

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 le Pakistan.

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 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*

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-

Statute of the International Court of Justice: A Commentary (2^e éd., 2012), p. 642, par. 9: «[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.

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. 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

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.*, p. 11.

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. *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 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

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.

existe un différend lorsque, «quant à l'exécution ou à la non-exécution de 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 incombait 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.*

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 mani-

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.

feste» 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).»

24. Le premier point à relever à propos de ce paragraphe est que, sans nécessité aucune, il nous force à nous aventurer dans le brouillard 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

²³ Voir le paragraphe 35 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).»

répondait à l'argument de la Colombie selon lequel le Nicaragua « ne lui 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.

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. Étant 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 accords qui ne pouvaient, à l'époque, inclure la CIEDR auraient été violés. » La

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.*

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. 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.

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 États 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 l'un — celui relatif à l'*Application de la CIEDR* — n'a qu'une valeur limi-

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.

tée 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 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 de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. Etats-Unis d'Amérique)*³². Dans les deux cas,

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.*

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.*

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 Îles 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 Îles 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 préférait l'Allemagne donnait à entendre qu'elle n'était pas partie au différend allégué et qu'aucun différend ne l'opposait donc au Liechtenstein.

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

«[L]a Cour relève en conséquence que, dans la présente instance, les griefs formulés en fait et en droit par le Liechtenstein contre

³³ *Op. cit. supra* note 32, p. 130, par. 43.

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 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.

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.

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]»; *ibid.*

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 par le défendeur aux allégations de la Bosnie-Herzégovine en cours d'instance: «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.

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

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.

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. Le 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 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

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.*

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 le Pakistan. 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 le Pakistan était lié 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 renforcer quantitativement et qualitativement son arsenal nucléaire, il avait manqué à cette obligation⁴⁷. Le Pakistan réfutait quant à lui les allégations des Iles Marshall.

57. Le Pakistan soutenait qu'il avait constamment suivi une politique de «désarmement général, complet et vérifiable, réalisé sous les auspices d'enceintes multilatérales idoines, sur la base des principes d'universalité et de non-discrimination et dans le cadre d'un régime de contrôle international efficace»⁴⁸. D'un point de vue objectif, les éléments de preuve sou-

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.

⁴⁷ Par exemple, CR 2016/2, p. 13, par. 17 (deBrum).

⁴⁸ Contre-mémoire du Pakistan (CMP), p. 8, par. 2.2. Par exemple, le Pakistan souligne qu'il a toujours voté, entre 1997 et 2015, en faveur des projets de résolution concernant 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*» lors des séances de l'Assemblée générale consacrées à cette question. Voir aussi CMP, p. 8, par. 2.4.

mis 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 du Pakistan. Les Iles Marshall avançaient une série d'éléments de preuve qui, selon elles, montraient que le Pakistan s'employait «à accroître et à améliorer ses forces nucléaires»⁴⁹, ce qui constituait, toujours selon elles, un manquement du défendeur à son obligation de droit international coutumier de poursuivre de bonne foi et de mener à terme des négociations conduisant au désarmement nucléaire⁵⁰. A l'appui de leur argumentation, les Iles Marshall citaient plusieurs facteurs, comme, le fait que l'arsenal du Pakistan soit passé, selon les estimations, de 2 ogives nucléaires en 1998 à environ 100 à 120 ogives en 2013⁵¹.

59. Le Pakistan, quant à lui, soutenait que, contrairement à ce que prétendaient les Iles Marshall, il n'était pas lié par une obligation de droit international coutumier, et que, en tout état de cause, les mesures qu'il avait prises au sujet de son arsenal nucléaire n'étaient contraires à aucune obligation de droit international coutumier : «Le Pakistan soutient que les demandes formulées contre lui par la République des Iles Marshall sont manifestement dépourvues de tout fondement.»⁵²

60. L'appréciation des allégations des Iles Marshall relève certes du fond. Cependant, ces allégations, leur rejet par le Pakistan et le comportement de ce dernier 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.

⁴⁹ Requête des Iles Marshall (RIM), p. 20, par. 53.

⁵⁰ 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 le Pakistan était représenté, 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.» (Mémoire des Iles Marshall (MIM), p. 19, par. 45.)

⁵¹ RIM, par. 22. Voir aussi par. 27, où les Iles Marshall citent le physicien et analyste de l'université de Princeton, membre de l'*International Panel on Fissile Materials* [groupe international d'étude sur les matières fissiles], qui affirme que le Pakistan «a rapidement développé et enrichi son arsenal nucléaire». Voir aussi, entre autres, les éléments de preuves exposés à la section II de la RIM.

⁵² CMP, p. 14, par. 4.1.

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 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. »⁵³

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.

⁵³ *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.*