

DISSENTING OPINION OF JUDGE ROBINSON

I disagree with the majority's conclusion that there is no dispute in this case — Role of the Court as envisaged by the United Nations Charter — Linear development of the Court's case law stressing objectivity, flexibility and substance over form in the determination of dispute — The Court's enquiry is empirical and pragmatic, focused simply on whether or not the evidence reveals clearly opposite views — Court's case law does not support criterion applied by the majority that the Respondent was aware or could not have been unaware that its views were "positively opposed" by the Applicant — Awareness may be confirmatory, but is not a prerequisite for determining the existence of a dispute — The Court has previously relied upon post-Application evidence as determinative of the existence of a dispute — Even if the test set out by the majority is applied to the facts of the case, there is a dispute between the Parties.

1. In this opinion, I explain why I have dissented from the majority decision that there was no dispute between the Marshall Islands and India.

I. INTRODUCTION

2. In the period of twenty months that I have served on this Court, I have been privileged to consider the impact of many international law obligations in cases before the Court. But I dare say that, were I to consider the impact of another thousand obligations in the rest of my term, none would be, by virtue of the existential threat to mankind posed by nuclear weapons, as critically important for the work of the Court and the interests of the international community as the question of the obligation to pursue in good faith and bring to a conclusion negotiations leading to nuclear disarmament in all its aspects under strict and effective international control.

3. The United Nations Charter has assigned the Court a special role, giving it a particular relevance in the maintenance of international peace and security through the exercise of its judicial functions. It is regrettable that the majority did not seize the opportunity presented by this case to demonstrate the Court's sensitivity to that role. It is even more regret-

OPINION DISSIDENTE DE M. LE JUGE ROBINSON

[Traduction]

Désaccord avec la conclusion de la majorité selon laquelle il n'existe pas de différend entre les Parties — Rôle assigné à la Cour par la Charte des Nations Unies — Développement linéaire de la jurisprudence de la Cour quant à l'existence d'un différend privilégiant l'objectivité, la souplesse et la prise en considération du fond plutôt que du respect des formes — Détermination par la Cour de l'existence d'un différend devant procéder d'une démarche empirique et pragmatique dont le but est simplement d'établir si les éléments de preuve révèlent ou non chez les parties des points de vue nettement opposés — Jurisprudence de la Cour ne cautionnant pas le critère retenu par la majorité selon lequel il ne peut exister un différend que si 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 — Connaissance préalable de l'opposition des points de vue pouvant confirmer, mais non déterminer, l'existence d'un différend — Précédents où la Cour s'est fondée sur des éléments de preuve avancés après le dépôt de la requête pour établir l'existence d'un différend — Application aux faits de l'espèce du critère retenu par la majorité n'excluant pas l'existence d'un différend entre les Parties.

1. J'explique dans le présent exposé de mon opinion pourquoi je n'ai pas suivi la majorité lorsqu'elle a décidé qu'il n'existait pas de différend entre les Iles Marshall et l'Inde.

I. INTRODUCTION

2. Au cours des vingt mois qui se sont écoulés depuis que j'ai pris mes fonctions de juge, j'ai eu le privilège de pouvoir réfléchir aux conséquences qu'emportent nombre d'obligations de droit international invoquées dans les affaires portées devant la Cour. Or, j'ose affirmer que s'il m'est donné, d'ici la fin de mon mandat, de considérer mille autres obligations, il ne s'en trouvera pas une seule, parmi elles, dont l'importance, du point de vue aussi bien de l'œuvre de la Cour que de l'intérêt de la communauté internationale, puisse se comparer à celle, cruciale, de l'obligation de poursuivre de bonne foi et de mener à terme des négociations conduisant au désarmement nucléaire dans tous ses aspects, effectué sous un contrôle international strict et efficace, car du respect de cette obligation dépend la survie même de l'humanité, mise en péril par la possession d'armes nucléaires.

3. La Charte des Nations Unies a assigné à la Cour un rôle spécial, qui lui permet d'apporter une contribution particulièrement importante au maintien de la paix et de la sécurité internationales en exerçant sa fonction judiciaire. Il est regrettable que la majorité n'ait pas saisi l'occasion que cette affaire offrait à la Cour de montrer combien cette contribution

table that this failure could have been avoided had the Court simply followed its own case law. The Court's case law has been consistent in the approach to be adopted in determining the existence of a dispute; an approach that is not reflected in the Judgment.

4. The jurisprudence of the Court calls for an objective, flexible and pragmatic approach in determining the existence of a dispute. It is firmly established in the Court's jurisprudence that a dispute arises where, examined objectively, there are "clearly opposite views concerning the question of the performance or non-performance"¹ of a State's obligations. There is not a single case in the Court's case law that authorizes the majority's proposition that the determination of the existence of a dispute requires a finding of the respondent's awareness of the applicant's positive opposition to its views; that is, that the absence of evidence of the respondent's awareness of the other party's opposing view is fatal to a finding that a dispute exists.

5. The requirement that there be a "dispute" is designed to ensure that what the Court is being asked to decide is susceptible to its authority and competence, or, as Judge Fitzmaurice in his separate opinion in *Northern Cameroons* said, the dispute must be "capable of engaging the judicial function of the Court"². It is a question of the *nature* and *character*, determined objectively, of the claim presented to the Court. It is not about mandating that an applicant State jump through various hoops suggesting a formal approach before it can appear in the Great Hall of Justice.

6. The Court and its predecessor, the Permanent Court of International Justice (PCIJ), have developed a significant body of jurisprudence interpreting the requirement that the Court can only decide a "dispute" or "legal dispute", as discussed in the next section of this opinion. However, it is important to note, that while many respondents have raised the objection that the Court does not have jurisdiction because there is no dispute, the Court has more often than not rejected this objection³. This is in keeping with a flexible approach to finding a dispute — the criteria

¹ *Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, First Phase, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1950*, p. 74.

² Judge Fitzmaurice, separate opinion to case concerning the *Northern Cameroons (Cameroon v. United Kingdom)*, *Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1963*, p. 98.

³ See, for example, the cases cited later in this opinion. In *Alleged Violations*, the Court determined that "Nicaragua makes two distinct claims — one that Colombia has violated Nicaragua's sovereign rights and maritime zones, and the other that Colombia has breached its obligation not to use or threaten to use force". The Court found that there was a dispute in respect of the first claim and no dispute in respect of the second. *Alleged Violations of Sovereign Rights and Maritime Spaces in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Colombia)*, *Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2016 (I)*, pp. 31, 33, paras. 67, 74, 78. See also Christian Tomuschat, Commentary to Article 36, Andreas Zimmermann *et al.* (eds.), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary* (2nd ed., 2012), p. 642, para. 9: "[w]ith this limitation [that the applicant

lui tient à cœur, d'autant plus regrettable que, pour saisir cette occasion, il aurait suffi à la Cour de suivre tout simplement sa propre jurisprudence. Celle-ci est constante quant à la démarche que la Cour a adoptée pour déterminer l'existence d'un différend ; or, cette démarche n'est pas celle dont procède l'arrêt.

4. Il ressort de la jurisprudence que, pour établir l'existence d'un différend, la Cour doit suivre une méthode objective, souple et pragmatique. Et cette jurisprudence établit fermement qu'il existe un différend lorsqu'une appréciation objective montre que «les points de vue des ... parties, quant à l'exécution ou à la non-exécution de certaines obligations» de l'Etat, sont «nettement opposés»¹. Il ne se trouve pas, dans la jurisprudence, une seule affaire dont la majorité ait pu s'autoriser pour conclure que l'existence d'un différend ne peut être établie que si le défendeur avait connaissance avant le dépôt de la requête de l'opposition manifeste du demandeur à ses vues ; cette conclusion signifie que la Cour ne peut pas établir l'existence d'un différend si elle n'a pas la preuve de cette connaissance préalable.

5. L'obligation d'établir qu'il existe un «différend» a pour objet de faire en sorte que ce sur quoi la Cour est invitée à se prononcer se prête à l'exercice de son autorité et de sa compétence ou, pour reprendre ce qu'a dit le juge Fitzmaurice dans l'opinion individuelle jointe à l'arrêt en l'affaire du Cameroun *septentrional*, que le différend «implique la fonction normale de l'institution judiciaire qu'est un tribunal»². Il s'agit pour la Cour d'apprécier objectivement la *nature* et le *caractère* de la demande qui lui est présentée. Il ne s'agit pas, en suivant une démarche empreinte de formalisme, d'imposer à l'Etat demandeur de franchir divers obstacles avant de pouvoir se présenter dans la grande salle de justice.

6. La Cour et, avant elle, la Cour permanente de Justice internationale (CPJI), ont constitué un important *corpus* de jurisprudence sur l'interprétation de l'obligation faite à la Cour de ne trancher que des «différends» ou des «différends d'ordre juridique», obligation dont je traiterai dans la section suivante de l'exposé de mon opinion. Il importe cependant de noter d'emblée que si, dans de nombreuses affaires, les Etats défendeurs ont soulevé une exception d'incompétence en invoquant l'absence de différend, la Cour a le plus souvent rejeté cette exception³. Cette pratique

¹ *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.

² Opinion individuelle du juge Fitzmaurice en l'affaire du Cameroun *septentrional* (*Cameroun c. Royaume-Uni*), *exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1963*, p. 99.

³ Voir, par exemple, les affaires que je cite plus loin. En l'affaire des *Violations alléguées*, la Cour a constaté que «le Nicaragua formul[ait] deux demandes distinctes, faisant grief à la Colombie, d'une part, d'avoir violé ses droits souverains et ses espaces maritimes et, d'autre part, d'avoir manqué à l'obligation lui incombant de s'abstenir de recourir à la menace ou à l'emploi de la force». La Cour a établi l'existence d'un différend au sujet de la première demande, mais non de la seconde (*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. 31, 33, par. 67, 74, 78). Voir également Christian Tomuschat, *Commentary to Article 36, Andreas Zimmermann et al. (dir. publ.), The Statute of the International Court of Justice: A Commentary* (2^e éd., 2012), p. 642, par. 9:

for determining the existence of a dispute are not intended to create a high bar.

Before examining the Court's case law, I look briefly at the Court's role under the United Nations Charter.

II. THE ROLE OF THE COURT AS ENVISAGED BY THE UNITED NATIONS CHARTER

7. An objective, flexible and pragmatic approach to finding a dispute is called for by the role envisaged for the Court by the United Nations Charter. As I explained in my separate opinion in the case concerning *Certain Activities/Construction of a Road* issued in December 2015:

“The United Nations Charter also highlights the important role the Court has in the peaceful settlement of disputes, ‘the continuance of which is likely to endanger the maintenance of international peace and security’ and thus undermine the purposes of the United Nations Charter⁴. Article 92 of the United Nations Charter identifies the Court as the principal judicial organ of the United Nations and provides that its Statute — annexed to the United Nations Charter — is an integral part of the United Nations Charter. Article 36 (3) of the United Nations Charter provides that the Security Council ‘should also take into consideration that legal disputes, as a general rule, be referred by the parties to the International Court of Justice’. It is thus clear that the Court is expected, through its judicial function, to contribute to the maintenance of international peace and security. Therefore, the discharge by the Court of its judicial functions is not peripheral to, but is an integral part of the post-World War II system for the maintenance of international peace and security.”⁵

8. The Court has a different relationship with the United Nations Charter from that between the PCIJ and the Covenant of the League of Nations. Although the latter provided for the establishment of the PCIJ, it gave that Court no pre-eminence in relation to other methods of inter-

must advance a legal claim], the concept of jurisdiction has always been interpreted in a truly broad sense. As far as can be seen, no case has been rejected as not encapsulating a dispute.”

⁴ Article 33 of the UN Charter.

⁵ Judge Robinson, separate opinion in the case concerning *Certain Activities Carried Out in Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)* and *Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River (Nicaragua v. Costa Rica)*, Judgment, I.C.J. Reports 2015 (II), p. 815, para. 30.

procède d'une démarche souple dans la détermination de l'existence d'un différend — les critères de l'existence d'un différend ne sont pas censés élever un obstacle bien haut.

Avant d'examiner la jurisprudence, je vais traiter brièvement du rôle que la Charte des Nations Unies assigne à la Cour.

II. LE RÔLE DE LA COUR SELON LA CHARTE DES NATIONS UNIES

7. Tel qu'il est envisagé dans la Charte des Nations Unies, le rôle de la Cour implique qu'elle suive une démarche objective, souple et pragmatique pour déterminer s'il existe un différend. Comme je l'ai expliqué dans l'opinion individuelle dont j'ai joint l'exposé à l'arrêt rendu en décembre 2015 en l'affaire relative à *Certaines activités/Construction d'une route*,

«[L]a Charte des Nations Unies souligne en outre le rôle essentiel dévolu à la Cour dans le règlement pacifique des différends, des différends «dont la prolongation est susceptible de menacer le maintien de la paix et de la sécurité internationales» et d'aller ainsi à l'encontre des buts qu'elle énonce⁴. Son article 92 désigne la Cour comme l'organe judiciaire principal de l'Organisation et précise que le Statut de celle-ci, qui y est annexé, en fait partie intégrante. L'article 36 indique en son paragraphe 3 que le Conseil de sécurité «doit aussi tenir compte du fait que, d'une manière générale, les différends d'ordre juridique devraient être soumis par les parties à la Cour internationale de Justice». Il est donc clair que, en exerçant sa fonction judiciaire, la Cour a vocation à contribuer au maintien de la paix et de la sécurité internationales. Cet exercice ne revêt dès lors pas un caractère secondaire, bien au contraire: il constitue un élément essentiel du système établi à l'issue de la seconde guerre mondiale en vue du maintien de la paix et de la sécurité internationales.»⁵

8. La place faite à la Cour par la Charte des Nations Unies n'est pas la même que celle que faisait à la CPJI le Pacte de la Société des Nations. Le Pacte prévoyait certes la création de la CPJI, mais n'accordait pas prééminence à la saisine de celle-ci par rapport aux autres modes de règle-

«[é]tant donné cette limitation [l'obligation pour le demandeur de formuler une demande sur une question de droit], la notion de compétence a toujours été interprétée dans un sens vraiment large. En fait, autant que l'on puisse voir, la Cour ne s'est jamais dessaisie d'une affaire au motif qu'elle ne portait pas sur un différend.»

⁴ Charte des Nations Unies, art. 33.

