

OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE OWADA

[Traduction]

1. Je souscris aux conclusions énoncées dans le dispositif de l'arrêt (par. 56). Cela ne m'empêche pas d'être particulièrement touché par l'histoire tragique de la République des Iles Marshall (ci-après, dénommée les « Iles Marshall »), qui a tant souffert en tant que nation des conséquences des importants essais nucléaires conduits sur son territoire. Comme le reconnaît le présent arrêt, cette expérience a donné aux Iles Marshall des raisons particulières de se préoccuper du désarmement nucléaire, et notamment un intérêt essentiel à voir respecter l'obligation mise à la charge des Etats dotés d'armes nucléaires par l'article VI du traité sur la non-prolifération des armes nucléaires (par. 41). On comprend sans difficulté, dans ces conditions, la position que les Iles Marshall ont adoptée en l'espèce au sujet de cette obligation. Cependant, pour que la Cour puisse exercer sa juridiction à l'égard de la requête déposée par le demandeur, il fallait, en droit, quelque chose de plus qu'une simple divergence d'opinions entre le demandeur et le défendeur. Plus spécifiquement, il fallait démontrer que la divergence factuelle de positions entre les Parties s'était cristallisée, à la date de dépôt de la requête, en un différend juridique concret susceptible d'être tranché par la Cour.

2. La tâche de la Cour en la présente espèce était donc de déterminer non pas s'il existait ou non une divergence d'opinions entre les Parties, mais si cette divergence s'était transformée en un *différend juridique* concret à la date de dépôt de la requête. En sa qualité d'organe judiciaire, la Cour internationale de Justice est tenue de limiter strictement son intervention à l'examen juridique de la demande dont elle est saisie. Telle est la raison pour laquelle je crois devoir commenter quelques points importants du présent arrêt, afin de clarifier le raisonnement suivi par la Cour dans un contexte certes juridique, mais aussi à forte charge politique.

I. LES CRITÈRES PERMETTANT DE CONSTATER
L'EXISTENCE D'UN DIFFÉREND

3. Le premier point est celui du critère appliqué par la Cour pour déterminer s'il existait ou non un différend à la date à laquelle les Iles Marshall ont déposé leur requête. S'appuyant sur la jurisprudence bien établie de la Cour, l'arrêt commence par définir un différend comme un désaccord sur un point de droit ou de fait, une opposition de thèses juridiques ou d'intérêts; il est précisé que, pour établir l'existence d'un

différend, il faut démontrer que la réclamation de l'une des parties se heurte à l'opposition manifeste de l'autre (arrêt, par. 34). Cependant, au-delà de ce principe généralement accepté, formulé en termes généraux et abstraits, la jurisprudence de la Cour ne révèle aucun critère juridique concret dont l'application permettrait de déterminer comment la condition de l'«opposition manifeste» peut être remplie.

4. Il importe de reconnaître dans ce contexte que, comme il est dit dans l'arrêt, «[l]a détermination par la Cour de l'existence d'un différend est une question de fond, et non de forme ou de procédure» (par. 35). Effectivement, loin d'être une simple formalité, ce point revêt une importance considérable en tant que *condition préalable nécessaire* à la saisine de la Cour par le demandeur. Le dépôt d'une requête relative à un différend allégué ne peut aboutir que sur la base du *consentement des parties*, en particulier lorsque la requête se fonde sur les déclarations par lesquelles les parties ont accepté comme obligatoire la juridiction de la Cour en vertu de la clause facultative. En fait, ces déclarations donnent compétence à la Cour pour statuer uniquement sur les différends qui entrent dans leur champ d'application (*ibid.*, par. 33). Il s'ensuit qu'il faut d'abord démontrer qu'il existe entre les parties un différend au sens desdites déclarations et entrant dans le champ d'application de celles-ci. C'est pour cette raison que la Cour a pu déclarer que «[l]a simple affirmation ne suffit pas pour prouver l'existence d'un différend, tout comme le simple fait que l'existence d'un différend est contestée ne prouve pas que ce différend n'existe pas» (*Sud-Ouest africain (Ethiopie c. Afrique du Sud; Libéria c. Afrique du Sud), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1962, p. 328*). De ce point de vue, la condition préalable selon laquelle il doit exister un différend touche au cœur même de l'exercice de la compétence de la Cour; il ne s'agit donc pas d'une pure formalité.

