

## OPINION DISSIDENTE DE M. LE JUGE CRAWFORD

[Traduction]

*Juridiction de la Cour aux termes du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut — Existence d'un différend — Connaissance ou connaissance objective du différend ne constituant pas une condition juridique — Négociations ou notification préalables n'étant pas nécessaires pour saisir la Cour — Différend devant en principe exister à la date de la requête — Approche souple — Constatation de l'existence d'un différend pouvant être fondée sur des comportements ou des éléments de preuve postérieurs à la requête — Principe Mavrommatis — Existence d'un différend multilatéral — Existence d'un différend entre les Iles Marshall et le Pakistan.*

*Exception tirée de l'affaire de l'Or monétaire — Question relevant de l'examen au fond.*

## I. INTRODUCTION

1. C'est la première fois que la Cour internationale de Justice rejette d'emblée une affaire au motif qu'il n'existait pas de différend à la date du dépôt de la requête, ce que sa devancière n'avait jamais fait. Pour déterminer s'il existait un différend à cette date, le présent arrêt impose de satisfaire à une nouvelle condition de «connaissance objective», expression que j'emploierai de préférence à la formule plutôt disgracieuse «avait connaissance, ou ne pouvait pas ne pas avoir connaissance» (arrêt, par. 38). Or, on ne trouve dans la jurisprudence de la Cour aucune référence à cette condition de connaissance objective. Le critère établi pour déterminer l'existence d'un différend n'impose ni de satisfaire à une stricte condition de forme ni d'analyser cet objet indéfini qu'est l'état d'esprit d'un Etat. Il demande seulement, comme l'a très tôt déclaré la Cour permanente de Justice internationale, «une opposition de thèses juridiques ou d'intérêts» (*Concessions Mavrommatis en Palestine, arrêt n° 2, 1924, C.P.J.I. série A n° 2, p. 11*). Une formulation plus récente veut que «la réclamation de l'une des parties se heurte à l'opposition manifeste de l'autre» (*Sud-Ouest africain (Ethiopie c. Afrique du Sud; Libéria c. Afrique du Sud), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1962, p. 328; voir le paragraphe 34 du présent arrêt*).

2. Dans cet exposé, j'examinerai tout d'abord la jurisprudence relative au sens du mot «différend» employé au paragraphe 2 de l'article 36 du Statut. Le principal point à relever est que le critère permettant d'établir l'existence d'un différend a toujours été fort peu strict. La Cour a traditionnellement fait preuve de souplesse quant aux moyens d'y satisfaire, et il lui est arrivé d'admettre des actes postérieurs à la requête à diverses fins de compétence et de recevabilité. Une telle souplesse s'impose dans le cas

de ce que j'appellerai un «différend multilatéral». J'expliquerai ensuite pourquoi, si l'on applique ce critère, il existait en l'espèce un différend entre les Iles Marshall et le Pakistan à la date du dépôt de la requête.

## II. LE CRITÈRE PERMETTANT D'ÉTABLIR L'EXISTENCE D'UN «DIFFÉREND» ET L'EXIGENCE DE CONNAISSANCE OBJECTIVE

3. La jurisprudence de la Cour et de sa devancière montre clairement que le critère permettant d'établir l'existence d'un différend est fort peu strict. Dans son arrêt en l'affaire relative à *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, la Cour permanente de Justice internationale a déclaré qu'«une divergence d'opinion se manifest[ait] dès qu'un des gouvernements en cause constat[ait] que l'attitude observée par l'autre [était] contraire à la manière de voir du premier» et que «cette condition pou[vait] être à tout moment remplie par un acte unilatéral de la Partie demanderesse» (*Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise, compétence, arrêt n° 6, 1925, C.P.J.I. série A n° 6, p. 14*). De même, dans l'affaire relative à l'*Interprétation des arrêts n°s 7 et 8 (usine de Chorzów)*, la Cour permanente a estimé

«ne pas pouvoir exiger que la contestation se soit formellement manifestée; à son avis, il d[evait] suffire que les deux Gouvernements aient en fait manifesté des opinions opposées quant au sens et à la portée d'un arrêt de la Cour» (*Interprétation des arrêts n°s 7 et 8 (usine de Chorzów), arrêt n° 11, 1927, C.P.J.I. série A n° 13, p. 11*).

Dans l'affaire du *Timor oriental*, la Cour a simplement tenu le raisonnement suivant: «A tort ou à raison, le Portugal a formulé des griefs en fait et en droit à l'encontre de l'Australie et celle-ci les a rejetés. Du fait de ce rejet, il existe un différend d'ordre juridique.» (*Timor oriental (Portugal c. Australie), arrêt, C.I.J. Recueil 1995, p. 100*.) La question de savoir si le défendeur avait connaissance de la réclamation du demandeur avant le dépôt de la requête n'est posée dans aucune de ces affaires. Si un différend juridique doit exister c'est parce qu'il faut garantir à la Cour un objet sur lequel statuer: cela protège sa fonction judiciaire qui, dans une affaire contentieuse, consiste à trancher pareils différends.

