

OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE BHANDARI

Accord avec les conclusions de la majorité — Existence d'un différend étant fondamentale pour l'exercice de la compétence de la Cour — Documents et pièces de procédure des Parties n'attestant pas l'existence d'un différend — Cour n'ayant pas compétence — Arrêt n'insistant pas suffisamment sur l'absence de différend et insistant trop sur la nécessité que le défendeur ait connaissance du différend — Cour ayant eu tort de n'avoir pas statué sur les autres exceptions préliminaires — Principe de l'Or monétaire — Absence de qualité du demandeur pour porter cette affaire devant la Cour — Valeur d'avis consultatif d'un éventuel arrêt sur le fond.

1. Je souscris aux conclusions de la majorité de la Cour tendant à retenir l'exception d'incompétence soulevée par le Pakistan au motif de l'absence de différend. Je souhaite cependant joindre à l'arrêt l'exposé de mon opinion individuelle pour asseoir sur une base plus large le raisonnement qui y est développé. Je me propose également d'aborder un autre aspect de l'affaire, à savoir que, dans le cas d'espèce, la Cour aurait dû répondre aux autres exceptions préliminaires soulevées par le Pakistan, parce que les questions dont il s'agit dans cette affaire ne concernent pas les seules Parties, mais l'humanité tout entière. En outre, en se prononçant sur ces exceptions, la Cour aurait permis de « cristalliser » davantage la controverse en cause en la présente affaire, étant donné, en particulier, que tous les documents, pièces de procédure et arguments avaient été versés *in extenso* au dossier.

2. La question à trancher était de savoir si les documents, les pièces de procédure et le comportement des Parties permettaient d'établir qu'il existait entre elles, au moment du dépôt de la requête, un différend répondant aux conditions prévues par les instruments juridiques applicables et par la jurisprudence de la Cour.

3. En vertu du paragraphe 2 de l'article 36 et du paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour, celle-ci ne peut exercer sa compétence que s'il existe un différend entre les parties. La notion de « différend », et plus particulièrement celle de « différend d'ordre juridique », est donc fondamentale pour l'exercice de la compétence de la Cour. L'arrêt le reconnaît et examine certains aspects essentiels de la jurisprudence de la Cour à cet égard.

4. Toute analyse de l'existence ou non d'un différend devrait commencer par une définition de ce dernier terme. Le *Black's Law Dictionary* propose les définitions suivantes, susceptibles de nous guider dans notre analyse.

« Différend : conflit ou litige ; conflit de prétentions ou de droits ; affirmation d'un droit, prétention ou exigence d'une partie qui se heurte aux prétentions ou allégations contraires d'une autre partie. »

«Différend juridique: contestation/conflit/désaccord concernant l'existence légale 1) d'une obligation ou d'un droit, ou 2) de la nature ou de l'étendue de la réparation demandée par la partie lésée pour la rupture d'une obligation ou d'un droit.»

5. Dans l'affaire *Géorgie c. Fédération de Russie*, pour déterminer s'il existait un différend juridique entre ces deux Etats au moment du dépôt de la requête, la Cour a procédé à un examen détaillé des échanges diplomatiques, documents et déclarations pertinents. Elle a effectué une analyse approfondie des éléments de preuve, qui comprenaient de nombreux exemples de la pratique officielle géorgienne et russe entre 1992 et 2008. Elle a jugé que la plupart des documents et déclarations qui lui avaient été soumis ne prouvaient pas l'existence d'un différend, car ils «ne contenaient] aucune critique à l'encontre» du défendeur, ne s'apparentaient pas à une «allégation» à l'encontre de celui-ci, et n'étaient en aucune autre façon de nature à attester l'existence entre les parties d'un différend susceptible de faire l'objet d'un règlement judiciaire; dans cette affaire, la Cour a également estimé que l'existence d'un différend était une question de fond et non de forme ou de procédure (*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. 84-91, par. 30-46).

