

OPINION DISSIDENTE DE M. LE JUGE *AD HOC* BEDJAOUI

*Jurisprudence traditionnelle peu formaliste — Revirement jurisprudentiel — Formalisme excessif — Manque de flexibilité — Perte de visibilité — Notification/« connaissance » — Date de l'existence d'un différend — Défauts procéduraux — Silence du défendeur — Echanges devant la Cour — Nature sui generis des différends nucléaires — Obligation de négocier et de conclure le désarmement nucléaire — Exception non exclusivement préliminaire — Conséquences indésirables du formalisme — Communauté internationale — Bonne administration de la justice — Subjectivisme.*

## TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
I. INTRODUCTION	1-6
II. UNE JURISPRUDENCE TRADITIONNELLE PEU FORMALISTE	7-22
III. NOTIFICATION/« CONNAISSANCE » ?	23-31
IV. DATE DE L'EXISTENCE D'UN DIFFÉREND	32-36
V. DÉFAUTS PROCÉDURAUX	37-48
VI. PREUVE PAR DÉDUCTION. PREUVE PAR INTERPRÉTATION DU SILENCE	49-53
VII. PREUVE PAR LES ÉCHANGES DEVANT LA COUR	54-57
VIII. NATURE <i>SUI GENERIS</i> DE TOUT DIFFÉREND NUCLÉAIRE	58-59
IX. UNE EXCEPTION NON EXCLUSIVEMENT PRÉLIMINAIRE ?	60-61
X. CASCADE DE CONSÉQUENCES INDÉSIRABLES DE LA PRÉSENTE DÉCISION	62-83

## I. INTRODUCTION

1. La Cour a déclaré qu'il n'existe, entre les Iles Marshall et le Pakistan, aucun différend concernant la question du désarmement nucléaire. Ce faisant, elle a affranchi le défendeur de tout examen indépendant de son comportement. Cela est d'autant plus regrettable que l'argumentation formaliste de la Cour fait pâle figure au regard non seulement de l'importance fondamentale des questions soulevées par le demandeur

DISSENTING OPINION OF JUDGE *AD HOC* BEDJAOU

[Translation]

*Traditionally less formalistic jurisprudence — Reversal of jurisprudence — Excessive formalism — Lack of flexibility — Loss of clarity — Notification/“awareness” — Date of the existence of a dispute — Procedural defects — Silence of the Respondent — Exchanges before the Court — Sui generis nature of nuclear disputes — Obligation to negotiate and to achieve nuclear disarmament — Objection not of an exclusively preliminary character — Undesirable consequences of formalism — International community — Sound administration of justice — Subjectivity.*

## TABLE OF CONTENTS

	<i>Paragraphs</i>
I. INTRODUCTION	1-6
II. A TRADITIONALLY LESS FORMALISTIC JURISPRUDENCE	7-22
III. NOTIFICATION/“AWARENESS”?	23-31
IV. DATE OF THE EXISTENCE OF A DISPUTE	32-36
V. PROCEDURAL DEFECTS	37-48
VI. PROOF BY INFERENCE. PROOF BY THE INTERPRETATION OF SILENCE	49-53
VII. PROOF PROVIDED BY THE EXCHANGES BEFORE THE COURT	54-57
VIII. <i>SUI GENERIS</i> NATURE OF ANY NUCLEAR DISPUTE	58-59
IX. AN OBJECTION NOT OF AN EXCLUSIVELY PRELIMINARY CHARACTER?	60-61
X. THE TRAIN OF UNDESIRABLE CONSEQUENCES OF THIS DECISION	62-83

## I. INTRODUCTION

1. The Court has declared that no dispute exists between the Marshall Islands and Pakistan regarding the question of nuclear disarmament. In so doing, it has spared the Respondent any independent review of its conduct. This is all the more regrettable since the Court’s formalistic reasoning pales into insignificance when compared not only to the fundamental importance of the questions raised by the Applicant — the small matter

— la bagatelle de la survie de l'humanité — mais encore de la jurisprudence quasi centenaire de la Cour qui a longtemps su se montrer pragmatique et ouverte sur le monde.

\* \* \*

2. Dans l'instance introduite par les Iles Marshall contre le Pakistan, la Cour est parvenue à la conclusion qu'elle n'a pas compétence, compte tenu de l'absence, avant le dépôt de la requête, d'un différend d'ordre juridique entre les Parties. De sa démonstration il découle que :

- a) les Iles Marshall et le Pakistan ne nourrissent pas des opinions clairement opposées en ce qui concerne l'existence d'une obligation de droit international coutumier de négocier en vue du désarmement nucléaire à une date rapprochée et en ce qui concerne la conformité du comportement du défendeur aux obligations potentielles qui le lient ;
- b) le différend aurait dû exister à la date d'introduction de la requête par le demandeur, date couperet qui rend sans pertinence les échanges dont la Cour a été témoin ;
- c) la tendance de la Cour à faire preuve de flexibilité et de pragmatisme au sujet de défauts procéduraux réparables ne trouve pas sa place en l'espèce.

\* \* \*

3. La Cour s'est appliquée depuis longtemps à fixer dans le détail sa procédure de détermination de l'existence d'un différend susceptible de faire l'objet d'un règlement judiciaire. Elle l'a répété encore récemment dans l'affaire relative aux *Violations alléguées de droits souverains et d'espaces maritimes dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Colombie)*. Nous savons ainsi que le critère saillant est l'expression par une des parties d'une réclamation à laquelle l'autre partie s'oppose manifestement. Nous savons également que la date à prendre en compte pour vérifier l'existence d'une nette opposition des points de vue entre les deux parties est celle à laquelle la requête est soumise à la Cour. Nous savons enfin que l'existence du différend doit être déterminée «*objectivement*» par la Cour : il s'agit d'une question de fond et non de forme. La Cour a résumé en effet elle-même sa jurisprudence comme suit, dans l'affaire précitée :

«50. L'existence d'un différend entre les parties est une condition à la compétence de la Cour. Un tel différend, selon la jurisprudence constante de la Cour, est un «*désaccord sur un point de droit ou de fait, une contradiction, une opposition de thèses juridiques ou d'intérêts entre deux personnes.*» (*Concessions Mavrommatis en Palestine, arrêt n° 2, 1924, C.P.J.I. série A n° 2, p. 11 ; voir aussi Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de*

of humanity's survival — but also to the almost 100 years of jurisprudence of the Court, which has long shown itself to be pragmatic and open to the world.

\* \* \*

2. In the proceedings introduced by the Marshall Islands against Pakistan, the Court has reached the conclusion that it does not have jurisdiction in the absence of a legal dispute between the Parties prior to the filing of the Application. According to its reasoning:

- (a) the Marshall Islands and Pakistan do not have clearly opposing views as to the existence of an obligation under customary international law to negotiate with a view to nuclear disarmament at an early date, or as to the compliance of the Respondent's conduct with the potential obligations incumbent upon it;
- (b) the dispute should have existed on the date on which the proceedings were instituted by the Applicant, a cut-off date which renders irrelevant the exchanges witnessed by the Court;
- (c) the Court's tendency to show flexibility and pragmatism when faced with reparable procedural defects has no place in this case.

\* \* \*

3. It has long been the practice of the Court to lay down the details of its procedure for determining the existence of a justiciable dispute. It repeated this practice just recently in the case concerning *Alleged Violations of Sovereign Rights and Maritime Spaces in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Colombia)*. Thus we know that the salient criterion is the making of a claim by one party to which the other party is positively opposed. We also know that the date to be taken into account in verifying the existence of a clear opposition of views between the two parties is that on which the application is submitted to the Court. Finally, we know that the existence of a dispute is a matter for “objective” determination by the Court: the matter is one of substance, not of form. Indeed, the Court itself summarized its jurisprudence as follows, in the above-mentioned case:

“50. The existence of a dispute between the parties is a condition of the Court's jurisdiction. Such a dispute, according to the established case law of the Court, is ‘a disagreement on a point of law or fact, a conflict of legal views or of interests between two persons’ (*Mavrommatis Palestine Concessions, Judgment No. 2, 1924, P.C.I.J., Series A, No. 2, p. 11*; see also *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*

*discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2011 (I), p. 84, par. 30.)* Il doit avoir été établi «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*). Il importe peu de savoir laquelle d'entre elles est à l'origine de la réclamation, et laquelle s'y oppose. Ce qui importe, c'est que «les points de vue des deux parties, quant à l'exécution ou à la non-exécution» de certaines obligations internationales, «so[ient] nettement opposés» (*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*).

La Cour rappelle que «[l']existence d'un différend international demande à être établie objectivement» par elle (*ibid.*; voir aussi *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal), arrêt, C.I.J. Recueil 2012 (II), p. 442, par. 46; Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2011 (I), p. 84, par. 30; Essais nucléaires (Australie c. France), arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 271, par. 55; Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France), arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 476, par. 58*). La Cour, «pour se prononcer, doit s'attacher aux faits. Il s'agit d'une question de fond, et non de forme.» (*Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2011 (I), p. 84, par. 30.*)

.....

52. En principe, la date critique aux fins d'apprécier l'existence d'un différend est celle à laquelle la requête est soumise à la Cour (*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; 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; 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*).» (*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. 26-27, par. 50 et 52.*)

\* \* \*

(*Georgia v. Russian Federation*), *Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2011 (I)*, p. 84, para. 30). ‘It must be shown that the claim of one party is positively opposed by the other.’ (*South West Africa (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa)*, *Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1962*, p. 328.) It does not matter which one of them advances a claim and which one opposes it. What matters is that ‘the two sides hold clearly opposite views concerning the question of the performance or non-performance of certain’ international obligations (*Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, First Phase, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1950*, p. 74).

The Court recalls that ‘[w]hether there exists an international dispute is a matter for objective determination’ by the Court (*ibid.*; see also *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, *Judgment, I.C.J. Reports 2012 (II)*, p. 442, para. 46; *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation)*, *Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2011 (I)*, p. 84, para. 30; *Nuclear Tests (Australia v. France)*, *Judgment, I.C.J. Reports 1974*, p. 271, para. 55; *Nuclear Tests (New Zealand v. France)*, *Judgment, I.C.J. Reports 1974*, p. 476, para. 58). ‘The Court’s determination must turn on an examination of the facts. The matter is one of substance, not of form.’ (*Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation)*, *Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2011 (I)*, p. 84, para. 30.)