⁵ Opinion individuelle du juge Robinson jointe à l'arrêt du 16 décembre 2015 en l'affaire relative à *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua)* et *Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan (Nicaragua c. Costa Rica)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2015 (II), p. 815, par. 30.

national dispute resolution⁶. The United Nations Charter, on the other hand, identifies the Court as the “principal judicial organ of the United Nations”⁷. Each party to the United Nations Charter is *ipso facto* party to the ICJ Statute. This is logically linked to (i) Article 36 (3) — that while States may choose between a variety of dispute resolution methods, Article 36 (3) envisages that legal disputes should — as a general rule — be referred to the ICJ; and (ii) Article 1 (1), identifying the purposes of the United Nations as including “to bring about by peaceful means, and in conformity with the principles of justice and international law, adjustment or settlement of international disputes or situations which might lead to a breach of the peace”⁸. “Having recourse to the ICJ, whose function is to decide disputes in accordance with international law . . . is the most obvious way to realize that purpose.”⁹ Therefore the Court’s exercise of its judicial functions cannot be divorced from the architecture of the system established to respond to the atrocities of World War II. The Court was intended to play a positive role in the maintenance of international peace and security. It is difficult to see how the Court can discharge its responsibility to contribute to the maintenance of international peace and security through the peaceful settlement of disputes, if it establishes additional criteria that have no basis in its case law, thus making it more difficult for parties to avail themselves of its jurisdiction.

⁶ Article 14 of the Covenant of the League of Nations reads:

“[t]he Council shall formulate and submit to the Members of the League for adoption plans for the establishment of a Permanent Court of International Justice. The Court shall be competent to hear and determine any dispute of an international character which the parties thereto submit to it. The Court may also give an advisory opinion upon any dispute or question referred to it by the Council or by the Assembly.”

Article 13 states:

“Disputes as to the interpretation of a treaty, as to any question of international law, as to the existence of any fact which if established would constitute a breach of any international obligation, or as to the extent and nature of the reparation to be made for any such breach, are declared to be among those which are generally suitable for submission to arbitration or judicial settlement.

For the consideration of any such dispute, the court to which the case is referred shall be the Permanent Court of International Justice, established in accordance with Article 14, or any tribunal agreed on by the parties to the dispute or stipulated in any convention existing between them.”

⁷ Article 92 of the UN Charter.

⁸ Thomas Giegerich, Commentary to Article 36 (*op. cit. supra* note 3), p. 154, para. 52.

⁹ *Ibid.* See also *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran)*, Judgment, *I.C.J. Reports 1980*, p. 22, para. 40.

“It is for the Court, the principal judicial organ of the United Nations, to resolve any legal questions that may be in issue between parties to a dispute; and the resolution of such legal questions by the Court may be an important, and sometimes decisive, factor in promoting the peaceful settlement of the dispute.”

ment des différends internationaux⁶. La Charte, en revanche, désigne la Cour comme «l'organe judiciaire principal des Nations Unies»⁷. Chaque Etat partie à la Charte est *ipso facto* partie au Statut de la CIJ. La disposition de la Charte à cet effet est dans la logique du paragraphe 3 de son article 36, qui — bien que les Etats aient la faculté de choisir entre plusieurs méthodes de règlement des différends — prévoit que, de manière générale, les différends d'ordre juridique devraient être soumis à la CIJ; elle est également dans la logique du second membre du paragraphe 1 de l'article premier, qui dispose que l'un des buts des Nations Unies est de «réaliser, par des moyens pacifiques, conformément aux principes de la justice et du droit international, l'ajustement ou le règlement de différends ou de situations, de caractère international, susceptibles de mener à une rupture de la paix»⁸. «Le recours à la CIJ, qui a pour fonction de trancher les différends conformément au droit international ..., constitue le moyen le plus évident d'atteindre ce but.»⁹ L'exercice par la Cour de sa fonction judiciaire ne peut donc pas être dissocié de l'architecture du système institué pour éviter que ne se reproduisent les atrocités de la seconde guerre mondiale. La mission de la Cour est de contribuer au maintien de la paix et de la sécurité internationales. On voit mal comment la Cour pourrait continuer de s'acquitter de cette mission si elle en vient à établir des critères supplémentaires d'existence d'un différend que ne cautionne pas sa jurisprudence et qui ajoutent aux difficultés d'accès que doivent surmonter les Etats qui entendent se prévaloir de sa juridiction.

⁶ L'article 14 du Pacte de la Société des Nations se lit comme suit :

«Le Conseil est chargé de préparer un projet de Cour permanente de Justice internationale et de le soumettre aux Membres de la Société. Cette Cour connaîtra de tous différends d'un caractère international que les Parties lui soumettront. Elle donnera aussi des avis consultatifs sur tout différend ou tout point dont la saisira le Conseil ou l'Assemblée.»

L'article 13 du Pacte renferme les dispositions suivantes :

«Parmi ceux qui sont généralement susceptibles de solution arbitrale, on déclare tels les différends relatifs à l'interprétation d'un Traité, à tout point de droit international, à la réalité de tout fait qui, s'il était établi, constituerait la rupture d'un engagement international, ou à l'étendue ou à la nature de la réparation due pour une telle rupture.

[L]a cause [sera] soumise [à la Cour permanente de Justice internationale,] [créée conformément à l'article 14,] [ou à toute juridiction ou cour] désignée par les Parties ou prévue dans leurs conventions antérieures.»

⁷ Charte des Nations Unies, art. 92.

⁸ Thomas Giegerich, Commentary to Article 36 (*op. cit. supra* note 3) p. 154, par. 52.

⁹ *Ibid.*; voir également *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran (Etats-Unis d'Amérique c. Iran)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1980, p. 22, par. 40 :

«[C]'est à la Cour, organe judiciaire principal des Nations Unies, qu'il appartient de résoudre toute question juridique pouvant opposer des parties à un différend; et la résolution de ces questions juridiques par la Cour peut jouer un rôle important et parfois déterminant dans le règlement pacifique du différend.»

III. THE COURT'S JURISPRUDENCE

9. In paragraph 38 of the Judgment, the majority states:

“The evidence must show that the parties ‘hold clearly opposite views’ with respect to the issue brought before the Court . . . As reflected in previous decisions of the Court in which the existence of a dispute was under consideration, a dispute exists when it is demonstrated, on the basis of the evidence, that the respondent was aware, or could not have been unaware, that its views were ‘positively opposed’ by the applicant (*Alleged Violations of Sovereign Rights and Maritime Spaces in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Colombia)*, *Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2016 (I)*, p. 32, para. 73; *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation)*, *Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2011 (I)*, p. 99, para. 61, pp. 109-110, para. 87, p. 117, para. 104).”

It is on the basis of this finding that the majority upholds the Respondent's objection that there is no dispute in this case. The burden of this opinion is that this holding is, as is shown by the analysis of the Court's case law below, incorrect, as a matter of doctrine, of law, and of fact.

1. *The Mavrommatis Palestine Concessions*

10. Mavrommatis was a Greek national who owned “concessions for certain public works to be constructed in Palestine” under contracts and agreements signed with the Ottoman Empire. The Government of the Greek Republic, espousing the claim of its national, claimed that the Government of Palestine and the Government of His Britannic Majesty (Great Britain), by virtue of its power as a Mandate, failed to recognize the extent of Mavrommatis's rights under two groups of concessions, and requested that the PCIJ order the payment of compensation as a result. The claim was brought under Article 9 of Protocol XII annexed to the Peace Treaty of Lausanne 1923, and Articles 11 and 26 of the Mandate for Palestine conferred on Britain 1922.

11. The British Government objected to the PCIJ's jurisdiction, and the PCIJ proceeded to examine whether or not it had jurisdiction under Article 26 of the Mandate. Article 26 gave the PCIJ jurisdiction over disputes “between the Mandatory and another Member of the League of Nations relating to the interpretation or the application of the provisions of the Mandate”, that could not “be settled by negotiation”. In determining that there was a dispute susceptible to its jurisdiction, the PCIJ proceeded to set out its famous dictum on the definition of a dispute:

III. LA JURISPRUDENCE DE LA COUR

9. Au paragraphe 38 de l'arrêt, la majorité affirme ce qui suit :

«Les éléments de preuve doivent montrer que les «points de vue des ... parties [sont] nettement opposés» en ce qui concerne la question portée devant la Cour... Ainsi que cela ressort de décisions antérieures de la Cour dans lesquelles la question de l'existence d'un différend était à l'examen, un différend existe lorsqu'il est démontré, sur la base des éléments de preuve, que le défendeur avait connaissance, ou ne pouvait pas ne pas avoir connaissance, de ce que ses vues se heurtaient à l'«opposition manifeste» du demandeur (*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. 32, par. 73; *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. 99, par. 61, p. 109-110, par. 87, p. 117, par. 104).»

C'est en se fondant sur cette constatation que la majorité a retenu l'exception soulevée par le défendeur en invoquant l'absence de différend. Comme le montre l'analyse ci-après de la jurisprudence de la Cour en la matière, la difficulté que soulève cette opinion est qu'elle n'est pas cautionnée par la doctrine et est erronée en droit comme en fait.

1. *L'affaire des Concessions Mavrommatis en Palestine*

10. M. Mavrommatis était un ressortissant grec titulaire de «concessions pour certains travaux publics à exécuter en Palestine» en application de contrats et d'accords signés avec l'Empire ottoman. La République hellénique soutenait la prétention de son ressortissant selon laquelle le Gouvernement de Palestine ainsi que le Gouvernement de Sa Majesté britannique (le Gouvernement du Royaume-Uni), en tant que puissance mandataire, avaient refusé à tort de reconnaître dans toute leur étendue les droits que M. Mavrommatis tenait de deux groupes de concessions, et demandait à la CPJI d'ordonner le paiement d'une indemnité en réparation du préjudice qui en était résulté. L'instance avait été introduite en vertu de l'article 9 du protocole XII annexé au traité de paix de Lausanne de 1923 et des articles 11 et 26 du mandat pour la Palestine conféré à la Grande-Bretagne en 1922.

11. Le Gouvernement britannique ayant soulevé une exception d'incompétence, la CPJI a recherché si elle avait ou non compétence en vertu de l'article 26 du mandat. Cet article lui conférait juridiction à l'égard de tout différend «qui viendrait à s'élever entre [le mandataire] et un autre Membre de la Société des Nations, relatif à l'interprétation ou à l'application du Mandat» et ne serait pas «susceptible d'être réglé par des négociations». Pour déterminer s'il existait un différend relevant de sa compétence, la CPJI a suivi un raisonnement qui l'a conduite à énoncer

“[a] dispute is a disagreement on a point of law or fact, a conflict of legal views or of interests between two persons”¹⁰.

12. The PCIJ found that the dispute “certainly possess[ed] these characteristics”¹¹. The Greek Republic was asserting that the Palestinian or British authorities had treated one of its citizens in a manner incompatible with international law obligations by which they were bound, and had requested an “indemnity” on this basis¹².

13. In this case, which is very much the Alpha in the Court’s examination of the criteria for the existence of a dispute, and which is cited in the Judgment at paragraph 34, there is no reference, express or implied, to the mental state of the respondent State, as a criterion for the existence of a dispute. The focus of the case is simply on a disagreement or conflict between the Parties. Implicit in the dictum from *Mavrommatis* is that, in determining the existence of a dispute, the Court carries out an analysis of the facts that may show a conflict of legal views or interests; there is no suggestion that this analysis is in any way influenced by the Respondent’s awareness of the Applicant’s position.

14. The *Mavrommatis* definition has been frequently relied upon by the Court, as the brief survey of jurisprudence below reveals. Although the definition of a dispute has been developed and consolidated over time, these developments have, for the most part, followed a path that is in line with the position taken in *Mavrommatis*. The addition of awareness as a prerequisite for a finding of a dispute, on the other hand, is not a minor deviation, but represents a seismic change in what the Court requires before it will proceed to examine the merits of a claim¹³. Attempts to debunk *Mavrommatis* from its pedestal will fail. *Mavrommatis* will always retain its significance when considering what constitutes a “dispute” for the purposes of Article 36 of the Statute, not merely because it was the first case to set out a definition, but more importantly because it identifies the parameters of a dispute between States.

¹⁰ *Mavrommatis Palestine Concessions, Judgment No. 2, 1924, P.C.I.J., Series A, No. 2*, p. 11.

¹¹ *Ibid.*

¹² *Ibid.*, p. 12.

¹³ See, for example, Robert Kolb’s examination of the Court’s jurisprudence up until [2009], where he notes that the *Mavrommatis* definition has been followed “in a remarkably consistent and continuous way”, although it “has now and then been subjected to subtle minor variations, and also to some rather questionable additions”. Robert Kolb, *The International Court of Justice* (Hart Publishing, 2013), p. 302.

son célèbre *dictum* quant à la définition d'un différend: «[un] différend est un désaccord sur un point de droit ou de fait, une contradiction, une opposition de thèses juridiques ou d'intérêts entre deux personnes»¹⁰.

12. La CPJI a conclu que «tel [était] certainement le caractère du litige»¹¹. La République hellénique soutenait que les autorités palestiniennes ou britanniques avaient traité l'un de ses ressortissants d'une manière incompatible avec des obligations de droit international auxquelles elles étaient tenues, et demandait une indemnité de ce chef¹².

13. L'arrêt rendu en cette affaire, largement considéré comme la référence première sur laquelle s'appuie la Cour pour examiner les critères de l'existence d'un différend, et qui est cité au paragraphe 34 de l'arrêt de ce jour, n'indique ni expressément ni implicitement que l'état d'esprit du défendeur doit constituer un critère de l'existence d'un différend. La CPJI a concentré son attention sur la simple question de savoir s'il y avait ou non désaccord ou contradiction entre les parties. Le *dictum* énoncé en l'affaire des *Concessions Mavrommatis* signifie implicitement que, pour établir l'existence d'un différend, la Cour doit procéder à une analyse des faits qui peut révéler une opposition de thèses juridiques ou d'intérêts entre les parties; rien, dans le *dictum*, ne donne à entendre que cette analyse doive en quoi que ce soit être influencée par la réponse à la question de savoir si le défendeur avait ou non connaissance de la position du demandeur.

14. La Cour actuelle s'en est souvent remise à la définition que renferme l'arrêt rendu en l'affaire des *Concessions Mavrommatis*, comme le montre le bref rappel de sa jurisprudence auquel je procède plus loin. Bien qu'elle ait par la suite été développée et consolidée, cette définition a essentiellement évolué dans un sens conforme à la position adoptée par la CPJI dans l'affaire précitée. Faire de la connaissance préalable de la position du demandeur une condition nécessaire de l'existence d'un différend, en revanche, revient non pas à s'écarter légèrement de cette position, mais à bouleverser radicalement l'agencement des conditions dont la Cour exige qu'elles soient remplies avant qu'elle ne puisse procéder à l'examen au fond d'une demande¹³. Toute tentative de déboulonner la définition *Mavrommatis* de son piédestal ne peut qu'être vouée à l'échec. L'arrêt rendu en l'affaire des *Concessions Mavrommatis* continuera de peser de tout son poids dans l'examen de ce qui constitue un «différend», non seulement parce qu'il est le premier à avoir énoncé une définition, mais aussi, et surtout, parce qu'il précise quels sont les paramètres d'un différend entre Etats.

