

DÉCLARATION DE M^{me} LA JUGE XUE

[Traduction]

1. J'ai voté en faveur de l'arrêt car je souscris à la décision de la Cour consistant à se déclarer incompétente en la présente espèce. Ce nonobstant, je tiens à formuler deux observations.

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

3. Selon la jurisprudence de la Cour, un différend doit en principe exister à la date du dépôt de la requête (*Violations alléguées de droits souverains et d'espaces maritimes dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Colombie)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2016 (I), p. 27, par. 52; *Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2011 (I), p. 85, par. 30; *Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. Royaume-Uni)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1998, p. 25-26, par. 43-45; *Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. Etats-Unis d'Amérique)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1998, p. 130-131, par. 42-44). L'existence d'un différend demande à être établie objectivement par la Cour, sur la base des positions et du comportement des parties (*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. 26-27, par. 50; *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012 (II), p. 442, par. 46; *Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2011 (I), p. 84, par. 30; *Essais nucléaires (Australie c. France)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 271, par. 55; *Essais nucléaires (Nouvelle-*

Zélande c. France), arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 476, par. 58; *Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie, première phase, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 1950, p. 74). Lorsque le titre de compétence est constitué par les déclarations d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour que les parties ont faites en vertu du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut, ni la notification préalable ni l'envoi d'une note diplomatique officielle énonçant la réclamation d'une partie à l'encontre de l'autre ne sont considérés comme une condition obligatoire. La détermination de l'existence d'un différend est une question de fond, et non de forme (*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. 26-27, par. 50; *Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie), exceptions préliminaires, arrêt*, C.I.J. Recueil 2011 (I), p. 84, par. 30), la Cour devant s'employer à établir si les vues des parties divergeaient au sujet des questions juridiques en cause.

4. En la présente espèce, la Cour a dûment suivi cette jurisprudence. Etant donné qu'elle n'a pas examiné les autres exceptions soulevées par le défendeur, mais a rejeté la requête en s'appuyant uniquement sur sa conclusion quant à l'existence d'un différend, il n'est toutefois pas exclu que l'opportunité de cette approche formelle et restrictive suscite certaines questions. Compte tenu de la pratique antérieure de la Cour — qui a consisté à faire preuve de souplesse à l'égard des carences procédurales (voir *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie), exceptions préliminaires, arrêt*, C.I.J. Recueil 2008, p. 438, par. 81; *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), compétence et recevabilité, arrêt*, C.I.J. Recueil 1984, p. 428-429, par. 83; *Cameroun septentrional (Cameroun c. Royaume-Uni), exceptions préliminaires, arrêt*, C.I.J. Recueil 1963, p. 28; *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise, compétence, arrêt n° 6, 1925, C.P.J.I. série A n° 6, p. 14; Concessions Mavrommatis en Palestine, arrêt n° 2, 1924, C.P.J.I. série A n° 2, p. 34*) —, il est en effet permis de se demander si l'inexistence d'un différend entre les Parties au moment du dépôt de la requête pouvait en soi constituer une base solide pour écarter l'affaire; le différend s'étant désormais bel et bien cristallisé, il serait aisé pour les Iles Marshall de se présenter de nouveau devant la Cour en introduisant une nouvelle requête ayant le même objet. Pour des raisons d'économie judiciaire, le réalisme et la souplesse pouvaient donc sembler être de mise dans les présentes circonstances.

5. Si j'ai souscrit à la décision de la Cour, c'est pour trois raisons. Premièrement, je suis d'avis que la démonstration, par le demandeur, de ce qu'un différend existait entre les Parties avant l'introduction de l'instance doit satisfaire à un critère de preuve minimal. Or, les éléments présentés par les Iles Marshall à cet égard étaient nettement insuffisants. Hormis les deux déclarations qu'il a faites lors de conférences internationales pour exhorter les puissances nucléaires à engager immédiatement des négocia-

tions sur le désarmement nucléaire — que les autres Etats seraient fondés à considérer comme des déclarations politiques —, le demandeur n'a fourni aucun élément attestant que des contacts bilatéraux de quelque sorte que ce soit auraient eu lieu entre les Parties avant la saisine de la Cour. Il s'est en revanche abondamment appuyé sur les positions exprimées par ces dernières en cours d'instance pour montrer que la réclamation de l'une se heurtait à l'opposition manifeste de l'autre. Or, ainsi que la Cour l'a souligné, si pareille argumentation était jugée recevable, la condition de l'existence d'un différend se trouverait en pratique privée de tout sens et de toute valeur. Chose selon moi plus fondamentale encore, cela ébranlerait la confiance des Etats qui acceptent la juridiction obligatoire de la Cour.

