

DÉCLARATION DE M. LE JUGE YUSUF, VICE-PRÉSIDENT

[Traduction]

*Existence d'un différend — Question devant être tranchée objectivement — Nécessité de thèses juridiques manifestement opposées — Critère subjectif de la « connaissance » du différend n'étant pas une condition — Critère sans fondement dans la jurisprudence de la Cour — Critère par ailleurs préjudiciable à une bonne administration de la justice — Possibilité pour la Cour de parvenir aux mêmes conclusions sans recourir au critère de la « connaissance » — Début de différend devant exister avant le dépôt d'une requête — Différend pouvant se cristalliser en cours d'instance — Mise en cause, en l'espèce, du respect par le Pakistan de son obligation de négocier en vue de parvenir au désarmement nucléaire — Parties ayant toutes deux soutenu les négociations sur le désarmement — Parties ayant toutes deux voté en faveur des résolutions de l'Organisation des Nations Unies en la matière — Absence de preuve de l'existence de thèses manifestement opposées.*

1. Bien que souscrivant aux conclusions auxquelles la Cour est parvenue quant à l'inexistence d'un différend entre le Pakistan et la République des Îles Marshall sur l'objet de la requête déposée par cette dernière, je suis en désaccord avec certains aspects du raisonnement tenu dans l'arrêt. Je n'approuve notamment pas l'introduction par la Cour du critère subjectif de la « connaissance » dans son appréciation de l'existence d'un différend. En cela, elle s'est nettement écartée de sa jurisprudence constante en la matière. Je n'approuve pas non plus le fait qu'elle ait suivi la même approche dans les trois affaires distinctes qui lui ont été soumises (*Îles Marshall c. Inde*, *Îles Marshall c. Pakistan* et *Îles Marshall c. Royaume-Uni*).

2. L'arrêt rappelle à juste titre que « [l']existence d'un différend doit être établie objectivement par la Cour sur la base d'un examen des faits » et que, à cette fin, celle-ci « tient notamment compte de l'ensemble des déclarations ou documents échangés entre les parties ... ainsi que des échanges qui ont eu lieu dans des enceintes multilatérales » (par. 36). Or, comme je l'ai montré dans mon opinion dissidente en l'affaire *Îles Marshall c. Royaume-Uni*, et comme je le montrerai dans la présente déclaration, les États défendeurs ont des politiques très différentes en ce qui concerne la négociation et la conclusion d'un instrument international sur le désarmement nucléaire, et les positions qu'ils ont soutenues sur l'objet du différend en cause dans diverses enceintes internationales sont loin d'être identiques. C'est donc en tenant compte de ces différences qu'il fallait apprécier la question de l'existence d'un différend entre chacun d'eux et l'État demandeur.

3. Dans les affaires contentieuses, la Cour ne peut exercer sa compétence qu'à l'égard de différends d'ordre juridique que lui soumettent les États. La présente instance a été introduite devant la Cour sur le fondement du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut. Or cette disposition ne défi-

nit pas ce qu'il faut entendre par «différend d'ordre juridique»; il revenait par conséquent à la Cour non seulement de définir cette notion, mais également d'établir l'éventuelle existence de pareil différend dans une affaire telle que la présente espèce, avant de procéder à l'examen au fond.

4. La jurisprudence de la Cour abonde en définitions de la notion de différend. La première, encore souvent citée par la Cour, a été donnée dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine*, dans laquelle la Cour permanente de Justice internationale a déclaré qu'«[u]n différend [était] un désaccord sur un point de droit ou de fait, une contradiction, une opposition de thèses juridiques ou d'intérêts entre deux personnes» (*Concessions Mavrommatis en Palestine*, arrêt n° 2, 1924, C.P.J.I. série A n° 2, p. 11). Cette définition a toutefois été développée depuis, et enrichie par la jurisprudence ultérieure.

5. La Cour a par ailleurs clairement indiqué que «[l]'existence d'un différend international demand[ait] à être établie objectivement» (*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). Revenant sur la définition donnée par la Cour permanente dans l'affaire *Mavrommatis*, elle a en outre fait observer ceci :

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

Plus récemment, dans l'affaire *Géorgie c. Fédération de Russie*, la Cour a précisé que, «pour se prononcer, [elle devait] s'attacher aux faits [et qu']il s'agi[ssait] d'une question de fond, et non de forme» (*Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2011 (I), p. 84, par. 30).