¹⁰ *Concessions Mavrommatis en Palestine, arrêt n° 2, 1924, C.P.J.I., série A n° 2*, p. 11.

¹¹ *Ibid.*

¹² *Ibid.*, p. 12.

¹³ Voir, par exemple, l'analyse de la jurisprudence de la Cour jusqu'à [2009] à laquelle a procédé Robert Kolb, dans laquelle il relève que la définition figurant dans l'arrêt relatif aux *Concessions Mavrommatis* a été suivie «de manière remarquablement fidèle et constante», même si «elle a parfois été retenue moyennant de légères et subtiles modifications, mais aussi des ajouts dont le bien-fondé est discutable». Robert Kolb, *The International Court of Justice* (Hart Publishing, 2013), p. 302.

2. *Interpretation of Peace Treaties*

15. By means of a resolution dated 22 October 1949, the General Assembly decided to request an advisory opinion on two questions relating to the Treaties of Peace signed with Bulgaria, Hungary and Romania.

16. The first question put before the Court was whether or not diplomatic exchanges between Bulgaria, Hungary and Romania and “certain Allied and Associated Powers signatories to the Treaties of Peace” regarding the implementation of certain provisions in those treaties disclosed “disputes” subject to the dispute settlement provisions of those treaties. The diplomatic exchanges included concerns and accusations regarding the observance of human rights and fundamental freedoms by the three Governments. In order to determine this question, the Court divided the issues, and examined, first, whether or not the diplomatic exchanges disclosed any disputes *per se*.

17. The Court started by setting out its now oft-repeated mantra: “[w]hether there exists an international dispute is a matter for objective determination”¹⁴. In my view, this is one of the Court’s most important dicta in determining the criteria for a dispute. The logical result of objective determination is that: “[t]he mere denial of the existence of a dispute does not prove its non-existence”¹⁵.

18. In its application to the facts, the Court noted that the diplomatic exchanges included allegations that the Governments of Bulgaria, Romania and Hungary had violated various provisions of the Peace Treaties and requested that they take remedial measures. Bulgaria, Romania and Hungary, on the other hand, denied the charges. The exchanges thus showed that “[t]here has . . . arisen a situation in which the two sides hold clearly opposite views concerning the question of the performance or non-performance of certain treaty obligations”¹⁶. On this basis, the Court concluded that international disputes had arisen¹⁷.

19. Here again, as in *Mavrommatis*, the question of the awareness of the Respondent, was not a factor. The focus was not on Bulgaria, Hungary and Romania’s awareness of the dispute. The Court’s formulation, that a dispute was present where “the two sides hold clearly opposite views concerning the question of the performance or non-performance of certain treaty obligations”, is a classic illustration of the application of an objective approach. It requires no more than that the Court simply look

¹⁴ *Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, First Phase, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1950*, p. 74.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ *Ibid.*, pp. 74-75.

2. *L'affaire relative à l'Interprétation des traités de paix*

15. Par une résolution en date du 22 octobre 1949, l'Assemblée générale des Nations Unies avait demandé à la Cour de rendre un avis consultatif sur deux questions relatives à l'interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie.

16. La première question sur laquelle la Cour était invitée à donner son avis était celle de savoir si la correspondance diplomatique échangée par la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie et «certaines Puissances alliées et associées, signataires des traités de paix» au sujet de l'application de certaines dispositions de ceux-ci révélait l'existence d'un «différend» relevant des clauses desdits traités relatives au règlement des différends. Ces échanges se rapportaient notamment à des inquiétudes et des accusations concernant le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales par les trois gouvernements. Avant de se prononcer sur cette question, la Cour a sérieusement examiné les points à régler et décidé d'examiner en premier lieu si les échanges de correspondance diplomatique révélaient en eux-mêmes l'existence de différends.

17. La Cour s'est tout d'abord assigné une règle qui a par la suite été maintes fois réaffirmée, à savoir que «[l']existence d'un différend international demande à être établie objectivement»¹⁴. A mon sens, ce *dictum* est l'un des plus importants que la Cour ait énoncé au sujet du choix des critères de l'existence d'un différend. La conséquence logique de cette démarche objective est que «[l]e simple fait que l'existence d'un différend est contestée ne prouve pas que ce différend n'existe pas»¹⁵.

18. En appliquant cette règle à l'examen des faits, la Cour a constaté que figuraient dans les échanges de correspondance diplomatique des allégations selon lesquelles les Gouvernements de la Bulgarie, de la Roumanie et de la Hongrie avaient violé diverses dispositions des traités de paix, violations auxquelles les trois gouvernements étaient invités à remédier. La Bulgarie, la Roumanie et la Hongrie, pour leur part, rejetaient ces allégations. Les échanges de correspondance montraient donc qu'«[i]l s'était] ... produit une situation dans laquelle les points de vue des ... parties, quant à l'exécution ou à la non-exécution de certaines obligations découlant des traités»¹⁶, étaient nettement opposés. La Cour en a conclu que s'étaient effectivement élevés des différends internationaux¹⁷.

19. Là encore, comme en l'affaire des *Concessions Mavrommatis*, la question de savoir si les Etats mis en cause avaient ou non eu connaissance préalable de leur implication dans un différend n'est pas entrée en ligne de compte. La Cour ne s'est pas arrêtée à la conscience que la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie avaient pu avoir ou non d'être chacune engagée dans un différend. Le *dictum* que je viens de citer, qui veut qu'il existe un différend lorsque, «quant à l'exécution ou à la non-exécution de

¹⁴ *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.*

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ *Ibid.*, p. 74-75.

at the parties' positions, and determine whether they "have shown themselves as holding opposite views"¹⁸; in doing so there is not the slightest suggestion of the need to resort to any question of the respondent's awareness of the applicant's position.

3. South West Africa Cases

20. Liberia and Ethiopia both brought cases against South Africa, which were joined by order of the Court on 20 May 1961. The Applicants alleged that South Africa was acting in violation of various provisions of the Covenant of the League of Nations and the Mandate for South West Africa, including by practising apartheid in its administration of South West Africa. As a preliminary matter, the Court examined whether or not the subject-matter of the Applications filed by Liberia and Ethiopia constituted a dispute between the Applicants and South Africa. The Court repeated its definition of a dispute from the case of *Mavrommatis Palestine Concessions* (as set out above), and noted that it is not sufficient for one party to assert or deny that a dispute exists, a position consistent with the objective task that the Court has set itself:

"A mere assertion is not sufficient to prove the existence of a dispute any more than a mere denial of the existence of the dispute proves its non-existence. Nor is it adequate to show that the interests of the two parties to such a case are in conflict. It must be shown that the claim of one party is positively opposed by the other."¹⁹

Applying this test to the facts of the case before it, the Court noted that there could "be no doubt" about the existence of a dispute between the parties in the *South West Africa* cases. A dispute was "clearly constituted" by the opposing attitudes of the parties to South Africa's performance of its international obligations as Mandatory²⁰.

21. Judge Morelli, in his dissenting opinion, drew a distinction between a dispute and a disagreement; and between a dispute and a conflict of interests. He noted that the opposing attitudes of the parties may consist

¹⁸ *Interpretation of Judgments Nos. 7 and 8 (Factory at Chorzów)*, Judgment No. 11, 1927, P.C.I.J., Series A, No. 13, pp. 10-11.

¹⁹ *South West Africa (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa)*, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1962, p. 328.

²⁰ *Ibid.*

certaines obligations découlant des traités, [les positions des parties] sont nettement opposé[e]s», est une illustration classique de ce que doit être une démarche objective. Ce *dictum* ne demande rien d'autre à la Cour que d'examiner les positions respectives des parties et de déterminer si elles montrent que celles-ci ont «manifesté des opinions opposées»¹⁸; absolument rien n'indique que, pour ce faire, la Cour doive se poser une question quelconque sur la connaissance que le défendeur peut avoir eue ou non de la position du demandeur.

3. *Les affaires du Sud-Ouest africain*

20. Le Libéria et l'Éthiopie ayant chacun introduit une instance contre l'Afrique du Sud, la Cour avait décidé de joindre les deux affaires par ordonnance du 20 mai 1961. Les demandeurs alléguaient que l'Afrique du Sud agissait en violation de diverses dispositions du Pacte de la Société des Nations et du mandat pour le Sud-Ouest africain, y compris en pratiquant l'apartheid dans l'administration du territoire. A titre préliminaire, la Cour a examiné la question de savoir si l'objet des requêtes déposées par le Libéria et l'Éthiopie était ou non un différend entre les demandeurs et l'Afrique du Sud. La Cour a repris la définition d'un différend figurant dans l'arrêt de la CPJI en l'affaire des *Concessions Mavrommatis* (que j'ai citée plus haut) et a noté qu'il ne suffisait pas, pour prouver l'existence d'un différend, qu'une partie affirme ou nie cette existence, position qui concordait avec son intention de procéder à une appréciation objective :

«La 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. Il n'est pas suffisant non plus de démontrer que les intérêts des deux parties à une telle affaire sont en conflit. Il faut démontrer que la réclamation de l'une des parties se heurte à l'opposition manifeste de l'autre.»¹⁹

La Cour a constaté que l'application de ce critère aux faits de la cause dont elle était saisie montrait que l'existence d'un différend entre les parties ne pouvait pas «faire de doute». Selon elle, le différend «résult[ait] clairement» des attitudes opposées des parties à propos de l'exécution par l'Afrique du Sud des obligations internationales qui lui incombaient en tant que mandataire²⁰.

21. Dans l'exposé de son opinion dissidente joint à l'arrêt en ces affaires, le juge Morelli a opéré une distinction entre un différend et un désaccord, ainsi qu'entre un différend et un conflit d'intérêts. Il a relevé

¹⁸ *Interprétation des arrêts nos 7 et 8 (usine de Chorzów), arrêt n° 11, 1927, C.P.J.I. série A n° 13, p. 10-11.*

¹⁹ *Sud-Ouest africain (Éthiopie c. Afrique du Sud; Libéria c. Afrique du Sud), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1962, p. 328.*

²⁰ *Ibid.*

of a “manifestation of the will” or a “course of conduct by means of which the party pursuing that course directly achieves its own interest” which is “inconsistent with the claim. And this is the case too where there is in the first place a course of conduct by one of the parties to achieve its own interest, which the other party meets by a protest.”²¹ The Judgment, at paragraphs 37 and 52, also acknowledges the evidentiary value of a party’s conduct in the determination of a dispute.

22. Here, again, the Court made no explicit or implicit reference to awareness as a criterion for finding the existence of a dispute. Rather, the Court’s stress was on the parties’ “opposing attitudes relating to the performance of the obligations”²². In searching for positive opposition, the Court was reaffirming the test that it had set out in *Interpretation of Peace Treaties*, that a dispute was constituted where the parties held “clearly opposite views concerning the question of the performance or non-performance” of international obligations. It was not developing a new test nor establishing any additional criteria; whether States hold “clearly opposite views” or whether “the claim of one party is positively opposed by the other” is essentially the same question, inviting the same objective determination, without recourse to any mental element, such as awareness, on the part of the Respondent.

IV. PARAGRAPH 38 OF THE JUDGMENT

23. The manner in which the Court considers opposition of views in the current case calls for close examination. As noted above, paragraph 38 provides:

“The evidence must show that the parties ‘hold clearly opposite views’ with respect to the issue brought before the Court (see paragraph 34 above). As reflected in previous decisions of the Court in which the existence of a dispute was under consideration, a dispute exists when it is demonstrated, on the basis of the evidence, that the respondent was aware, or could not have been unaware, that its views were ‘positively opposed’ by the applicant (*Alleged Violations of Sovereign Rights and Maritime Spaces in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Colombia)*, *Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2016 (I)*),

²¹ Dissenting opinion of Judge Morelli, *South West Africa (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa)*, *Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1962*, p. 567.

²² *Ibid.*, p. 328.

que les attitudes opposées des parties pouvaient consister en «une manifestation de volonté» ou «une conduite, par laquelle la partie, qui adopte une telle conduite, réalise directement son propre intérêt» par un comportement «contraire» à la prétention de l'autre partie. Toujours selon le juge Morelli, «c'est le cas aussi où il y a, en premier lieu, une conduite de l'une des parties réalisant l'intérêt de celle-ci, conduite à laquelle l'autre partie oppose sa protestation»²¹. Aux paragraphes 37 et 52 de l'arrêt, la Cour reconnaît la valeur probante que peut avoir la conduite d'une partie lorsqu'il s'agit de déterminer s'il existe un différend.

22. Dans l'arrêt qu'elle a rendu dans les affaires du *Sud-Ouest africain*, la Cour n'a pas non plus fait explicitement ou implicitement référence à la connaissance préalable, de la part du défendeur, de la position du demandeur en tant que critère de l'existence d'un différend. Elle a en revanche insisté sur les «attitudes opposées [des parties] à propos de l'accomplissement des obligations»²². Lorsqu'il s'est agi pour elle de déterminer s'il y avait opposition manifeste, la Cour a réaffirmé la validité du critère qu'elle avait énoncé dans son arrêt sur l'*Interprétation des traités de paix*, à savoir qu'il existe un différend lorsque «les points de vue des deux parties, quant à l'exécution ou à la non-exécution» d'obligations internationales, sont «nettement opposés». Elle n'a pas entrepris de définir un nouveau critère, ni de poser des conditions supplémentaires; dire que les parties doivent avoir des points de vue «nettement opposés» ou que «la réclamation de l'une des parties [doit] se heurte[r] à l'opposition manifeste de l'autre» revient essentiellement au même, l'une et l'autre formule tendant à la même appréciation objective, exempte de référence à des facteurs cognitifs tels que le point de savoir si le défendeur avait eu ou non connaissance de la position du demandeur.

IV. LE PARAGRAPHE 38 DE L'ARRÊT

23. La manière dont la Cour a traité la question de l'opposition des points de vue mérite d'être examinée de près. Le paragraphe 38 de l'arrêt, que j'ai déjà eu l'occasion de citer, est libellé comme suit:

«Les éléments de preuve doivent montrer que les «points de vue des ... parties [sont] nettement opposés» en ce qui concerne la question portée devant la Cour (voir le paragraphe 34 ci-dessus). Ainsi que cela ressort de décisions antérieures de la Cour dans lesquelles la question de l'existence d'un différend était à l'examen, un différend existe lorsqu'il est démontré, sur la base des éléments de preuve, que le défendeur avait connaissance, ou ne pouvait pas ne pas avoir connaissance, de ce que ses vues se heurtaient à l'«opposition manifeste» du demandeur (*Violations alléguées de droits souverains et d'es-*

²¹ Opinion dissidente du juge Morelli, *Sud-Ouest africain (Ethiopie c. Afrique du Sud; Libéria c. Afrique du Sud)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1962, p. 567.

