

OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE TOMKA

[Traduction]

Compétence de la Cour au titre du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut — Existence d'un différend — Négociations ou notification préalables n'étant pas requises pour saisir la Cour — Existence d'un différend étant une condition à l'exercice de la compétence — Différend devant exister en principe à la date du dépôt de la requête — Cour ayant appliqué cette condition avec souplesse et tenu compte des événements ultérieurs — Présente instance ayant clairement révélé qu'un différend existait entre les Iles Marshall et le Pakistan — Fait que la Cour aurait dû examiner les autres arguments avancés pour contester sa compétence.

Recevabilité — Allégation selon laquelle le droit international coutumier impose des obligations relatives au désarmement nucléaire — Nature de ces obligations alléguées — Désarmement exigeant la coopération de tous les Etats, notamment les puissances nucléaires — Cour ne pouvant apprécier la position d'un Etat doté d'armes nucléaires sans prendre en considération celles des autres puissances nucléaires — Absence à l'instance des autres puissances nucléaires ayant empêché la Cour d'examiner les demandes des Iles Marshall dans le contexte multilatéral qui les caractérisait — Requête étant irrecevable.

1. Pour la première fois depuis près d'un siècle qu'elle règle les différends entre Etats dans l'enceinte du Palais de la Paix, la Cour « mondiale » (la Cour permanente de Justice internationale, puis la Cour internationale de Justice) a écarté une affaire au motif qu'il n'existait, avant le dépôt de la requête introductive d'instance, aucun différend entre le demandeur et le défendeur¹ ; elle n'a pas semblé s'intéresser à la question de savoir si pareil différend existe aujourd'hui.

2. Je ne suis pas convaincu par l'approche suivie dans l'arrêt, et ce, en dépit des nombreux renvois à la jurisprudence de la Cour qui y sont contenus. Selon moi, d'autres décisions rendues par celle-ci, ainsi que par sa devancière, ne vont pas dans le même sens, et je regrette donc de ne pouvoir souscrire à la conclusion de la Cour fondée sur l'absence de différend.

¹ Ne sont pas ici prises en compte les demandes en interprétation au sens de l'article 60 du Statut, qui mentionne également, dans sa version anglaise, le terme « dispute » (le texte français se référant à une « contestation ») (voir notamment *Demande d'interprétation de l'arrêt du 20 novembre 1950 en l'affaire du droit d'asile (Colombie c. Pérou)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1950, p. 403). En l'absence de désaccord entre les parties sur le sens et la portée de l'arrêt, il n'y a rien à interpréter (voir *Demande en interprétation de l'arrêt du 31 mars 2004 en l'affaire Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. Etats-Unis d'Amérique)* (*Mexique c. Etats-Unis d'Amérique*), arrêt, C.I.J. Recueil 2009, p. 17, par. 45). Les demandes en interprétation ne peuvent servir à rechercher une décision de la Cour sur des questions dont elle n'a pas été saisie dans l'instance initiale (voir notamment *Demande en interprétation de l'arrêt du 15 juin 1962 en l'affaire du Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande)* (*Cambodge c. Thaïlande*), arrêt, C.I.J. Recueil 2013, p. 303-304, par. 56).

3. Est-il vraiment exact qu'il n'existait, en avril 2014, aucun différend entre les Iles Marshall et le Pakistan concernant l'exécution par ce dernier des obligations relatives au désarmement nucléaire qui, selon le demandeur, lui incombent au titre du droit international coutumier? Est-il vraiment exact qu'il n'existe aucun différend entre les Parties aujourd'hui? Celles-ci ont-elles des positions concordantes sur la question de l'exécution par le Pakistan des obligations alléguées?

4. Dans leur requête, les Iles Marshall soutenaient notamment que

«[l]e Pakistan, au lieu de s'acquitter de l'obligation que lui impose le droit international coutumier de poursuivre de bonne foi des négociations pour mettre fin à la course aux armements nucléaires à une date rapprochée, cherch[ait] à améliorer et à accroître ses forces nucléaires et à les conserver pour une durée illimitée.

De même, le Pakistan a manqué de s'acquitter de l'obligation que lui impose le droit international coutumier de poursuivre de bonne foi des négociations conduisant à un désarmement nucléaire dans tous ses aspects effectué sous un contrôle international strict et efficace, et ce, en particulier, en adoptant une ligne de conduite qui, en visant à accroître et à améliorer ses forces nucléaires, est contraire à l'objectif du désarmement nucléaire.» (Requête introductive d'instance, p. 13, par. 13-14.)