.....

52. In principle, the critical date for determining the existence of a dispute is the date on which the application is submitted to the Court (*Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation)*, *Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2011 (I)*, p. 85, para. 30; *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom)*, *Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1998*, pp. 25-26, paras. 43-45; *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United States of America)*, *Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1998*, pp. 130-131, paras. 42-44).” (*Alleged Violations of Sovereign Rights and Maritime Spaces in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Colombia)*, *Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2016 (I)*, pp. 26-27, paras. 50 and 52.)

\* \* \*

4. Si la Cour a toujours tenu à s'attacher à une définition générale uniforme d'un différend d'ordre juridique, elle n'a pas en revanche marqué autant de fidélité aux critères de détermination de l'existence de ce différend. La définition reste une « *opposition manifeste d'opinions ou d'intérêts* », un « *désaccord sur un point de droit ou de fait* », une « *contradiction* » ou « *opposition de thèses juridiques ou d'intérêts* ». Cela dit bien de quoi il s'agit : la survenance d'une divergence d'opinions, de droits ou d'intérêts mettant en désaccord deux Etats et les plaçant en situation d'opposition l'un par rapport à l'autre génère bien un différend d'ordre juridique susceptible de recevoir un règlement judiciaire au sens de l'article 36, paragraphe 2, du Statut de la Cour.

5. Mais une fois posée cette définition, uniformément calibrée, les critères de détermination du différend semblent, surtout depuis quelques années, d'application assez ambiguë. La plus significative dissonance jurisprudentielle commença avec l'arrêt du 1<sup>er</sup> avril 2011 en l'affaire *Géorgie c. Fédération de Russie* dans lequel la Cour examina en détail les échanges entre les parties et limita très strictement le différend dans le temps. Si la Cour a formellement décliné sa compétence sur la base de l'absence de négociations entre les parties — une condition contenue dans la clause compromissoire pertinente — il n'en reste pas moins que c'est bien l'approche restrictive donnée aux critères de détermination de l'existence d'un différend qui a mené à cette conclusion. En effet, la Cour a d'abord établi avec précision la date de naissance du différend, fixée au 9 août 2008, soit trois jours avant l'introduction de l'instance (*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). C'était la première fois de son histoire qu'elle s'imposait un tel exercice. Puis, elle a déclaré que « les Parties ne purent négocier sur les questions litigieuses ... [que durant] la période au cours de laquelle la Cour a établi qu'un différend susceptible de relever de la CIEDR avait surgi entre les Parties » (*ibid.*, p. 135, par. 168).

6. La Cour a persévéré dans cette tendance, et l'a même renforcée, dans l'affaire relative à des *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader*, lorsqu'elle a refusé de connaître d'une partie de l'affaire, concernant des obligations relevant du droit coutumier, alors qu'un différend à ce propos existait assurément au jour du prononcé de l'arrêt de la Cour (*Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal), arrêt, C.I.J. Recueil 2012 (II)*, p. 445, par. 55; voir également l'opinion individuelle du juge Abraham dans cette affaire).

\* \* \*

4. Although the Court has always adhered to a standard general definition of a legal dispute, it has not shown the same level of consistency in respect of the criteria for determining the existence of that dispute. A legal dispute continues to be defined as a “*clear difference of opinion or of interests*”, a “*disagreement on a point of law or fact*”, or a “*conflict of legal views or of interests*”. This definition is self-explanatory: the emergence of conflicting opinions, rights or interests setting two States at odds and placing them in opposition to one another, gives rise to a justiciable legal dispute within the meaning of Article 36, paragraph 2, of the Statute of the Court.

5. This uniformly calibrated definition having been established, however, the criteria for determining the existence of a dispute appear, especially in recent years, to be somewhat ambiguously applied. The most significant break from its jurisprudence can be seen in the Judgment of 1 April 2011 in the case between Georgia and the Russian Federation, in which the Court conducted a detailed examination of the parties’ exchanges and identified an extremely narrow time frame for the dispute. Although the Court formally concluded that it lacked jurisdiction on the basis of an absence of negotiations between the parties — a condition contained in the relevant compromissory clause — it was, however, the restrictive approach adopted towards the criteria for determining the existence of a dispute which brought about that finding. In fact, the Court first precisely established the date on which the dispute arose, fixing it as 9 August 2008, that is to say, three days before the institution of the proceedings (*Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2011 (I)*, p. 120, para. 113) — the first time in its history that it had conducted such an exercise — and then declared that “it was only possible for the Parties to be negotiating the matters in dispute . . . [in] the period during which the Court found that a dispute capable of falling under CERD had arisen between the Parties” (*ibid.*, p. 135, para. 168).

6. The Court continued — and even reinforced — this tendency in the case concerning *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite*, when it declined to hear one part of the case, relating to obligations under customary international law, even though there was clearly a dispute on this point on the date of delivery of the Court’s Judgment (*Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), Judgment, I.C.J. Reports 2012 (II)*, p. 445, para. 55; see also Judge Abraham’s separate opinion in that case).

\* \* \*

## II. UNE JURISPRUDENCE TRADITIONNELLE PEU FORMALISTE

7. L'activité présente de la Cour, qui paie au prix cher un certain formalisme, pourrait à juste titre paraître en reflux par rapport à sa jurisprudence traditionnelle.

8. Celle-ci montre clairement que la Cour n'a pas perdu de vue qu'elle est l'« *organe judiciaire principal* » des Nations Unies, mis au service des Etats pour régler leurs différends. Elle a, depuis sa création, cherché à accomplir sa mission tout en épousant le « *temps* » de l'Organisation internationale pour être fidèle à sa vocation d'aider les Etats à retrouver la paix et l'harmonie entre eux.

9. A cet égard, elle n'a jamais considéré qu'elle était la prisonnière recluse et résignée du formalisme qui risquait de l'empêcher d'atteindre la solution juste et raisonnable souhaitée. Il y avait assurément quelque motif à saluer sa lucidité et son inventivité quand elle se prononçait en 1949 pour l'existence d'une « *personnalité internationale* » au bénéfice de l'ONU, quand elle dotait en 1950 l'Assemblée générale de toute la *compétence utile pour l'admission d'un Etat aux Nations Unies*, quand elle interdisait en 1951 *les réserves à la convention pour la prévention et la répression d'un crime aussi grave que le génocide*, ou enfin quand elle décidait en 1962 que *certaines dépenses au Congo* ou pour la force des Nations Unies au Moyen-Orient étaient bien des dépenses de l'ONU à la charge de tous les Etats Membres.

10. Dans sa marche toujours sereine et sûre au service de la communauté internationale, elle montrait éloquemment encore, avec son avis consultatif sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, jusqu'à quel point de raffinement et d'habileté elle pouvait aller pour servir l'Organisation internationale à laquelle elle appartient, ainsi que la communauté internationale dans son ensemble, qu'elle a le devoir supérieur de protéger.

11. Si la pratique effective des Etats crée la coutume internationale, la Cour savait aussi se souvenir opportunément que les Etats qui violent un principe juridique s'échinent toujours à assurer la communauté internationale qu'ils ne font au contraire que l'appliquer. Elle interprète alors un tel mensonge qui n'est qu'un hommage que le vice rend à la vertu, comme l'expression d'une *opinio juris* puisque même les Etats auteurs de manquements à ce principe reconnaissent son existence.

12. Cette sécularisation, au plus noble sens du terme, de la Cour apparaît tout aussi bien dans l'exercice de sa fonction contentieuse. Je retiens de son arrêt de 1970 sur la *Barcelona Traction ses obiter dicta* concernant les obligations *erga omnes* qui s'imposent aux Etats et qui servent du coup la communauté internationale dans son ensemble. Comment pourrais-je aussi oublier les retentissants arrêts de 1984 et 1986 dans l'affaire du *Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique*, où la Cour rompit si spectaculairement avec tout formalisme paralysant? Son arrêt de 1986 sur le fond constitue un savant manuel, mieux, un grand « *traité de droit international coutumier* », si utile pour remplacer, quand il le faut, le droit conventionnel.

## II. A TRADITIONALLY LESS FORMALISTIC JURISPRUDENCE

7. The Court's present approach, which pays a heavy price for a certain degree of formalism, could rightly be regarded as a move away from its traditional jurisprudence.

8. The latter clearly shows that the Court has maintained sight of the fact that it is the "*principal judicial organ*" of the United Nations, at the disposal of States for the settlement of their disputes. Since its establishment, the Court has sought to carry out its mission while "*keeping in step*" with the Organization, in order to remain faithful to its vocation of promoting peace and harmony among States.

9. In this respect, it has never considered itself to be inescapably bound by a formalism which might prevent it from reaching the just and reasonable solution that is desired. There was certainly good reason to praise the Court's clarity and its resourcefulness when it stated, in 1949, that it considered the United Nations to possess "*international personality*"; when it gave its opinion, in 1950, on the *Competence of the General Assembly for the Admission of a State to the United Nations*; when it expressed its view, in 1951, on *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*; and, finally, when it stated in 1962 that, in its opinion, *Certain Expenses* incurred in the Congo and by the United Nations Force in the Middle East constituted expenditure of the Organization, to be borne by all Member States.

10. On its ever calm and confident path in the service of the international community, the Court would once again eloquently demonstrate, with its Advisory Opinion on the *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, just how much finesse and skill it could employ in order to support the international organization to which it belongs, as well as the international community as a whole, which it has an overriding duty to protect.

11. While the effective practice of States creates international custom, the Court has also known exactly when to bear in mind that States in breach of a legal principle will always do their utmost to reassure the international community that they are in fact merely applying that principle. The Court thus interprets such an untruth, which is nothing more than the homage that vice pays to virtue, as the expression of an *opinio juris*, since even States which breach this principle recognize its existence.