²² *Ibid.*, p. 328.

p. 32, para. 73; *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation)*, *Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2011 (I)*, p. 99, para. 61, pp. 109-110, para. 87, p. 117, para. 104).”

24. The first point to note about this paragraph is that it plunges us, quite unnecessarily, into the murky legal world of the state of mind of a State. The emphasis placed on awareness would seem to introduce through the back door a requirement that the Court has previously rejected²³, i.e., an obligation on the applicant to notify the other State of its claim.

25. It is a misinterpretation of the approach set out by the Court in its prior case law (and discussed earlier in this opinion) to state that the determination that a dispute exists requires a showing of the respondent’s awareness of the applicant’s positive opposition to its views. To establish whether the parties hold clearly opposite views, it is sufficient to examine the positions of the parties on the issue as objectively revealed by the evidence before the Court, without regard to their awareness of the other party’s position. It is, of course, perfectly possible to conduct an objective examination of a subjective factor; however, the issue in this case is whether there is any legal basis for that subjective element.

26. In paragraph 38, the majority refers to two cases in support of its position: *Alleged Violations of Sovereign Rights and Maritime Space in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Colombia)* (*Alleged Violations*) and *Application of the Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation)* (*Application of the CERD*). In paragraph 73 of *Alleged Violations*, cited by the majority, the Court was responding to Colombia’s argument that Nicaragua had not

²³ See paragraph 38 of the Judgment. In *Alleged Violations of Sovereign Rights and Maritime Space in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Colombia)*, *Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2016 (I)*, p. 32, para. 72, the Court stated:

“Concerning Colombia’s argument that Nicaragua did not lodge a complaint of alleged violations with Colombia through diplomatic channels until long after it filed the Application, the Court is of the view that although a formal diplomatic protest may be an important step to bring a claim of one party to the attention of the other, such a formal protest is not a necessary condition. As the Court held in the case concerning *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation)*, in determining whether a dispute exists or not, “[t]he matter is one of substance, not of form” (*Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2011 (I)*, p. 84, para. 30).”

paces maritimes dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Colombie), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2016 (I), p. 32, par. 73; 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. 99, par. 61, p. 109-110, par. 87, p. 117, par. 104).»

24. Le premier point à relever à propos de ce paragraphe est que, sans nécessité aucune, il nous force à nous aventurer dans le bourbier juridique que constitue l'appréciation de l'état d'esprit dans lequel agit un Etat. Il semble que le poids accordé à la connaissance que peut avoir le défendeur de la position de l'Etat demandeur introduit par la bande une condition de l'existence d'un différend que la Cour avait précédemment rejetée²³, à savoir l'obligation qu'aurait le demandeur d'informer l'autre Etat de sa prétention.

25. Affirmer que, pour qu'il existe un différend, il doit être démontré que le défendeur avait connaissance de ce que ses vues se heurtaient à l'opposition manifeste du demandeur procède d'une interprétation erronée de la méthode précédemment suivie par la Cour, telle qu'elle ressort de sa jurisprudence. Pour établir que les vues des parties sont nettement opposées, il suffit en effet à la Cour d'examiner les positions de ces dernières sur la question en cause telles qu'elles sont révélées objectivement par les éléments de preuve qui ont été versés au dossier, sans chercher à savoir si l'une avait connaissance de la position de l'autre. Il est certes tout à fait possible de procéder à une appréciation objective d'un facteur subjectif; cependant, en la présente affaire, se pose la question de savoir si la prise en considération d'un tel élément subjectif est juridiquement fondée.

26. Au paragraphe 38, la majorité, pour étayer sa position, invoque deux affaires: *Violations alléguées de droits souverains et d'espaces maritimes dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Colombie)* et *Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie)*. Au paragraphe 73 de l'arrêt en l'affaire des *Violations alléguées*, que la majorité a cité, la Cour répondait à l'argument de la Colombie selon lequel le Nicaragua «ne lui

²³ Voir le paragraphe 38 de l'arrêt. En l'affaire des *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. 32, par. 72*, la Cour a dit ce qui suit:

«S'agissant de l'argument de la Colombie selon lequel le Nicaragua ne s'est, par la voie diplomatique, plaint auprès d'elle de violations que longtemps après avoir déposé sa requête, la Cour estime que, si la protestation diplomatique officielle peut constituer un moyen important pour une partie de porter à l'attention de l'autre une prétention, pareille protestation officielle n'est pas une condition nécessaire. Comme elle l'a affirmé 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)*, la Cour, lorsqu'elle détermine s'il existe ou non un différend, s'attache au «fond, et non [à la] forme» (*exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2011 (I), p. 84, par. 30*).»

“indicate[d]... by any modality, that Colombia was violating . . .”²⁴ its international obligations vis-à-vis Nicaragua, and had not raised any complaints until it sent a diplomatic Note after the Application had been filed. The Court noted:

“although Nicaragua did not send its formal diplomatic Note to Colombia in protest at the latter’s alleged violations of its maritime rights at sea until 13 September 2014, almost ten months after the filing of the Application, in the specific circumstances of the present case, the evidence clearly indicates that, at the time when the Application was filed, Colombia was aware that its enactment of Decree 1946 and its conduct in the maritime areas declared by the 2012 Judgment to belong to Nicaragua were positively opposed by Nicaragua. Given the public statements made by the highest representatives of the Parties, such as those referred to in paragraph 69, Colombia could not have misunderstood the position of Nicaragua over such differences.” (*I.C.J. Reports 2016 (I)*, pp. 32-33, para. 73.)

27. The Court’s statement represents the application of an objective standard, with the Court eschewing formalities as a particular bar to finding a dispute. The Court examined the evidence presented and emphasized by the Parties, including statements and conduct, to conclude that there was positive opposition. Far from establishing awareness as a criterion of the dispute, the references to awareness and understanding are factual statements made in the specific circumstances of the case in support of the Court’s conclusion. There is no suggestion that these references are an expression of a legal test. While the element of awareness may sharpen the positive opposition, it is not expressed as a prerequisite for that opposition. Moreover, the Court emphasized that the finding of a dispute is a matter of substance and not of form²⁵.

28. The majority’s reliance on *Application of the CERD* is as unsatisfactory as the use it made of *Alleged Violations*. The Court’s primary purpose in carrying out an examination of the documents and exchanges presented by the applicant as evidence of a dispute was to establish whether, in light of the specific objections raised, Russia was the intended addressee of the documents, and, if so, whether the documents related to the application or interpretation of the Convention on the Elimination of

²⁴ *Alleged Violations of Sovereign Rights and Maritime Space in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Colombia)*, Preliminary Objections, Judgment, *I.C.J. Reports 2016 (I)*, p. 28, para. 55 *et seq.*

²⁵ *Ibid.*, paras. 50 and 72.

avait [pas] indiqué, sous quelque forme que ce fût, qu'elle violait ...»²⁴ ses obligations internationales envers lui, et n'avait jamais élevé de protestation avant de lui adresser une note diplomatique postérieurement au dépôt de sa requête. Dans ce paragraphe, la Cour a noté ce qui suit :

« même si ce n'est que le 13 septembre 2014 — soit près de dix mois après le dépôt de la requête — que le Nicaragua a envoyé à la Colombie une note diplomatique officielle pour protester contre les violations de ses droits maritimes auxquelles celle-ci se serait livrée en mer, les éléments de preuve indiquent clairement, dans les circonstances propres à l'affaire, que, à la date de ce dépôt, la Colombie savait que la promulgation du décret 1946 et son comportement dans les espaces maritimes que la Cour avait reconnus au Nicaragua dans son arrêt de 2012 se heurtaient à l'opposition manifeste du Nicaragua. Compte tenu des déclarations publiques faites par les plus hauts représentants des Parties, telles que celles qui sont mentionnées au paragraphe 69, la Colombie n'aurait pu se méprendre sur la position du Nicaragua quant à leurs divergences. » (*C.I.J. Recueil 2016 (I)*, p. 32-33, par. 73.)

27. Ce que la Cour a dit là montre qu'elle a appliqué un critère objectif pour établir l'existence d'un différend, sans s'arrêter à la question du respect des formes. Elle a examiné les éléments de preuve avancés par les parties, dont des déclarations et des comportements, pour conclure que leurs positions étaient manifestement opposées. Loin de faire de la connaissance préalable, de la part du défendeur, de la position du demandeur un critère de l'existence d'un différend, les références à ce que savait et comprenait la Colombie sont de simples constatations de faits et, dans les circonstances propres à l'affaire, confortent la Cour dans sa conclusion. Rien ne donne à penser que ces références puissent être l'expression de l'application d'un critère juridique. Bien que la connaissance préalable de la position du demandeur puisse donner plus de relief à l'opposition manifeste qu'il y a lieu d'établir, la Cour ne la présente pas comme une condition nécessaire de la constatation de cette opposition. De plus, elle souligne, dans les paragraphes précédents, que la détermination de l'existence d'un différend repose sur des considérations de fond plutôt que de forme²⁵.

28. Les arguments que la majorité tire de l'affaire relative à l'*Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale* sont tout aussi peu satisfaisants que ceux qu'elle tire de l'affaire des *Violations alléguées*. En l'affaire relative à l'*Application de la convention*, le but premier de l'examen par la Cour des documents et des échanges présentés par le demandeur comme preuves de l'existence d'un différend était d'établir si, au vu des points soulevés dans les excep-

²⁴ *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. 28, par. 55 et suiv.

²⁵ *Ibid.*, par. 50 et 72.

All Forms of Racial Discrimination (CERD). In many instances, the Court found that the documents were not addressed to Russia and, in any event, that they did not reveal a dispute concerning the application and interpretation of the CERD, as per Article 22.

29. At the outset, it is worth noting the particular circumstances before the Court in *Application of the CERD*. The Court upheld Russia's second preliminary objection in this case because it decided that Georgia had not satisfied the negotiations and procedures expressly provided for in the CERD before a dispute could be brought under Article 22. This decision is of limited value as a precedent in the circumstances of this case.

30. In any case, the passages relied upon by the majority do not support its conclusion that the Court, in *Application of the CERD*, invoked awareness as a requirement in the finding of a dispute. Given the Court's cautionary statement as to the significance of the analysis it carried out in Section II (4) of the Judgment, it is not at all clear how reliance on the finding in paragraph 61 becomes helpful to the position of the majority. Section II (4) is devoted to documents and statements from the period before the CERD entered into force between the parties on 2 July 1999. The Court was careful to explain in paragraph 50 that it was only carrying out an examination of documents and statements in that period because Georgia contended that its dispute with the Russian Federation was "long-standing and legitimate and not of recent invention". The Court then went on to say that those earlier documents "may help to put into context those documents or statements which were issued or made after the entry into force of CERD between the Parties"²⁶. Why anyone would rely on a dictum from that section in relation to the question of the existence of a dispute is difficult to understand, since, for the purposes of that case, there could be no dispute which fell within the terms of CERD between the parties at the time under examination, and the Court had explained the limited and very specific context in which it was examining documents and statements from that period.

31. Paragraph 61 relevantly reads: "There is no evidence that this Parliamentary statement, directed at 'separatists' and alleging violations of agreements which could not at that time have included CERD, was known to the authorities of the Russian Federation." One of the issues

²⁶ *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2011 (I), p. 94, para. 50.*

tions préliminaires, les documents s'adressaient bien à la Russie et, dans l'affirmative, s'ils portaient sur l'application ou l'interprétation de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (CIEDR). Dans bien des cas, la Cour a constaté que les documents ne s'adressaient pas à la Russie et que, de toute manière, ils ne révélaient pas un différend concernant l'application ou l'interprétation de la convention au sens de son article 22.

29. Il me paraît utile de relever d'abord que des circonstances particulières se présentaient à la Cour en l'affaire relative à l'*Application de la CIEDR*. La Cour a retenu la deuxième exception préliminaire soulevée par la Russie parce qu'elle avait constaté que la Géorgie, avant d'introduire une instance en invoquant l'article 22 de la convention, aurait dû remplir certaines conditions de négociation et de procédure expressément stipulées dans la CIEDR. Au regard des circonstances de la présente affaire, cette décision n'a guère valeur de précédent.

30. En tout état de cause, les passages auxquels la majorité a fait référence ne viennent pas étayer sa conclusion, selon laquelle la Cour, en l'affaire relative à l'*Application de la CIEDR*, aurait fait de la connaissance préalable de la position du demandeur une condition nécessaire de la constatation de l'existence d'un différend. Etant donné ce qu'avait dit la Cour quant à la prudence avec laquelle il convenait de mesurer le poids de l'analyse exposée à la section II 4) de son arrêt, on ne voit pas bien en quoi une référence aux constatations énoncées au paragraphe 61 de l'arrêt vient conforter la position de la majorité. La section II 4) est en effet consacrée à des documents et des déclarations antérieurs à l'entrée en vigueur de la CIEDR entre les parties le 2 juillet 1999. La Cour a pris soin d'expliquer, au paragraphe 50, qu'elle n'examinait les documents et déclarations datant de cette période que parce que la Géorgie prétendait que son différend avec la Fédération de Russie « exist[ait] depuis longtemps, [était] fondé et n'[était] pas [une] invention récente ». La Cour a dit ensuite que ces documents et déclarations « [pouvaient] aider à replacer dans leur contexte les documents ou déclarations postérieurs à l'entrée en vigueur de la CIEDR entre les Parties »²⁶. On voit mal comment quiconque pourrait s'appuyer sur un *dictum* énoncé dans cette section de l'arrêt quant à la question de l'existence d'un différend, étant donné que, pendant la période considérée, il n'avait pas pu exister de différend entre les parties au sens de la CIEDR, et que la Cour a expliqué dans quelles limites et dans quel contexte très précis elle procédait à l'examen des documents et déclarations remontant à ladite période.

31. Il est utile de noter qu'au paragraphe 61 de l'arrêt figure l'observation suivante: « Rien n'atteste que les autorités de la Fédération de Russie aient eu connaissance de cette déclaration du Parlement géorgien visant les « séparatistes » et contenant des allégations selon lesquelles des

²⁶ *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. 94, par. 50.*

before the Court was Russia's argument that it was not a party to a dispute with Georgia; that and it was nothing more than a facilitator and that the real disputants were Abkhazia and South Ossetia²⁷. Thus, the reference to Russia's lack of knowledge should also be viewed in light of the fact that much of the evidence pointed to by Georgia as relevant to the question of the existence of a dispute was actually directed to other parties. The reference to Russia's lack of knowledge was a factual statement highlighting that Russia was not the addressee of the Parliamentary statement. There is nothing, either in express or implied terms, in paragraph 61 to suggest that the Court was setting up awareness or knowledge that its views were positively opposed on the part of the Respondent as a requirement for a finding of a dispute. The Court dismissed the statement on the basis that it did not have any legal significance in the determination of the dispute.