6. En l'affaire *Belgique c. Sénégal*, la Cour a, de la même façon, examiné méthodiquement les échanges diplomatiques qui avaient précédé le dépôt de la requête afin de vérifier si le Sénégal avait été dûment avisé du différend. Elle a conclu que, au moment du dépôt de la requête, le différend qui opposait les parties n'était pas relatif à des manquements à des obligations relevant du droit international coutumier, et qu'elle n'avait donc pas compétence pour statuer sur les demandes de la Belgique qui s'y rapportaient (*Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal), arrêt, C.I.J. Recueil 2012 (II)*, p. 433-435, par. 24-26).

7. Dans une autre affaire importante, celle des *Concessions Mavrommatis en Palestine*, la Cour permanente de Justice internationale a considéré qu'un différend était «un désaccord sur un point de droit ou de fait, une contradiction, une opposition de thèses juridiques ou d'intérêts» entre des parties (*Concessions Mavrommatis en Palestine, arrêt n° 2, 1924, C.P.J.I. série A n° 2*, p. 11). Dans les affaires du *Sud-Ouest africain*, la Cour internationale de Justice a énoncé le critère de l'existence d'un différend, à savoir que la réclamation de l'une des parties doit se heurter 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).

8. Si l'on applique le Statut et la jurisprudence de la Cour aux documents et pièces de procédure qui lui ont été présentés, on parvient à l'incontestable conclusion qu'il n'existait pas de différend entre les Parties et que, compte tenu des faits de l'espèce, la Cour n'avait pas compétence pour statuer.

9. Or, dans le présent arrêt, au lieu d'examiner ces aspects de près, la majorité de la Cour a décidé de s'intéresser principalement au fait que le défendeur n'avait pas connaissance du différend allégué, considérant qu'«un différend exist[ait] lorsqu'il [était] 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» (arrêt, par. 38).

10. La Cour, lorsqu'elle examine la question de sa compétence, est libre de choisir n'importe quelle exception soulevée par le défendeur, et elle choisit habituellement la plus «directe et décisive». Christian Tomuschat a clairement résumé la situation dans son commentaire de l'article 36 du Statut de la Cour dans un manuel intitulé *The Statute of the International Court of Justice — A Commentary*:

«La Cour est libre de choisir les motifs d'incompétence ou d'irrecevabilité sur la base desquels elle rejettera une affaire. Elle n'est pas tenue de suivre un ordre spécifique, ni de se prononcer sur les questions de compétence avant les questions de recevabilité. Elle fonde généralement ses décisions sur le motif qu'elle estime le plus «direct et décisif». Il semblerait logique que la Cour doive se prononcer par ordre de priorité sur les exceptions d'incompétence. Toutefois, un régime procédural aussi strict serait d'autant plus fâcheux que la limite entre les deux catégories d'exceptions dépend dans une certaine mesure d'une appréciation subjective. La Cour choisit donc le motif le plus approprié («direct et décisif») pour rejeter une affaire.»¹

11. Cette liberté a été affirmée pour la première fois dans l'affaire relative à *Certains emprunts norvégiens (France c. Norvège)*, dans laquelle la Cour a considéré que sa compétence était contestée pour deux motifs et qu'elle était libre de fonder sa décision sur le motif qui, selon elle, était le plus direct et décisif (*Certains emprunts norvégiens (France c. Norvège)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1957*, p. 25).

12. Depuis cette affaire, la Cour a régulièrement confirmé cette position (voir, par exemple, *Incident aérien du 27 juillet 1955 (Israël c. Bulgarie)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1959*, p. 146; *Plateau continental de la mer Egée (Grèce c. Turquie)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1978*, p. 16-17; *Incident aérien du 10 août 1999 (Pakistan c. Inde)*, compétence de la Cour, arrêt, *C.I.J. Recueil 2000*, p. 24, par. 26; *Licéité de l'emploi de la force (Serbie-et-Monténégro c. Belgique)*, exceptions préliminaires, arrêt, *C.I.J. Recueil 2004 (I)*, p. 298, par. 46).