5. On se rappellera cependant que la Cour permanente de Justice internationale a fait observer que la Cour, en tant que juridiction internationale, n'était «pas tenue d'attacher à des considérations de forme la même importance qu'elles pourraient avoir dans le droit interne» (*Concessions Mavrommatis en Palestine, arrêt n° 2, 1924, C.P.J.I. série A n° 2, p. 34*). Dans cette affaire, la Cour permanente avait conclu sur ce fondement que, «[m]ême si la base de l'introduction d'instance était défectueuse pour la raison mentionnée, ce ne serait pas une raison suffisante pour débouter le demandeur de sa requête», dans la mesure où «il aurait été toujours possible, pour la partie demanderesse, de présenter à nouveau sa requête, dans les mêmes termes» (*ibid.*). Il est également vrai que la Cour internationale de Justice, qui a succédé à la Cour permanente de Justice internationale, a parfois admis une telle approche (voir, par exemple, l'affaire relative à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2008, p. 438-440, par. 81-82*). Cela dit, il ne me semble pas que la présente espèce se prêtait à l'application de cette doctrine. L'inexistence, à la date du dépôt de la requête, du différend allégué était en effet un vice rédhibitoire qui invalidait dès son origine le motif juridique sur

lequel elle se fondait ; il ne s'agissait pas d'un simple vice de procédure auquel il aurait pu être facilement remédié par une correction ultérieure, comme dans le précédent des *Concessions Mavrommatis en Palestine*. Ayant constaté qu'il n'existait pas de différend entre les Parties à la date du dépôt de la requête, la Cour était tenue d'en conclure qu'elle ne pouvait passer à l'examen de l'affaire sur le fond.

6. Un différend juridique doit se distinguer nettement d'une simple différence ou divergence de vues qui pourrait exister entre les parties sur la question en cause. Dans les relations internationales interétatiques, comme souvent dans les relations entre individus, les Etats adoptent fréquemment des positions différentes ou divergentes sur telle ou telle question. Ces différences ou divergences, même quand elles sont bien établies, ne constituent pas *ipso facto* un différend d'ordre juridique qu'une cour ou un tribunal pourrait être appelé à trancher.

7. Dans l'exposé de son opinion sur l'arrêt de la Cour dans les affaires du *Sud-Ouest africain*, le juge Morelli a souligné avec force cette importante distinction entre une divergence de vues en tant que question de fait et un conflit d'intérêts juridiques en tant que question de droit :

« un différend consiste, non pas dans un conflit d'intérêts en tant que tel, mais plutôt dans un contraste entre les attitudes respectives des parties par rapport à un certain conflit d'intérêts. Les attitudes opposées des parties, par rapport à un conflit d'intérêts donné, peuvent consister, l'une et l'autre, dans des manifestations de volonté par lesquelles chacune des parties exige que son propre intérêt soit réalisé... »

Il résulte de ce qu'on vient de dire que la manifestation de volonté, au moins de l'une des parties, manifestation de volonté consistant dans une prétention ou bien dans une protestation, constitue un élément nécessaire pour qu'on puisse considérer qu'il existe un différend. » (*Sud-Ouest africain (Ethiopie c. Afrique du Sud; Libéria c. Afrique du Sud), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1962; opinion dissidente de M. le juge Morelli, p. 567, par. 2.*)

C'est donc une nette opposition manifestée entre les parties qui transforme un simple désaccord factuel en un différend juridique susceptible d'être soumis à une juridiction.

8. Comme l'a confirmé la Cour à plusieurs reprises dans sa jurisprudence, l'existence d'un tel différend juridique demande à être établie objectivement par elle (*Violations alléguées de droits souverains et d'espaces maritimes dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Colombie), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2016 (I), p. 26, par. 50*). Pour établir objectivement cette existence, la Cour a toujours été conduite à examiner si la partie qui prétend qu'un différend existe (le demandeur) a prouvé de façon crédible que sa prétention se heurtait à une nette opposition de la part de l'autre partie (le défendeur).