Les Iles Marshall priaient la Cour, sur le fondement de ces allégations, de rendre un jugement déclaratoire indiquant que, par un certain nombre d'actes et d'omissions, «le Pakistan a[vait] manqué et *continu[ait]* de manquer aux obligations internationales qui lui incombent au regard du droit international coutumier» (les italiques sont de moi)². Elles demandaient également à la Cour

«d'ordonner au Pakistan de prendre toutes les mesures nécessaires pour se conformer, dans un délai d'un an à compter du prononcé de l'arrêt, aux obligations que lui impose le droit international coutumier en ce qui concerne la cessation de la course aux armements nucléaires à une date rapprochée et le désarmement nucléaire, parmi lesquelles celle de mener des négociations de bonne foi, si nécessaire en engageant celles-ci, en vue de conclure une convention relative à un désarmement nucléaire dans tous ses aspects effectué sous un contrôle international strict et efficace» (*ibid.*, p. 39, par. 62).

5. Le point de savoir s'il existe des obligations de droit international coutumier au sens où le demandeur les entend, et qui incombent donc notamment au Pakistan, relève de l'examen au fond. Ce nonobstant, le défendeur contestait les allégations des Iles Marshall en la présente espèce. Dans son contre-mémoire, il avait ainsi «sout[enu] que les allégations formulées par la République des Iles Marshall contre le Pakistan [étaient] manifestement dépourvues de tout fondement».

² Pour le texte intégral des demandes, voir le paragraphe 11 du présent arrêt.

I. COMPÉTENCE

6. Le Pakistan avait avancé neuf arguments pour fonder son allégation selon laquelle «la Cour d[evait] refuser de connaître des demandes des Iles Marshall». L'un d'eux consistait à affirmer qu'«aucun différend (de nature juridique ou autre) n'opposait les Iles Marshall au Pakistan au moment où [la requête] a[vait] été déposée».

7. La Cour a conclu qu'elle «n'a[vait] pas compétence en la présente espèce au titre du paragraphe 2 de l'article 36 de son Statut» (arrêt, par. 54).

8. Il y a lieu de rappeler que les Iles Marshall invoquaient, comme base de compétence, les déclarations faites par les Parties en vertu du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut, celle des Iles Marshall ayant été déposée le 24 avril 2013, et celle du Pakistan, le 13 septembre 1960.

9. Lorsqu'elle se penche sur des questions de compétence, la Cour doit faire preuve de prudence avant de s'appuyer sur des conclusions qu'elle a pu formuler par le passé, notamment dans le contexte de déclarations d'acceptation de sa juridiction ou de clauses compromissaires figurant dans des traités, qui peuvent, les unes et les autres, établir certaines conditions préalables à sa saisine. La jurisprudence de la Cour doit donc être examinée à la lumière des dispositions particulières qui fondaient sa compétence dans chaque affaire.

10. Dans le présent arrêt (voir le paragraphe 35), la Cour rappelle la position qu'elle a déjà exprimée, selon laquelle, lorsqu'«[e]lle a été saisie sur la base de déclarations ... qui ne contiennent aucune condition relative à des négociations préalables à mener dans un délai raisonnable» (*Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1998, p. 322, par. 109), la tenue de pareilles négociations préalables au dépôt de la requête n'est pas requise. La Cour avait précisé, dans cette même décision, que l'Etat n'était pas «tenu d'informer [l'autre] de son intention de [la] saisir» (*ibid.*, p. 297, par. 39).

11. Le Pakistan a estimé que, «[p]our pouvoir exercer sa fonction judiciaire, la Cour d[evait] ... établir qu'un différend existait entre les États parties à une affaire portée devant elle au moment où la requête lui a été soumise».

12. Bien que la Cour ait maintes fois déclaré que l'existence d'un différend était une condition pour qu'elle ait compétence, il est, selon moi, plus exact de considérer qu'il s'agit en réalité d'une condition à l'exercice de cette compétence. La compétence de la Cour est fondée sur le consentement des États. Lorsqu'ils font une déclaration en vertu du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut, ceux-ci «reconn[a]issent] comme obligatoire de plein droit et sans convention spéciale, à l'égard de tout autre Etat acceptant la même obligation, la juridiction de la Cour sur tous les différends d'ordre juridique ayant pour objet [les questions visées aux alinéas a) à d) de ce paragraphe]». La compétence de la Cour à l'égard d'un Etat ayant fait pareille déclaration est donc établie à compter du moment où ladite déclaration est déposée auprès du Secrétaire général de l'Organisa-

tion des Nations Unies, et demeure en vigueur jusqu'à son retrait ou, si elle a été faite pour une durée déterminée, son expiration. La Cour a ainsi confirmé que,

« par le dépôt de sa déclaration d'acceptation [de la juridiction de la Cour au titre du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut] entre les mains du Secrétaire général, l'Etat acceptant dev[enait] partie au système de la disposition facultative à l'égard de tous autres Etats déclarants, avec tous les droits et obligations qui découlent de l'article 36. *Le rapport contractuel* entre les Parties et la *juridiction obligatoire* de la Cour qui en découle sont *établis* « de plein droit et sans convention spéciale » *du fait du dépôt de la déclaration.* » (*Droit de passage sur territoire indien (Portugal c. Inde), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1957, p. 146; les italiques sont de moi.*)

La Cour a également précisé que c'est à la date à laquelle est déposée la déclaration du second Etat que « le lien consensuel qui constitue la base de la disposition facultative prend naissance entre les Etats intéressés » (*ibid.*).