13. En la présente espèce, lorsqu'elle a retenu le défaut de connaissance du différend chez le défendeur comme motif principal de rejet de la demande, la Cour semble, sauf le respect que je lui dois, avoir choisi de ne pas privilégier l'élément le plus «direct et décisif». Ce choix peut entraîner

¹ C. Tomuschat, *The Statute of the International Court of Justice — A Commentary* (2^e éd.), p. 707, par. 138; notes de bas de page omises.

de graves conséquences, car le demandeur pourra facilement mettre fin à ce défaut de connaissance en notifiant formellement le différend au défendeur. Dans ce cas, la République des Iles Marshall pourrait simplement introduire à nouveau la même instance devant la Cour. A mon sens, un tel résultat n'était guère souhaitable et il aurait fallu l'empêcher. Le véritable motif de rejet de l'affaire aurait dû être l'absence de différend entre les Parties. La majorité de la Cour n'a examiné que la première exception présentée par le Pakistan et, même dans son examen de cette exception, elle n'a pas suffisamment mis l'accent sur l'analyse des documents et pièces de procédure des Parties, qui révélaient qu'il n'existait pas de différend entre elles.

14. Les Parties ont déjà soumis une profusion de documents et de pièces de procédure. Compte tenu des faits de l'espèce, la Cour aurait dû examiner les autres exceptions du Pakistan. Faute de quoi, une réintroduction de l'instance signifierait que les efforts, le temps et les moyens que les Parties et la Cour ont dépensés pour régler cette question l'ont été en pure perte.

15. Un examen minutieux de l'ensemble des documents et pièces de procédure aboutit à l'irréfragable conclusion d'une absence de différend entre les Parties. La majorité de la Cour aurait dû rejeter la requête des Iles Marshall principalement pour ce motif.

LES AUTRES EXCEPTIONS

16. Compte tenu des faits de l'espèce, la Cour aurait dû examiner les autres exceptions soulevées par le défendeur, à savoir :

- la République des Iles Marshall, en introduisant l'instance contre le Pakistan, a fait preuve de mauvaise foi ;
- les allégations formulées par la République des Iles Marshall contre le Pakistan sont manifestement dépourvues de tout fondement ;
- le mémoire de la République des Iles Marshall ne répond pas aux conditions énoncées dans le Règlement ni aux instructions de procédure de la Cour ;
- c'est à la République des Iles Marshall qu'il incombe de démontrer que la Cour a compétence et que sa requête est recevable ; or, pas plus dans sa requête que dans son mémoire, elle ne s'est acquittée de la charge de la preuve lui incombant ;
- les griefs de la République des Iles Marshall ne rentrent pas dans le cadre du consentement à la compétence de la Cour exprimé par les Parties en raison des réserves dont elles ont assorti leurs déclarations en vertu du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut ;
- la requête est irrecevable parce qu'il n'existait aucun différend entre la République des Iles Marshall et le Pakistan au moment où elle a été soumise à la Cour ;
- la requête est également irrecevable parce que la République des Iles Marshall n'a pas qualité pour saisir la Cour des demandes qui figurent dans sa requête ;

- la requête de la République des Iles Marshall constitue une tentative irrégulière de rouvrir la question de la licéité des armes nucléaires et d'obtenir une décision qui, de fait, équivaldrait à un avis consultatif;
- la requête de la République des Iles Marshall est irrecevable, car celle-ci n'est pas parvenue à attirer des parties indispensables devant la Cour;
- la voie judiciaire est, par nature, impropre au règlement de questions de désarmement nucléaire mettant en cause plusieurs Etats; et
- connaître des griefs de la République des Iles Marshall irait à l'encontre de la bonne administration de la justice, de l'opportunité judiciaire et de l'intégrité de la fonction judiciaire de la Cour.