12. This secularization of the Court, in the noblest sense of the term, is also apparent in the exercise of its contentious function. What stands out for me in the Court's 1970 Judgment in the *Barcelona Traction* case are its *obiter dicta* concerning *erga omnes* obligations which are binding on States and which therefore serve the international community as a whole. And how could I fail to mention the resounding Judgments of 1984 and 1986 in the case between Nicaragua and the United States, in which the Court broke away so spectacularly from any paralyzing formalism. Its 1986 Judgment on the merits is an academic handbook, better still, a major "*treatise of international customary law*", and an extremely useful substitute for treaty law, when required.

13. Voulait-on barrer la route à la Cour dans son souci premier d'appliquer la Charte au sujet du non-recours à la force et de la légitime défense? C'était peine inutile. La réserve Vandenberg, invoquée par l'Etat défendeur, avait l'ambition de miner les chemins de la Cour menant à la Charte, traité multilatéral que la Cour ne pouvait pas interpréter, soutenait le défendeur, en l'absence de tous les autres Etats parties à cet instrument. La Cour se complut alors à contourner élégamment et puissamment l'obstacle dressé pour rendre un jugement d'une belle architecture et d'une rectitude juridique exemplaire.

14. L'arrêt de 1984 sur la compétence et la recevabilité en cette affaire-là du Nicaragua n'avait pas non plus souffert de la pâleur malade qu'on lui craignait. Le remède n'était sûrement pas à rechercher dans la trousse étriquée du formalisme strict. Déployant sa capacité à faire valoir une vision dynamique et concrète du juste et du raisonnable, la Cour a su accueillir et valider la clause facultative de juridiction obligatoire souscrite par le Nicaragua en 1929, alors qu'elle semblait compromise par un sort incertain.

15. En bref, la Cour a pu savoir éviter d'être prisonnière de la lettre de la Charte ou des lacunes du droit international. Elle sut donner à celui-ci les couleurs vives d'un véritable droit de toutes les nations. Notre juridiction, richement dotée aujourd'hui d'un héritage encore plus prestigieux que je ne peux le dire, possède l'imagination nécessaire pour toujours servir cette justice éclairée.

16. Peut-être a-t-elle fait la part belle à un certain formalisme qui lui paraissait de bon aloi à la fin du XX<sup>e</sup> siècle, avec l'affaire *Jamahiriya arabe libyenne/Tchad* de 1994 au sujet de la « bande d'Aouzou » et avec celle du *Timor oriental* de 1995? En la première affaire, elle s'en était tenue strictement au traité franco-libyen de 1955 qui délimitait la zone et en la seconde elle était tout aussi strictement focalisée sur l'absence de la « partie indispensable ».

17. On ne peut toutefois pas soutenir qu'elle a pris définitivement le parti du formalisme en ces cas, puisque sa jurisprudence de la même époque comporte tout de même l'affaire de *Certaines terres à phosphates à Nauru* de 1992 où elle s'ouvrit sur la salubrité d'un grand air.

18. Ce rapide et schématique panorama de la jurisprudence de la Cour depuis sa création me fait quelque peu regretter la physionomie que pourrait laisser la décision de ce jour en la présente affaire.

\* \* \*

19. Il me paraît d'autant plus impératif que la Cour fasse un effort de clarification dans sa détermination de l'existence d'un différend, qu'il s'agit d'une question majeure dont dépend directement soit sa compétence, soit l'exercice de celle-ci, selon le cas. En effet, comme elle l'a déclaré souvent,

« [ ] la Cour, comme organe juridictionnel, a pour tâche de résoudre des différends existant entre Etats. L'existence d'un différend est

13. Was it hoped to frustrate the Court's primary goal of applying the Charter to the subject of the non-use of force and self-defence? Such efforts were in vain. The Vandenberg reservation, invoked by the Respondent, aimed to undermine the Court's paths to the Charter, a multilateral treaty, which, the Respondent argued, the Court could not interpret in the absence of all the other parties to that instrument. The Court then took pleasure in elegantly and convincingly overcoming the obstacle in its path to deliver a judgment which was both beautifully constructed and a model of legal soundness.

14. Nor was the 1984 Judgment on jurisdiction and admissibility in that Nicaragua case the damp squib that was feared. The solution was certainly not to be found in the narrow confines of strict formalism. Making use of its ability to enforce a dynamic and concrete vision of what is just and reasonable, the Court acknowledged and confirmed the validity of Nicaragua's recognition of its compulsory jurisdiction by means of the optional clause in 1929, in spite of the uncertainty that appeared to surround it.

15. In short, the Court successfully avoided falling prisoner to the letter of the Charter and the lacunae of international law. It gave that law the vibrant colours of a true law of nations. Our Court, which nowadays enjoys a rich heritage more prestigious than words can say, has the necessary imagination to ensure that it always serves this enlightened form of justice.

16. Perhaps the Court did place some emphasis on maintaining a certain degree of what it considered worthwhile formalism at the end of the twentieth century: in 1994, in the case between Libya and Chad concerning the "*Aouzou strip*", and in 1995, in the *East Timor* case. In the first, the Court strictly adhered to the 1955 Franco-Libyan Treaty, which delimited the zone; in the second, it focused just as sharply on the absence of the "*indispensable party*".

17. However, it cannot be argued that the Court made a definitive move towards formalism in those cases, since its jurisprudence from the same era also includes the 1992 *Certain Phosphate Lands in Nauru* case, in which it threw off any shackles of that kind.

18. This quick and simplified overview of the Court's jurisprudence since its establishment leaves me somewhat saddened at the impression that might be left by today's decision in the present case.

\* \* \*

19. In my view, it is all the more vital that the Court should endeavour to clarify how it determines the existence of a dispute, since this is a fundamental question on which both its jurisdiction and the exercise of its jurisdiction directly depend. Indeed, the Court has often stated that:

“[t]he Court, as a court of law, is called upon to resolve existing disputes between States. Thus the existence of a dispute is the primary

donc la condition première de l'exercice de sa fonction judiciaire» (*Essais nucléaires (Australie c. France)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1974*, p. 270-271, par. 55; et *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1974*, p. 476, par. 58).

20. Il me paraît donc absolument nécessaire que la Cour donne plus de cohérence à la détermination des critères d'existence du différend et à leur application concrète dans chaque cas d'espèce. Personne ne se hasarderait à contester à la Cour son pouvoir de fixer les critères objectifs de détermination de l'existence d'un différend susceptible de faire l'objet d'un règlement judiciaire et de les appliquer à chaque cas d'espèce. La Cour a parfaitement le pouvoir, et c'est l'essence même de sa fonction juridictionnelle, d'appliquer ces critères de façon stricte ou à l'inverse de manière flexible, selon les mérites de chacune des espèces. Mais le fait-elle systématiquement? Cela ne me paraît pas le cas. Entièrement libre d'appliquer des critères qu'elle a dégagés elle-même, elle en fait une application tantôt étroite, tantôt souple, sans justifier complètement son choix, suscitant une certaine insécurité juridique chez les Etats et une certaine perplexité chez les lecteurs, les uns et les autres ne sachant pas pourquoi un cas d'espèce peut bénéficier de la compréhension de la Cour quand un autre ne peut y prétendre.

21. Ce premier devoir de cohérence, pourtant si nécessaire, n'est pas suffisant. La Cour doit également se garder, à mon avis, de se laisser entraîner à la fossilisation. La fidélité à l'application rationnelle des critères n'exclut pas de demeurer en même temps ouvert aux préoccupations changeantes du monde. La Cour doit donc d'une part savoir vivre son siècle en étant à l'écoute réfléchie de la sourde rumeur du monde et d'autre part conserver sa cohérence jurisprudentielle, ce qui témoigne de la difficulté de sa mission. Il ne s'agit nullement pour elle de faire droit à toute nouveauté. Elle s'en garde bien. *Il s'agit de savoir quand et comment il conviendrait de resserrer ou au contraire d'élargir l'application des critères à la base de la jurisprudence «Mavrommatis» et «Sud-Ouest africain» et surtout de dire chaque fois pourquoi il faut préférer la flexibilité ou son contraire dans l'espèce considérée.* La jurisprudence serait ainsi perçue en toute intelligibilité.

22. Mais pour l'heure le danger le plus inquiétant reste l'excès de formalisme. Car le dommage causé par la jurisprudence qu'il inspire me paraît considérable lorsqu'il s'y ajoute, comme c'est le cas maintenant, une jurisprudence privée de toute visibilité pour l'avenir. Ne plus être assuré que la Cour appliquera demain des critères plus stricts ou plus lâches qu'aujourd'hui pour déterminer l'existence d'un différend ne constitue d'ailleurs pas seulement une perte de visibilité; cela provoque clairement le risque d'arbitraire.

\* \* \*

condition for the Court to exercise its judicial function.” (*Nuclear Tests (Australia v. France)*, *Judgment*, *I.C.J. Reports 1974*, pp. 270-271, para. 55, and *Nuclear Tests (New Zealand v. France)*, *Judgment*, *I.C.J. Reports 1974*, p. 476, para. 58.)

20. It thus seems to me absolutely essential for the Court to show greater consistency when determining the criteria for establishing the existence of a dispute and when applying those criteria to each individual case. No one would venture to question the Court’s power to fix the objective criteria for determining the existence of a justiciable dispute or to apply those criteria to each particular case. The Court is perfectly entitled — indeed, it is the essence of its judicial function — to apply those criteria in either a strict or a flexible manner, according to the merits of the individual cases before it. But does it do so systematically? It does not appear so to me. Being entirely at liberty to apply the criteria it has itself identified, the Court is sometimes strict in its application and sometimes flexible, without fully justifying its choice; this creates a certain amount of legal uncertainty for States and a certain level of confusion for readers, none of them knowing why one case may benefit from the Court’s understanding, when another cannot aspire to do so.

21. This first duty of consistency, while highly necessary, is not sufficient. In my opinion, the Court must also guard against fossilization. Being committed to the rational application of criteria does not preclude simultaneously remaining open to changing global concerns. The Court must therefore, on the one hand, ensure that it is keeping pace with its times by listening carefully to the world’s dull clamour, and, on the other, maintain consistency in its jurisprudence, which demonstrates the difficulty of its mission. It is by no means a case of the Court accepting every new idea. That is the last thing it would do. *It is about knowing when and how to limit, or, alternatively, to expand, the application of the criteria at the root of the “Mavrommatis” and “South West Africa” Judgments, and, above all, explaining each time why it is necessary to favour flexibility or formalism in that particular case.* The jurisprudence would thus be readily understood.