4. La Cour a donc adopté aujourd'hui un critère de connaissance objective, mais sans raison convaincante de le faire. Elle s'appuie abondamment sur un arrêt qui n'avait même pas encore été rendu à la date des audiences en la présente instance, celui de l'affaire relative à des *Violations alléguées de droits souverains et d'espaces maritimes dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Colombie), exceptions préliminaires, arrêt du 17 mars 2016*. De plus, cette décision ne fait pas autorité en ce qui concerne le critère de la connaissance objective, puisque la Cour s'y est contentée de relever que, dans les faits, la Colombie avait connaissance de l'existence du différend:

«La Cour relève que, 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, ... la Colombie n'aurait pu se méprendre sur la position du Nicaragua quant à leurs divergences.» (*Exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2016 (I)*, p. 32-33, par. 73.)

5. A aucun moment la Cour n'a dit que la connaissance du différend était une condition juridique. Elle a en revanche réaffirmé qu'elle devait établir objectivement s'il existait un différend, et que, «pour se prononcer, [elle devait] s'attacher aux faits. Il s'agit d'une question de fond, et non de forme» (*ibid.*, p. 27, par. 50). Il est intéressant de comparer ce bref exposé de droit sur la condition de l'existence d'un différend au long exposé figurant dans le présent arrêt (par. 33-40), qui aboutit à transformer une condition non formaliste en une condition formaliste par l'emploi du terme «connaissance».

6. Si ce mot de «connaissance» a parfois été employé dans d'autres affaires où il fallait décider s'il existait un différend, il n'a jamais été présenté comme une condition juridique, mais seulement comme le descriptif d'une situation de fait (voir, par exemple, 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), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2011 (I)*, p. 109-110, par. 87, et l'affaire de *Certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1992*, p. 253, par. 30). Le fait d'avoir connaissance du différend est certes un élément pertinent pour apprécier l'existence de celui-ci, mais cela ne veut pas dire qu'il en constitue une composante juridique nécessaire sans laquelle il ne saurait y avoir de différend.

### III. SOUPLASSE DE PRINCIPE DE LA COUR DANS SON APPROCHE DE L'EXISTENCE D'UN «DIFFÉREND»

7. Dans sa jurisprudence antérieure, la Cour a fait preuve de souplesse lorsqu'elle a eu à se prononcer sur l'existence et la portée d'un différend. Cette tradition remonte à l'arrêt *Mavrommatis*, où il est dit que «[l]a 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» (*Concessions Mavrommatis en Palestine, arrêt n° 2, 1924, C.P.J.I. série A n° 2, p. 34*). Je fais observer en passant que cette référence d'ordre général au droit interne ne vaut plus aujourd'hui. S'il est vrai que les règles régissant la compétence et la procédure en matière civile se caractérisent par une importante diversité, il est indéniable qu'elles sont moins formalistes qu'il y a quatre-vingt-dix ans<sup>1</sup>. Or la Cour emprunte la direction opposée.

8. Cette souplesse de principe a trouvé son expression la plus juste sous sa forme moderne dans l'arrêt *Croatie c. Serbie* :

«Cependant, il convient de rappeler que la Cour, comme sa devancière, a aussi fait preuve de réalisme et de souplesse dans certaines hypothèses où les conditions de la compétence de la Cour n'étaient pas toutes remplies à la date de l'introduction de l'instance mais l'avaient été postérieurement, et avant que la Cour décide sur sa compétence.» (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2008, p. 438, par. 81.*)

Ce principe a conduit la Cour à s'accorder une grande latitude, dans l'affaire *Mavrommatis* et de nombreuses affaires depuis, qui lui permet de ne pas tenir compte de certains défauts d'une requête pour éviter une «circularité» de la procédure en donnant trop d'importance à ces défauts. Dans l'arrêt *Croatie c. Serbie*, elle a expliqué son approche ainsi :

«En effet, ce qui importe, c'est que, au plus tard à la date à laquelle la Cour statue sur sa compétence, le demandeur soit en droit, s'il le souhaite, d'introduire une nouvelle instance dans le cadre de laquelle la condition qui faisait initialement défaut serait remplie. En pareil cas, cela ne servirait pas l'intérêt d'une bonne administration de la justice d'obliger le demandeur à recommencer la procédure — ou à en commencer une nouvelle — et il est préférable, sauf circonstances spéciales, de constater que la condition est désormais remplie.» (*Ibid.*, p. 441, par. 85.)