9. Il convient de souligner que le contexte dans lequel la question de l'existence d'un différend se pose est propre à chaque affaire. Selon mes calculs, au fil de l'histoire de la Cour et de sa devancière, cette question a

été soulevée dans dix-neuf affaires. Une analyse de la jurisprudence de la Cour pourrait donner l'impression que celle-ci a appliqué des critères variables pour rechercher s'il existait un différend aux fins d'établir sa compétence dans ces affaires. Toutefois, dans chacune d'entre elles, la Cour a examiné attentivement les faits spécifiques et les circonstances particulières de l'espèce et apprécié les éléments de preuve produits par les parties, en procédant à une évaluation approfondie de facteurs tels que la notification ou le défaut de notification préalable du différend par voie d'échanges diplomatiques, l'épuisement des négociations entre les parties sur le sujet en cause, voire les éventuelles réactions d'une partie aux déclarations de l'autre.

10. On pourrait être tenté de conclure de toutes ces affaires que, à force d'examiner les différents facteurs susmentionnés, la Cour a pu en dégager un critère qui permettrait d'établir l'existence d'un différend. Une telle interprétation de la jurisprudence de la Cour semble promettre un critère juridique parfait, délibérément mis au point par la Cour au fil des années, et applicable tel quel à toutes les affaires, y compris la présente espèce. Or, selon moi, la jurisprudence de la Cour sur ce point n'est pas aussi constante qu'elle le semble. Ces affaires, dont bon nombre sont évoquées dans le présent arrêt, concernent simplement des situations spécifiques, dans lesquelles les différents éléments de preuve présentés par les parties ont été jugés par la Cour soit suffisants soit insuffisants pour établir l'existence d'un différend. Il est donc intrinsèquement hasardeux de vouloir déduire de cet examen d'éléments de preuve particuliers à chaque espèce un critère universel qui permettrait de déterminer dans tous les cas s'il existe ou non un différend juridique.

11. Il importe de ne pas oublier ce point quand on veut comprendre le sens véritable de l'élément de «connaissance du différend par le défendeur» introduit par l'arrêt. Il est dit dans celui-ci que «[l]es éléments de preuve doivent montrer que ... le défendeur avait connaissance, ou ne pouvait pas ne pas avoir connaissance, de ce que ses vues se heurtaient à l'«opposition manifeste» du demandeur» (par. 38). L'arrêt paraîtra peut-être avoir introduit *ex nihilo* cet élément de la «connaissance», comme s'il s'agissait d'une nouvelle unité de mesure à appliquer dans le contexte de l'espèce. La Cour risque donc de se faire reprocher d'avoir sorti de son chapeau encore un autre critère de détermination de l'existence d'un différend juridique. Or, à mon avis, cet aspect de l'arrêt doit s'interpréter en tenant compte des considérations qui précèdent.

12. La réalité, comme je l'ai dit plus haut, est que la question de l'existence d'un différend a été soulevée dans des affaires présentant la plus grande diversité de circonstances de fait et de droit. Les éléments de preuve produits par les demandeurs en ces affaires comprennent des échanges diplomatiques entre les parties, des déclarations faites dans des enceintes multilatérales et des preuves par déduction. La Cour a montré qu'elle était disposée à apprécier chacun de ces facteurs disparates en le replaçant dans son contexte. Dans l'affaire relative à l'*Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*

(*Géorgie c. Fédération de Russie*), par exemple, elle a certes examiné les déclarations faites dans des enceintes multilatérales, mais a accordé «[u]ne attention toute particulière» aux déclarations de l'exécutif de chacune des parties, parce que «c'est en règle générale l'exécutif qui représente l'Etat dans ses relations internationales et s'exprime en son nom sur le plan international» (*exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2011 (I)*, p. 87, par. 37). Autrement dit, d'une part, seules ces déclarations de l'exécutif peuvent donner *connaissance* au défendeur des prétentions considérées comme pertinentes, une opposition manifeste pouvant également «être déduite de l'absence de réaction d'un Etat à une accusation *dans des circonstances où une telle réaction s'imposait*» (*ibid.*, p. 84, par. 30; les italiques sont de moi), mais, d'autre part, la Cour a fait observer que, lorsqu'elle examine le comportement des parties pour déterminer l'existence d'un différend, «il est possible ... d'établir par inférence quelle est en réalité la position ou l'attitude d'une partie» afin de constater la nécessaire «opposition manifeste» entre les parties (*Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1998*, p. 315, par. 89). Il apparaît donc clairement que la Cour tient compte d'un large éventail de facteurs pour répondre à la question de savoir s'il existait un différend à la date du dépôt de la requête.