22. For the moment, however, the greatest danger remains excessive formalism. Because in my view, the damage caused by the jurisprudence it inspires is immense when, as is the case here, it combines with a jurisprudence which is entirely unclear for the future. Moreover, no longer knowing whether tomorrow the Court will apply stricter or more relaxed criteria than today when determining the existence of a dispute does not simply constitute a loss of clarity: it evidently increases the risk of the arbitrary.

\* \* \*

## III. NOTIFICATION/«CONNAISSANCE»?

23. Si l'on évoque la question de la «*notification*» du différend par l'Etat demandeur à l'Etat défendeur, on constate bien, au travers de toute sa jurisprudence traditionnelle, la réticence réelle de la Cour à en faire une précondition à remplir avant l'introduction d'une requête. Mais aujourd'hui on fait là une irruption dans un champ désormais miné. Le temps serein où la Cour a répété sans relâche qu'il n'existe aucun principe ou règle de droit international qui imposerait à l'Etat requérant de notifier sa réclamation à l'Etat défendeur préalablement à l'introduction de la requête se couvre aujourd'hui des nuages menaçants de la décision de 2011, pourtant fondée sur une clause compromissoire facultative, de sorte qu'une ambiguïté certaine brouille le panorama.

24. Relevons tout d'abord que la Cour a, à juste titre, rejeté l'argument du Pakistan selon lequel il n'existe pas de différend en raison, *inter alia*, de l'absence de notification ou de négociations pertinentes. La Cour affirme en effet

- a) que «[l]orsque la Cour est saisie sur la base de déclarations faites en vertu du paragraphe 2 de l'article 36 de son Statut, la tenue de négociations préalables n'est pas requise, à moins que l'une des déclarations pertinentes n'en dispose autrement»; et
- b) 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 ... n'est pas une condition nécessaire» à l'existence d'un différend» (arrêt, par. 35).

25. Nous voilà donc parfaitement assurés que le droit international n'impose ni négociations préalables, ni notification anticipée. Mais le Pakistan et la Cour ne se sont malheureusement pas arrêtés là.

Quittant ce terrain du droit et se plaçant sur celui des faits, le Pakistan relève que si ces négociations préalables et cette notification avaient pu avoir lieu, elles auraient du moins permis de démontrer matériellement l'existence du différend. Rien n'est plus exact et rien n'empêche d'en donner acte au Pakistan sur le plan des faits, mais cela ne change absolument rien à la situation juridique caractérisée par l'absence de toute précondition à l'introduction de la requête des Iles Marshall.

Quant à la Cour, elle a ajouté la réflexion suivante qui, elle, semble poser problème :

«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.*» (*Ibid.*, par. 38; les italiques sont de moi.)

## III. NOTIFICATION/"AWARENESS"?

23. If we consider the question of the applicant's "notification" of the dispute to the respondent, it is clear from all of its traditional jurisprudence that the Court is genuinely reticent to make notification a precondition for the institution of proceedings. But today we are stepping into what is now a minefield. The clear skies that prevailed when the Court consistently recalled that there is no principle or rule in international law requiring the applicant to notify its claim to the respondent prior to filing its application are now filled with the menacing clouds of the 2011 decision — even though that was based on an optional compromissory clause — creating uncertainty and obscuring the general view.

24. It should first be noted that the Court rightly rejected Pakistan's argument that there is no dispute because, amongst other things, there was no notification and there have been no relevant negotiations. Indeed, the Court states that:

- (a) "[p]rior negotiations are not required where the Court has been seised on the basis of declarations made pursuant to Article 36, paragraph 2, of its Statute, unless one of the relevant declarations so provides"; and
- (b) "although a formal diplomatic protest may be an important step to bring a claim of one party to the attention of the other, such a formal protest is not a necessary condition' for the existence of a dispute" (Judgment, para. 35).

25. We are thus perfectly assured that international law does not require prior negotiations or advance notification. Unfortunately, however, neither Pakistan nor the Court stopped there.

Leaving this legal territory and turning to the facts, Pakistan observes that if these prior negotiations and notification had taken place, they would at least have provided material proof that the dispute exists. That is entirely true, and there is nothing to prevent the Court from acknowledging that Pakistan is factually correct, but this does not in any way alter the legal situation, which is characterized by the absence of any precondition for the institution of proceedings by the Marshall Islands.

For its part, the Court added the following remark, which in itself appears problematic:

"The evidence must show that the parties 'hold clearly opposite views' with respect to the issue brought before the Court . . . As reflected in previous decisions of the Court in which the existence of a dispute was under consideration, a dispute exists *when it is demonstrated, on the basis of the evidence, that the respondent was aware, or could not have been unaware, that its views were 'positively opposed' by the applicant.*" (*Ibid.*, para. 38; emphasis added.)

26. J'observe que la Cour paraît alors établir une corrélation directe et, semble-t-il, automatique, entre la *connaissance* d'une opposition de points de vue et l'existence d'un différend. Par ce paragraphe 38, la Cour semble suggérer qu'elle n'impose pas une condition supplémentaire. L'élément de « connaissance » ne serait qu'une simple considération déduite inévitablement des éléments de preuve. Mais la Cour ne se contente pas d'indiquer ce prétendu lien de cause à effet au paragraphe 38; elle s'y réfère deux nouvelles fois encore, aux paragraphes 48 et 52 de sa décision. J'observe également que, dans le raisonnement de la Cour, l'essentiel est bien le fait pour l'Etat défendeur d'« avoir connaissance ». La Cour ne s'est pas hasardée à préciser comment ou de quelle source le défendeur devait tenir son information. Elle se garde de dire qu'il doit être informé par l'Etat demandeur, ce qui ferait revivre frontalement le concept de « notification » comme précondition à l'existence du différend. Mais elle n'exclut pas non plus que cette information puisse émaner du demandeur! Le couple « *pas de notification préalable (par le demandeur) — mais connaissance préalable (par le défendeur)* » ne peut alors vivre qu'une cohabitation difficile et ambiguë.

27. L'arrêt de ce jour érige, qu'on le veuille ou non, en une sorte de précondition, la « connaissance » de l'opposition des thèses en présence. Cette nouvelle exigence possède des contours tellement vagues et imprécis qu'elle autorise toutes les hypothèses. N'assiste-t-on pas alors à la résurrection rampante du concept de « notification »? Par la présente décision de ce jour, on semble consentir à réduire les arêtes les plus saillantes de la notification formelle et quasi notariale en se contentant d'exiger la preuve que la partie défenderesse avait « connaissance », ou qu'elle avait pris de quelque façon conscience de l'existence du différend. Je m'explique mal pourquoi la Cour a imaginé, par son raisonnement, quelque chose qui devient nécessairement et fâcheusement un genre de précondition faisant obstacle à sa compétence.

28. Mais si l'on admet l'existence de cette précondition supplémentaire, pourquoi ne pas l'appliquer alors correctement? Comment soutenir que le Pakistan n'avait pas « connaissance » des thèses antinucléaires des Iles Marshall s'opposant à son comportement nucléaire? Le défendeur ignorait-il donc à ce point que le demandeur avait soixante-sept fois souffert des retombées radioactives des essais américains sur ses îles, qu'il avait engagé de ce fait de nombreuses procédures judiciaires aux Etats-Unis et qu'il avait fait ses déclarations de 2013 et 2014 dans des enceintes internationales ouvertes à tous?

29. Aucune des déclarations des Iles Marshall de 2013 et 2014 ne critiquait certes nommément le Pakistan. Elles visaient indistinctement tous les Etats dotés d'armes nucléaires que le monde entier connaît. Elles n'ont cependant nullement exclu le Pakistan. Etait-il vraiment raisonnable de penser que les Iles Marshall avaient exclu le Pakistan de la généralisation de leur propos contre les Etats nucléaires? Une mise à l'écart de cette nature et de cette importance ne saurait être le résultat d'une supposition si aventurée.

26. I would point out that the Court thus seems to establish a direct and — it would appear — automatic correlation between *awareness* of an opposition of views and the existence of a dispute. With this paragraph, the Court seems to suggest that it is not imposing an additional condition. The “awareness” element is nothing more than a simple observation that is inevitably inferred from the evidence. Yet the Court is not content to mention this purported causal link in paragraph 38 only; it also refers to it on two further occasions, in paragraphs 48 and 52 of its decision. I would also point out that, in the Court’s reasoning, what is essential is the fact that the respondent should “*be aware*”. The Court has not attempted to explain how or from what source the respondent should obtain its information. It is careful not to state that the respondent must be informed by the applicant, which would directly revive the concept of “*notification*” as a precondition for the existence of a dispute. Yet nor does it exclude the possibility of this information coming from the applicant! These two things — “*no prior notification (by the applicant), but prior knowledge (by the respondent)*” — can only ever form a difficult and uncertain partnership.

27. Whether we like it or not, today’s Judgment establishes the “*awareness*” of the presence of opposing views as a sort of precondition. This new requirement is so vaguely and imprecisely defined that it is open to all manner of interpretations. Are we not thus witnessing the resurrection by degrees of the “*notification*” concept? With today’s decision, we seem to be agreeing to reduce the most salient features of the formal and quasi-notarial notification process by simply requiring proof that the respondent was “*aware*” or had somehow become conscious of the existence of the dispute. I find it difficult to understand why, in its reasoning, the Court has conceived of something which inevitably and regrettably becomes a kind of precondition that forms an obstacle to its jurisdiction.

28. However, if we accept the existence of this additional precondition, then why not apply it correctly? How can it be argued that Pakistan was not “*aware*” of the Marshall Islands’ anti-nuclear views in opposition to its own nuclear conduct? Did the Respondent not know at that time that the Applicant had on 67 occasions suffered the radioactive fall-out from weapons testing on its islands by the United States; that, on account of that fact, it had instituted numerous legal proceedings in the United States; and that it had made its 2013 and 2014 statements at international events which were open to all?