6. Nonobstant cette jurisprudence, au paragraphe 38 du présent arrêt, la Cour déclare qu'«un différend existe lorsqu'il est démontré, sur la base des éléments de preuve, que le défendeur avait connaissance, ou ne pouvait pas ne pas avoir connaissance, de ce que ses vues se heurtaient à l'«opposition manifeste» du demandeur». Selon l'arrêt, cette condition «ressort de décisions antérieures de la Cour dans lesquelles la question de l'existence d'un différend était à l'examen». A l'appui de cette assertion, la Cour invoque comme précédents les deux arrêts qu'elle a rendus sur les exceptions préliminaires soulevées dans les affaires relatives à des *Violations alléguées de droits souverains et d'espaces maritimes dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Colombie)* et à l'*Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie)* (*ibid.*).

7. Or aucun de ces deux arrêts n'étaye la thèse d'une condition subjective de l'existence d'un différend qui serait la «connaissance», par le défendeur, de l'opposition manifeste du demandeur. Dans l'arrêt qu'elle a rendu sur les exceptions préliminaires en l'affaire relative à des *Violations alléguées*, la Cour a conclu à l'existence d'un différend sur la base de déclarations «faites par les plus hauts représentants des Parties» (*Violations alléguées de droits souverains et d'espaces maritimes dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Colombie), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2016 (I)*, p. 33, par. 73). Elle a simplement déclaré que la Colombie avait, de fait, connaissance de l'opposition manifeste du Nicaragua à l'égard de ses actes, sans présenter ni traiter cette «connaissance» comme un critère régissant l'existence d'un différend.

8. De même, 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 a simplement relevé que la Russie avait ou n'avait pas «connaissance» de la position adoptée par la Géorgie dans tels ou tels documents et déclarations. Le fait que la «connaissance» puisse être une condition de l'existence d'un différend n'est mentionné nulle part dans l'arrêt et n'est pas non plus implicite dans le raisonnement de la Cour (*exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2011 (I)*, p. 117-120, par. 106-113).

9. C'est, de fait, la première fois qu'une condition subjective de cette nature est introduite dans l'appréciation par la Cour de l'existence d'un différend. Comme je l'ai dit plus haut, la Cour a toujours considéré que la détermination de l'existence d'un différend était une question objective. Elle a souligné à plusieurs reprises qu'il s'agissait là d'«une question de fond, et non de forme» (*ibid.*, p. 84, par. 30).

10. La fonction de la Cour est d'établir objectivement l'existence d'une opposition de thèses juridiques sur la base des éléments de preuve qui lui sont soumis, et non de sonder la conscience, la perception et les autres processus mentaux des Etats (pour autant que ceux-ci possèdent pareilles qualités cérébrales) pour savoir ce dont ils ont connaissance.

11. L'introduction d'un critère de la «connaissance» pour établir l'existence d'un différend va non seulement à l'encontre de la jurisprudence établie de la Cour, mais elle nuit également à l'économie judiciaire et à la bonne administration de la justice, puisqu'elle incite à soumettre une nouvelle requête portant sur le même différend. Si l'existence d'un différend est soumise à un élément subjectif ou une condition de forme telle que la «connaissance», l'Etat demandeur pourra remplir cette condition à tout moment en engageant une nouvelle procédure devant la Cour. L'Etat défendeur aura alors bien évidemment connaissance de l'existence du différend dans le cadre de cette nouvelle procédure. C'est précisément pour éviter ce type de situations que, dans l'affaire relative à *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, la Cour permanente de Justice internationale a fait observer qu'elle «ne pou[vait] s'arrêter à un défaut de forme qu'il dépendrait de la seule Partie intéressée de faire disparaître» (*compétence, arrêt n° 6, 1925, C.P.J.I. série A n° 6*, p. 14).

12. Plus récemment, dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (*Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique*), la Cour a fait observer qu'«[i]l n'y aurait aucun sens à obliger maintenant le Nicaragua à entamer une nouvelle procédure sur la base du traité — ce qu'il aurait pleinement le droit de faire» (*compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 1984, p. 428-429, par. 83*).

13. Ainsi, dans les cas où un Etat demandeur aurait le droit d'introduire une nouvelle instance pour satisfaire à une condition de forme qu'il avait manqué de remplir dans un premier temps, il n'est pas dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice de le contraindre à procéder de cette manière (voir l'affaire relative à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (*Croatie c. Serbie*), *exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2008, p. 442, par. 87*). L'introduction du critère de la «connaissance» constitue une invitation à l'Etat demandeur, dont les points de vue nettement opposés seront déjà connus de l'Etat défendeur, à engager une nouvelle instance devant la Cour.