13. Le point crucial à retenir est que le dénominateur commun de ces différentes affaires est l'élément de connaissance; comme il est dit dans le présent arrêt, c'est la connaissance du différend par le défendeur qui manifeste la transformation d'un simple désaccord en un véritable différend juridique entre les parties. Ce principe impose au demandeur de démontrer que «le défendeur avait connaissance, ou ne pouvait pas ne pas avoir connaissance, de ce que ses vues se heurtaient à l'«opposition manifeste» du demandeur» (arrêt, par. 38). Il ne ressemble peut-être pas à un strict critère juridique qu'il serait facile d'appliquer dans toutes les situations concrètes, mais il n'en constitue pas moins un dénominateur commun essentiel du raisonnement qu'a tenu la Cour dans son analyse de l'existence d'un différend, et cela tout au long de sa jurisprudence.

14. J'ai essayé de montrer que l'arrêt en l'espèce n'a pas introduit cet élément de connaissance comme un nouveau critère supplémentaire que l'on pourrait substituer à d'autres facteurs pour établir l'existence d'un différend. Selon moi, il s'agit d'un élément qui présente une importance cruciale, dans la mesure où c'est la «connaissance objective» des parties qui transforme un désaccord en différend juridique. Cet élément de connaissance constitue par conséquent un minimum essentiel qui est commun à toutes les affaires où l'existence d'un différend est contestée.

II. LA DATE CRITIQUE AUX FINS DE LA DÉTERMINATION DE L'EXISTENCE DU DIFFÉREND

15. La date à laquelle il doit être démontré que le différend existait constituait un autre aspect important de la présente espèce. Dans son

arrêt, la Cour a dit clairement que «la date à laquelle doit être appréciée l'existence d'un différend est celle du dépôt de la requête» (par. 39). Les Iles Marshall ont cependant argué que les arrêts rendus par la Cour dans plusieurs affaires antérieures étayaient leur affirmation, selon laquelle les déclarations faites *en cours d'instance* pouvaient permettre de démontrer l'existence d'un différend. Outre l'affaire relative à *Certains biens (Liechtenstein c. Allemagne)*, les Iles Marshall ont invoqué l'arrêt de la Cour dans l'affaire relative à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie)* (arrêt, par. 50). Bien que la Cour ait expliqué de façon convaincante dans le présent arrêt le sens véritable de ces deux précédents, il semble que le second d'entre eux appelle un exposé plus détaillé des circonstances uniques qui le caractérisaient, afin de corriger l'interprétation qu'en a donnée le demandeur.

16. Il est vrai que, dans son arrêt de 1996 en l'affaire du *Génocide*, la Cour n'a évoqué expressément aucune preuve antérieure au dépôt de la requête pour affirmer l'existence d'un différend. Il importe cependant, à ce sujet, de souligner deux éléments essentiels qui n'appartiennent qu'à cette affaire. Ces deux éléments sont très pertinents et détachent l'arrêt de 1996 du reste de la jurisprudence de la Cour sur cette question de l'existence d'un différend à la date du dépôt de la requête. Le premier élément est que, dans cette affaire, la Bosnie-Herzégovine avait invoqué la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide comme source de la compétence de la Cour. L'article IX de cette convention dispose que

«[I]es différends entre les Parties contractantes relatifs à l'interprétation, l'application ou l'exécution de la présente convention, y compris ceux relatifs à la responsabilité d'un Etat en matière de génocide ou de l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article III, seront soumis à la Cour internationale de Justice, à la requête d'une partie au différend» (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1996 (II)*, p. 614, par. 27).