9. En conséquence, la Cour a appliqué ce que j'appellerai le principe *Mavrommatis* et décidé de passer à la phase du fond, alors même que le défendeur, à savoir la Serbie, n'était pas Membre de l'Organisation des Nations Unies et que la condition posée par le paragraphe 1 de l'article 35 du Statut de la Cour n'était donc pas remplie à la date à laquelle la Croatie avait déposé sa requête. Cette condition a été remplie ultérieurement, lorsque la Serbie a adhéré à l'ONU. La décision de la Cour était d'autant plus remarquable qu'elle appliquait le principe *Mavrommatis* à une situation où, du fait d'une réserve introduite ultérieurement par la Serbie à l'article IX de la convention sur le génocide, il n'était probablement plus possible à l'Etat demandeur d'introduire une nouvelle requête. La Cour a

<sup>1</sup> Voir, par exemple, J. A. Jolowicz, *On Civil Procedure* (Cambridge University Press, 2000), chap. 2 et 17 en particulier.

considéré comme suffisant que le demandeur ait pu, dans l'intervalle, engager une nouvelle procédure devant elle (voir l'opinion individuelle de M. le juge Abraham, *Croatie c. Serbie*, C.I.J. Recueil 2008, p. 539-542, par. 49-55). De toute évidence, cette décision met l'accent sur la «bonne administration de la justice» et privilégie le fond sur la forme (*ibid.*, p. 442, par. 87).

10. Dans la présente espèce, la Cour va à rebours de cette tradition de souplesse. Outre qu'elle insiste sur une stricte condition de «connaissance», elle s'écarte de ses positions antérieures voulant qu'elle «doi[ve] en principe se prononcer sur sa compétence au regard des conditions qui existaient à la date de l'introduction de l'instance» (*ibid.*, p. 438, par. 80 (les italiques sont de moi); voir aussi *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1996 (II), p. 613, par. 26; *Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2011 (I), p. 85, par. 30). Les mots «en principe» autorisent une certaine latitude dans l'application de la règle. Or, la solution retenue par la majorité leur retire tout leur sens.

11. Dans aucune des affaires où la question de l'existence du différend a été soulevée, la date de la requête n'a été considérée comme fatidique. La Cour a préféré assouplir la règle, en examinant indifféremment des éléments de preuve antérieurs à la date de la requête et les positions défendues par les parties pendant la procédure, voire en s'appuyant exclusivement sur ces positions, alors même qu'elle avait à sa disposition des éléments de preuve antérieurs à la requête (voir *Timor oriental (Portugal c. Australie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1995, p. 99, par. 22; *Certains biens (Liechtenstein c. Allemagne)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2005, p. 19, par. 25). Bien qu'elle rejette en l'espèce l'argument tiré par les Iles Marshall de l'affaire *Certains biens*, en expliquant que «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» (arrêt, par. 50), dans ladite affaire, la Cour disait clairement que cette conclusion était fondée exclusivement sur les déclarations faites «dans la présente instance», et que la position adoptée par l'Allemagne dans une lettre et dans le cadre de consultations bilatérales ne faisait que «conforte[r] l'affirmation selon laquelle les revendications du Liechtenstein s'étaient heurtées à l'opposition manifeste de l'Allemagne et que cette dernière l'a[vait] reconnu» (*Certains biens (Liechtenstein c. Allemagne)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2005, p. 19, par. 25; les italiques sont de moi). Dans l'affaire de la *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria*, la Cour a conclu qu'il existait un différend *plus large* entre les parties en se référant à l'attitude équivoque du Nigéria face à la demande du Cameroun (avant et après le dépôt de la requête), et en particulier à sa réponse à une question posée par un juge à l'audience (*exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J.*

*Recueil 1998*, p. 316-317, par. 91 et 93). Dans le présent arrêt, la Cour n'explique pas pourquoi elle s'écarte du précédent de l'affaire relative à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie)*. S'il est vrai que, dans cette affaire, la Cour s'intéressait surtout à la question de savoir si le différend entrainé dans les prévisions de la clause compromissoire, elle n'avait pu arriver à cette question qu'en établissant tout d'abord que ce différend existait, ce qu'elle a fait exclusivement sur la base d'un comportement postérieur à la requête: «du fait du rejet, par la Yougoslavie, des griefs formulés à son encontre par la Bosnie-Herzégovine, «il existe un différend d'ordre juridique» entre elles» (*exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1996 (II)*), p. 614-615, par. 28 et 29; voir le présent arrêt, par. 50).

12. Les commentateurs du Statut souscrivent à l'idée d'une approche souple. Selon Rosenne, la compétence de la Cour doit normalement s'apprécier à la date du dépôt de la requête introductive d'instance, mais Kolb et lui conviennent tous deux que le principe *Mavrommatis* s'applique dès qu'il s'agit de savoir si un différend existe à la date critique.