29. Of course, neither the 2013 nor the 2014 statement of the Marshall Islands condemned Pakistan by name. They were aimed at all States possessing nuclear weapons, without distinction, as everyone knows. They did not, however, exclude Pakistan. Was it really reasonable to think that the Marshall Islands had omitted Pakistan from its general statement against nuclear States? An exclusion of this nature and importance cannot be the result of such a hazardous assumption.

30. Certes, on pourrait toujours, pour sauver une cohérence de façade, avancer dans ce cas que cette « *connaissance* » peut être obtenue par d'autres moyens que la notification. Mais l'on s'enliserait sans profit dans les méandres d'une justification laborieuse. Pour s'en sortir, il faudrait se résoudre à imposer clairement de nouveau la « *notification* ». Il serait alors peu glorieux d'adorer aujourd'hui ce qu'on a brûlé hier.

31. De surcroît, comment juger la « *connaissance* » et ses degrés dans la conscience du défendeur? Faudra-t-il imposer au juge international, qui est le technicien du droit, d'être aussi expert en psychologie pour sonder les reins et le cœur d'une personne qui se trouve être de surcroît un Etat, l'Etat défendeur? Du reste comment cette incursion insolite dans le subjectivisme pourrait-elle s'accommoder avec une recherche déclarée « *objective* » de l'existence d'un différend? Pourtant la Cour avait encore récemment jugé que, « lorsqu'elle détermine s'il existe ou non un différend, [elle] s'attache au « fond, et non [à la] forme » » (*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*).

\* \* \*

#### IV. DATE DE L'EXISTENCE D'UN DIFFÉREND

32. Dans le présent arrêt, la Cour paraît s'attacher à sa jurisprudence traditionnelle selon laquelle, « [e]n principe, la date à laquelle doit être appréciée l'existence d'un différend est celle du dépôt de la requête » (par. 39).

33. C'est ce que la Cour avait en particulier décidé dans l'affaire qui a opposé la Géorgie à la Fédération de Russie (*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*) et où la Cour déclare: « En principe, le différend doit exister au moment où la requête est soumise à la Cour. »

34. Mais la Cour m'a semblé avoir évité, dans sa jurisprudence traditionnelle, de vouer un culte fétichiste à cette date critique si l'on se souvient que ses décisions comportent les expressions « *en règle générale* » et « *en principe* » qui relativisent la portée et l'importance que cette date pourrait avoir. Elle a ainsi entrepris d'examiner les événements *antérieurs* et *postérieurs* à la date critique — sur lesquels je reviendrai plus loin — pour qualifier plus exactement la situation. Elle a décidé dans l'affaire des *Actions armées frontalières et transfrontalières (Nicaragua c. Honduras)*, dans le cadre de l'examen de certaines conditions mises à la recevabilité de la requête, ici celle relative à la tenue de négociations, que:

« [l]a date critique à retenir pour déterminer la recevabilité d'une requête est celle de son dépôt (cf. *Sud-Ouest africain, exceptions pré-*

30. To make a show of consistency, one could of course argue here that this “*awareness*” can be obtained by means other than notification. But that would involve becoming mired in the complexities of a painstaking reasoning, to no avail. Extricating oneself from this difficulty would mean resorting to the clear reinstatement of the “*notification*” concept. And there would be little glory in worshipping today what was consigned to the flames yesterday.

31. Furthermore, how can the Respondent’s level of “*awareness*” be assessed? Will the International Court, the expert in law, now also be required to become adept in psychology, so that it can probe the heart and mind not of an individual, but of a State, the respondent? And how could this unusual excursion into subjectivity be reconciled with the stated “*objective*” search for the existence of a dispute? And yet, until recently the Court had considered that “in determining whether a dispute exists or not, [t]he matter is one of substance, not of form” (*Alleged Violations of Sovereign Rights and Maritime Spaces in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Colombia)*, *Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2016 (I)*, p. 32, para. 72).

\* \* \*

#### IV. DATE OF THE EXISTENCE OF A DISPUTE

32. In the present Judgment, the Court appears to follow its traditional jurisprudence closely, according to which: “[i]n principle, the date for determining the existence of a dispute is the date on which the application is submitted to the Court” (para. 39).

33. This was decided in particular by the Court in the case between Georgia and the Russian Federation (*Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation)*, *Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2011 (I)*, p. 85, para. 30), in which it declared: “[t]he dispute must in principle exist at the time the Application is submitted to the Court”.

34. It seems to me, however, that in its traditional jurisprudence, the Court has avoided obsessively worshipping the critical date, if we consider that its decisions include the expressions “*as a general rule*” and “*in principle*”, which relativize the scope and importance which this date could have. It has thus examined the events *before* and *after* the critical date — to which I shall return later — in order to qualify the situation more precisely. In the case concerning *Border and Transborder Armed Actions (Nicaragua v. Honduras)*, when considering certain conditions posed for the admissibility of the Application, in that instance the one relating to the holding of negotiations, it decided that:

“[t]he critical date for determining the admissibility of an application is the date on which it is filed (cf. *South West Africa, Preliminary*

*liminaires*, C.I.J. Recueil 1962, p. 344). Il peut toutefois être nécessaire, pour déterminer avec certitude quelle était la situation à la date du dépôt de la requête, d'examiner les événements, et en particulier les relations entre les parties, pendant une période antérieure à cette date, voire pendant la période qui a suivi.» (*Actions armées frontalières et transfrontalières (Nicaragua c. Honduras)*, compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 1988, p. 95, par. 66.)

35. Ainsi, et sans pour autant déplacer ou écarter le concept de la date critique, la Cour s'est judicieusement montrée ouverte à l'examen de situations ou d'événements postérieurs, pour servir notamment à «*confirmer*» l'existence du différend à cette date d'introduction de l'instance (paragraphe 40 du présent arrêt). On ne peut que s'en féliciter. Mais, après avoir rappelé sa jurisprudence traditionnelle, la Cour déclare que :

«ni la requête ni le comportement ultérieur des parties ou les déclarations faites par elles en cours d'instance ne saurait permettre à la Cour de conclure qu'il a été satisfait à la condition de l'existence d'un différend dans cette même instance» (*ibid.*).

36. Au-delà de ce revirement aux motifs peu convaincants, l'approche pratique de la Cour en relation avec la date critique me paraît hasardée. En effet, comme examiné ci-dessus, la Cour s'est refusée, sans explication convaincante, à prendre en compte les éléments de preuve de l'existence d'un différend qui ont eu lieu après la date d'introduction d'instance. Ce faisant, elle érige en dogme absolu une solution contraire à l'approche traditionnelle qui se distinguait par toute sa souplesse lorsqu'elle rappelait que c'est seulement «en principe» que le différend doit exister à la date de l'introduction d'instance.

\* \* \*

## V. DÉFAUTS PROCÉDURAUX

37. La décision prise aujourd'hui par la Cour de se déclarer incompétente pour absence supposée de différend entre les Parties me paraît d'autant plus injustifiée qu'elle s'écarte de la philosophie judiciaire traditionnelle de la Cour dans le domaine ci-après. Toute à sa mission de servir la communauté internationale et la paix entre les nations, la Cour a en effet toujours marqué son souci d'éviter de s'attacher à des défauts procéduraux qui lui paraissaient réparables. Ce faisant, elle a fait preuve de compréhension en recourant à une touche de flexibilité au service d'une justice plus accessible, plus ouverte, plus présente. Elle a toujours rejeté la solution simpliste et peu constructive consistant à renvoyer dos à dos les Etats litigants en leur laissant le soin, et la peine, de réparer les défauts formels constatés et de revenir à elle s'ils le peuvent encore.

*Objections, I.C.J. Reports 1962*, p. 344). It may however be necessary, in order to determine with certainty what the situation was at the date of filing of the Application, to examine the events, and in particular the relations between the Parties, over a period prior to that date, and indeed during the subsequent period.” (*Border and Transborder Armed Actions (Nicaragua v. Honduras), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1988*, p. 95, para. 66.)

35. Thus, without changing or dismissing the concept of the critical date, the Court sensibly showed itself to be open to examining subsequent situations or events, particularly in order to “confirm” the existence of the dispute on the date proceedings were instituted (paragraph 40 of the present Judgment). This can only be applauded. Yet, after recalling its traditional jurisprudence, the Court states that:

“neither the application nor the parties’ subsequent conduct and statements made during the judicial proceedings can enable the Court to find that the condition of the existence of a dispute has been fulfilled in the same proceedings” (*ibid.*).

36. Over and above this reversal on what are flimsy grounds, the Court’s practical approach in relation to the critical date seems risky to me: as indicated above, it has refused, without convincing explanation, to take account of the evidence which arose after the date on which the proceedings were instituted and which attested to the existence of a dispute. In so doing, it establishes as an absolute dogma a solution that runs counter to its traditional approach, which was characterized by great flexibility, as reflected in its statement that the dispute must only “in principle” exist on the date that proceedings are instituted.

\* \* \*

## V. PROCEDURAL DEFECTS

37. Today’s decision by the Court that it does not have jurisdiction on the grounds of the supposed absence of a dispute between the Parties is, in my view, all the more unwarranted in that it moves away from the Court’s traditional legal philosophy in the area described below. Indeed, in its aim of serving the international community and fostering peace between nations, the Court has always taken care to avoid becoming focused on procedural defects which appear to it to be reparable. In so doing, it has shown understanding, allowing for a touch of flexibility in order to deliver justice that is more accessible, more open and more present. It has always rejected the simplistic and unhelpful solution of sending the parties away, leaving to them the task, and the trouble, of repairing the formal defects which have been identified and then returning to the Court, if they are still in a position to do so.

38. Cette jurisprudence traditionnellement libérale remonte à fort loin ; elle s'est formée à l'ère de la Cour permanente de Justice internationale. Dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine*, le demandeur ayant introduit sa requête plusieurs mois avant l'entrée en vigueur du traité de Lausanne qui devait lui permettre l'accès à la Cour permanente, celle-ci a jugé ce qui suit :

« Il aurait été toujours possible, pour la partie demanderesse, de présenter à nouveau sa requête, dans les mêmes termes, après l'entrée en vigueur du Traité de Lausanne ; et alors on n'aurait pu lui opposer le fait en question. Même si la base de l'introduction d'instance était défectueuse pour la raison mentionnée, ce ne serait pas une raison suffisante pour débouter le demandeur de sa requête. La Cour, exerçant une juridiction internationale, n'est pas tenue d'attacher à des considérations de forme la même importance qu'elles pourraient avoir dans le droit interne... [M]ême si l'introduction avait été prématurée ... ce fait aurait été couvert par le dépôt ultérieur des ratifications requises. » (*Concessions Mavrommatis en Palestine*, arrêt n° 2, 1924, C.P.J.I. série A n° 2, p. 34.)

