisé. Il n'était ni cohérent, ni judicieux, que la

Cour se focalise sur des défauts procéduraux aisément réparables, alors qu'elle a pendant longtemps traité ceux-ci avec une flexibilité bienvenue.

## **VI. Preuve par déduction. Preuve par interprétation du silence**

M. le juge ad hoc Bedjaoui rappelle que, en opposition par rapport à l'approche suivie dans la présente instance, la Cour a fait preuve de souplesse et de réalisme en d'autres occasions en allant jusqu'à tirer parti du silence ou de l'absence de réaction de l'Etat défendeur et même en procédant par simple déduction, pour conclure à l'existence d'un différend.

Dans son présent arrêt, la Cour fait table rase de cette jurisprudence traditionnelle et estime que la déclaration du 13 février 2014 par laquelle les Iles Marshall ont reproché aux Etats dotés de l'arme nucléaire de violer leurs obligations internationales, «étant donné son contenu très général et le contexte dans lequel elle a été faite n'appelait pas de réaction particulière de la part du Pakistan». Ainsi, «aucune divergence de vues ne peut donc être déduite de cette absence de réaction». La Cour paraît s'être aventurée à se substituer elle-même au Pakistan, pour justifier à sa place son silence et de surcroît avec des motifs dont personne ne peut être certain que le Pakistan les partageait.

## **VII. Preuve par les échanges devant la Cour**

M. le juge ad hoc Bedjaoui est d'avis que la Cour a consenti en la présente affaire peu d'efforts pour tenir compte pleinement des circonstances postérieures au dépôt de la requête des Iles Marshall, se détachant à nouveau de sa jurisprudence traditionnelle.

Il se demande comment on peut conclure ici à l'absence de différend lorsqu'une partie fait grief à une autre, devant la Cour, de manquer depuis longtemps à ses obligations internationales, pendant que l'autre nie que son comportement constitue une violation de celles-ci. Les échanges formulés devant la Cour n'ont nullement créé de novo le différend. Ils n'ont fait que le «confirmer» dans son existence antérieure.

## **VIII. Nature sui generis de tout différend nucléaire**

M. le juge ad hoc Bedjaoui note que le contexte historique général relatif aux efforts de la communauté internationale en vue du désarmement nucléaire préfigure en lui-même et annonce en soi l'existence potentielle d'un différend. En effet, le contentieux présenté par les Iles Marshall, qui ne tend à rien de moins qu'à la sauvegarde de l'humanité par l'élimination définitive d'une effrayante arme de destruction massive, aurait dû par lui-même jouer le rôle d'une alerte à l'adresse de la Cour. Celle-ci avait déclaré il y a de cela vingt ans qu'il existe une double obligation de négocier et de conclure le désarmement nucléaire. Depuis lors, elle n'a plus eu de nouvelles de son appel. Et voilà qu'un jour un Etat non nucléaire entend savoir d'un autre Etat, celui-là nucléaire, pourquoi ce délai déjà considérable semble s'éterniser encore.

Ce type particulier de contentieux très hautement spécifique d'un Etat non nucléaire contre un Etat nucléaire pour l'élimination du feu nucléaire constitue, en lui-même et par lui-même, l'expression d'un différend majeur dont l'existence aurait dû s'imposer ipso facto à la Cour. Car que demandent les Iles Marshall ? Que la communauté internationale et la Cour elle-même sachent pourquoi l'obligation identifiée par la Cour il y a vingt ans n'a pas été encore exécutée.

### **IX. Une exception non exclusivement préliminaire ?**

M. le juge ad hoc Bedjaoui aurait pu accepter, à la rigueur, dans une affaire aussi complexe et aussi importante que celle des Iles Marshall contre le Pakistan, une décision qui aurait marqué le souci, après tout fort légitime, de la Cour d'éviter de se prononcer prématurément sur la compétence et la recevabilité. La Cour pouvait parfaitement encore avoir besoin que les Parties l'éclairaient davantage. Et sachant qu'à ce stade elle ne pouvait apprécier leurs comportements sans traiter du fond, elle pouvait logiquement prendre le parti d'attendre la phase du fond pour être plus complètement fixée. En d'autres termes, la Cour aurait pu, plus prudemment, considérer que la question de l'existence d'un différend n'était pas exclusivement préliminaire.

### **X. Cascade de conséquences indésirables de la présente décision**

Finalement, M. le juge ad hoc Bedjaoui note que la présente décision a le — malheureux — potentiel de générer une cascade de conséquences indésirables non seulement pour le défendeur, qui pourrait se voir encouragé à retirer son option d'acceptation de la juridiction de la Cour, mais encore pour le demandeur à qui il a coûté de venir devant la Cour, ainsi que pour la communauté internationale et la Cour.

En ce qui concerne la communauté internationale, les décisions rendues ce jour par la Cour ouvrent à l'opinion publique internationale un monde fâcheusement privé de cohérence, non seulement au regard de la jurisprudence procédurale, mais aussi en contemplation de sa jurisprudence de fond. Ainsi, quel message la Cour laisse-t-elle à la communauté internationale lorsqu'elle décide, au surplus sur des bases fragiles à l'excès, de refuser sa compétence en des affaires portant sur des questions plus que cruciales de désarmement nucléaire engageant la survie même de l'humanité entière ?

Quant à la Cour elle-même, elle risque d'être la quatrième perdante, parce qu'en renvoyant les Iles Marshall sur la base d'un défaut procédural réparable, elle met à mal la bonne administration de la justice, dont son fonctionnement dépend. La Cour paraît, en ces trois affaires, n'avoir pas pu se défaire d'un formalisme, qui sacrifie le fond à la procédure, le contenu à la forme et la chose à son objet. De plus, alors que la Cour s'est toujours déclarée qu'elle vise à une appréciation fondamentalement «objective» des éléments de preuve, elle semble ici avoir peu résisté au subjectivisme dans son appréciation des éléments de preuve avancés par le demandeur, organisant elle-même la défense du défendeur et examinant tous les arguments du demandeur avec ce qui semble être un apriori négatif.

---