«La Cour ne pourrait s'arrêter à un défaut de forme qu'il dépendrait de la seule partie intéressée de faire disparaître, par exemple lorsqu'une instance est introduite peu de temps avant l'entrée en vigueur du titre de compétence pour les parties concernées, si bien qu'une nouvelle requête formulée dans des termes identiques pourrait être déposée après la date pertinente.» (Shabtai Rosenne, *The Law and Practice of the International Court : 1920-2005*, 4<sup>e</sup> éd., 2006, p. 510-511.)

Kolb tient un discours similaire :

«avant que les parties ne puissent saisir la Cour, il doit y avoir au moins un commencement de différend. Le différend définitif peut, quant à lui, se cristalliser plus tard, au cours de l'instance. Et il peut également changer de forme ou évoluer au fur et à mesure du déroulement de la procédure.

.....  
 Il est assurément juste de dire que l'introduction d'une instance ne crée pas automatiquement un différend. Si elle le faisait, la condition expresse de l'existence d'un différend n'aurait aucun sens ni aucune utilité.

.....  
 [L]e principe *Mavrommatis* examiné plus haut s'applique aussi... Il reste nécessaire d'examiner si les conditions pour introduire une instance sont remplies à la date à laquelle la Cour est saisie de ladite instance, même s'«il [est] toujours possible, pour la partie demanderesse, de présenter à nouveau sa requête, dans les mêmes termes, après...» Il n'est cependant pas nécessaire d'obliger le demandeur à

introduire à nouveau l'instance en déposant une nouvelle requête au motif que le différend n'existait pas à la date critique initiale. Ce serait une approche formaliste, qui n'aurait d'autre effet que d'augmenter la charge administrative pesant sur la Cour et les parties.» (Robert Kolb, *The International Court of Justice*, 2013, p. 315.)

13. Depuis 1922, on compte trois affaires dans lesquelles l'absence de différend a conduit la Cour ou sa devancière à décider qu'elle ne pouvait connaître d'une partie d'une requête. Dans chacune de ces affaires, il y avait eu des correspondances ou des déclarations antérieures, mais le demandeur avait par la suite essayé d'ajouter d'autres questions ou réclamations. Dès lors, il était loisible à la Cour de se concentrer sur ce que les parties avaient présenté jusque-là comme l'essentiel de leur différend. L'absence de toute discussion au sujet de la réclamation supplémentaire, alors que les parties avaient des échanges bilatéraux sur une question étroitement liée, montrait bien qu'il n'existait en vérité aucun différend au sujet de ladite réclamation.

14. Dans l'affaire de la *Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie*, la Cour permanente a déclaré irrecevable une réclamation de la Belgique contre un impôt bulgare (*Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie, arrêt, 1939, C.P.J.I. série A/B n° 77*, p. 83). La Belgique avait adressé à la Bulgarie une lettre datée du 24 juin 1937 par laquelle elle lui notifiait clairement les autres questions dont a été finalement saisie la Cour permanente, mais ne mentionnait pas sa réclamation relative à l'impôt bulgare. Il était donc loisible à la Cour permanente de statuer qu'il n'existait pas de différend au sujet de cette réclamation supplémentaire.

15. Dans l'affaire *Belgique c. Sénégal*, la Cour internationale de Justice a conclu qu'il n'existait pas de différend sur les manquements éventuels du Sénégal à une obligation de droit international coutumier qui lui commanderait d'engager des poursuites pénales à l'encontre de M. Habré à raison des crimes contre l'humanité que celui-ci aurait commis, y compris des actes de torture, des crimes de guerre et des actes de génocide. On peut lire dans son arrêt que, «[a]u vu de la correspondance diplomatique échangée entre les Parties, ... la Cour estime qu'un tel différend n'existait pas à cette date» (*Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal), arrêt, C.I.J. Recueil 2012 (II)*, p. 444, par. 54). En effet, la Cour a relevé que cette correspondance diplomatique ne mentionnait que des obligations conventionnelles au titre de la convention contre la torture, et aucune obligation de droit international coutumier. De plus, même dans une note verbale adressée au Sénégal deux mois avant le dépôt de sa requête, la Belgique ne mentionnait toujours aucune obligation de droit international coutumier, alors qu'elle y faisait clairement état du différend entre les parties «au sujet de l'application et de l'interprétation des obligations résultant des dispositions pertinentes de la convention ... contre la torture» (*ibid.*, p. 445, par. 54). La Belgique avait ainsi utilisé la voie diplomatique pour définir l'objet et la portée de son différend avec le Sénégal. Dans ces conditions, la Cour était fondée à

en déduire qu'il n'existait pas de différend entre les parties au sujet de la question supplémentaire. En outre, elle n'avait nul besoin de faire preuve de souplesse, puisqu'elle avait déjà conclu qu'elle était compétente pour statuer sur le différend de droit conventionnel relatif à l'obligation de poursuivre ou d'extrader M. Habré, c'est-à-dire sur une question étroitement liée à l'obligation de droit international coutumier alléguée.