14. La question de l'existence d'un différend doit être examinée de manière autonome et objective. L'important est qu'il y ait une opposition manifeste de thèses juridiques, un désaccord sur un point de droit ou de fait. Il n'appartient pas aux parties de définir ou de circonscrire le différend avant que celui-ci ne soit soumis à la Cour, sauf lorsqu'il l'est par compromis. Dans tous les autres cas, c'est à la Cour qu'il revient de le faire. Le fait que l'Etat demandeur ait préalablement notifié un différend au défendeur ou l'ait porté d'une autre façon à sa connaissance avant de saisir la Cour ne constitue pas non plus une condition juridique de l'existence de ce différend.

15. La Cour aurait pu parvenir aux mêmes conclusions que celles qu'elle a formulées dans le présent arrêt en appliquant les critères qu'elle utilise habituellement pour établir l'existence d'un différend. Sur la base des éléments de preuve qui lui ont été soumis en l'espèce, elle aurait ainsi pu conclure que les points de vue des Parties n'étaient pas manifestement opposés avant le dépôt de la requête par la République des Iles Marshall. Point n'était donc besoin d'introduire un nouveau critère de la «connaissance» pour justifier ces conclusions. De fait, comme cela est rappelé au paragraphe 52 de l'arrêt, «la question de l'existence d'un différend dans une affaire contentieuse dépend des éléments de preuve relatifs à une divergence de vues». Rien de plus et rien de moins, comme l'a si souvent dit la Cour par le passé.

16. La Cour aurait donc dû fonder les conclusions qu'elle a énoncées dans l'arrêt concernant l'absence de différend entre la République des Iles Marshall et le Pakistan sur une analyse factuelle des positions des Parties sur l'objet du différend allégué telles qu'elles ressortaient du dossier de l'affaire. Etant donné qu'il n'y avait pas eu d'échanges bilatéraux entre le Pakistan et la République des Iles Marshall avant le dépôt par celle-ci de la requête introductive d'instance, elle aurait dû tenir compte en particulier de l'exposé de ces positions dans des enceintes multilatérales (arrêt, par. 36). Comme dans l'affaire *Géorgie c. Fédération de Rus-*

sie, la Cour, pour démontrer l'existence d'un différend éventuel entre les Parties, aurait dû examiner les documents et déclarations que celles-ci avaient invoqués à l'appui de leurs thèses, y compris les déclarations faites dans des enceintes multilatérales (*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. 100-120, par. 63-113).

17. Avant de passer à l'examen de ces documents et déclarations, je dois toutefois faire quelques observations sur l'objet du différend et la date à laquelle celui-ci doit avoir existé, ces deux points étant des facteurs importants pour une détermination objective de l'existence ou de l'absence d'un différend.

18. Il appartenait à la Cour de déterminer, sur une base objective, l'objet du différend entre les Parties, c'est-à-dire «de circonscrire le véritable problème en cause et de préciser l'objet de la demande» (*Essais nucléaires (Australie c. France)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 262, par. 29; *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 466, par. 30). Pour procéder à cette détermination, la Cour devait examiner les positions des deux Parties, tout en accordant une attention particulière à la manière dont le demandeur avait formulé l'objet du différend (*Compétence en matière de pêcheries (Espagne c. Canada)*, compétence de la Cour, arrêt, C.I.J. Recueil 1998, p. 448, par. 30; voir également l'affaire du *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2007 (II), p. 848, par. 38).

19. Dans son mémoire, la République des Iles Marshall dit de son différend avec le Pakistan qu'il concerne «la question de savoir si le Pakistan respecte ou non l'obligation que lui impose le droit international coutumier de poursuivre de bonne foi et de mener à terme des négociations conduisant au désarmement nucléaire dans tous ses aspects, sous un contrôle international strict et efficace» (mémoire des Iles Marshall (MIM), par. 42). La République des Iles Marshall a répété cette présentation de l'objet du différend au cours de la procédure orale (CR 2016/2, p. 25-26, par. 4-5 (Condorelli)).