39. La même Cour permanente pouvait l'année suivante suivre cette jurisprudence logique et raisonnable en déclarant clairement et lapidairement qu'elle « 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).

40. La présente Cour a été assez avisée pour ne pas se départir de cette jurisprudence libérale s'accommodant de simples défauts procéduraux (*Cameroun septentrional (Cameroun c. Royaume-Uni), exceptions préliminaires*, arrêt, C.I.J. Recueil 1963, p. 28). Dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, elle a montré l'absurdité qu'il y aurait à imposer à l'Etat demandeur de revenir à la Cour après avoir dûment corrigé un défaut de procédure : « [i]l n'y aurait aucun sens à obliger maintenant le Nicaragua à entamer une nouvelle procédure sur la base du traité [d'amitié, de commerce et de navigation de 1956] — ce qu'il aurait pleinement le droit de faire » (*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. 428-429, par. 83). Et elle a tenu à se référer à la jurisprudence de la Cour permanente de Justice internationale concernant *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise* que je viens de citer.

41. La Cour s'en tiendra encore à cette jurisprudence parfaitement constante en déclarant plus tard, une fois de plus, qu'elle « ne saurait écarter sa compétence ... dans la mesure où la Bosnie-Herzégovine pourrait à tout moment déposer une nouvelle requête, identique à la présente, qui serait de ce point de vue inattaquable » (*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, par. 26).

38. This traditionally liberal jurisprudence dates back many years; it was formed in the days of the Permanent Court of International Justice. In the *Mavrommatis Palestine Concessions* case, in which the Applicant filed its Application several months before the Treaty of Lausanne granting it access to the Permanent Court entered into force, the Court observed the following:

“it would always have been possible for the applicant to re-submit his application in the same terms after the coming into force of the Treaty of Lausanne, and in that case, the argument in question could not have been advanced. Even if the grounds on which the institution of proceedings was based were defective for the reason stated, this would not be an adequate reason for the dismissal of the applicant’s suit. The Court, whose jurisdiction is international, is not bound to attach to matters of form the same degree of importance which they might possess in municipal law. Even . . . if the application were premature . . . this circumstance would now be covered by the subsequent deposit of the necessary ratifications.” (*Mavrommatis Palestine Concessions, Judgment No. 2, 1924, P.C.I.J., Series A, No. 2, p. 34.*)

39. The Permanent Court adhered to this logical and reasonable jurisprudence the following year, clearly and concisely stating that it “cannot allow itself to be hampered by a mere defect of form, the removal of which depends solely on the Party concerned” (*Certain German Interests in Polish Upper Silesia, Jurisdiction, Judgment No. 6, 1925, P.C.I.J., Series A, No. 6, p. 14.*)

40. The present Court has been wise enough not to depart from this liberal jurisprudence by becoming attached to simple procedural defects (*Northern Cameroons (Cameroon v. United Kingdom), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1963, p. 28.*) In the case concerning *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, it showed how absurd it would be to require the Applicant to return to the Court after duly rectifying a procedural flaw: “[i]t would make no sense to require Nicaragua now to institute fresh proceedings based on the Treaty [of Friendship, Commerce and Navigation of 1956], which it would be fully entitled to do” (*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1984, pp. 428-429, para. 83.*) It also referred to the jurisprudence of the Permanent Court of International Justice concerning *Certain German Interests in Polish Upper Silesia*, which I have just cited.

41. The Court would stand by this perfectly consistent jurisprudence on a further occasion, subsequently reiterating that it “could not set aside its jurisdiction . . . inasmuch as Bosnia and Herzegovina might at any time file a new application, identical to the present one, which would be unassailable in this respect” (*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1996 (II), p. 614, para. 26.*)

42. De la même manière, en l'affaire *Croatie c. Serbie*, si la Serbie n'est devenue partie au Statut de la Cour que plusieurs mois après l'introduction d'une instance contre elle par la Croatie, la Cour n'eut pas à sanctionner ce caractère prématuré de la requête. Elle signala que la condition qui faisait défaut cette fois-là était relative à la capacité de l'Etat défendeur à participer à une procédure devant elle, c'est-à-dire à une « *question fondamentale* ». Cependant, même dans ce cas, la Cour a refusé de voir sa compétence compromise du fait d'un défaut procédural réparable (*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). La Cour a eu raison de rappeler que,

« comme sa devancière, [elle] 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 » (*ibid.*, p. 438, par. 81).

43. Dans cette affaire *Croatie c. Serbie*, la Cour me paraît avoir indiscutablement pris la bonne décision en s'affranchissant de tout formalisme excessif et servant de manière pragmatique l'objectif d'une bonne administration de la justice :

« [C]e 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.)

44. Ainsi donc, qu'il s'agisse du demandeur ou du défendeur, qu'il s'agisse d'une introduction d'instance prématurée ou d'un accès à la Cour trop tôt, la Cour a marqué avec une parfaite constance et une légitimité certaine son souci d'éviter de laisser mettre sa compétence en jachère pour un fêtu de paille ou une touffe d'herbe folle si facile à arracher à tout moment. La Cour avait donc bâti une jurisprudence saine qui a traversé tout le siècle et qui exposait sans rides sa constance de près de quatre-vingt-dix ans. Il s'agit de surcroît de décisions se rapportant à des problèmes majeurs entre tous, concernant soit la compétence elle-même de la Cour, soit l'accès à la Cour de l'une des deux parties. C'est cette jurisprudence que l'arrêt de 2011 a commencé à anéantir, le coup de grâce étant porté par l'affaire *Belgique c. Sénégal*.

45. En la présente espèce, la Cour a encore une fois écarté sa jurisprudence traditionnelle pourtant si avisée. Les déclarations de 2013 et de 2014 ont été lancées par les Iles Marshall *urbi et orbi* et dans des circonstances qui me font douter, d'une part, de l'analyse de la Cour qui décide qu'aucune de ces déclarations ne fait état de manquements du Pakistan

42. Similarly, in the *Croatia v. Serbia* case, although Serbia did not become a party to the Statute of the Court until several months after the initiation of proceedings against it by Croatia, the Court did not penalize the premature character of the Application. It indicated that the deficiency on this occasion related to the Respondent's standing to participate in proceedings before the Court, that is to say to a "fundamental question". Nevertheless, even in this instance, the Court refused to see its jurisdiction compromised by a reparable procedural defect (*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2008*, p. 441, para. 85). The Court was right to recall that:

"like its predecessor, [it] has also shown realism and flexibility in certain situations in which the conditions governing the Court's jurisdiction were not fully satisfied when proceedings were initiated but were subsequently satisfied, before the Court ruled on its jurisdiction" (*ibid.*, p. 438, para. 81).

43. In the *Croatia v. Serbia* case, there is no doubt in my mind that the Court made the correct decision by freeing itself from any excessive formalism and pragmatically pursuing the goal of the sound administration of justice:

"[w]hat matters is that, at the latest by the date when the Court decides on its jurisdiction, the applicant must be entitled, if it so wishes, to bring fresh proceedings in which the initially unmet condition would be fulfilled. In such a situation, it is not in the interests of the sound administration of justice to compel the applicant to begin the proceedings anew — or to initiate fresh proceedings — and it is preferable, except in special circumstances, to conclude that the condition has, from that point on, been fulfilled." (*Ibid.*, p. 441, para. 85.)

44. Thus, whether it is the applicant or the respondent, whether it is a case of proceedings being instituted prematurely or of accessing the Court too early, the Court has consistently and legitimately taken care to avoid allowing its jurisdiction to lie fallow because of a wisp of straw or a tuft of wild grass, so easily removed at any stage. As a result, it has created sound jurisprudence which has stood the test of time and demonstrated its flawless consistency over a period of almost 90 years. In addition, the decisions in question relate to particularly fundamental issues, concerning either the jurisdiction of the Court itself, or the access to the Court of one of the two parties. It is this jurisprudence that the 2011 Judgment started to destroy, with the deathblow being delivered by the *Belgium v. Senegal* case.

45. In the present proceedings, the Court has once again dispensed with its traditional jurisprudence, despite the latter's wisdom. The statements made by the Marshall Islands in 2013 and 2014 were addressed to the entire world and in circumstances which make me question, on the one hand, the Court's analysis, which finds that neither statement men-

aux obligations que le droit coutumier lui impose et, d'autre part, de la bonne foi de défendeurs prétendant n'avoir pas été atteints par leur écho.

46. Si la déclaration du 26 septembre 2013 des Iles Marshall peut sembler assez générale, celle du 13 février 2014 me paraît en revanche avoir cristallisé le différend et constitué une réclamation des Iles Marshall contre le comportement du Pakistan, lequel n'est certes pas cité nommément, mais est indubitablement inclus dans les Etats visés, puisque, comme eux, il se caractérise par sa possession de l'arme nucléaire. Quant au «contenu très général» et au «contexte» auxquels la Cour fait référence afin de démontrer l'insuffisance de la déclaration du 13 février 2014, je ne peux que m'interroger sur le bien-fondé de ces critères aux contours flous et aux conséquences imprévisibles pour l'avenir. Je suis d'autant plus enclin à tenir compte de ces déclarations, ou du moins de la seconde, que la Cour a souvent veillé à ne pas imposer dans sa jurisprudence de critères trop étroits pour déterminer l'existence d'un différend. Je considère en effet que la Cour aurait été plus avisée d'éviter ce formalisme.