6. Deuxièmement, même si une notification préalable ou des échanges diplomatiques ne sont pas requis en tant que condition de l'existence d'un différend, il convient de décourager les actions en justice « par surprise ». Tout moyen de règlement pacifique des différends, y compris la voie judiciaire, vise au règlement du différend en cause. A cet égard, le fait d'exprimer clairement une réclamation juridique contre la partie responsable, chaque fois que les circonstances le permettent, faciliterait le processus de négociation et de règlement. En tant que victimes du développement des armes nucléaires, les Iles Marshall ont certes toutes les raisons de reprocher aux Etats qui en sont dotés de ne pas mener des efforts conjoints en poursuivant des négociations sur la cessation de la course aux armements et le désarmement nucléaire. Cette légitimité ne saurait cependant prévaloir sur les conditions juridiques régissant l'exercice de la compétence de la Cour.

7. Bien que la notion de différend n'ait jamais été formellement définie et que le critère permettant de déterminer l'existence d'un différend soit généralement peu strict, l'Etat contre lequel une instance est introduite devrait au moins avoir préalablement connaissance de ce qu'un différend d'ordre juridique, qui pourrait être soumis à la juridiction obligatoire de la Cour en vue de son règlement, l'oppose à un autre Etat. La Cour peut prendre en compte le comportement des parties postérieur au dépôt de la requête en tant qu'élément de preuve supplémentaire pour s'assurer de sa compétence et de la recevabilité de la requête, mais la souplesse, en matière judiciaire, doit être exercée dans des limites raisonnables.

8. Troisièmement, la compétence de la Cour repose sur le consentement mutuel et la réciprocité. Selon moi, la présente affaire différerait par nature de celles dans lesquelles la Cour avait opté pour une approche plus souple à l'égard de certaines carences procédurales. Les déclarations que les Iles Marshall ont faites dans le cadre de certaines conférences internationales ne suffisent pas, en tant que telles, à démontrer que, dans les relations bilatérales de cet Etat, un différend l'opposait à chacune des puissances nucléaires. De fait, le demandeur ne pouvait estimer qu'il s'agissait là d'un problème bilatéral. Quoique ayant été elles-mêmes victimes des armes nucléaires, les Iles Marshall n'ont pas introduit la présente instance simplement pour protéger leurs propres intérêts; leur argumentation sert en effet davantage ceux de la communauté

internationale. Or, bien qu'elle ait, dans le cadre de l'affaire de la *Barcelona Traction* (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (nouvelle requête: 1962) (*Belgique c. Espagne*), deuxième phase, arrêt, *C.I.J. Recueil 1970*, p. 32, par. 33), reconnu l'existence d'obligations *erga omnes*, la Cour ne s'est pas penchée sur la question de la qualité pour agir dans ce domaine, question qui reste à approfondir en droit international.

9. Cela m'amène à la seconde observation que je tiens à formuler au sujet de l'arrêt. Je déplore grandement que la Cour n'ait pas examiné certaines autres exceptions soulevées par le défendeur. Dans ses écritures et plaidoiries, l'Inde soutenait notamment que, au vu de la règle énoncée dans l'affaire de l'*Or monétaire*, le différend allégué ne pouvait être tranché en l'absence des autres Etats dotés d'armes nucléaires que les Iles Marshall avaient attirés devant la Cour, celle-ci étant incompétente dans six des affaires en cause. Selon le défendeur, la Cour n'avait pas compétence en la présente espèce, car il lui fallait, pour rendre quelque décision que ce soit, «apprécier] la licéité du comportement» d'autres Etats qui n'étaient pas parties à l'instance» (CR 2016/4, p. 44, par. 17). Il affirmait de surcroît que la prétendue obligation de négocier nécessitait la participation de tous les Etats dotés d'armes nucléaires, et d'autres encore, de sorte qu'une décision obligatoire pour les Iles Marshall et l'Inde ne pouvait avoir l'effet désiré.