13. La compétence de la Cour ne se trouve donc pas établie ou parachevée par la naissance d'un différend, laquelle est une condition nécessaire à son exercice, dans l'hypothèse où un Etat ayant accepté la juridiction de la Cour décide d'introduire une instance devant elle contre un autre Etat, lui aussi auteur d'une déclaration en vigueur. La disparition d'un différend en cours de procédure — parce que les parties sont parvenues à un arrangement ou en raison de développements nouveaux — ne prive pas la Cour de sa compétence, mais celle-ci n'a plus, en pareil cas, à se prononcer au fond, aucune question ne restant à trancher. Elle se contente alors de prendre acte, par voie d'ordonnance, de l'arrangement intervenu en demandant au greffier « que l'affaire soit rayée du rôle » (voir notamment *Passage par le Grand-Belt (Finlande c. Danemark), ordonnance du 10 septembre 1992, C.I.J. Recueil 1992, p. 349*), ou de conclure que la demande « est désormais sans objet et qu'il n'y a dès lors pas lieu à statuer » (voir notamment *Essais nucléaires (Australie c. France), arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 272, par. 62; Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France), arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 478, par. 65*).

14. La Cour a pour mission « de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis » (paragraphe 1 de l'article 38 du Statut), mission dont elle s'acquitte en sa qualité d'organe judiciaire principal de l'Organisation des Nations Unies, apportant ainsi sa contribution aux buts de l'Organisation, et notamment à celui de « réaliser, par des moyens pacifiques, conformément aux principes de la justice et du droit international, l'ajustement ou le règlement de différends ... de caractère international » (paragraphe 1 de l'article 1 de la Charte des Nations Unies). Elle ne peut effectivement le faire que si le différend entre

les parties existe toujours au moment où elle est appelée à se prononcer au fond, et à condition qu'elle ait compétence et que la requête soit recevable. Toutefois, et même si la formulation du paragraphe 1 de l'article 38 implique que le différend existe déjà lorsque l'instance est introduite devant la Cour, le membre de phrase relatif à la mission de celle-ci, qui a été ajouté au texte dudit article à la conférence de San Francisco, ne visait pas à énoncer une condition à sa compétence. L'article 38 a en effet pour objet de définir le droit que la Cour est tenue d'appliquer, les dispositions concernant plus particulièrement sa compétence étant — outre les articles 34 et 35 — les articles 36 et 37. Ce qui est indiqué au paragraphe 39 du présent arrêt doit donc être considéré comme une simple observation de la Cour, et non comme un élément déterminant aux fins d'établir sa compétence.

15. Ainsi que la Cour l'a souligné à plusieurs reprises, «*[e]n principe, le différend doit exister au moment où la requête [lui] est soumise*» (*Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012 (II), p. 442, par. 46, citant *Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2011 (I), p. 85, par. 30; les italiques sont de moi; voir également *Violations alléguées de droits souverains et d'espaces maritimes dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Colombie)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2016 (I), p. 27, par. 52; *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2008, p. 437-438, par. 79-80, citant *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. 613, par. 26).

16. Bien qu'ayant rappelé cette règle générale (voir arrêt, par. 39), la Cour a choisi d'adopter un critère très strict, estimant que le différend devait avoir existé avant le dépôt de la requête par les Iles Marshall.

17. Dans certaines circonstances, le différend doit effectivement exister à la date à laquelle la requête est déposée. Tel était par exemple le cas dans la récente affaire relative aux *Violations alléguées de droits souverains et d'espaces maritimes dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Colombie)*, puisque la dénonciation du pacte de Bogotá par la Colombie avait pris effet presque immédiatement après le dépôt de la requête (voir *exceptions préliminaires*, arrêt, C.I.J. Recueil 2016 (I), p. 49-50, par. 17, p. 52-53, par. 24, p. 56, par. 34, et p. 60, par. 48). L'acceptation par la Colombie de la juridiction de la Cour au titre du pacte ayant expiré dès la prise d'effet de ladite dénonciation, le Nicaragua ne pouvait plus, après cela, introduire une instance contre cet Etat, et la Cour a donc recherché si un différend s'était fait jour antérieurement (*ibid.*, par. 52 et suiv.). De la même manière, en l'affaire *Géorgie c. Fédération de Russie*, la Cour a été amenée à examiner une clause compromissoire particulière contenue dans la

convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, qui exigeait qu'il existât un «différend ... touchant l'interprétation ou l'application de la ... Convention *qui n'aura[it] pas été réglé par voie de négociation ou au moyen des procédures expressément prévues par ladite Convention...*» (article 22, cité dans *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. 81, par. 20; les italiques sont de moi). Il devait donc exister un différend qui n'eût «pas été réglé par voie de négociation», exigence dont la Cour a estimé qu'elle faisait partie des «conditions préalables auxquelles il d[evait] être satisfait avant toute saisine de la Cour» (*ibid.*, p. 128, par. 141). Lorsqu'une clause compromissoire impose, parmi les «conditions préalables» à la saisine de la Cour, que des négociations soient menées avant le dépôt de la requête, le différend doit logiquement s'être fait jour avant l'introduction de l'instance. De surcroît, le différend et les négociations ainsi prescrites doivent porter sur l'objet de la convention dans laquelle figure ladite clause compromissoire — soit, dans le cas de l'affaire *Géorgie c. Fédération de Russie*, celle relative à la discrimination raciale —, condition à laquelle il ne saurait être satisfait par n'importe quel type de discussions politiques bilatérales. L'arrêt *Géorgie c. Fédération de Russie* doit donc être analysé à la lumière de ce qui précède, et je ne partage pas l'idée selon laquelle cette décision aurait marqué l'apparition, dans la jurisprudence de la Cour, d'une approche plus formaliste quant à la question de l'existence d'un différend.

18. Quand aucune circonstance ne requerrait qu'un différend ait existé entre les parties à une date particulière, la Cour a en revanche fait preuve de souplesse à cet égard en ne limitant pas son examen à la période antérieure au dépôt de la requête.

19. En l'affaire relative à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie)*, la Cour, amenée à «vérifier s'il exist[ait] entre les Parties un différend entrant dans les prévisions de [l'article IX de la convention]» (*exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1996 (II)*, p. 614, par. 27), a ainsi relevé ce qui suit :

«Si la Yougoslavie s'est abstenue de déposer un contre-mémoire au fond et a soulevé des exceptions préliminaires, elle n'en a pas moins globalement *rejeté* toutes les *allégations* de la Bosnie-Herzégovine, que ce soit *au stade des procédures afférentes aux demandes en indication de mesures conservatoires, ou au stade de la présente procédure relative auxdites exceptions.*» (*Ibid.*, par. 28, les italiques sont de moi.)

Il était manifeste que, lorsque la requête avait été déposée le 20 mars 1993, un très grave conflit militaire faisait déjà rage depuis un an en Bosnie-Herzégovine, la guerre ayant éclaté sur son territoire peu de temps après sa déclaration d'indépendance le 6 mars 1992. La Cour n'a cependant pas recherché si le demandeur avait formulé quelque allégation ou prétention

fondée sur un manquement aux obligations découlant de la convention avant l'introduction de l'instance. Elle s'est contentée de relever que «les demandes présentées à titre principal par la Bosnie-Herzégovine tend[aient] à ce qu[']elle] dise et juge que la Yougoslavie a[vait] violé de diverses façons la convention sur le génocide» (*C.I.J. Recueil 1996 (II)*, p. 614, par. 28), avant de constater, dans le passage précité, que le défendeur avait rejeté ces allégations au cours de la procédure, sans faire aucune mention d'un rejet antérieur à sa saisine par le demandeur.

20. Par ailleurs, s'agissant de la date à laquelle il doit être satisfait aux conditions de sa compétence, la Cour mondiale a, depuis ses premières années d'existence, toujours fait preuve d'une relative souplesse, s'abstenant de tout formalisme excessif (sur ce point, voir *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2008*, p. 438, par. 81).

21. Dans une affaire tranchée en 1925, le défendeur avait notamment allégué que «[l]a Cour n[']était pas compétente parce qu'une divergence de vues au sujet de l'interprétation et de l'application de la convention de Genève n[']avait pas été constatée avant l'introduction de la requête» (*Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise, compétence, arrêt n° 6, 1925, C.P.J.I. série A n° 6*, p. 13; les italiques sont de moi). La Cour permanente a toutefois relevé que la clause compromissoire «ne pos[ait] pas la condition de négociations diplomatiques qui devraient être tentées en première ligne», et que, en vertu de cette clause, «[elle] p[ouvait] être saisie ... aussitôt que l'une des Parties estim[ait] qu'il y a[vait] divergence d'opinion résultant de l'interprétation et de l'application de [certaines dispositions de la convention]» (*ibid.*, p. 14). Rejetant l'exception qui lui était soumise, la Cour a fait un prononcé qui, selon moi, est clairement pertinent aux fins de la présente espèce. Il se lit comme suit :

«Or, une divergence d'opinion se manifeste dès qu'un des gouvernements en cause constate que l'attitude observée par l'autre est contraire à la manière de voir du premier. Même si la nécessité d'une contestation formelle ressortait de [la clause compromissoire], 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.» (*Ibid.*)³