17. Parmi cette longue liste d'exceptions, trois auraient dû à mon sens être examinées par la Cour. Il s'agissait des exceptions suivantes :

- a) le principe de l'*Or monétaire*, c'est-à-dire l'absence à l'instance de parties indispensables;
- b) le défaut de qualité du demandeur pour porter cette affaire devant la Cour; et
- c) le fait que l'arrêt aurait eu valeur d'avis consultatif.

18. Chacune de ces exceptions est analysée dans les paragraphes ci-après.

Principe de l'Or monétaire

19. J'estime opportun de traiter très brièvement des autres exceptions afin de démontrer que celles-ci étaient elles aussi fondamentales et que la Cour aurait dû statuer sur elles.

20. Le défendeur affirmait que toute décision sur les demandes des Iles Marshall aurait nécessairement mis en cause les droits et les obligations d'autres Etats, c'est-à-dire, de parties indispensables qui étaient absentes à l'instance (contre-mémoire du Pakistan, ci-après «CMP», partie 8, chapitre 4, p. 56-59). Il a déclaré dans son contre-mémoire :

«La requête des Iles Marshall enfreint le principe du consentement, qui empêche la Cour de se prononcer sur les obligations juridiques des Etats parties au TNP et des autres Etats sans leur accord. Le Pakistan soutient que le principe énoncé en l'affaire de l'*Or monétaire* est directement applicable en l'instance introduite par les Iles Marshall, car la Cour ne peut statuer en l'espèce sans déterminer si les Etats dotés d'armes nucléaires qui sont parties au TNP manquent aux obligations qui leur incombent en vertu de l'article VI dudit traité, dont la République des Iles Marshall cherche à obtenir le respect par le Pakistan en les assimilant à des obligations découlant du droit international coutumier.»²

² CMP, par. 8.78.

21. Dans leur requête, les Iles Marshall ont présenté un tableau qui indique que l'Inde, le Pakistan et le Royaume-Uni, défendeurs dans les trois affaires en cause, possèdent moins de 3% de l'ensemble des armes nucléaires dans le monde (requête des Iles Marshall, p. 9). Les autres pays, qui possèdent plus de 97% de ces armes, n'étaient pas présents devant la Cour, laquelle ne pouvait donc exercer sa compétence sur cette question à leur égard. Or, il aurait été indispensable que ces autres pays, qui possèdent une proportion aussi considérable de l'arsenal nucléaire mondial, participent à l'instance.

22. Comme l'a déclaré la Cour dans son avis consultatif de 1996 sur les armes nucléaires, toute recherche réaliste d'un désarmement général et complet nécessite la coopération de tous les Etats (*Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996 (I)*, p. 264, par. 100).

23. Cette exception était fondamentale, et la Cour aurait dû statuer sur elle.

Défaut de qualité pour agir du demandeur

24. Le Pakistan fondait ses arguments à cet égard sur deux points :

«Premièrement, la République des Iles Marshall n'a pas qualité pour agir en son nom propre en la présente espèce, car i) elle n'a pas établi qu'un différend juridique l'opposait au Pakistan au moment du dépôt de la requête et ii) elle n'a pas présenté d'éléments de preuve, même *prima facie*, attestant qu'un quelconque préjudice objectivement imputable aux prétendus actes ou omissions du Pakistan lui aurait été causé ou pourrait lui être causé de façon imminente, et qu'il y serait remédié par une décision de la Cour en sa faveur.