16. Plus récemment, dans l'affaire relative à des *Violations alléguées de droits souverains et d'espaces maritimes dans la mer des Caraïbes*, la Cour a conclu qu'il n'existait pas de différend au sujet de la demande du Nicaragua selon laquelle la Colombie avait manqué à l'obligation qui lui incombait en vertu du paragraphe 4 de l'article 2 de la Charte des Nations Unies et du droit international coutumier interdisant de recourir à la menace ou à l'emploi de la force. Elle s'est appuyée sur des déclarations faites par les plus hauts représentants des parties pour conclure à l'existence d'un différend étroitement lié concernant les violations qu'aurait commises la Colombie à l'égard des droits du Nicaragua dans certains espaces maritimes (*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. 69 et 73). Quant à l'emploi de la force, la Cour a souligné que les responsables nicaraguayens avaient déclaré qu'il n'y avait aucun problème, affirmant huit jours à peine avant le dépôt de la requête que les deux pays n'avaient eu « aucun conflit dans ces eaux » (*ibid.*, p. 33, par. 76). Compte tenu du comportement des parties, la Cour a conclu qu'il n'existait pas de différend sur ce point. Comme dans l'affaire *Belgique c. Sénégal*, la Cour a pu être aussi influencée par le fait que le différend relatif aux droits maritimes du Nicaragua dans la mer des Caraïbes ferait l'objet d'un examen sur le fond, si bien qu'il n'était pas nécessaire d'appliquer le principe *Mavrommatis* pour conclure qu'un différend avait vu le jour ultérieurement.

17. De surcroît, comme le dit la Cour ici (apparemment sans l'appliquer), il n'existe pas d'obligation de notification officielle. La Cour l'a confirmé dans l'affaire relative à des *Violations alléguées de droits souverains et d'espaces maritimes dans la mer des Caraïbes* lorsqu'elle a rejeté l'argument de la Colombie selon lequel le Nicaragua ne lui avait pas notifié l'existence du différend par la voie diplomatique (*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).

18. La Cour s'appuie ici sur la série d'arrêts examinés plus haut pour étayer sa conclusion, et invoque également l'affaire *Géorgie c. Fédération de Russie*. Bien que cette dernière affaire participe de la récente montée du formalisme, elle ne saurait être appréhendée dans les mêmes termes que les affaires faisant intervenir la clause facultative. Elle comprenait en effet un certain nombre de questions spécifiques en rapport avec la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, notamment la clause compromissoire de son article 22, qui se lit comme suit :

«Tout différend entre deux ou plusieurs Etats parties touchant l'interprétation ou l'application de la présente Convention qui n'aura pas été réglé par voie de négociation ou au moyen des procédures expressément prévues par ladite Convention sera porté, à la requête de toute partie au différend, devant la Cour internationale de Justice pour qu'elle statue à son sujet, à moins que les parties au différend ne conviennent d'un autre mode de règlement.»

Cette clause fait de la tenue de négociations ou du recours à d'autres procédures de règlement, parmi lesquelles l'arbitrage, une condition préalable à remplir pour pouvoir saisir la Cour d'un «différend». Il va donc de soi que le différend doit avoir existé et avoir fait l'objet de négociations avant cette saisine. De plus, dans l'affaire *Géorgie c. Fédération de Russie*, il n'y avait aucun doute qu'un différend existait depuis longtemps entre les parties. Le doute portait plutôt sur la question de savoir si le différend portait vraiment sur la discrimination raciale, dans son acception la plus large, ou si l'article 22 n'était pas instrumentalisé afin de saisir la Cour d'un ensemble plus vaste de questions.

#### IV. DIFFÉRENDS MULTILATÉRAUX

19. Dans la présente espèce, les Iles Marshall n'ont pas prétendu produire les indices normaux de l'existence d'un différend bilatéral, probablement parce qu'il n'y avait eu entre les Etats concernés aucun échange de correspondance ni aucune discussion sur la question. Elles ont préféré déclarer qu'un différend était né par le biais de déclarations faites dans des enceintes internationales.

20. L'arrêt rendu dans les affaires du *Sud-Ouest africain* (exceptions préliminaires) est crucial à cet égard. La Cour y a précisé ce qui suit :

«depuis quarante ou cinquante ans, la diplomatie pratiquée au sein des conférences ou diplomatie parlementaire s'est fait reconnaître comme l'un des moyens établis de conduire des négociations internationales. Lorsque des questions en litige intéressent à la fois un groupe d'Etats, de part ou d'autre, au sein d'un corps organisé, la diplomatie parlementaire ou diplomatie par conférences s'est souvent avérée la voie de négociation la plus pratique. Peu importe le nombre de parties s'opposant dans un différend; tout dépend de la nature de la question en litige. Lorsqu'il s'agit d'une question affectant les intérêts mutuels de nombreux Etats, qu'ils fassent ou non partie d'un corps organisé, il n'y a aucune raison pour que chacun d'eux se conforme au formalisme et aux faux-semblants d'une négociation directe avec l'Etat auquel ils s'opposent s'ils ont déjà pleinement participé aux négociations collectives avec cet Etat adverse.» (*Sud-Ouest africain* (*Ethiopie c. Afrique du Sud; Libéria c. Afrique du Sud*), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1962, p. 346.)