22. Ce *dictum* trouvait son origine dans le principe que la Cour permanente avait énoncé un an auparavant, en 1924, en l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine* (voir *Application de la convention pour la pré-*

³ Cet énoncé a d'autant plus de force qu'il reflétait, semble-t-il, un consensus de l'ensemble des membres élus de la Cour; seul un «juge national», ainsi qu'étaient alors désignés les juges *ad hoc*, choisi par le défendeur, s'y était opposé.

vention et la répression du crime de génocide (*Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie*), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1996 (II), p. 613, par. 26). Examinant un argument suivant lequel la requête introductive d'instance n'était pas valide au motif «qu'elle [était] antérieure à l'époque où le [protocole invoqué] [était] devenu applicable», la Cour permanente avait souligné ceci :

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

23. La Cour internationale de Justice a appliqué ce principe dans l'arrêt qu'elle a rendu au stade des exceptions préliminaires en l'affaire relative à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie)* (C.I.J. Recueil 1996 (II), p. 613-614, par. 26), relevant (*ibid.*) qu'elle en avait fait de même dans son arrêt sur les exceptions préliminaires en l'affaire du *Cameroun septentrional (Cameroun c. Royaume-Uni)* (C.I.J. Recueil 1963, p. 28), ainsi que dans son arrêt sur la compétence et la recevabilité en l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)* (C.I.J. Recueil 1984, p. 428-429, par. 83). Dans le premier arrêt susmentionné, la Cour a ainsi rappelé que, «comme sa devancière, la Cour permanente de Justice internationale, [elle] a[avait] toujours eu recours au principe selon lequel elle ne d[evait] pas sanctionner un défaut qui affecterait un acte de procédure et auquel la partie requérante pourrait aisément porter remède» (*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. 613, par. 26; les italiques sont de moi).

24. Plus récemment, la Cour a invoqué ce même principe en 2008, dans l'arrêt qu'elle a rendu au stade des exceptions préliminaires en l'affaire relative à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)* (C.I.J. Recueil 2008, p. 412). Après avoir «soulign[é] qu'un Etat qui décide de saisir la Cour d[evait] vérifier avec attention que toutes les conditions nécessaires à la compétence de celle-ci sont remplies à la date à laquelle l'instance est introduite» (*ibid.*, p. 438, par. 80), elle a néanmoins relevé qu'elle «a[avait] aussi fait preuve de réalisme et de souplesse dans certaines hypothèses où les conditions de [s]a compétence ... n'étaient pas toutes remplies à la date de l'introduction de l'instance mais l'avaient été postérieurement» (*ibid.*, p. 438, par. 81). Se référant (*ibid.*, p. 439, par. 82) au principe précité qui avait été

énoncé en l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine* — selon lequel la Cour « n'est pas tenue d'attacher à des considérations de forme la même importance qu'elles pourraient avoir dans le droit interne » —, elle a conclu que

« ce qui import[ait], c'était que, au plus tard à la date à laquelle la Cour statu[ait] sur sa compétence, le demandeur [fût] en droit, s'il le souhait[ait], 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. » (*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.)

Pour expliquer la logique sous-tendant ce principe, la Cour a précisé que

« c'était le souci d'économie de procédure, qui est une composante des exigences de bonne administration de la justice, qui justif[iait], dans les cas appropriés, l'application de la jurisprudence issue de l'arrêt *Mavrommatis*. Cette jurisprudence vise à éviter la multiplication inutile des procédures. » (*Ibid.*, p. 443, par. 89.)

25. Si l'on considère que l'existence d'un différend est une condition nécessaire à la compétence de Cour (ou plutôt, selon moi, à l'exercice de cette compétence, ainsi que je l'ai précisé au paragraphe 12 ci-dessus), aucune raison impérieuse ne fait obstacle à ce que le principe en question soit appliqué à cette condition. Telle est, comme je l'ai déjà exposé, la position qui fut adoptée en l'affaire relative à *Certains intérêts allemands*, à laquelle la Cour s'est référée dans une affaire plus récente, celle qui a opposé la Croatie à la Serbie (voir *ibid.*, p. 439, par. 82), soulignant, de fait, que « peu import[ait] la condition qui, à la date d'introduction de l'instance, faisait défaut, empêchant ainsi la Cour, à ce moment-là, d'exercer sa compétence, dès lors qu'elle a[vait] été remplie par la suite » (*ibid.*, p. 442, par. 87).