47. Je déplore que ces déclarations aient paru à la majorité de la Cour insuffisantes pour cristalliser l'existence d'un différend d'ordre juridique. Le résultat est qu'il suffira aux Iles Marshall d'adresser demain au défendeur une simple note verbale de quelques lignes exprimant leur opposition à sa politique nucléaire, pour pouvoir saisir à nouveau la Cour du différend ainsi formalisé. Il convient même de se demander si, au vu des déclarations faites devant la Cour, l'envoi d'une telle note verbale serait nécessaire. Il n'était ni cohérent, ni judicieux, que la Cour se focalise sur des défauts procéduraux aisément réparables, alors qu'elle a pendant longtemps traité ceux-ci avec une flexibilité bienvenue. Elle s'abîme, et la communauté internationale avec elle, dans une rigidité artificielle et de mauvais aloi.

48. Dans cette affaire, que la Cour éteint aujourd'hui si prématurément et si regrettablement, quel obstacle dirimant aurait pu l'empêcher de s'accommoder de la nature tardive de l'opposition du défendeur, puisque les Iles Marshall pourraient toujours soumettre à nouveau leur requête à la Cour ?

\* \* \*

## VI. PREUVE PAR DÉDUCTION. PREUVE PAR INTERPRÉTATION DU SILENCE

49. En opposition par rapport à l'approche suivie dans la présente instance, la Cour a fait preuve de souplesse et de réalisme en d'autres occasions en allant jusqu'à tirer parti du *silence* ou de l'*absence de réaction* de l'Etat défendeur et même en procédant par *simple déduction*, pour conclure à l'existence d'un différend. Cela situe les méthodes d'analyse de la Cour aux antipodes du formalisme, comme certaines facettes de sa jurisprudence traditionnelle le confirment clairement.

tions breaches by Pakistan of its obligations under customary law and, on the other, the good faith of a Respondent which claims to be unaware of those statements.

46. While the Marshall Islands' statement of 26 September 2013 may seem quite general, that of 13 February 2014 in my view crystallized the dispute and constituted a complaint by the Marshall Islands against the conduct of Pakistan, which, although not mentioned by name, is undoubtedly one of the nations at which the statement is aimed, since, like those nations, it possesses nuclear weapons. As regards the "very general content" and "context" to which the Court refers in order to demonstrate that the 13 February 2014 statement is insufficient, I can only wonder about the validity of these vaguely defined criteria which will have unforeseeable consequences for the future. I am all the more inclined to take account of those statements, or at least of the second, since the Court has often been careful not to impose excessively narrow criteria in its jurisprudence for determining the existence of a dispute. Indeed, I believe the Court would have been better advised to avoid such formalism.

47. I lament the fact that the majority of the Court considered those statements insufficient to crystallize the existence of a legal dispute. All the Marshall Islands needs to do tomorrow is to send a simple Note Verbale to the Respondent with a few lines expressing its opposition to the latter's nuclear policy, in order to be able to resubmit the then formalized dispute to the Court. The question even arises as to whether, in view of the statements made before the Court, it would be necessary to transmit such a Note Verbale. It was neither coherent nor judicious for the Court to focus on easily reparable procedural defects, when it has long dealt with these with a welcome degree of flexibility. It is sinking, together with the international community, into an abyss of unwelcome and artificial rigidity.

48. In this case, which the Court is so prematurely and regrettably bringing to an end today, what critical obstacle could have prevented it from bearing with the belated nature of the Respondent's opposition, since the Marshall Islands could always resubmit its Application to the Court?

\* \* \*

## VI. PROOF BY INFERENCE. PROOF BY THE INTERPRETATION OF SILENCE

49. Contrary to the approach followed in this case, the Court has on other occasions demonstrated flexibility and common sense, turning a respondent's *silence* or *failure to respond* to good account and even proceeding by *simple deduction*, in order to conclude that a dispute exists. That puts the Court's methods of analysis and formalism at opposite ends of the spectrum, as is clearly confirmed by certain aspects of its traditional jurisprudence.

50. C'est ainsi que, dans son avis consultatif de 1988 sur l'*Obligation d'arbitrage*, elle a interprété l'absence de réaction d'une partie à un traité comme une manière de nier le grief d'une autre, donc comme une opposition aux vues de celui-ci et du coup comme un élément de preuve de l'existence du différend :

«lorsqu'une partie à un traité proteste contre une décision ou un comportement adoptés par une autre partie et prétend que cette décision ou ce comportement constituent une violation de ce traité, le simple fait que la partie accusée ne présente aucune argumentation pour justifier sa conduite au regard du droit international n'empêche pas que les attitudes opposées des parties fassent naître un différend au sujet de l'interprétation ou de l'application du traité» (*Applicabilité de l'obligation d'arbitrage en vertu de la section 21 de l'accord du 26 juin 1947 relatif au siège de l'Organisation des Nations Unies, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1988, p. 28, par. 38*).

51. Dans son souci de réalisme, la Cour est allée plus loin encore. Elle n'a nullement exclu de ses méthodes d'analyse le recours à la déduction. «Pour déterminer l'existence d'un différend, il est possible ... d'établir par inférence quelle est en réalité la position ou l'attitude d'une partie.» (*Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1998, p. 315, par. 89*.)

52. La Cour a paru animée du même esprit dans l'affaire *Géorgie c. Fédération de Russie*, lorsqu'elle a déclaré que «l'existence d'un différend peut être déduite de l'absence de réaction d'un Etat à une accusation dans des circonstances où une telle réaction s'imposait» (*Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2011 (I), p. 84, par. 30*). Mais ce ne fut qu'un songe sans doute...

53. Et dans son présent arrêt, la Cour fait table rase de sa jurisprudence traditionnelle concernant l'interprétation de l'absence de réaction de l'Etat défendeur à la réclamation d'un Etat demandeur exprimée dans une enceinte internationale. C'est ainsi que la Cour a estimé que la déclaration du 13 février 2014 par laquelle les Iles Marshall ont reproché aux Etats dotés de l'arme nucléaire de violer leurs obligations internationales, «étant donné son contenu très général et le contexte dans lequel elle a été faite, n'appelait pas de réaction particulière de la part du Pakistan». Ainsi, «[a]ucune divergence de vues ne peut donc être déduite de cette absence de réaction» (par. 47).

La Cour me paraît s'être aventurée à se substituer elle-même au Pakistan, pour justifier à sa place son silence et de surcroît avec des motifs dont personne ne peut être certain que le Pakistan les partageait. La Cour semble ainsi bénéficier du privilège d'avoir su capter les secrètes motivations de celui-ci et elle n'hésite pas à les servir, avec toute son autorité, au lecteur.

\* \* \*

50. For instance, in its 1988 Advisory Opinion on the *Applicability of the Obligation to Arbitrate*, the Court interpreted the failure to respond of one party to a treaty as a rejection of another party's complaint, and thus as an opposition of views and proof of the dispute's existence:

“where one party to a treaty protests against the behaviour or a decision of another party, and claims that such behaviour or decision constitutes a breach of the treaty, the mere fact that the party accused does not advance any argument to justify its conduct under international law does not prevent the opposing attitudes of the parties from giving rise to a dispute concerning the interpretation or application of the treaty” (*Applicability of the Obligation to Arbitrate under Section 21 of the United Nations Headquarters Agreement of 26 June 1947, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1988*, p. 28, para. 38).

51. In its pursuit of common sense, the Court has gone a step further, by not excluding the use of deduction from its methods of analysis: “[i]n the determination of the existence of a dispute . . . the position or the attitude of a party can be established by inference” (*Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1998*, p. 315, para. 89).

52. The Court appeared to take the same line in the *Georgia v. Russian Federation* case, when it declared that “the existence of a dispute may be inferred from the failure of a State to respond to a claim in circumstances where a response is called for” (*Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2011 (I)*, p. 84, para. 30). But that was doubtless just a dream . . .

53. And in its present Judgment, the Court sweeps aside its traditional jurisprudence regarding the interpretation of a respondent's silence in the face of a claim made by the applicant in an international arena, taking the view that the 13 February 2014 statement, in which the Marshall Islands accused States possessing nuclear weapons of breaching their international obligations, “[g]iven its very general content and the context in which it was made, . . . did not call for a specific reaction by Pakistan”. And thus, “[a]ccordingly, no opposition of views can be inferred from the absence of any such reaction” (para. 47).

It seems to me that the Court has ventured to substitute itself for Pakistan, in order to justify the latter's silence in its place and, moreover, with reasons that no one can be certain were shared by that State. The Court thus seems to have had the privilege of uncovering Pakistan's secret motivations and does not hesitate to offer them up, with great authority, to the reader.

\* \* \*

## VII. PREUVE PAR LES ÉCHANGES DEVANT LA COUR

54. Comme indiqué ci-dessus, la Cour a consenti en la présente affaire peu d'efforts pour tenir compte pleinement des circonstances postérieures au dépôt de la requête des Îles Marshall. Pourtant, il était parfaitement acceptable d'invoquer des preuves portant des dates postérieures, car il ne faut nullement confondre la date de la preuve avec celle de l'événement qu'il s'agit de prouver. La Cour me paraît parfaitement habilitée à tenir compte de ces circonstances postérieures qui peuvent l'éclairer sur l'existence du différend au moment du dépôt de la requête. Elle avait en l'espèce tout loisir de le faire car l'existence d'un différend apparaissait bien dans les positions que les Parties avaient respectivement exprimées devant elle en cours d'instance. Comment peut-on conclure à l'absence de différend lorsqu'une partie fait grief à une autre, devant la Cour, de manquer depuis longtemps à ses obligations internationales, pendant que l'autre nie que son comportement constitue une violation de celles-ci? Je demeure d'avis qu'en l'espèce les échanges entre les Parties en cours d'instance confirment l'existence du différend à la date d'introduction de l'instance. Les échanges formulés devant la Cour n'ont nullement créé *de novo* le différend. Ils n'ont fait que le « confirmer » dans son existence antérieure.

55. Dans plusieurs affaires, la Cour a tenu compte des échanges intervenus entre les parties durant la procédure, attribuant valeur probante aux déclarations faites devant elle et en en déduisant l'existence d'un différend (*Certains biens (Liechtenstein c. Allemagne)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2005, p. 18-19, par. 25; *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1998, p. 316-317, par. 93; *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). Si, comme la Cour s'évertue à le démontrer, les circonstances de ces affaires diffèrent évidemment de celles du cas d'espèce, cela ne devrait pourtant pas remettre en question la pertinence de cette jurisprudence. Celle-ci est en effet illustrative de l'ouverture dont la Cour a fait preuve à plusieurs reprises afin de déterminer au mieux les positions des parties.