La Yougoslavie, défendeur à l'instance, avait fait valoir qu'il n'existait «aucun différend international» entrant dans les prévisions de l'article IX de la convention sur le génocide. En d'autres termes, elle ne contestait pas l'«existence d'un différend» aux fins de la saisine de la Cour, mais «l'existence d'un différend aux fins de la clause compromissoire de la convention (c'est-à-dire de son article IX)», puisque, selon elle, le différend en cause n'était pas un différend *international* au sens de cet instrument. C'est là précisément ce qui distingue cette affaire d'autres dans lesquelles la question est uniquement celle de «l'existence d'un différend juridique».

17. De plus, analysant les déclarations faites par les parties au cours de la même procédure, la Cour a constaté que «*persist[ait]*» une situation dans laquelle les points de vue étaient nettement opposés, signifiant par là

qu'un différend existait déjà à la date du dépôt de la requête (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1996 (II), p. 614, par. 29; les italiques sont de moi). Le choix du verbe « persister » semble indiquer que la Cour considérerait que les déclarations faites après le dépôt de la requête n'avaient été évoquées que pour affirmer la *persistance* d'un différend préexistant.

18. En somme, le mélange d'éléments de droit et de fait touchant au fond de cette affaire faisait de la question que devait alors trancher la Cour une question très différente de celle qu'elle devait trancher en la présente espèce. Compte tenu de ces facteurs, le fait que, dans l'arrêt précité, la Cour ait évoqué des déclarations faites après le dépôt de la requête s'explique par les circonstances particulières de cette affaire et ne doit pas s'interpréter comme un indice que la Cour serait prête à s'écarter de sa jurisprudence constante sur ce sujet.

III. LA QUESTION DES ÉLÉMENTS DE PREUVE PRODUITS PAR LES ÎLES MARSHALL

19. Enfin, d'aucuns estimeront peut-être que, dans son arrêt en la présente affaire, la Cour a fait preuve d'une certaine inconséquence dans son examen des éléments de preuve présentés par le demandeur. Plus précisément, d'aucuns reprocheront peut-être à la Cour d'avoir examiné, puis rejeté individuellement pour insuffisance, chaque catégorie d'éléments de preuve introduite par les Iles Marshall, sans avoir examiné ces éléments dans leur ensemble. Or, on se rappellera dans ce contexte que le demandeur avait fait valoir que,

« par leurs déclarations et comportements antinomiques tant avant qu'après le dépôt de la requête, la République des Iles Marshall et l'Inde [avaient] manifesté l'existence d'un différend quant au non-respect par cette dernière de son obligation de poursuivre de bonne foi et de mener à terme des négociations conduisant au désarmement nucléaire dans tous ses aspects, sous un contrôle international strict et efficace » (mémoire des Iles Marshall, par. 25).

Autrement dit, le demandeur prétendait que, considérés dans leur ensemble, les éléments de preuve démontraient l'existence d'un différend.

20. Je suis d'avis, cependant, que la Cour a bel et bien examiné tous les éléments de preuve qui lui avaient été présentés et a conclu à juste titre que ceux-ci — *même considérés dans leur ensemble* — n'étaient pas suffisants pour démontrer l'existence d'un différend.

21. Cela dit, il serait bon d'ajouter qu'une nouvelle situation juridique est peut-être née de la présente instance, dont il est permis de penser qu'elle a vu se cristalliser l'existence d'un différend. Une nouvelle requête pourrait être déposée sur ce fondement, qui pourrait ne pas être exposée à la même exception préliminaire que celle qui a été retenue dans le pré-

sent arrêt. Ce serait le cas dans la mesure où ledit arrêt exprime la position de la Cour sur la situation juridique qui existait à la date du dépôt de la requête. On pourrait alors soutenir que le présent arrêt ne constituerait pas automatiquement un obstacle juridique à l'examen futur d'une nouvelle réclamation sur le fond. La viabilité d'une nouvelle requête de ce genre resterait naturellement à déterminer, et la suite qui lui serait donnée dépendrait de l'examen par la Cour de *toutes* les exceptions d'incompétence et d'irrecevabilité. La Cour ne pourrait passer à l'examen de cette nouvelle affaire au fond qu'après s'être assurée qu'elle est compétente et que la nouvelle requête est recevable.

(*Signé*) Hisashi OWADA.