26. A mon sens, la jurisprudence de la Cour relative aux conditions auxquelles il doit être satisfait pour que celle-ci ait compétence appelle donc une approche raisonnable, sans formalisme excessif, qui lui permette d'exercer sa mission consistant à régler les différends que lui soumettent les Etats. Je ne puis souscrire à l'idée selon laquelle, dans l'arrêt qu'elle a rendu en l'affaire relative à des *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal) (C.I.J. Recueil 2012 (II))*, p. 422), la Cour s'en serait écartée. Dans cette affaire, il était reproché au Sénégal de n'avoir pas traduit M. Hissène Habré en justice pour qu'il réponde de certains actes commis alors qu'il était président du Tchad. Dans les échanges diplomatiques antérieurs à l'introduction de l'instance devant la Cour, la Belgique avait toujours invoqué des obligations découlant de la convention contre la

torture (*Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, C.I.J. Recueil 2012 (II), p. 444-445, par. 54). Ce n'est que dans la requête qu'avaient été formulées des allégations de crimes contre l'humanité au titre du droit international coutumier. Dans son arrêt, la Cour a conclu qu'il existait un différend concernant «l'interprétation et l'application de l'article 6, paragraphe 2, et de l'article 7, paragraphe 1, de la convention» (*ibid.*, p. 444, par. 52), mais que ce différend «n'était pas relatif à des manquements à des obligations relevant du droit international coutumier» (*ibid.*, p. 445, par. 55). Elle savait qu'elle avait ainsi compétence au titre de la clause compromissoire figurant au paragraphe 1 de l'article 30 de la convention contre la torture pour connaître de l'instance introduite devant elle et pouvait, en conséquence, régler le différend. Il était évident que la Belgique n'envisagerait pas de la saisir à nouveau au sujet d'obligations découlant du droit international coutumier; de fait, le demandeur s'est félicité de l'arrêt et a fait partie des Etats qui ont, aux côtés de l'Union africaine et de l'Union européenne, apporté leur concours — notamment financier — pour aider le Sénégal à s'y conformer. Déployant de louables efforts à cet effet, ce dernier a inculpé M. Habré, qui, par une décision rendue le 30 mai 2016, a été notamment reconnu coupable de torture et condamné à une peine d'emprisonnement à perpétuité. Plus d'un quart de siècle après les faits, les victimes ont ainsi enfin obtenu que justice leur soit rendue. Au vu de ce qui précède, l'arrêt de la Cour en l'affaire relative à des *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)* se caractérise donc par sa sagesse, et non par un formalisme excessif. La Cour a assurément fait preuve de prudence en n'excluant aucune évolution future en ce qui concerne les obligations de droit international coutumier susceptibles de prescrire aux Etats de poursuivre les auteurs présumés de crimes contre l'humanité.

27. Il est vrai que, pendant un certain temps, les Iles Marshall ne se sont pas montrées particulièrement actives, dans les enceintes multilatérales, sur la question du désarmement nucléaire, notamment — pour des raisons qu'il n'y a pas lieu d'explicitier — par les votes qu'elles ont exprimés à cet égard au sein de l'Organisation des Nations Unies jusqu'en 2012. Il ressort toutefois du dossier de l'affaire qu'elles ont, au moins depuis 2013, revu leur position et manifesté leur mécontentement quant à l'exécution — ou plutôt l'inexécution — de certaines obligations relatives au désarmement nucléaire qui, selon elles, incombent aux puissances nucléaires, dont le Pakistan, notamment au titre du droit international coutumier. Ainsi, au mois de septembre 2013, leur ministre des affaires étrangères a, en des termes diplomatiques, «appel[é] instamment *toutes* les puissances nucléaires [à] intensifier leurs efforts pour assumer leurs responsabilités en vue d'un désarmement effectif réalisé en toute sécurité» (voir arrêt, par. 46; les italiques sont de moi). Quoique je ne conteste pas l'analyse qu'en fait la Cour, cette déclaration indique bien un changement dans la position des Iles Marshall.

28. En février 2014, tout en réitérant l'appel qu'elles avaient lancé à la tribune de l'Organisation des Nations Unies en septembre 2013 à l'inten-

tion de toutes les puissances nucléaires, les Iles Marshall ont affirmé, de manière plus directe, que «les Etats possédant un arsenal nucléaire ne respect[aient] pas leurs obligations» quant aux «négociations multilatérales visant à créer et à maintenir un monde dépourvu d'armes nucléaires [qui] auraient dû être engagées depuis longtemps» (arrêt, par. 26). Cette accusation visait toutes les puissances nucléaires, sans exception, comme l'a ensuite confirmé le dépôt, par les Iles Marshall, le 24 avril 2014, de neuf requêtes contre les neuf Etats possédant ou supposés posséder pareilles armes. Le Pakistan participait à cette conférence, qui s'est tenue à Nayarit, et l'allégation des Iles Marshall visait incontestablement toutes les puissances nucléaires, dont le défendeur.