Dans ces affaires, la clause compromissoire en question comprenait une condition de négociations préalables. Mais le passage précité fait également autorité en affirmant plus largement que les différends peuvent «se cristalliser» dans des enceintes multilatérales réunissant une pluralité d'Etats. En 1962, la Cour était profondément divisée entre ceux qui tenaient qu'un différend dans un cadre multilatéral n'était rien d'autre qu'un agrégat de différends dont chacun devait être analysé individuellement, et les tenants d'une conception plus large voulant que certains différends soient véritablement multilatéraux. Dans le présent arrêt, la Cour ne nie pas qu'un différend entre deux Etats puisse être attesté par des échanges multilatéraux, mais elle déclare que ces échanges doivent montrer que les réclamations de l'une des parties se heurtent à l'opposition de l'autre (arrêt, par. 36 et 45). Il ne fait pas de doute que tout différend multilatéral doit en fin de compte être ajusté au mode bilatéral de règlement des différends. Mais cela n'impose pas à la Cour de traiter les relations en cause comme bilatérales *ab initio*.

21. Il est aujourd'hui bien établi que — contrairement aux conclusions communément tirées de l'examen au fond des affaires du *Sud-Ouest africain* — les Etats peuvent être parties à des différends relatifs à des obligations dans l'exécution desquelles ils n'ont aucun intérêt concret particulier. Cela ressort clairement de l'article 48 des articles de la Commission du droit international (ci-après, la «CDI») sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite. Et c'est le cas ici, nonobstant l'intérêt historique que font valoir les Iles Marshall en leur qualité de lieu d'expérimentation d'armes nucléaires par les Etats-Unis d'Amérique, et les préoccupations à l'égard des questions nucléaires qui en ont résulté pour leur gouvernement et leurs citoyens. L'importance des affaires du *Sud-Ouest africain* tient à ce qu'elles ont permis de reconnaître qu'un désaccord multilatéral pouvait se cristalliser à des fins connexes en une série de différends individuels entrant dans le champ d'application du Statut.

22. Enfin, même si le Pakistan (qui a décidé de ne pas participer à la procédure orale) ne l'a pas mentionné, je voudrais dire un mot de l'article 43 des articles de la CDI, sur lequel l'Inde et le Royaume-Uni se sont appuyés. Le commentaire de la CDI confirme que cet article ne traite pas des questions de compétence des cours et tribunaux et de recevabilité des différends. Il n'en traite pas moins d'une question analogue, qui est celle de la notification permettant de mettre en cause la responsabilité d'un Etat. Rien dans le commentaire n'empêche cependant que cette notification puisse être effectuée par dépôt d'une requête. L'article 43 prévoit une obligation de notification et non de notification préalable.

23. Le commentaire de la CDI s'appuie en partie sur l'affaire de *Certaines terres à phosphates à Nauru* pour défendre l'idée d'une certaine souplesse dans l'appréciation de la forme revêtue par la notification (*Certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1992, p. 240*). Selon le paragraphe 4 du commentaire relatif à l'article 43, «[l]es présents articles n'ont pas vocation à détailler

la forme que l'invocation de la responsabilité doit revêtir»<sup>2</sup>. Rien dans l'arrêt rendu en l'affaire de *Certaines terres à phosphates* n'accrédite l'idée qu'un différend doit avoir été notifié (ou que le défendeur doive en avoir objectivement connaissance) pour être réputé exister. L'Australie n'a pas contesté l'existence du différend, elle a plutôt contesté qu'il ait été soumis à la Cour dans des délais raisonnables et cherché à accréditer l'idée que, de ce fait, Nauru avait renoncé à ses revendications concernant la remise en état des terres à phosphates. Dans ce contexte, il s'est révélé utile que Nauru ait pris des mesures (limitées et officieuses) pour appeler à nouveau l'attention de l'Australie sur la question.

#### V. LA PRÉSENTE AFFAIRE

24. En ce qui concerne la présente affaire, je conviens avec la Cour que le simple dépôt d'une requête ne saurait créer un différend (voir arrêt, par. 40 et 50), car cela viderait de sa substance la règle selon laquelle un différend doit exister. La question est plutôt de savoir, dans le cas présent, si le différend existait suffisamment avant le dépôt de la requête et si la Cour avait la latitude voulue pour le reconnaître en tant que différend.