32. In paragraph 87, the Court notes that Russia was aware of a Georgian Parliamentary action relating to Russia's peacekeeping operations. However, the Court makes this statement without seeking to develop it and with no suggestion that this was a vital element in its consideration of the question of the existence of a dispute. Indeed, the Court went on to dismiss the documents as not having any legal significance in the determination of the dispute. Again, the Court's analysis must be viewed in light of the disagreement about the proper parties to the dispute and, more particularly, whether Georgia's claims were made against Russia. The difficulty for the majority in relying upon paragraph 87 in support of its position that awareness is a condition for the finding of a dispute is that the Court in the *Application of the CERD* does not state this explicitly, nor is there anything in the text that allows the reader to infer awareness as such a condition. In fact, the Court does not develop its analysis in any way beyond a factual statement of the particular circumstances surrounding the documents in question. Moreover, the majority decision itself offers no explanation as to how paragraph 87 is an authority for the proposition that awareness is a prerequisite for the finding of the existence of a dispute.

²⁷ *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2011 (I), p. 87, para. 38.*

accords qui ne pouvaient, à l'époque, inclure la CIEDR auraient été violés.» La Cour devait entre autres se prononcer sur la validité de l'argumentation de la Russie, qui soutenait qu'il n'y avait pas de différend entre elle et la Géorgie, qu'elle n'avait agi qu'en qualité de facilitateur et que le véritable différend opposait la Géorgie à l'Abkhazie et à l'Ossétie du Sud²⁷. La référence au défaut de connaissance, de la part de la Russie, de l'existence d'un différend devrait donc être également considérée à la lumière du fait qu'une bonne partie des éléments de preuve avancés par la Géorgie comme pertinents pour trancher la question de l'existence d'un différend était en réalité des documents et déclarations s'adressant à d'autres parties. La référence au défaut de connaissance, de la part de la Russie, de l'existence d'un différend n'était autre qu'une constatation factuelle faisant ressortir que la déclaration du Parlement géorgien ne s'adressait pas à la Russie. Rien de ce que dit expressément ou implicitement le paragraphe 61 ne peut donner à penser que la Cour ait voulu faire de la connaissance ou de la conscience, de la part du défendeur, de l'opposition manifeste de ses vues à celles du demandeur une condition nécessaire de la détermination de l'existence d'un différend. La Cour a écarté la déclaration du Parlement géorgien au motif qu'elle n'avait aucune valeur juridique aux fins de la détermination de l'existence d'un différend.

32. Au paragraphe 87 de son arrêt, la Cour a relevé que la Russie avait eu connaissance d'une décision du Parlement géorgien concernant ses opérations de maintien de la paix. Cependant, la Cour a énoncé cette constatation sans chercher à la développer ni donner à entendre qu'il s'agissait là d'un élément essentiel de la détermination de l'existence d'un différend. De fait, elle en est venue à rejeter les documents comme n'ayant aucune valeur juridique aux fins de l'établissement de l'existence d'un différend. Une fois encore, l'analyse à laquelle a procédé la Cour doit être considérée compte tenu de ce qu'il y avait désaccord entre les deux Etats sur le point de savoir qui étaient les véritables parties au différend et, en particulier, si les griefs de la Géorgie s'adressaient bien à la Russie. La faiblesse du parti qu'a pris la majorité d'invoquer le paragraphe 87 de l'arrêt en l'affaire relative à l'*Application de la CIEDR* pour étayer sa position, selon laquelle la connaissance préalable serait une condition de l'existence d'un différend, tient à ce que la Cour, dans ladite affaire, n'a rien dit explicitement de tel, et à ce que rien, dans le texte considéré, ne permet au lecteur d'inférer pareille condition. En fait, la Cour s'est bornée à énoncer une constatation de fait portant sur les circonstances dans lesquelles les documents en question avaient été établis et utilisés, sans chercher à développer plus avant son analyse. De plus, la majorité n'offre dans sa décision aucune explication montrant que le paragraphe 87 ferait autorité pour valider la proposition selon laquelle la connaissance préalable serait une condition nécessaire de l'existence d'un différend.

²⁷ *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. 87-88, par. 38.*

33. The discussion in paragraph 104 of the *Application of the CERD* as to whether a press release was brought to Russia's attention is cited by the majority as evidence that previous decisions set down awareness as a condition of finding the existence of a dispute. The Court, in paragraph 104, does not make clear the significance to be attached to this statement. It is expressed in terms that show that it is nothing more than a simple statement of fact, which does not expressly or impliedly set out an additional limb for the legal test for the finding of a dispute. Again, the Court's statement must be seen in the context of the particular facts of the case: whether Russia was truly a party to the dispute, or whether Georgia's grievances lay elsewhere, and whether the dispute concerned the interpretation and application of the CERD. In any event, the Court dismissed the press release as having no legal significance in the determination of the dispute.

34. An inescapable comment on the four citations taken from *Application of the CERD* and *Alleged Violations* in paragraph 38 is that, surely, if the Court intended to set up awareness as a criterion for determining the existence of a dispute, it would have spent much more time examining and explaining the basis and rationale for its approach, including looking at its case law. There would have been no need for the Court to introduce an additional limb of the test in such an indirect and non-transparent manner.

35. The paragraphs relied upon by the majority as establishing awareness as a criterion of a dispute should be contrasted with the establishment of an "awareness" or "knowledge" test in other decisions of the Court, and the care the Court takes in setting up a test of this nature. For example, in the Bosnia *Genocide* case, the Court stated:

"But whatever the reply to this question, there is no doubt that the conduct of an organ or a person furnishing aid or assistance to a perpetrator of the crime of genocide cannot be treated as complicity in genocide unless at the least that organ or person acted knowingly, that is to say, in particular, was aware of the specific intent (*dolus specialis*) of the principal perpetrator."²⁸

²⁸ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment, I.C.J. Reports 2007 (I), p. 218, para. 421.

33. Le paragraphe 104 de l'arrêt, où il est question d'un communiqué de presse dont la Cour a relevé qu'il n'était pas certain qu'il ait été porté à la connaissance de la Russie, est cité par la majorité comme preuve qu'il y a des précédents dans lesquels la Cour a fait de la connaissance préalable d'une divergence entre les parties une condition de la constatation de l'existence d'un différend. Cependant, dans ce même paragraphe, la Cour a indiqué clairement quelle importance il y avait lieu d'attacher à ce qu'elle disait de la connaissance du communiqué. Ce qu'elle en disait était exprimé dans des termes qui montrent qu'il ne s'agissait que de la simple constatation d'un fait, constatation qui, expressément ou implicitement, n'ajoutait rien aux éléments juridiques de la détermination de l'existence d'un différend. Là encore, ce qu'a dit la Cour doit être considéré dans le contexte des faits de la cause, qui pouvaient porter à douter que la Russie fût véritablement partie au différend allégué, ou à se demander si ce différend portait bien sur l'interprétation et l'application de la CIEDR. De toute façon, la Cour a écarté le communiqué de presse parce qu'il n'avait à son avis aucune valeur juridique aux fins de la détermination de l'existence du différend.

34. Les quatre citations de l'arrêt rendu en l'affaire relative à l'*Application de la CIEDR* et de celui qui a été rendu en l'affaire des *Violations alléguées* que la majorité a fait figurer au paragraphe 38 du présent arrêt donnent inéluctablement à penser que, si la Cour avait vraiment voulu faire de la connaissance préalable d'une divergence un critère de détermination de l'existence d'un différend, elle n'aurait pas manqué de consacrer beaucoup plus de temps à exposer les fondements et à expliquer la logique de sa démarche, notamment en explorant sa jurisprudence. Elle ne se serait pas contentée, pour introduire un nouvel élément d'appréciation, de la formulation oblique et opaque que j'ai évoquée.

35. Les paragraphes de l'exposé de son raisonnement sur lesquels la majorité s'est fondée pour faire de la connaissance préalable un critère de l'existence d'un différend doivent être comparés aux passages pertinents des autres arrêts dans lesquels elle a retenu un critère de «conscience» ou de «connaissance», en tenant compte des précautions qu'elle a prises dans chaque cas avant de le retenir. Ainsi, en l'affaire relative à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, par exemple, la Cour a dit ce qui suit :

«Mais quelle que soit la réponse que l'on donne à cette question, il n'est pas douteux que le comportement d'un organe ou d'une personne qui fournit aide ou assistance à l'auteur du crime de génocide ne peut être qualifié de complicité dans le génocide que si, à tout le moins, cet organe ou cette personne agit en connaissance de cause, c'est-à-dire, notamment, connaît l'existence de l'intention spécifique (*dolus specialis*) qui anime l'auteur principal.»²⁸

²⁸ *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2007 (I), p. 218, par. 421.

Even though the element of knowledge or awareness is necessarily a part of complicity in genocide, it is nonetheless noteworthy how assiduously and explicitly the Court approaches the construction of a test which contains the criterion of awareness.

36. Moreover, if the three passages in *Application of the CERD* were intended to set up an additional limb of the test for the existence of a dispute, it is strange that they were not cited in paragraph 73 of *Alleged Violations*. This is all the more peculiar as passages from *Application of the CERD* were cited five times in the treatment of Colombia's second preliminary objection as authority for various other propositions in relation to the finding of a dispute.

37. Significantly, in Section II (6), where the Court did find that the evidence established the existence of a dispute between Russia and Georgia, there is not a single reference to Russia's awareness of Georgia's opposing views. The Court was content to conclude that the exchanges showed that there was a dispute between the two countries about Russia's performance of its obligations under CERD. In fact, the Court continued to be most concerned about the parties to the dispute and whether or not the dispute was about the interpretation and application of CERD²⁹. It is also noteworthy that, in the many instances in which the Court discounted the documents and exchanges as having any legal value, it did so without any reliance on Russia's lack of awareness, including in relation to the documents cited in paragraphs 61, 87 and 104³⁰. What this shows is that the reference to awareness or knowledge in those three instances is nothing more than a mere happenstance, similar to the references to awareness and understanding in paragraph 73 of *Alleged Violations*. The irresistible conclusion in the analysis of the four cited passages is that the majority has confused the incidental with the essential.

38. It is indeed striking that among the many cases in the Court's jurisprudence on the existence of a dispute the majority has only been able to cite two cases in support of its position, one of which — *Application of the*

²⁹ *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2011 (I)*, p. 120, para. 113.

³⁰ *Ibid.*, paras. 62, 89 and 104.

S'il est vrai que, pour être qualifié de complicité du crime de génocide, un acte doit nécessairement avoir été accompli en connaissance de cause, il n'en importe pas moins de relever le soin méticuleux et la volonté de clarté qui caractérisent la manière dont la Cour, dans son arrêt, a établi un critère de qualification comportant un facteur de connaissance ou de conscience.

36. Qui plus est, si les trois passages de l'arrêt rendu en l'affaire relative à l'*Application de la CIEDR* ont été cités par la majorité dans l'intention d'ajouter un élément aux critères de détermination de l'existence d'un différend, on peut trouver étrange que ces mêmes passages ne soient pas cités aussi au paragraphe 73 de l'arrêt en l'affaire des *Violations alléguées*. D'autant plus étrange que, dans la partie de ce même arrêt qui traite de la deuxième exception préliminaire soulevée par la Colombie, la Cour a cité cinq fois lesdits passages, dont elle s'est autorisée pour avancer diverses autres propositions concernant la détermination de l'existence d'un différend.

37. En particulier, il importe de relever qu'à la section II 6) de l'arrêt rendu en l'affaire relative à l'*Application de la CIEDR*, où la Cour constate que les éléments de preuve établissent l'existence d'un différend entre la Russie et la Géorgie, il n'est pas question une seule fois de la connaissance que la Russie pouvait avoir ou non de l'opposition de ses vues à celles de la Géorgie. La Cour s'est contentée de conclure que les échanges entre les deux Etats montraient qu'un différend les opposait quant à l'exécution par la Russie de ses obligations au titre de la CIEDR. En fait, il ressort de cette section de l'arrêt que la Cour continuait de s'intéresser avant tout à la question de savoir quelles étaient véritablement les parties en litige et à celle de savoir si le différend portait ou non sur l'interprétation et l'application de la CIEDR²⁹. Il y a lieu de noter également que, dans les nombreux cas où la Cour a écarté les documents et échanges avancés comme éléments de preuve parce qu'elle les jugeait dénués de valeur juridique, elle l'a fait sans jamais invoquer le défaut de connaissance de la Russie, y compris lorsqu'elle a écarté les documents cités aux paragraphes 61, 87 et 104 de son arrêt³⁰. Il en ressort que, dans les trois passages en question, les références à la connaissance ou la conscience que la Russie pouvait avoir ou non d'une divergence de vues étaient simplement circonstancielles, tout comme l'est la référence analogue figurant au paragraphe 73 de l'arrêt rendu en l'affaire des *Violations alléguées*. L'analyse des quatre passages cités conduit inéluctablement à conclure que la majorité n'a pas su distinguer le circonstanciel de l'essentiel.

38. De fait, il est frappant de constater que, parmi les nombreux arrêts qui, dans la jurisprudence, traitent des critères de l'existence d'un différend, la majorité n'a pu en citer que deux pour étayer sa position, dont

²⁹ *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. 120, par. 113.*

³⁰ *Ibid.*, par. 62, 89 et 104.

CERD — is of limited value as a precedent given the peculiarities of Article 22 of the CERD, the other — *Alleged Violations* — clearly wrongly construed by the majority, and both of which were handed down in the last six years. Implicit in these citations — from 2011 and 2016 — is an acceptance that the jurisprudence prior to April 2011 does not support the majority's position. In reaching this conclusion, it should be recalled that the passages cited by the majority do not contain references to prior jurisprudence because they are, themselves, no more than factual statements.

39. In *Application of the CERD*, the Court importantly confirmed that the finding of a dispute is a matter of substance and not of form (as the Judgment notes at paragraph 35). This is consistent with the pragmatic, flexible approach that has already been discussed in the context of former jurisprudence. It follows that the Court's case law has eschewed a formal approach, including suggestions that formalities are a precondition of the existence of a dispute, such as notice of the intention to file a case, formal diplomatic protest and negotiations (unless specifically required by the optional declaration) (see paragraph 35 of the Judgment) and any specific mental element.