10. Selon moi, la Cour aurait dû examiner ces exceptions dès la phase préliminaire, puisque ses conclusions à cet égard auraient eu un effet direct sur sa compétence et sur la recevabilité de la requête. Si elle avait procédé ainsi, elle aurait en effet été mieux à même de démontrer que, pour ce qui concerne les questions de compétence et de recevabilité, la requête des Iles Marshall n'était pas seulement défectueuse sur un point de procédure.

11. Dans son avis consultatif sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, la Cour, après avoir examiné quel était alors le statut des armes nucléaires en droit international, avait précisé que, pour atteindre l'objectif fixé de longue date du désarmement nucléaire complet, tous les Etats parties au traité sur la non-prolifération des armes nucléaires (le «TNP») avaient l'obligation de négocier de bonne foi en ce sens. Elle avait également souligné que, «[d]e fait, toute recherche réaliste d'un désarmement général et complet, en particulier nucléaire, nécessit[ait] la coopération de tous les Etats» (*Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996 (I)*, p. 264, par. 100; les italiques sont de moi).

12. La Cour s'était également référée à la résolution 984 (1995) en date du 11 avril 1995, dans laquelle le Conseil de sécurité avait réaffirmé qu'il était «nécessaire que tous les Etats parties au traité sur la non-prolifération des armes nucléaires s'acquittent pleinement de toutes leurs obligations» et exhorté

«tous les Etats à poursuivre de bonne foi, comme il [était] stipulé à l'article VI du traité sur la non-prolifération des armes nucléaires,

des négociations sur des mesures efficaces relatives au désarmement nucléaire et sur un traité de désarmement général et complet sous un contrôle international strict et efficace, qui demeur[ait] un objectif universel» (*C.I.J. Recueil 1996 (I)*, p. 265, par. 103 ; les italiques sont de moi).

13. Dans son avis consultatif, la Cour avait notamment souligné que l'obligation découlant de l'article VI du TNP était une double obligation, ajoutant ce qui suit :

« La portée juridique de l'obligation considérée dépasse celle d'une simple obligation de comportement ; l'obligation en cause ici est celle de parvenir à un résultat précis — le désarmement nucléaire dans tous ses aspects — par l'adoption d'un comportement déterminé, à savoir la poursuite de bonne foi de négociations en la matière. » (*Ibid.*, p. 264, par. 99.)

14. Vingt ans se sont écoulés depuis que la Cour a prononcé ce *dictum* solennel. Ainsi qu'elle l'a précisé, tous les Etats doivent coopérer pour réaliser cet objectif. A l'évidence, l'on a assisté en la matière à un manquement collectif, mais la question qui se posait en la présente espèce était de savoir si celui-ci pouvait prendre la forme d'une série de différends bilatéraux, examinés séparément.

15. Il n'est guère douteux que certains Etats dotés d'armes nucléaires, d'une part, et les Etats qui en sont dépourvus, d'autre part, ont des vues divergentes au sujet de la cessation de la course aux armes nucléaires et du processus de négociation sur le désarmement nucléaire. Pareil désaccord peut-il pour autant être qualifié de différend au sens des articles 36 et 38 du Statut ? Autrement dit, un tel différend, à supposer qu'il ait existé au moment du dépôt de la requête ou qu'il se soit cristallisé par la suite, peut-il être tranché par la Cour dans le cadre d'une procédure contentieuse ? La question qui se posait en la présente espèce n'était pas, semble-t-il, celle d'une carence procédurale à laquelle il aurait pu être remédié en cours d'instance, comme cela avait été le cas dans les affaires antérieures. Je crains que la Cour ait un peu trop mis l'accent sur la manière dont un différend peut se matérialiser, sans tenir suffisamment compte de la nature de celui qui, selon les Iles Marshall, les opposait à l'Inde.

(Signé) XUE Hanqin.