25. A tout le moins, il existait, au moment de la conférence de Nayarit, un différend naissant entre les Iles Marshall et les Etats dotés d'armes nucléaires. Il s'agissait là non pas d'un événement accidentel, mais de l'expression d'un désaccord latent et réel, d'ordre juridique, sur la portée de l'article VI et d'une éventuelle obligation correspondante de droit international coutumier. Les Iles Marshall sont un tout petit Etat, dont des intérêts essentiels sont en jeu, à titre individuel, vis-à-vis de plusieurs des Etats dotés d'armes nucléaires. A la date de la conférence de Nayarit, les Iles Marshall s'étaient rangées par étapes, de façon d'abord hésitante, mais finalement en temps voulu, dans l'un des camps de ce désaccord multilatéral, mettant ainsi suffisamment en évidence, aux fins de la présente affaire, une réclamation en opposition manifeste au comportement et aux points de vue des Etats dotés d'armes nucléaires, y compris l'Etat défendeur.

26. La Cour a avancé que la déclaration de Nayarit était insuffisante parce qu'elle: i) ne nommait pas les Etats adverses; ii) ne précisait pas le comportement qui était à l'origine du manquement allégué du défendeur; et iii) avait été faite dans un contexte qui ne portait pas spécifiquement sur le désarmement nucléaire, puisque le titre de la conférence était «Impact humanitaire des armes nucléaires», de sorte que l'on ne pouvait rien déduire de l'absence de réaction du Pakistan (arrêt, par. 45, 47 et 55). Ces arguments imposent un critère trop strict pour établir l'existence d'un différend. Il ne fait aucun doute que le Pakistan soit l'un des «Etats dotés d'armes nucléaires»: il revendique publiquement la possession de ce type

<sup>2</sup> La CDI a rejeté la proposition de son rapporteur spécial tendant à ce que la notification soit faite par écrit.

d'armes. De plus, dans un contexte où la portée même de l'article VI du traité sur la non-prolifération (ci-après, le «TNP») et de l'obligation correspondante de droit international coutumier fait l'objet d'un désaccord exprimé par un groupe d'Etats, les Iles Marshall ne devraient pas se voir imposer, à ce stade, de préciser plus avant les mesures spécifiques que le Pakistan devrait prendre ou aurait dû prendre. Enfin, le titre même de la conférence contenait les mots «armes nucléaires»; et l'un des objectifs de la conférence était de débattre du désarmement nucléaire en vue de prévenir l'impact humanitaire désastreux que peuvent avoir ces armes. Il s'agit là d'un contexte multilatéral approprié qui ne dilue en rien le vigoureux message adressé par les Iles Marshall, lequel ne se limitait pas à une seule phrase sans grand intérêt:

«Comme l'ont déclaré les représentants de notre gouvernement à la réunion de haut niveau sur le désarmement nucléaire, l'Organisation des Nations Unies doit mettre un terme à la prolifération des armes nucléaires et garantir la paix dans un monde délivré de ces armes. Nous réitérons instamment notre appel à tous les Etats dotés d'armes nucléaires à intensifier leurs efforts pour assumer leurs responsabilités en vue d'un désarmement effectif réalisé en toute sécurité.

Cela fait près de soixante-huit ans que l'Assemblée générale, dans sa toute première résolution, a créé un mécanisme visant à éliminer, des armements nationaux, les armes atomiques et toutes autres armes importantes permettant des destructions massives. Cela fait plus de quarante-cinq ans que le traité sur la non-prolifération des armes nucléaires a été conclu. Or nous continuons aujourd'hui encore à redouter le jour où nous serons forcés de revivre les horreurs que nous avons connues. Nous ne voulons pas que d'autres aient à subir les mêmes conséquences que nous.

Monsieur le président, les 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 sur la non-prolifération nucléaire et du droit international coutumier impose l'ouverture immédiate de telles négociations et leur aboutissement. Nous réaliserions ainsi l'objectif de désarmement nucléaire poursuivi depuis longtemps et avec constance par l'ONU, assumerions nos responsabilités à l'égard des générations actuelles et futures et rendrions hommage aux générations passées.»

27. Il n'est pas nécessaire — et ce serait même inapproprié à ce stade — d'examiner au fond le différend au sujet de l'article VI du TNP. Cela dit, ce différend est un fait de notoriété publique sur lequel la Cour ne saurait fermer les yeux. Ainsi, la «Coalition pour un nouvel ordre du jour», qui comprend actuellement l'Afrique du Sud, le Brésil, l'Egypte, l'Irlande, le

Mexique et la Nouvelle-Zélande, condamne depuis au moins 2013 les Etats parties, et en particulier les Etats dotés d'armes nucléaires, pour ne pas s'être acquittés de leur obligation de poursuivre de bonne foi et de mener à terme des négociations conduisant au désarmement nucléaire dans tous ses aspects sous un contrôle international strict et efficace. Selon un document de travail de 2014, «il est inacceptable» que les Etats dotés d'armes nucléaires

«refusent de participer à des débats productifs sur les conséquences humanitaires des armes nucléaires, au processus de suivi de la réunion de haut niveau de l'Assemblée générale sur le désarmement nucléaire ou au groupe de travail à composition non limitée chargé d'élaborer des propositions visant à faire avancer les négociations multilatérales sur le désarmement nucléaire, ainsi que de leur apporter leur soutien»<sup>3</sup>.