40. On the basis of the examination of the jurisprudence set out above, it is clear that:

- (1) the development of the Court's case law in this area has been linear in the stress that it has placed on objectivity, flexibility and substance over form; whether or not a dispute exists is a matter for *objective determination by the Court* on the basis of the evidence before it;
- (2) the enquiry, which is empirical and pragmatic, is focused on whether or not the States concerned have shown themselves as holding opposite views, i.e., whether the evidence reveals a difference of views, regarding the performance or non-performance of an international obligation;
- (3) the positive opposition that is required by case law does not have to be manifested in a formal manner, for example, that the positions be set out in a diplomatic Note. Further, there is no need for notice and/or response. The opposition of positions may be evidenced by a course of conduct and evidence of the parties' attitudes, and this is the enquiry that the Court must undertake. There is no particular way in which a claim must be made. Moreover, the case law establishes

l'un — celui relatif à l'*Application de la CIEDR* — n'a qu'une valeur limitée en tant que précédent en raison des particularités de l'article 22 de la convention, et l'autre — celui relatif aux *Violations alléguées* — a manifestement été mal interprété par la majorité; il convient de noter aussi que ces arrêts se rapportent à deux affaires qui ont été réglées au cours des six dernières années. Le choix de ces citations — qui renvoient à des arrêts rendus en 2011 et 2016 — signifie implicitement que la majorité s'est rendu compte que la jurisprudence de la Cour antérieure à avril 2011 ne venait pas étayer sa position. A l'appui de cette conclusion, il y a lieu de rappeler que les passages cités par la majorité ne renvoient aucunement à la jurisprudence plus ancienne de la Cour, parce qu'ils ne sont eux-mêmes rien d'autre que des constatations de faits.

39. En l'affaire relative à l'*Application de la CIEDR*, la Cour, il est important de le relever, a confirmé que la détermination de l'existence d'un différend était une question de fond et non de forme (voir le paragraphe 35 de l'arrêt). Cette confirmation va dans le sens de la démarche pragmatique et souple dont j'ai déjà traité à propos de la jurisprudence antérieure à avril 2011. Il s'ensuit que la Cour s'est gardée d'adopter une optique formaliste subordonnant la constatation de l'existence d'un différend au respect de certaines formes, telles que la notification par l'Etat demandeur de son intention d'introduire une instance, l'émission d'une protestation officielle par la voie diplomatique ou l'engagement de négociations (sauf lorsqu'une déclaration faite en vertu de la clause facultative prévoit des obligations à cet égard) (voir le paragraphe 35 de l'arrêt), ou encore des actes attestant l'existence de tel ou tel élément subjectif.

40. De l'analyse de la jurisprudence à laquelle j'ai procédé plus haut, il ressort clairement ce qui suit :

- 1) la jurisprudence de la Cour sur la question considérée s'est développée de façon linéaire en ce sens que l'on y relève une insistance constante sur l'objectivité, la souplesse et la primauté du fond sur la forme; l'existence d'un différend doit être *déterminée objectivement par la Cour* sur la foi des éléments de preuve dont elle est saisie;
- 2) l'examen qui aboutit à cette détermination, auquel il doit être procédé empiriquement et pragmatiquement, doit être centré sur le point de savoir si les Etats concernés ont ou non manifesté qu'ils avaient des points de vue opposés; autrement dit, il doit tendre à déterminer si les éléments de preuve révèlent des divergences de vues au sujet de l'exécution ou de l'inexécution d'une obligation internationale;
- 3) l'opposition manifeste des points de vue que requiert la jurisprudence n'a pas à être formellement exprimée, par exemple dans une note diplomatique. En outre, il n'est pas nécessaire que la divergence fasse l'objet d'une notification suivie ou non d'une réponse. L'opposition des points de vue peut être attestée par un comportement et des éléments de preuve révélateurs de l'attitude des parties, et ce sont là les éléments sur lesquels doit porter l'examen auquel procède la Cour. Peu importe

that the requirement that a dispute exist is not intended to set a high threshold for the Court's exercise of its jurisdiction, a conclusion that is entirely consistent with the role of the Court as described in Section II;

- (4) properly seen therefore awareness may be confirmatory of positive opposition of views, but it is not, as paragraph 38 suggests, a prerequisite for, nor decisive in determining the existence of a dispute.

V. THE DATE AT WHICH A DISPUTE MUST EXIST

41. Another conundrum raised by the Judgment relates to the date at which the dispute must exist. Paragraph 39 reads “[i]n principle, the date for determining the existence of a dispute is the date on which the application is submitted to the Court”. Similar formulations with the words “in principle” are to be found in cases cited in the same paragraph. However, the plain meaning of the sentence beginning with “in principle” is that it admits of the possibility that the date at which the dispute is determined may be a date other than the date on which the Application was submitted to the Court, i.e., that post-Application evidence may be determinative of the existence of a dispute rather than simply confirmatory as is stated in paragraph 42. Consequently, the entire analysis in paragraphs 39 and 40 fails to acknowledge the nuance and flexibility that is denoted by the phrase “in principle”.

42. That post-Application evidence may be determinative of the existence of a dispute is entirely consistent with the flexible, pragmatic approach that is the hallmark of the Court's jurisprudence on this question.

43. Paragraph 39 cites two cases in support of its statement that — “[i]n principle, the date for determining the existence of a dispute is the date on which the application is submitted to the Court” — *Alleged Violations and Application of the CERD*. The relevant paragraphs of both cases cite *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom)*³¹ and *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United States of*

³¹ *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom)*, *Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1998*, pp. 25-26, paras. 43-45.

la manière dont un Etat avance ses prétentions. De plus, la jurisprudence établit que les conditions de la constatation de l'existence d'un différend n'ont pas été posées dans l'intention d'élever une barrière plus élevée à l'exercice par la Cour de sa compétence, conclusion qui cadre parfaitement avec le rôle de la Cour tel qu'il est décrit plus haut à la section II ;

- 4) considérée dans la perspective qui convient, la connaissance d'une divergence de vues peut donc venir confirmer qu'il existe une opposition manifeste des points de vue, mais pas, comme le laisse entendre le paragraphe 38 du présent arrêt, constituer une condition ou un facteur décisif de la détermination de l'existence d'un différend.

V. LA QUESTION DE LA DATE À LAQUELLE DOIT ÊTRE CONSTATÉE L'EXISTENCE D'UN DIFFÉREND

41. L'arrêt soulève une autre question difficile, celle de la date à compter de laquelle il doit être établi qu'il existe un différend. Il y est dit ce qui suit au paragraphe 39 : «[e]n principe, la date à laquelle doit être appréciée l'existence d'un différend est celle du dépôt de la requête». On trouve des formules semblables, comprenant l'expression «en principe», dans les arrêts relatifs aux affaires auxquelles renvoie le paragraphe. Or, interprétée dans son sens ordinaire, une phrase qui commence par «en principe» admet la possibilité de retenir une date autre que celle du dépôt de la requête, ce qui signifie que des éléments de preuve postérieurs à cette date peuvent déterminer l'existence d'un différend au lieu de simplement la confirmer comme il est dit au paragraphe 42 de l'arrêt. Il s'ensuit que, d'un bout à l'autre, l'analyse exposée aux paragraphes 39 et 40 néglige la nuance et la latitude introduites par l'expression «en principe».

42. Admettre la possibilité que des éléments de preuve postérieurs au dépôt de la requête déterminent l'existence d'un différend cadre tout à fait avec la démarche souple et pragmatique qui ressort de la jurisprudence de la Cour en la matière.

43. Au paragraphe 39 sont citées, pour étayer l'affirmation selon laquelle, «[e]n principe, la date à laquelle doit être appréciée l'existence d'un différend est celle du dépôt de la requête» l'affaire relative aux *Violations alléguées* et celle relative à l'*Application de la CIEDR*. Les paragraphes pertinents des arrêts rendus dans ces deux affaires renvoient quant à eux aux décisions prises par la Cour dans les affaires relatives à des *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)*³¹ et à des *Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal*

³¹ *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.*

America)³². The cited paragraphs from these cases begin: “Libya furthermore dr[ew] the Court’s attention to *the principle* that ‘[t]he critical date for determining the admissibility of an application is the date on which it is filed’” (my emphasis) and reflect the Court’s conclusion that it would uphold Libya’s submission in this regard. The Court concluded that “[t]he date, 3 March 1992, on which Libya filed its Application, is in fact the only relevant date for determining the admissibility of the Application”³³. It may be that the difficulty arising from the phrase “in principle” could be traced to Libya’s reference to “the principle” that the critical date was the date on which the Application was filed. The two phrases are, of course, totally different in meaning.

44. In paragraph 50, the majority rejected the Marshall Islands’ contention that the Court had, in prior cases, relied upon statements made by the parties during proceedings as evidence of the existence of a dispute. The majority discussed the three cases cited by the Marshall Islands in support of its contentions: *Certain Property (Liechtenstein v. Germany)*, *Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2005*; *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria)*, *Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1998*; and *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia)*, *Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1996 (II)*. However, the majority’s analysis of these three cases is too categorical and does not allow for the flexibility that the Court has given itself in this regard. These cases show that the Court has afforded significant weight to statements made during proceedings in its determination of whether or not a dispute exists, and, at times, did so, to the exclusion of other evidence.

45. In *Certain Property*, the Court’s analysis indicates that it relied primarily on the positions taken by the parties before the Court in finding a dispute. At paragraph 50, the majority states that in *Certain Property* “the existence of the dispute was clearly referenced by bilateral exchanges between the parties prior to the date of the application”. However, Germany submitted a preliminary objection on the basis that there was no dispute between the parties. While Liechtenstein and Germany characterized the subject of the dispute differently, Germany’s preferred characterization suggested that it was not a true party to the dispute and thus that there was no dispute between the parties.

³² *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United States of America)*, *Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1998*, pp. 130-131, paras. 42-44.

³³ *Ibid.*, p. 130, paras. 42 and 43.

de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (*Jamahiriya arabe libyenne c. Etats-Unis d'Amérique*)³². Dans les deux cas, les paragraphes cités commencent par la phrase suivante: «[L]a Libye appelle en outre l'attention de la Cour sur le *principe* selon lequel «[L]a date critique à retenir pour déterminer la recevabilité d'une requête est celle de son dépôt»» (les italiques sont de moi), et indiquent que la Cour admet cette position de la Libye. La Cour conclut ce qui suit: «[L]a date du 3 mars 1992 à laquelle la Libye a déposé sa requête est en effet la seule date pertinente aux fins d'apprécier la recevabilité de celle-ci»³³. Il se peut que la difficulté soulevée par l'emploi de l'expression «en principe» remonte à la référence faite par la Libye au «principe» selon lequel, à son sens, la date critique à retenir était celle du dépôt de la requête. Or, est-il besoin de le préciser, invoquer un «principe» a un sens tout autre que nuancer une affirmation en employant l'expression «en principe».

44. Au paragraphe 50 de l'arrêt, la majorité a rejeté l'assertion des Iles Marshall selon laquelle, dans des affaires précédentes, la Cour avait retenu comme preuves de l'existence d'un différend des déclarations faites par les parties en cours d'instance. Pour parvenir à cette conclusion, elle a examiné les trois affaires citées par les Iles Marshall, à savoir: *Certains biens (Liechtenstein c. Allemagne)*, *exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2005*; *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria)*, *exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1998*; *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)*. Cependant, la majorité s'est montrée trop catégorique dans son analyse et ne s'est pas prévalu de la latitude que la Cour s'était accordée précédemment pour répondre à des assertions semblables. Il ressort des arrêts rendus dans les trois affaires citées que la Cour, pour déterminer s'il existait ou non un différend, avait accordé un poids important aux déclarations faites par les parties en cours d'instance, parfois au point d'écarter tout autre élément de preuve.

45. En l'affaire relative à *Certains biens*, l'analyse à laquelle a procédé la Cour indique qu'elle s'est fondée principalement sur les prises de position des parties pour établir l'existence d'un différend. Au paragraphe 50 du présent arrêt, la majorité relève que, dans l'affaire relative à *Certains biens*, «les échanges bilatéraux qui avaient eu lieu entre les parties avant la date du dépôt de la requête attestaient clairement l'existence d'un différend». Or, il y a lieu de relever que, dans cette affaire, l'Allemagne avait soulevé une exception d'incompétence fondée sur l'absence de différend, que chacune des parties qualifiait différemment l'objet des griefs du demandeur, et que la qualification que préférerait l'Allemagne donnait à entendre qu'elle n'était pas partie au différend allégué et qu'aucun différend ne l'opposait donc au Liechtenstein.

³² *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.

³³ *Ibid.*, p. 130, par. 43.

46. After setting out the positions of the parties, the Court proceeded to note:

“[t]he Court thus finds that in the present proceedings complaints of fact and law formulated by Liechtenstein against Germany are denied by the latter. In conformity with well-established jurisprudence . . . the Court concludes that ‘[b]y virtue of this denial, there is a legal dispute’ between Liechtenstein and Germany (*East Timor (Portugal v. Australia)*, Judgment, *I.C.J. Reports 1995*, p. 100, para. 22; *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1996 (II)*, p. 615, para. 29).”³⁴

The Court then added that pre-Application consultations and exchanges had “evidentiary value” in support of a finding of positive opposition. The Court therefore relied on Germany’s denial during the proceedings as determinative of the existence of a dispute and merely had recourse to the pre-Application consultations and exchanges as supporting evidence.

47. In *Land and Maritime Boundary*, Nigeria’s submission was that there was no dispute as such throughout the length of the boundary and therefore Cameroon’s request to definitively settle the boundary was inadmissible (more specifically that there was no dispute, subject, within Lake Chad, to the question of the title over Darak and adjacent islands, and without prejudice to the title over the Bakassi Peninsula)³⁵. The Court concluded that in the oral proceedings it had become clear that there was also a dispute over the boundary at the village of Tipsan³⁶.

48. The Court noted that Nigeria had not indicated whether or not it agreed with Cameroon’s position on the course of the boundary or its legal basis. In reaching this conclusion, the Court relied particularly on Nigeria’s response to a question posed by a Member of the Court. The Court decided that, while Nigeria did not have to advance arguments pertaining to the merits, “[the Court] cannot decline to examine the submission of Cameroon on the ground that there is no dispute between the two States”³⁷. While it is true, as stated in paragraph 50, that the Court was concerned with the scope of the dispute (i.e., the extent to which the

³⁴ *Certain Property (Liechtenstein v. Germany)*, *Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2005*, p. 19, para. 25.

³⁵ *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria)*, *Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1998*, pp. 313-314, 316.

³⁶ *Ibid.*, p. 313, para. 85.

³⁷ *Ibid.*, p. 317, para 93.

46. Après avoir exposé les positions des parties, la Cour a dit ce qui suit :

«[I]a Cour relève en conséquence que, dans la présente instance, les griefs formulés en fait et en droit par le Liechtenstein contre l'Allemagne sont rejetés par cette dernière. Conformément à sa jurisprudence bien établie ..., la Cour conclut que, «[d]u fait de ce rejet, il existe un différend d'ordre juridique» entre le Liechtenstein et l'Allemagne (*Timor oriental (Portugal c. Australie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1995, p. 100, par. 22; *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, exceptions préliminaires*, arrêt, C.I.J. Recueil 1996 (II), p. 615, par. 29).»³⁴

La Cour a ajouté que les consultations et les échanges qui avaient eu lieu avant le dépôt de la requête «confort[aient]» la constatation d'une opposition manifeste des points de vue des parties. Elle a donc considéré que les allégations avancées par l'Allemagne au cours de la procédure étaient le facteur déterminant de l'existence d'un différend, et n'a invoqué les consultations et échanges antérieurs au dépôt de la requête qu'à titre de preuves complémentaires.