Deuxièmement, étant donné que la Cour ne s'est pas vu présenter d'éléments de preuve, même *prima facie*, de l'existence d'une obligation *erga omnes* de mener des négociations et que l'avis consultatif qu'elle a rendu en 1996 n'étaye en rien l'argument «essentiel» de la République des Iles Marshall selon lequel «l'obligation coutumière de procéder à des négociations [étant] une obligation *erga omnes*», «[c]haque Etat [y compris elle-même] a ... un intérêt juridique à ce qu'il [y] soit satisfait ... en temps opportun», le demandeur ne saurait prétendre avoir un intérêt juridique à ce qu'il soit satisfait en temps opportun à une obligation inexistante et, partant, n'est pas fondé à ce que la Cour se prononce sur les demandes qu'il a formulées dans sa requête.»³

25. La requête de la République des Iles Marshall avait pour prémisse qu'il existerait une obligation *erga omnes* de négocier en vue du désarme-

³ CMP, p. 52, par. 8.50-8.51, citant le mémoire de la République des Iles Marshall (MIM), par. 31.

ment nucléaire l'autorisant à invoquer devant la Cour la responsabilité internationale des Etats qui, selon elle, manquaient à cette obligation. L'existence d'une telle obligation, indépendante de l'article VI du traité de non-prolifération, est une question qui relevait de l'examen au fond de la présente espèce. Cependant, même à supposer, pour les besoins de l'argumentation, que pareille obligation existe, l'absence de tout élément de preuve attestant *prima facie* d'un préjudice effectif ou potentiel privait le demandeur de la qualité voulue pour saisir la Cour.

26. Je tiens à souligner, par souci d'exhaustivité, que ces considérations ne méconnaissent pas les graves effets des essais nucléaires qui ont été menés par le passé sur le territoire de la République des Iles Marshall, alors sous protectorat des Etats-Unis d'Amérique. Ces circonstances, aussi regrettables soient-elles, ne fondaient toutefois pas et ne sauraient fonder les demandes des Iles Marshall, puisqu'elles n'entrent pas dans le cadre temporel du différend allégué.

27. Cette exception était elle aussi fondamentale, et la Cour aurait dû statuer sur elle.

*Fait qu'un arrêt de la Cour aurait eu valeur
d'avis consultatif*

28. Le Pakistan affirmait qu'«[i]l conv[enait] de rejeter l'affirmation du demandeur selon laquelle «la ... requête ne vis[ait] pas à rouvrir la question de la licéité des armes nucléaires», car elle [était] mensongère et uniquement destinée à servir ses intérêts»⁴. Il faisait également valoir que rien dans le Statut de la Cour ne permet de faire appel ou d'obtenir la révision des avis consultatifs donnés par elle. Il se référait bien entendu ici à l'avis consultatif sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* que la Cour a donné en 1996 à la demande de l'Assemblée générale des Nations Unies et auquel ont participé vingt-deux pays, dont la République des Iles Marshall, mais auquel lui-même n'a pas pris part.

29. Selon le Pakistan,

«[d]ans le cadre de l'exercice de sa compétence consultative, la Cour, après avoir entendu un grand nombre d'Etats, dont la République des Iles Marshall, et d'organisations intergouvernementales, a déjà eu l'occasion de traiter en détail de la question de la licéité de la menace ou de l'emploi des armes nucléaires»⁵.

30. Comme je l'ai exposé ci-dessus, l'absence de parties indispensables pour que les instances en cause aboutissent à un désarmement mondial effectif aurait privé d'effet pratique tout arrêt de la Cour sur les griefs qui lui avaient été soumis. Dès lors, il semble que pareille décision se serait davantage apparentée à un avis consultatif, au sens où la Cour aurait

⁴ CMP, p. 55, par. 8.64, citant la requête de la République des Iles Marshall (RIM), par. 2.

⁵ *Ibid.*, p. 56, par. 8.71.

prononcé une déclaration générale sur un aspect particulier du droit international, sans effet contraignant immédiat sur les Parties.

31. Cette exception méritait également que la Cour l'examine.

32. En faisant droit à la première exception soulevée par le Pakistan, la majorité de la Cour aurait dû dire clairement dans l'arrêt que les documents et pièces de procédure des Parties ne permettaient pas d'établir qu'existait entre elles un différend au moment du dépôt de la requête.

(Signé) Dalveer BHANDARI.