La déclaration des Iles Marshall devait s'entendre dans le contexte de ce désaccord multilatéral plus large.

28. Pour ces motifs, il existait à mon avis, à la date du dépôt de la requête introduisant la présente instance, un différend entre les Iles Marshall et l'Etat défendeur au sujet de l'exécution par ce dernier des dispositions de l'article VI du TNP. Dans ces conditions, il n'y avait pas lieu d'examiner la question de savoir si un éventuel défaut par rapport à la date de la requête pouvait et devait être corrigé en usant de la latitude permise par l'arrêt *Mavrommatis* et reconnue dans l'affaire *Croatie c. Serbie*.

## VI. PRINCIPE DE L'OR MONÉTAIRE

29. Pour finir, je voudrais formuler quelques observations sur ce qui était peut-être la plus plausible des autres exceptions à la compétence et à la recevabilité soulevées par le défendeur. Il s'agit de la thèse suivant laquelle la Cour n'aurait pas compétence dans une affaire contentieuse entre un Etat A et un Etat B pour décider si un Etat tiers, l'Etat C, a manqué à ses obligations juridiques; s'il s'ensuit que l'affaire ne peut pas être jugée au motif que l'Etat C n'a pas donné son consentement à la compétence de la Cour, la demande de l'Etat A serait irrecevable. Cette thèse, qui trouve son origine dans l'arrêt rendu en l'affaire de l'*Or monétaire*, est maintenant admise (*Or monétaire pris à Rome en 1943 (Italie c. France, Royaume-Uni et Etats-Unis d'Amérique)*, question préliminaire, arrêt, *C.I.J. Recueil 1954*, p. 32; voir également *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, compé-

<sup>3</sup> Comité préparatoire de la Conférence des Parties chargée d'examiner le Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires en 2015, 2 avril 2014, Nations Unies, doc. NPT/CONF.2015/PC.III/WP.18; ce document peut être consulté à l'adresse Internet suivante: [http://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=NPT/CONF.2015/PC.III/WP.18&Lang=F](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=NPT/CONF.2015/PC.III/WP.18&Lang=F).

tence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 1984, p. 431, par. 88; *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras), requête à fin d'intervention*, arrêt, C.I.J. Recueil 1990, p. 114-116, par. 54-56; *Certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie), exceptions préliminaires*, arrêt, C.I.J. Recueil 1992, p. 259-262, par. 50-55; *Timor oriental (Portugal c. Australie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1995, p. 104-105, par. 34-35). La jurisprudence a cependant strictement circonscrit le principe de l'*Or monétaire*. Celui-ci ne s'applique en effet qu'aux affaires où il est nécessaire pour la Cour de se prononcer d'abord sur la situation juridique d'un Etat tiers pour pouvoir statuer ensuite sur une demande dont elle est saisie (voir *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2015 (I), p. 57, par. 116). Une simple déduction ou implication quant à la situation juridique de pareil Etat ne suffit pas: les intérêts des Etats tiers sont protégés par l'article 59 du Statut de la Cour (*Certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie), exceptions préliminaires*, arrêt, C.I.J. Recueil 1992, p. 260-262, par. 54 et 55).

30. Le motif d'irrecevabilité établi dans l'affaire de l'*Or monétaire* est particulièrement sensible au fondement juridique exact de la réclamation du demandeur. La décision qui sera prise dans une affaire donnée peut ou non dépendre de la détermination préalable de la situation juridique d'un Etat tiers et sera fonction de la façon dont l'affaire aura été présentée. En l'espèce, le principe de l'*Or monétaire* aurait bien pu imposer des limites aux conséquences susceptibles d'être tirées du comportement du défendeur, à supposer qu'il ait été considéré que ce comportement impliquait une violation du droit international. La nature précise de ces limites aurait été fonction du motif invoqué dans la décision. Il est certain, par exemple, que la Cour ne peut ordonner à des Etats tiers d'engager des négociations, et que personne ne saurait négocier seul. Un Etat tiers pourrait toutefois manquer par son propre comportement à une obligation de négocier, et la Cour pourrait établir ce manquement. Tout dépend de ce qu'autorisent exactement la portée et le champ d'application de l'article VI du TNP ou d'une éventuelle obligation de droit international coutumier. Ces questions se trouvaient au cœur du différend en la présente espèce. Elles relevaient cependant toutes de la phase du fond.

(Signé) James CRAWFORD.