47. En l'affaire de la *Frontière terrestre et maritime*, le Nigéria soutenait qu'il n'existait pas de différend l'opposant au Cameroun au sujet de la délimitation de la frontière en tant que telle sur toute sa longueur et que la demande de ce dernier tendant à la délimitation définitive de cette frontière était donc irrecevable (plus précisément, le Nigéria affirmait qu'il n'existait pas de différend, sans préjudice de la question du titre sur Darak et les îles avoisinantes du lac Tchad, ni de la question du titre sur la presqu'île de Bakassi)³⁵. La Cour a conclu que les audiences avaient révélé qu'il existait également un différend sur le tracé de la frontière à hauteur du village de Tipsan³⁶.

48. La Cour a relevé que le Nigéria n'avait pas indiqué s'il était ou non d'accord avec la position du Cameroun sur le tracé de la frontière ou sur son fondement juridique. Pour parvenir à cette conclusion, elle s'est appuyée en particulier sur la réponse du Nigéria à une question posée par un membre de la Cour. Elle a décidé que, bien que le Nigéria n'ait pas à avancer des arguments se rapportant au fond, «elle ne saurait se refuser à examiner les conclusions du Cameroun par le motif qu'il n'existerait pas de différend entre les deux Etats»³⁷. Il est certes vrai que, comme il est relevé au paragraphe 50 du présent arrêt, dans l'affaire *Cameroun c. Nigéria*, la Cour s'intéressait à la portée du différend (c'est-à-dire la mesure dans laquelle les

³⁴ *Certains biens (Liechtenstein c. Allemagne)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2005, p. 19, par. 25.

³⁵ *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1998, p. 313-314, 316.

³⁶ *Ibid.*, p. 313, par. 85.

³⁷ *Ibid.*, p. 317, par. 93.

boundary was in dispute between the parties)³⁸, the Court did examine the submissions of the parties and their positions before the Court in determining that Nigeria had not indicated its agreement, and thus that it could not uphold Nigeria's objection.

49. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia)* is, perhaps, the strongest case in support of the position taken by the Marshall Islands because the only evidence on which the Court relied in relation to the existence of a dispute was Yugoslavia's denial of Bosnia and Herzegovina's allegations during the proceedings: "that, by reason of the rejection by Yugoslavia of the complaints formulated against it by Bosnia and Herzegovina, 'there is a legal dispute' between them (*East Timor (Portugal v. Australia)*, *I.C.J. Reports 1995*, p. 100, para. 22)"³⁹. The majority's attempt to distinguish this case is far from satisfactory.

50. The Court's approach to this question has been less definitive and uncompromising than the majority would like to suggest. The Court has given itself room to afford significant weight to statements made during the proceedings, particularly the denial of allegations by the Respondent, not just to confirm but to establish a dispute.

51. I note that the majority has advanced the view that: "[i]f the Court had jurisdiction with regard to disputes resulting from exchanges in the proceedings before it, a respondent would be deprived of the opportunity to react before the institution of proceedings to the claim made against its own conduct"⁴⁰. This appears to be nothing more than a reflection of the majority's doctrinal attachment to the awareness criterion. It is inconsistent with the case law that notification of a dispute is not required. A respondent's opportunity to react is more properly addressed as a question of procedural due process rather than as an element of the dispute criterion. If a party is embarrassed by hearing for the first time, through the commencement of Court proceedings, a claim against it, it is surely open to the Court to address that matter by recourse to the rules of procedure.

³⁸ The Court's examination of materials showed that there was a dispute "at least as regards the legal bases of the boundary". The Court was not able to determine "the exact scope of the dispute"; *Op. cit. supra* note 35.

³⁹ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia)*, *Preliminary Objections, Judgment*, *I.C.J. Reports 1996 (II)*, pp. 614-615, para. 29.

⁴⁰ Paragraph 40 of the Judgment.

parties avaient des positions divergentes sur le tracé de la frontière)³⁸, mais elle n'en a pas moins examiné les conclusions des parties et leurs positions respectives, pour conclure que le Nigéria n'avait pas signifié son accord avec le Cameroun, et qu'elle ne pouvait donc pas retenir l'exception qu'il avait soulevée.

49. L'affaire relative à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie)* est peut-être celle qui étaye le mieux la position adoptée par les Iles Marshall, parce que les seuls éléments de preuve sur lesquels la Cour s'y est appuyée pour déterminer s'il existait un différend étaient les dénégations opposées en cours d'instance par le défendeur aux allégations de la Bosnie-Herzégovine: «du fait du rejet, par la Yougoslavie [(Serbie-et-Monténégro)], des griefs formulés à son encontre par la Bosnie-Herzégovine, «il existe un différend d'ordre juridique» entre elles (*Timor oriental (Portugal c. Australie)*, C.I.J. Recueil 1995, p. 100, par. 22)»³⁹. Cependant, la tentative faite par la majorité pour singulariser cette décision est loin d'être convaincante.

50. La manière dont la Cour a traité cette question est moins définitive et intransigeante que la majorité ne voudrait le faire croire. La Cour s'est ménagé une certaine latitude afin de pouvoir accorder un poids notable aux déclarations faites en cours d'instance, en particulier aux dénégations par le défendeur des griefs du demandeur, et ce, non seulement pour confirmer, mais pour établir l'existence d'un différend.

51. Je relève que la majorité a avancé la thèse suivante: «Si la Cour était compétente à l'égard de différends résultant d'échanges qui ont eu lieu au cours de la procédure devant elle, le défendeur se trouverait privé de la possibilité de réagir, avant l'introduction de l'instance, à la réclamation visant son comportement.»⁴⁰ Cette thèse semble n'être rien d'autre qu'un signe de l'attachement doctrinal de la majorité au critère de la connaissance préalable. Elle s'écarte de la jurisprudence de la Cour selon laquelle la notification préalable d'un différend n'est pas une condition nécessaire de la constatation de son existence. La possibilité offerte au défendeur de réagir est une question touchant le respect de formes procédurales plutôt qu'un élément des critères de détermination de l'existence du différend. Si un Etat défendeur se trouve dans l'embarras parce qu'il n'a eu connaissance des griefs portés contre lui qu'à la suite de l'introduction de l'instance, il appartient à la Cour de remédier à cette difficulté par les moyens que lui offrent les règles de procédure.

³⁸ L'examen par la Cour du dossier montrait qu'il existait un différend «à tout le moins en ce qui concern[ait] les bases juridiques de la frontière». La Cour a estimé qu'elle n'était pas en mesure de déterminer «l'étendue exacte [du différend]». *Op. cit. supra* note 35.

³⁹ *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. 614-615, par. 29.

⁴⁰ Paragraphe 40 de l'arrêt.

VI. THE PRINCIPLE OF THE SOUND ADMINISTRATION OF JUSTICE

52. Another reason for rejecting the majority decision is that it militates against the sound administration of justice, a principle that the Court has emphasized on more than one occasion. In *Mavrommatis*, the PCIJ held:

“Even if the grounds on which the institution of proceedings was based were defective for the reason stated, this would not be an adequate reason for the dismissal of the applicant’s suit. The Court, whose jurisdiction is international, is not bound to attach to matters of form the same degree of importance which they might possess in municipal law. Even, therefore, if the application were premature because the Treaty of Lausanne had not yet been ratified, this circumstance would now be covered by the subsequent deposit of the necessary ratifications.”⁴¹

53. This dictum is in keeping with the rejection of formalism in determining access to international justice, as discussed throughout the opinion. It is a principle that promotes judicial economy, and thus the sound administration of justice. In *Upper Silesia*, in considering whether there was a “difference of opinion” for the purposes of Article 23 of the Geneva Convention (the 1922 Convention between Germany and Poland relating to Upper Silesia), the PCIJ held:

“Even if, under Article 23, the existence of a definite dispute were necessary, this condition could at any time be fulfilled by means of unilateral action on the part of the applicant Party. And the Court cannot allow itself to be hampered by a mere defect of form, the removal of which depends solely on the Party concerned.”⁴²

54. This principle was also cited by the Court in the *Paramilitary Activities* case, refusing to reject Nicaragua’s claim when it could remedy a defect unilaterally (to have expressly invoked a treaty in its negotiations) and refile the case⁴³. The Court continued as follows:

“It would make no sense to require Nicaragua now to institute fresh

⁴¹ *Mavrommatis Palestine Concessions, Judgment No. 2, 1924, P.C.I.J., Series A, No. 2*, p. 34.

⁴² *Certain German Interests in Polish Upper Silesia, Jurisdiction, Judgment No. 6, 1925, P.C.I.J., Series A, No. 6*, p. 14.

⁴³ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1984*, pp. 427-429, paras. 81-83.

VI. LE PRINCIPE DE LA BONNE ADMINISTRATION DE LA JUSTICE

52. J'ai une autre raison de ne pas être d'accord avec la décision de la majorité, à savoir qu'elle va à l'encontre du principe de la bonne administration de la justice, sur l'importance duquel la Cour a maintes fois insisté. Dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis*, par exemple, la CPJI a dit ce qui suit :

«Même 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. La Cour, exerçant une juridiction internationale, n'est pas tenue d'attacher à des considérations de forme la même importance qu'elles pourraient avoir dans le droit interne. Dans ces conditions, même si l'introduction avait été prématurée, parce que le Traité de Lausanne n'était pas encore ratifié, ce fait aurait été couvert par le dépôt ultérieur des ratifications requises.»⁴¹

53. Ce *dictum* va dans le sens du rejet du formalisme dans la détermination des conditions d'accès à la justice internationale, thème récurrent de la présente opinion. Il pose un principe qui procède du souci d'économie de procédure, et donc du souci de la bonne administration de la justice. En l'affaire relative à la *Haute-Silésie*, la CPJI, pour déterminer s'il y avait «une divergence de vues» entre les parties au sens de l'article 23 de la convention de Genève (la convention de 1922 entre l'Allemagne et la Pologne relative à la Haute-Silésie), a retenu ce qui suit :

«Même si la nécessité d'une contestation formelle ressortait de l'article 23, cette condition pourrait être à tout moment remplie par un acte unilatéral de la Partie demanderesse. La Cour ne pourrait s'arrêter à un défaut de forme qu'il dépendrait de la seule Partie intéressée de faire disparaître.»⁴²

54. Ce principe a également été cité par la Cour actuelle en l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires*, pour étayer son refus de rejeter la demande du Nicaragua alors que celui-ci pouvait remédier unilatéralement à un défaut (consistant à ne pas avoir expressément invoqué un traité au cours de négociations) et ensuite engager une nouvelle procédure⁴³. Et la Cour d'ajouter :

«Il n'y aurait aucun sens à obliger maintenant le Nicaragua à

⁴¹ *Concessions Mavrommatis en Palestine, arrêt n° 2, 1924, C.P.J.I. série A n° 2, p. 34.*

⁴² *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise, compétence, arrêt n° 6, 1925, C.P.J.I. série A n° 6, p. 14.*

⁴³ *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. 427-429, par. 81-83.*

proceedings based on the Treaty, which it would be fully entitled to do. As the Permanent Court observed, ‘the Court cannot allow itself to be hampered by a mere defect of form, the removal of which depends solely on the party concerned.’ (*Certain German Interests in Polish Upper Silesia, Jurisdiction, Judgment No. 6, 1925, P.C.I.J., Series A, No. 6, p. 14.*)

55. Further, in *Croatia v. Serbia*, the Court cited the passage from *Mavrommatis* and held that:

“What matters is that, at the latest by the date when the Court decides on its jurisdiction, the applicant must be entitled, if it so wishes, to bring fresh proceedings in which the initially unmet condition would be fulfilled. In such a situation, it is not in the interests of the sound administration of justice to compel the applicant to begin the proceedings anew — or to initiate fresh proceedings — and it is preferable, except in special circumstances, to conclude that the condition has, from that point on, been fulfilled.”⁴⁴

The Court spoke against an approach that would lead to, what it termed the “needless proliferation of proceedings”⁴⁵ or what Judge Crawford in his dissent calls a “circularity of procedure”⁴⁶. An odd result of the majority Judgment is that, given the basis on which the claim has been dismissed, the Marshall Islands could, in theory, file another Application against India. Any objection based on lack of awareness of “opposite views” could not be upheld. The “unmet condition” would have already been remedied. The formal approach adopted by the majority Judgment is incongruous with previous dicta on this point, and militates against judicial economy and the sound administration of justice.

VII. FACTS

56. The Marshall Islands argues that India is bound by a customary obligation to pursue in good faith and bring to a conclusion negotiations leading to nuclear disarmament in all its aspects under strict and effective international control, and that India’s conduct has violated that obligation, “in particular the quantitative build-up and qualitative

⁴⁴ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2008*, p. 441, para. 85.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 443, para. 89.

⁴⁶ See dissenting opinion of Judge Crawford in this case, para. 8.

entamer une nouvelle procédure sur la base du traité — ce qu'il aurait pleinement le droit de faire. Pour citer la Cour permanente : «La Cour ne pourrait s'arrêter à un défaut de forme qu'il dépendrait de la seule Partie intéressée de faire disparaître.» (*Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise, compétence, arrêt n° 6, 1925, C.P.J.I. série A n° 6*, p. 14.)

55. De plus, en l'affaire *Croatie c. Serbie*, la Cour, après avoir cité le passage de l'arrêt rendu en l'affaire des *Concessions Mavrommatis*, a poursuivi en ces termes :

«En effet, ce qui importe, c'est que, au plus tard à la date à laquelle la Cour statue sur sa compétence, le demandeur soit en droit, s'il le souhaite, d'introduire une nouvelle instance dans le cadre de laquelle la condition qui faisait initialement défaut serait remplie. En pareil cas, cela ne servirait pas l'intérêt d'une bonne administration de la justice d'obliger le demandeur à recommencer la procédure — ou à en commencer une nouvelle — et il est préférable, sauf circonstances spéciales, de constater que la condition est désormais remplie.»⁴⁴

La Cour s'est ainsi prononcée contre une démarche conduisant, pour reprendre ses termes, à «la multiplication inutile des procédures»⁴⁵, ou à ce que le juge Crawford, dans l'exposé de son opinion dissidente joint au présent arrêt, appelle «la circularité de la procédure»⁴⁶. L'une des conséquences perverses de l'arrêt voté par la majorité est que, vu le motif du rejet de leur demande, les Iles Marshall pourraient fort bien, en théorie, déposer une nouvelle requête contre l'Inde. Toute exception fondée sur le défaut de connaissance, de la part du défendeur, de l'«opposition» du demandeur à son point de vue ne pourrait alors qu'être rejetée, la condition qui «faisait initialement défaut» étant désormais remplie. Le formalisme que dénote la décision de la majorité va à l'encontre des *dicta* précédemment énoncés en la matière, ainsi que de l'économie de procédure et du principe de la bonne administration de la justice.