20. Même si la République des Iles Marshall a soutenu à plusieurs reprises dans ses écritures que l'accroissement et l'amélioration des forces nucléaires du Pakistan étaient «contraire[s] à l'objectif du désarmement nucléaire» (MIM, par. 48), elle s'est principalement appuyée sur la déclaration de son ministre des affaires étrangères à la deuxième conférence sur l'impact humanitaire des armes nucléaires tenue à Nayarit, au Mexique, pour démontrer l'existence d'un différend avec le Pakistan. Dans cette déclaration, la République des Iles Marshall, après avoir accusé les Etats possédant un arsenal nucléaire de ne pas respecter leur obligation juridique de poursuivre le désarmement nucléaire par des négociations multilatérales, a déclaré que «[l']obligation d'œuvrer au désarmement nucléaire ... incomb[ant] à chaque Etat en vertu de l'article VI du traité de non-prolifération nucléaire et du droit international coutumier impos[ait] l'ouverture immédiate et l'aboutissement de telles négociations».

21. En la présente espèce, l'objet du différend pouvait par conséquent être considéré comme se rapportant au manquement allégué du Pakistan à une obligation de droit coutumier lui imposant de poursuivre de bonne foi et de mener à terme des négociations sur le désarmement nucléaire. Même si la question du manquement à une telle obligation, à supposer bien sûr que cette dernière existe, relevait du fond de l'affaire, ce qui était en cause à ce stade était l'existence de thèses manifestement opposées sur la poursuite de bonne foi de négociations sur le désarmement nucléaire. Autrement dit, pour établir l'existence d'un différend entre la République des Iles Marshall et le Pakistan, la Cour devait vérifier, sur la base des faits qui lui avaient été soumis, s'il existait un désaccord entre les Parties sur l'ouverture immédiate et la conclusion de négociations multilatérales sur le désarmement nucléaire.

22. Comme la Cour l'a fait observer à plusieurs reprises, pareil désaccord doit, en principe, avoir existé au moment de l'introduction de l'instance devant elle (*Violations alléguées de droits souverains et d'espaces maritimes dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Colombie), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2016 (I)*, p. 27, par. 52; *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal), arrêt, C.I.J. Recueil 2012 (II)*, p. 442, par. 46; *Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2011 (I)*, p. 84, par. 30). La saisine de la Cour ne saurait en elle-même faire naître un différend entre les Parties. Il faut à tout le moins qu'il y ait, avant le dépôt d'une requête, le début d'un différend qui, s'il se poursuit ou se cristallise au cours de la procédure, deviendra plus manifeste.

23. Ainsi que je le montrerai aux paragraphes suivants, et contrairement à l'affaire *Iles Marshall c. Royaume-Uni*, il ne semble pas qu'il y ait eu, en l'espèce, un début de différend entre la République des Iles Marshall et le Pakistan avant le dépôt de la requête. Comme je l'ai expliqué dans l'exposé de mon opinion dissidente en l'affaire *Iles Marshall c. Royaume-Uni*, la déclaration de la République des Iles Marshall à la conférence de Nayarit peut être considérée comme une protestation contre l'attitude des puissances nucléaires à l'égard de l'ouverture immédiate de négociations sur une convention générale tendant à l'élimination des armes nucléaires. Toutefois, pour que le début d'un différend existe à tout le moins entre la République des Iles Marshall et le Pakistan, il fallait démontrer que, avant l'introduction de l'instance, ce dernier avait une ligne de conduite qui était manifestement opposée à l'ouverture et à la conclusion de telles négociations. Or un examen des votes et déclarations évoqués ci-dessus montre que le Pakistan a invariablement soutenu l'ouverture immédiate et la conclusion de négociations multilatérales visant à éliminer les armes nucléaires, et ce, tant avant qu'après le dépôt de la requête par la République des Iles Marshall.

24. Le Pakistan a toujours voté en faveur des résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies qui exhortent les Etats à engager immé-

diatement des négociations multilatérales conduisant à la conclusion rapide d'une convention générale sur les armes nucléaires qui prévoirait le désarmement. Il a notamment voté en faveur des résolutions sur la suite donnée à l'avis consultatif de la Cour internationale de Justice sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* et des résolutions sur le suivi de la réunion de haut niveau de l'Assemblée générale des Nations Unies sur le désarmement nucléaire de 2013.

