

OPINION INDIVIDUELLE
DE M. LE JUGE CANÇADO TRINDADE

[Traduction]

TABLE DES MATIÈRES

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

*

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

I. L'OBJET ET LE BUT DE LA CONVENTION

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

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

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

1. *Approche téléologique*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

II. UN SYSTÈME DE RÉGLEMENTATION ET DE GARANTIES COLLECTIVES

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

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

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

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

⁴ *Ibid.*, p. 8-9, par. 1-4.

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

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

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

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

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

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

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

⁷ *Ibid.*, p. 56, par. 98, note 195.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

VI. L'ÉQUITÉ INTERGÉNÉRATIONNELLE

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

²⁶ Voir, notamment, supra note 20.

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

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

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

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

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

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

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

²⁹ *Ibid.*, p. 21, par. 4.

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

VII. LA CONSERVATION DES ESPÈCES VIVANTES (MAMMIFÈRES MARINS)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

³⁰ CR 2013/17, 8 juillet 2013, p. 49.

J'ai ensuite adressé au Japon les questions suivantes :

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

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

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

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

³¹ CR 2013/17, 8 juillet 2013, p. 49.

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

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

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

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

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

3. *Appréciation générale*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁴⁶ *Ibid.*, p. 46, par. 33.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 25-27, par. 34-38.

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

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

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

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

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

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

⁴⁹ *Ibid.*, p. 35-36, par. 3.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 40, par. 17.

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

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

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

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

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

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

⁵³ CR 2013/9, 27 juin 2013, p. 64-66.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 66-67.

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

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

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

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

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

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

⁵⁶ *Ibid.*, p. 51-52.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(Signé) Antônio Augustus CANÇADO TRINDADE.