VII. LES FAITS

56. Les Iles Marshall soutenaient que l'Inde était liée par une obligation de droit international coutumier de poursuivre de bonne foi et de mener à terme des négociations conduisant au désarmement nucléaire dans tous ses aspects, effectué sous un contrôle international strict et efficace, et que par son comportement, en particulier en ce qu'il a consisté à

⁴⁴ *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2008*, p. 441, par. 85.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 443, par. 89.

⁴⁶ Voir l'exposé de l'opinion dissidente du juge Crawford joint à l'arrêt en la présente affaire, par. 8.

improvement of its nuclear arsenal”⁴⁷. India refutes the Marshall Islands’ claims.

57. India argues that it has consistently pursued a policy of supporting universal, non-discriminatory global nuclear disarmament⁴⁸. The Marshall Islands does not appear to dispute India’s public support for nuclear disarmament and multilateral negotiations to achieve this end⁴⁹. The evidence put before the Court does not demonstrate positive opposition regarding the approach to negotiations.

58. However, the Parties have clearly distinguishable positions relating to the build-up of India’s nuclear arsenal. The Marshall Islands details evidence of what it describes as a “quantitative build-up and qualitative improvement of [India’s] nuclear arsenal”⁵⁰, which, in the Marshall Islands’ view, violates India’s customary obligation⁵¹. The Marshall Islands points to various factors in support of its argument, for example, India’s spending on nuclear weapons and its actions in respect of its stockpile of weapons-grade plutonium and plutonium production reactor⁵².

⁴⁷ CR 2016/1, p. 19, para. 15 (deBrum).

⁴⁸ For example, India has, since 1982, tabled a resolution on a Convention on the Prohibition of the Use of Nuclear Weapons, and has consistently supported the UN General Assembly resolutions calling for States to take action on the disposition of the Court’s Advisory Opinion on the Legality of Nuclear Weapons, Counter-Memorial of India (CMI), p. 8, paras. 11 and 12.

⁴⁹ See, for example, the Marshall Islands’ reply to the question put by Judge Cañado Trindade at the end of the public sitting of 16 March 2016 at 10 a.m., paragraph 8 in respect of General Assembly resolutions. See, also, India’s arguments on this point: CMI, para. 93 (i) and (ii).

⁵⁰ Marshall Island Memorial (MMI), p. 10, para. 19.

⁵¹ On 26 September 2013, at the High-Level Meeting of the General Assembly on Nuclear Disarmament, the Marshall Islands “urge[d] all nuclear weapon States to intensify efforts to address their responsibilities in moving towards an effective and secure disarmament”. At the Second Conference on the Humanitarian Impact of Nuclear Weapons in Nayarit, Mexico, 13-14 February 2014, at which India was present, the Marshall Islands stated:

“the Marshall Islands is convinced that multilateral negotiations on achieving and sustaining a world free of nuclear weapons are long overdue. Indeed we believe that States possessing nuclear arsenals are failing to fulfil their legal obligations in this regard. Immediate commencement and conclusion of such negotiations is required by legal obligation of nuclear disarmament resting upon each and every state under Article VI of the Non-Proliferation Treaty and customary international law.” (MMI, p. 19, para. 45.)

⁵² Application of the Marshall Islands (AMI), p. 24, para. 34. See generally Part II (C) of the AMI. The Marshall Islands also points to Security Council resolution 1172 calling on India and Pakistan “immediately to stop their nuclear weapon development programmes,

«renforc[er] quantitativement et qualitativement son arsenal nucléaire»⁴⁷, elle avait manqué à cette obligation. L'Inde réfutait quant à elle les allégations des Iles Marshall.

57. L'Inde soutenait qu'elle avait constamment suivi une politique favorable à un désarmement nucléaire mondial, universel et non discriminatoire⁴⁸. Les Iles Marshall ne semblaient pas contester que l'Inde ait publiquement soutenu le désarmement nucléaire et la poursuite de négociations multilatérales en vue de celui-ci⁴⁹. Les éléments de preuve soumis à la Cour ne montraient pas qu'il y avait opposition manifeste des points de vue des Parties sur la conception des négociations.

58. Cependant, les Parties avaient des positions bien tranchées au sujet de l'accroissement de l'arsenal nucléaire de l'Inde. Les Iles Marshall avançaient une série d'éléments de preuve qui, selon elles, montraient que l'Inde s'employait «à accroître et à améliorer ses forces nucléaires»⁵⁰, ce qui constituait, toujours selon elles, un manquement du défendeur à son obligation de droit international coutumier⁵¹. A l'appui de leur argumentation, les Iles Marshall citaient plusieurs facteurs, comme les dépenses consacrées par l'Inde à son armement nucléaire et les mesures qu'elle avait prises au sujet de ses réserves de plutonium utilisable à des fins militaires et de son réacteur de production de plutonium⁵².

⁴⁷ CR 2016/1, p. 19, par. 15 (deBrum).

⁴⁸ Par exemple, l'Inde, depuis 1982, a déposé chaque année sur le bureau de l'Assemblée générale des Nations Unies un projet de résolution prévoyant la conclusion d'une convention sur l'interdiction de l'utilisation des armes nucléaires et a constamment voté pour la résolution de l'Assemblée relative à la suite donnée à l'avis consultatif de la Cour sur la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires; contre-mémoire de l'Inde (CMI), p. 8, par. 11 et 12.

⁴⁹ Voir, par exemple, ce que disent les Iles Marshall au sujet des résolutions de l'Assemblée générale au paragraphe 8 de leur réponse à la question posée par le juge Cançado Trindade à l'issue de l'audience tenue le 16 mars 2016, à 10 heures. Voir également, sur ce point, CMI, par. 93, alinéas i) et ii).

⁵⁰ Mémoire des Iles Marshall (MIM), p. 10, par. 19.

⁵¹ Le 26 septembre 2013, lors de la réunion de haut niveau de l'Assemblée générale des Nations Unies sur le désarmement nucléaire, le représentant des Iles Marshall a instamment prié «toutes les puissances nucléaires à intensifier leurs efforts pour faire face à leurs responsabilités à l'égard d'un désarmement effectif et sûr». Lors de la deuxième conférence sur l'impact humanitaire des armes nucléaires, tenue à Nayarit, au Mexique, les 13 et 14 février 2014, à laquelle l'Inde était représentée, la délégation des Iles Marshall a déclaré ce qui suit:

«[L]es Iles Marshall sont convaincues que des négociations multilatérales visant à créer et à maintenir un monde dépourvu d'armes nucléaires auraient dû être engagées depuis longtemps. Nous estimons en effet que les Etats possédant un arsenal nucléaire ne respectent pas leurs obligations à cet égard. L'obligation d'œuvrer au désarmement nucléaire qui incombe à chaque Etat en vertu de l'article VI du traité de non-prolifération nucléaire et du droit international coutumier impose l'ouverture immédiate de telles négociations et leur aboutissement.» (MIM, p. 19, par. 45.)

⁵² Requête des Iles Marshall (RIM), p. 25, par. 34. Plus spécialement, voir la section II C de la requête. Les Iles Marshall ont également fait référence à la résolution 1172 du Conseil de sécurité où celui-ci demandait «à l'Inde et au Pakistan de mettre immédiatement fin à

59. India disputes that it is bound by a customary obligation, as argued by the Marshall Islands, and that, in any case, its actions in respect of its nuclear arsenal would breach any customary obligation⁵³.

60. The substantiation of the Marshall Islands' allegations is an issue for the merits. However, these claims, India's conduct and India's denial are sufficient to effect a dispute between the two countries. The most important part of the obligation in that regard is that States should pursue negotiations in good faith.

VIII. CONCLUSION

61. The majority decision in this case represents a conspicuous aberration and an unwelcome deviation from the Court's long-applied position on this question. International law, like any other branch of law, is not static and some of the greatest developments in history would not have taken place but for the dynamism of law. But where current law can be applied to serve the interests of the international community as a whole, such a dramatic change is only warranted if there is a compelling consideration in favour of doing so. Indeed such an approach is confirmed by the Court's own holding that:

“To the extent that the decisions contain findings of law, the Court will treat them as it treats all previous decisions: that is to say that, while those decisions are in no way binding on the Court, it will not

to refrain from weaponization or from the deployment of nuclear weapons, to cease development of ballistic missiles capable of delivering nuclear weapons and any further production of fissile material for nuclear weapons”. AMI, p. 32, para. 49.

The Marshall Islands also discusses India's nuclear policy, that “[n]uclear weapons form an integral part of our national security and will remain so, pending the global elimination of all nuclear weapons on a universal, non-discriminatory basis” (Conference on Disarmament, CD/PV.1139, final record of the one thousand one hundred and thirty-ninth plenary meeting on 29 May 2009, p. 8, as cited in AMI, p. 11, para. 24.); and that, while India would only use nuclear weapons in retaliation to a nuclear attack on Indian territory, “retaliation to a first strike would be massive and designed to inflict unacceptable damage” (The Cabinet Committee on Security Reviews Operationalization of India's Nuclear Doctrine, Indian Government Statement, New Delhi, 4 January 2003, cited in AMI, p. 11, para. 25); further, that, in response to a major attack by biological or chemical weapons, India retained the option of retaliating with nuclear weapons.

⁵³ E.g., CMI, p. 4, para. 6: “the RMI[s] position lacks any merit whatsoever”; CR 2016/4, p. 26, paras. 38-39 (Salve).

59. L'Inde, quant à elle, soutenait que, contrairement à ce que prétendaient les Iles Marshall, elle n'était pas liée par une obligation de droit international coutumier, et que, en tout état de cause, les mesures qu'elle avait prises au sujet de son arsenal nucléaire n'étaient contraires à aucune obligation de droit international coutumier⁵³.

60. L'appréciation des allégations des Iles Marshall relève certes du fond. Cependant, ces allégations, leur rejet par l'Inde et le comportement de cette dernière suffisent à montrer qu'un différend opposait les deux Etats. L'élément essentiel de l'obligation en cause est qu'elle impose aux Etats de poursuivre de bonne foi des négociations.

VIII. CONCLUSION

61. La décision prise en l'espèce par la majorité est une aberration patente et s'écarte fâcheusement de la position à laquelle la Cour s'est longtemps tenue pour établir l'existence d'un différend. Comme toute autre branche du droit, le droit international n'est certes pas immuable, et certains des grands changements du cours de l'histoire n'auraient pas été possibles si le droit était statique. Cependant, lorsque l'application du droit existant peut servir les intérêts de la communauté internationale tout entière, s'en écarter radicalement ne saurait se justifier que si des raisons impérieuses le commandent, comme la Cour l'a d'ailleurs elle-même confirmé :

«Pour autant que les décisions en question contiennent des conclusions de droit, la Cour en tiendra compte, comme elle le fait habituellement de sa jurisprudence; autrement dit, quoique ces décisions ne

leurs programmes de développement d'armes nucléaires, de s'abstenir de fabriquer ou de déployer des armes nucléaires, de cesser de développer des missiles balistiques pouvant emporter des armes nucléaires et de cesser toute nouvelle production de matières fissiles pour des armes nucléaires»; RIM, p. 33, par. 49.

Les Iles Marshall ont également mis en cause la politique nucléaire de l'Inde, citant une déclaration de celle-ci selon laquelle «[l]es armes nucléaires [étaient] partie intégrante de [sa] sécurité nationale et le rester[ai]ent tant que les armes nucléaires n'aur[ai]ent pas été globalement éliminées sur une base universelle et non discriminatoire» (conférence du désarmement, CD/PV.1139, compte rendu définitif de la 1139^e séance plénière du 29 mai 2009, p. 8, cité dans la requête, p. 7, par. 24; elles ont de plus cité (requête, p. 7-8, par. 25) une déclaration du Gouvernement indien selon laquelle les armes nucléaires ne seraient employées qu'en représailles à une attaque nucléaire visant le territoire indien, mais que «ces représailles à une première attaque ser[ai]ent massives et viser[ai]ent à infliger des dommages inacceptables» (The Cabinet Committee on Security Reviews Operationalization of India's Nuclear Doctrine, New Delhi, 4 janvier 2003, cité dans la requête, p. 7-8, par. 25); les Iles Marshall ont en outre relevé que, selon la même déclaration, l'Inde, en cas d'attaque massive au moyen d'armes biologiques, se réservait la possibilité d'une riposte nucléaire.

⁵³ Voir, par exemple, CMI, p. 4, par. 6: la thèse des Iles Marshall «est totalement dépourvue de fondement»; CR 2016/4, p. 26, par. 38-39 (Salve).

depart from its settled jurisprudence unless it finds very particular reasons to do so.”⁵⁴

62. The majority has advanced no such reasons. Its holding today has placed an additional and unwarranted hurdle in the way of claims that may proceed to be examined on the merits. In so doing, it has detracted from the potential of the Court to play the role envisaged for it as a standing body for the peaceful settlement of the disputes and through this function, as an important contributor to the maintenance of international peace and security. This conclusion is rendered even more telling by the subject-matter of the dispute before us today.

63. Seen in the light of the considerations set out in Sections I and II of this opinion, one would be forgiven for concluding that, with this Judgment, it is as though the Court has written the Foreword in a book on its irrelevance to the role envisaged for it in the peaceful settlement of disputes that implicate highly sensitive issues such as nuclear disarmament.

(Signed) Patrick ROBINSON.

⁵⁴ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2008*, p. 428, para. 53.

s'imposent pas à la Cour, celle-ci ne s'écartera pas de sa jurisprudence établie, sauf si elle estime avoir pour cela des raisons très particulières.»⁵⁴

62. La majorité n'a nullement avancé de telles raisons. La position adoptée aujourd'hui par la Cour crée sans nécessité une entrave supplémentaire à l'examen au fond des demandes portées devant elle. La Cour a ainsi restreint le rôle qu'elle peut jouer en tant qu'organe permanent ayant pour mission de régler pacifiquement des différends et, partant, d'apporter une importante contribution au maintien de la paix et de la sécurité internationales. L'objet de l'affaire dont la Cour s'est aujourd'hui dessaisie ne peut que mettre en relief la justesse de cette constatation.

63. A la lumière des considérations exposées aux sections I et II de la présente opinion, on ne peut s'empêcher de penser que, en rendant le présent arrêt, la Cour vient d'écrire l'avant-propos d'un ouvrage annonçant qu'elle n'est plus à la hauteur du rôle qui lui a été assigné dans le règlement pacifique des différends lorsque sont en jeu des questions cruciales et difficiles telles que le désarmement nucléaire.

(Signé) Patrick ROBINSON.

⁵⁴ *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. 428, par. 53.*