25. Le Pakistan a également voté en faveur des résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies intitulées «Convention sur l'interdiction de l'utilisation des armes nucléaires» qui exhortent les Etats à négocier un traité général sur le désarmement nucléaire, et a pris part à des réunions du groupe de travail à composition non limitée créé par l'Assemblée générale dans le but de faire avancer des propositions visant la tenue de négociations multilatérales sur le désarmement nucléaire.

26. Non content de voter en faveur de résolutions lançant un appel pressant à ouvrir immédiatement des négociations, les représentants du Pakistan ont fait, dans des enceintes multilatérales, des déclarations dans lesquelles ils exhortaient les Etats possédant un arsenal nucléaire à engager des négociations sur le désarmement. A titre d'exemple, le 18 octobre 2013, au premier débat thématique consacré aux armes nucléaires, le représentant du Pakistan a déclaré que «la communauté internationale dev[ait] immédiatement entamer des négociations sur une convention visant l'élimination des armes nucléaires dans un délai précis» (déclaration du représentant permanent du Pakistan auprès de l'Organisation des Nations Unies à Genève, l'ambassadeur Zamir Akram, au premier débat thématique sur les armes nucléaires (soixante-huitième session de l'Assemblée générale des Nations Unies), New York, 18 octobre 2013).

27. Par ailleurs, le Pakistan, qui est membre du Mouvement des pays non alignés (MPNA), a toujours souscrit aux déclarations de ce groupe d'Etats qui exprimaient leur volonté de participer à des négociations multilatérales conduisant au désarmement nucléaire. Ainsi, en août 2012, au XVI<sup>e</sup> sommet du Mouvement des pays non alignés, les chefs d'Etat ou de gouvernement

*«ont également exprimé leur profonde préoccupation devant la lenteur des progrès faits vers le désarmement nucléaire et l'absence de progrès de la part des Etats dotés d'armes nucléaires vers l'élimination de leurs arsenaux nucléaires pour respecter leurs obligations légales multilatérales ... [et] ont souligné ... dans [l']optique [de l'élimination complète et globale des armes nucléaires], qu'il fallait de toute urgence engager des négociations sans attendre» (XVI<sup>e</sup> sommet des chefs d'Etat ou de gouvernement du Mouvement des pays non alignés, août 2012, document final, par. 151).*

De même, à la XVI<sup>e</sup> conférence ministérielle du Mouvement des pays non alignés, les ministres

*«ont également exprimé leur profonde préoccupation devant la len-*

teur des progrès faits vers le désarmement nucléaire et l'absence de progrès de la part des Etats dotés d'armes nucléaires vers l'élimination de leurs arsenaux nucléaires pour respecter leurs obligations légales multilatérales ... [et] *ont souligné* ..., dans [l']optique [de l'élimination complète et globale des armes nucléaires], qu'il fallait de toute urgence engager des négociations sans attendre» (XVI<sup>e</sup> conférence ministérielle et réunion commémorative du Mouvement des pays non alignés, document final, mai 2011, par. 136).

28. Le 22 mai 2012, devant la conférence du désarmement des Nations Unies, le représentant du Pakistan a tenu les propos suivants :

«Aucune autre question ne revêt davantage d'importance que celle du désarmement nucléaire; le Pakistan, de même que 118 membres du Mouvement des pays non alignés, estime que la conférence du désarmement doit, ainsi qu'elle en a l'obligation, œuvrer, sans autre retard, à la négociation d'une convention sur le désarmement nucléaire, si elle veut justifier sa création.» (Déclaration sur le désarmement nucléaire du représentant permanent du Pakistan auprès de l'Organisation des Nations Unies et autres organisations internationales, l'ambassadeur Zamir Akram, faite à la conférence du désarmement, Genève, 22 mai 2012.)

29. Ainsi, les positions adoptées par le Pakistan dans des enceintes multilatérales, ses votes sur les résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies et les déclarations de ses représentants révèlent non pas une ligne de conduite ou une attitude en opposition manifeste à celles de la République des Iles Marshall, mais plutôt une convergence de vues sur l'ouverture et la conclusion de négociations multilatérales en vue du désarmement nucléaire.

30. Sur la base des éléments de preuve soumis à la Cour, je suis par conséquent d'avis que le Pakistan et la République des Iles Marshall n'avaient pas, avant le dépôt de la requête de cette dernière, des points de vue manifestement opposés sur l'obligation de poursuivre et de mener à terme des négociations sur le désarmement nucléaire, à supposer qu'une telle obligation existe en droit international coutumier.

(Signé) Abdulqawi A. YUSUF.