29. A mon sens, un Etat n'est pas tenu, en droit international, d'informer un autre Etat de son intention d'introduire contre lui une instance devant la Cour, et peut formuler ses griefs dans la requête, s'il estime qu'un différend l'oppose à cet autre Etat ou que celui-ci manque à des obligations internationales qui lui sont dues. Dans le système actuel de la clause facultative, imposer pareille obligation de notification préalable risquerait de priver la Cour de sa compétence avant qu'une requête lui soit soumise. Les déclarations faites en vertu du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut sont souvent assorties d'une possibilité de retrait ou de modification avec effet immédiat par simple notification au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, et l'on sait bien que certains Etats ont, y compris tout récemment, modifié leur déclaration pour empêcher tout autre Etat de saisir la Cour d'un différend particulier ou d'une catégorie particulière de différends.

30. La présente instance a clairement révélé qu'un différend existait entre les Parties concernant l'exécution, par le Pakistan, de certaines obligations relatives au désarmement nucléaire qui, selon les Iles Marshall, lui incombent au titre du droit international coutumier. Je suis donc d'avis que la conclusion selon laquelle la Cour n'avait pas compétence au motif qu'il n'existait pas de différend n'était pas justifiée. Pour se déclarer compétente, la Cour aurait toutefois eu à examiner les autres exceptions d'incompétence soulevées par le Pakistan. Compte tenu de la conclusion à laquelle elle était parvenue, elle n'a pas jugé nécessaire de le faire.

II. RECEVABILITÉ

31. A supposer que tous les moyens avancés par le Pakistan pour contester la compétence de la Cour aient été rejetés, celle-ci aurait procédé à l'examen de l'affaire au fond, à condition que la requête et les demandes qui y étaient formulées soient recevables. Or, je suis d'avis que, dans le système peu satisfaisant qui régit aujourd'hui la compétence de la Cour, la requête des Iles Marshall était irrecevable, et ce, en raison de la nature des obligations de droit international coutumier qui, selon le demandeur, existent dans le domaine du désarmement nucléaire.

32. Si, dans la présente affaire, les Iles Marshall n'invoquaient pas les dispositions du traité de 1968 sur la non-prolifération des armes nucléaires (ci-après, le «TNP»), puisque le Pakistan n'y est pas partie, les obligations qui, selon le demandeur, découlent du droit international coutumier vont dans le même sens que l'article VI de cet instrument.

33. L'article VI du TNP se lit comme suit :

«Chacune des Parties au Traité s'engage à poursuivre de bonne foi des négociations sur des mesures efficaces relatives à la cessation de la course aux armements nucléaires à une date rapprochée et au désarmement nucléaire, et sur un traité de désarmement général et complet sous un contrôle international strict et efficace.»

34. Lorsqu'elle a analysé cette disposition dans son avis consultatif, la Cour a formulé ses vues comme suit :

«La portée juridique de l'obligation considérée dépasse celle d'une simple obligation de comportement; l'obligation en cause ici est celle de parvenir à un résultat précis — le désarmement nucléaire dans tous ses aspects — par l'adoption d'un comportement déterminé, à savoir la poursuite de bonne foi de négociations en la matière.» (*Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996 (I)*, p. 264, par. 99.)

La Cour a estimé qu'était en jeu une «double obligation» — celle «de négocier et de conclure» (*ibid.*, par. 100) —, soulignant que «toute recherche réaliste d'un désarmement général et complet, en particulier nucléaire, nécessit[ait] la coopération de tous les Etats» (*ibid.*).

35. De fait, les «traités portant sur le désarmement ou interdisant l'emploi d'armes particulières» ont été considérés comme des exemples de traités «dont l'objectif ne peut être réalisé que par l'exécution, par toutes les parties et de manière interdépendante, des obligations qui y sont énoncées»⁴. A cet égard, un éminent auteur, devenu juge international, a relevé ce qui suit :

«Il est évident ... dans le cadre d'un traité sur le désarmement, que chacun des Etats parties ne réduit sa puissance militaire que parce que les autres le font également, et qu'il le fait dans la même proportion. Toute inexécution ou violation grave du traité par l'une des parties menacerait l'équilibre militaire souvent fragile établi par cet instrument.»⁵

⁴ Bruno Simma et Christian J. Tams, «1969 Vienna Convention, Article 60: Termination or suspension of the operation of a treaty as a consequence of its breach», dans Olivier Corten et Pierre Klein (dir. publ.), *The Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, vol. II, Oxford University Press, 2011, p. 1365. Voir également *Annuaire de la Commission du droit international* (2001), vol. II, deuxième partie, p. 127, paragraphe 13 du commentaire de l'article 42, ou James Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge University Press, 2002, p. 259.

⁵ Linos-Alexander Sicilianos, «The Classification of Obligations and the Multilateral Dimension of the Relations of International Responsibility» (2002), *Journal européen de droit international*, vol. 13, n° 5, p. 1134.

Autrement dit, l'exécution d'une obligation par un Etat dépend de l'exécution de cette même obligation par les autres Etats⁶. Si l'existence d'obligations coutumières telles qu'alléguées par les Iles Marshall devait être établie, ces considérations n'en seraient que plus généralement valables. Dans le domaine du désarmement nucléaire, il n'est pas réaliste de s'attendre à ce qu'un Etat prenne des mesures unilatérales. Le droit international ne l'impose d'ailleurs pas. S'agissant des obligations conventionnelles énoncées dans le TNP, il prescrit simplement d'atteindre l'objectif du désarmement par des négociations de bonne foi et la coopération de tous les Etats. Si elles étaient établies, les obligations coutumières en la matière iraient très probablement dans le même sens.

36. L'objectif supérieur et primordial consistant à débarrasser le monde des armes nucléaires, qui emporte l'adhésion de la très grande majorité des nations — si ce n'est de toutes —, ne pourra être réalistement atteint qu'en trouvant un équilibre entre les intérêts en matière de sécurité des Etats concernés, notamment l'ensemble des puissances nucléaires et les autres Etats dotés de capacités militaires importantes.

37. Sans doute conscientes de cette réalité, les Iles Marshall avaient déposé des requêtes contre toutes les puissances nucléaires en alléguant que celles-ci manquaient aux obligations qui leur incombent au titre du TNP ou du droit international coutumier. Six d'entre elles ne sont pas parties à des instances devant la Cour, n'ayant pas, ainsi que les y invitaient les Iles Marshall, accepté sa compétence en vertu du paragraphe 5 de l'article 38 du Règlement.

38. Pour rechercher si un Etat possédant des armes nucléaires s'acquitte de ses obligations en matière de désarmement, y compris toute obligation de négocier de bonne foi, il y a lieu de prendre en considération l'attitude des autres puissances nucléaires à l'égard des mêmes obligations qui leur incombent ou sont susceptibles de leur incomber. Ce n'est qu'à la lumière des positions adoptées par d'autres Etats et de l'influence que celles-ci exercent nécessairement que la Cour peut sérieusement apprécier le comportement d'un Etat particulier et déterminer si celui-ci est disposé, en poursuivant des négociations de bonne foi, à œuvrer en vue de l'objectif du désarmement nucléaire. Cela ne revient pas à dire que la détermination de la responsabilité du défendeur suppose de déterminer préalablement celle d'Etats tiers — auquel cas le principe de l'*Or monétaire* s'appliquerait —, la question étant plutôt, dans ce contexte, de savoir si la Cour peut examiner le comportement d'un Etat donné sans considérer et comprendre les positions adoptées par les Etats tiers avec lesquels ce dernier (le défendeur, dans la présente affaire) aurait dû négocier.

⁶ Les commentaires des articles sur la responsabilité des Etats comprennent une description fort juste de la nature de cette obligation, « dont l'exécution par chacune des parties dépend effectivement de son exécution par chacune des autres parties, et exige cette exécution », *Annuaire de la Commission du droit international* (2001), vol. II, deuxième partie, p. 127, paragraphe 13 du commentaire de l'article 42; voir également James Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge University Press, 2002, p. 259.

cier, et avec lesquels il devrait convenir des mesures à mettre en œuvre par l'ensemble des parties concernées en vue d'atteindre l'objectif général du désarmement nucléaire.

39. Les questions soulevées en la présente espèce n'étaient pas de nature bilatérale. Je suis convaincu que la Cour ne pouvait se livrer à un examen sérieux du comportement du Pakistan dès lors que d'autres Etats — dont le comportement aurait été, lui aussi, nécessairement en cause — n'étaient pas présents devant elle pour expliquer leurs positions et leurs actes.

40. La présente affaire illustre les limites de la mission de la Cour, qui est issue de l'arbitrage international, traditionnellement axé sur les différends bilatéraux. Le Statut de la Cour est expressément fondé sur celui de sa devancière, la Cour permanente de Justice internationale. Lorsque ce premier texte fut rédigé en 1920, les principales puissances s'opposèrent à l'idée de conférer à la Cour permanente une juridiction obligatoire, opposition qui se manifesta de nouveau en 1945, lors de la création de la Cour internationale de Justice en tant qu'organe judiciaire principal de l'Organisation des Nations Unies. Si les fondateurs de l'Organisation avaient doté la Cour d'une juridiction obligatoire universelle, tous les Etats Membres y auraient été soumis. Rien n'aurait alors pu faire obstacle à ce que la Cour exerce pleinement sa compétence et contribue ainsi à la réalisation des buts et des objectifs de l'Organisation.

41. A mon sincère et profond regret, je me vois contraint de conclure que l'absence à l'instance des autres puissances nucléaires empêchait la Cour d'examiner, dans le contexte multilatéral qui les caractérise — et qui est également déterminé par les positions adoptées par ces autres Etats —, les demandes présentées par les Iles Marshall, et que, partant, la requête était irrecevable. C'est la raison pour laquelle je me suis rallié à ceux de mes collègues qui ont conclu que la Cour ne pouvait procéder à l'examen de l'affaire au fond.

(Signé) Peter TOMKA.