56. Je ne vois pas pour quel motif impérieux la Cour s'est refusée à prendre en compte les positions opposées des Parties, dont elle était le témoin elle-même. N'est-ce pas là une regrettable manière de s'écarter sans raison apparente de sa propre jurisprudence?

57. Arrêtons-nous au moment du prononcé public de la présente décision. Ne paraît-il pas évident à chacun et à tous qu'à la date à laquelle la Cour statue sur sa compétence, le différend a pris des contours de plus en plus précis depuis l'ouverture de l'instance? Les Îles Marshall ont-elles cessé de clamer que le Pakistan a violé et continue de violer l'obligation qui lui incombe en vertu du droit international coutumier de négocier en vue du désarmement nucléaire? Le Pakistan s'est-il lassé de soutenir qu'il

## VII. PROOF PROVIDED BY THE EXCHANGES BEFORE THE COURT

54. As indicated above, the Court has made little effort in the present case to take full account of the circumstances following the filing of the Marshall Islands' Application. And yet, it was perfectly acceptable to rely on evidence arising subsequently, since the date of the evidence should in no way be confused with the date of the event to be proved. The Court seems to me to be perfectly entitled to take those later circumstances into account, circumstances which may shed light on the existence of the dispute at the time the Application was filed. It had the freedom to do so in this case, since the existence of a dispute was clearly apparent in the respective positions expressed by the Parties before the Court in the course of the proceedings. How can one conclude that a dispute does not exist, when one Party is complaining before the Court that the other has long been in breach of its international obligations, and the other Party denies that its conduct constitutes a violation of those obligations? I remain of the opinion that, in this case, the Parties' exchanges during the proceedings confirm the existence of the dispute on the date those proceedings were instituted. The exchanges that took place before the Court did not create the dispute anew. They merely "confirmed" its prior existence.

55. The Court has taken account of parties' exchanges during the proceedings in a number of cases, giving probative value to the statements made before it and deducing from those statements that a dispute exists (*Certain Property (Liechtenstein v. Germany)*, *Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2005*, pp. 18-19, para. 25; *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria)*, *Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1998*, pp. 316-317, para. 93; *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia)*, *Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1996 (II)*, pp. 614-615, para. 29). While, as the Court strives to demonstrate, the circumstances of these cases are clearly different to those of the present case, this should not raise questions about the relevance of that jurisprudence: it illustrates the openness that the Court has shown on numerous occasions in order better to determine the parties' positions.

56. I see no compelling reason for the Court's refusal to take account of the Parties' opposing views, which it witnessed for itself. Is this not a regrettable way of departing from its own jurisprudence for no apparent reason?

57. Let us pause to consider the public delivery of the present decision. Is it not clear for all to see that, on the date when the Court is ruling on its jurisdiction, the dispute has taken on a more definite shape since the start of the proceedings? Has the Marshall Islands ceased to assert that Pakistan has breached and continues to be in breach of its obligation under customary international law to negotiate with a view to nuclear disarmament? Has Pakistan grown weary of contending that there is no

n'existe pas d'obligation pertinente le liant et que les faits allégués par les Iles Marshall ne sont pas constitutifs d'une quelconque violation?

\* \* \*

### VIII. NATURE *SUI GENERIS* DE TOUT DIFFÉREND NUCLÉAIRE

58. La Cour a opportunément débuté sa décision par une présentation d'une belle sobriété du contexte historique général relatif aux efforts de la communauté internationale en vue du désarmement nucléaire. C'est précisément un tel contexte qui préfigure en lui-même et annonce en soi l'existence potentielle d'un différend. En effet, le contentieux présenté par les Iles Marshall, qui ne tend à rien de moins qu'à la sauvegarde de l'humanité par l'élimination définitive d'une effrayante arme de destruction massive, aurait dû par lui-même jouer le rôle d'une alerte à l'adresse de la Cour. Celle-ci avait déclaré qu'il existe une double obligation de négocier et de conclure le désarmement nucléaire. Elle l'a décidé il y a vingt ans, sur la base d'un traité — mais également du droit coutumier international — qui l'avait lui-même déclaré trente ans auparavant. Depuis vingt longues éternités, elle n'a plus eu de nouvelles de son appel. Et voilà qu'un jour un Etat non nucléaire entend savoir d'un autre Etat, celui-là nucléaire, pourquoi ce délai déjà considérable semble s'éterniser encore.

59. *Ce type particulier de contentieux très hautement spécifique d'un Etat non nucléaire contre un Etat nucléaire pour l'élimination du feu nucléaire constitue, en lui-même et par lui-même, l'expression d'un différend majeur dont l'existence aurait dû s'imposer ipso facto à la Cour.* Car que demandent les Iles Marshall? Que la communauté internationale et la Cour elle-même sachent pourquoi l'obligation identifiée par la Cour il y a vingt ans n'a pas été encore exécutée.

\* \* \*

### IX. UNE EXCEPTION NON EXCLUSIVEMENT PRÉLIMINAIRE?

60. Je voudrais par ailleurs noter que, même si la procédure suivie dans la présente affaire n'est pas *stricto sensu* celle des exceptions préliminaires au sens de l'article 79 du Règlement de la Cour, elle concerne cependant, de manière préliminaire, la compétence de la Cour. Ainsi, par inférence, il me semble que la Cour a le pouvoir non seulement de décider qu'elle est, ou non, compétente, mais aussi de déclarer que, dans les circonstances de l'espèce, cette question n'a pas un caractère exclusivement préliminaire, et qu'elle a besoin d'informations supplémentaires pour se prononcer.

relevant obligation incumbent upon it and that the facts as alleged by the Marshall Islands do not constitute a violation of any kind?

\* \* \*

### VIII. *SUI GENERIS* NATURE OF ANY NUCLEAR DISPUTE

58. The Court has fittingly opened its decision with a beautifully simple presentation of the general historical background to the international community's efforts to bring about nuclear disarmament. It is just such a context which in itself foreshadows and signals the potential existence of a dispute. Indeed, the dispute submitted by the Marshall Islands, which aims at nothing short of protecting the human race from permanent annihilation by a terrifying weapon of mass destruction, should in itself have sounded an alarm for the Court. The Court has declared that a twofold obligation exists to negotiate and to achieve nuclear disarmament. It did so 20 years ago, on the basis of a treaty — but also on that of customary international law — which had itself declared the same thing 30 years before. For 20 long years, it heard no more of that appeal. And then, one day, a non-nuclear State wishes to find out from another State, one that possesses nuclear weapons, why this already considerable delay appears to be continuing for even longer.

59. *This particular type of highly specific disagreement between a non-nuclear State and a nuclear State regarding the abolition of nuclear weapons is, in and of itself, the expression of a major dispute whose existence should ipso facto have been obvious to the Court.* Because what is the Marshall Islands seeking? That the international community and the Court itself should know why an obligation identified by the Court 20 years ago has yet to be performed.

\* \* \*

### IX. AN OBJECTION NOT OF AN EXCLUSIVELY PRELIMINARY CHARACTER?

60. Furthermore, I would note that, even if the procedure followed in the present case is not strictly speaking the procedure for preliminary objections within the meaning of Article 79 of the Rules of Court, it nonetheless concerns the jurisdiction of the Court in a preliminary way. By inference, it thus seems to me that the Court has the power not only to decide whether or not it has jurisdiction, but also to declare that, in the circumstances of the case, this question is not of an exclusively preliminary character, and that the Court requires additional information in order to be able to rule on it.

61. Dans une affaire aussi complexe et aussi importante que celle des Iles Marshall contre le Pakistan, j'aurais pu accepter, à la rigueur, une décision qui aurait marqué le souci, après tout fort légitime, de la Cour d'éviter de se prononcer prématurément sur la compétence et la recevabilité. Une prudence élémentaire assez compréhensible pouvait imposer à la Cour, à ce stade, de reconnaître son incapacité à conclure définitivement s'il existe ou non un différend entre les Iles Marshall et le Pakistan. La Cour pouvait parfaitement encore avoir besoin que les Parties l'éclaircissent davantage. Et sachant qu'à ce stade elle ne pouvait apprécier leurs comportements sans traiter du fond, elle pouvait logiquement prendre le parti d'attendre la phase du fond pour être plus complètement fixée. En d'autres termes, la Cour aurait pu, plus prudemment, considérer que la question de l'existence d'un différend n'était pas exclusivement préliminaire. Elle a manqué de l'envisager. C'est regrettable.

\* \* \*

#### X. CASCADE DE CONSÉQUENCES INDÉSIRABLES DE LA PRÉSENTE DÉCISION

62. A-t-on vu toute la cascade de conséquences indésirables que la présente décision de la Cour peut assurément générer? A-t-on songé que, avant même de voir un jour le demandeur revenir à la Cour après avoir mis en parfaite conformité sa requête, c'est le défendeur qui risque d'échapper complètement à la compétence de la Cour? Le défendeur, Etat souverain, possède bien sûr le pouvoir de retirer, en respectant les termes, son option d'acceptation de la juridiction de la Cour, un tel retrait étant sans effet sur les instances en cours où sa déclaration est déjà engagée. Mais la situation nouvelle créée aujourd'hui peut pousser certains milieux influents à lui demander de renoncer à sa déclaration d'acceptation, ou de la modifier par une réserve appropriée, pour empêcher le demandeur de réussir son retour à la Cour. Il ne sert donc à rien de reconnaître à l'Etat demandeur la possibilité de réintroduire sa requête une fois amendée si, entretemps, l'Etat défendeur a retiré ou modifié son option d'acceptation, pour se trouver hors d'atteinte de toute réclamation de cet Etat demandeur.

63. La doctrine a en général souligné le bien relatif succès de la clause facultative de juridiction obligatoire dans le cadre de la marche vers une justice internationale obligatoire. C'est grâce à cette clause que les Iles Marshall ont essayé de demander au Pakistan de rendre compte de son action pour le désarmement nucléaire. Mais après la présente décision de la Cour et le risque toujours possible de rencontrer un nouveau barrage à la compétence du fait du retrait ou d'une modification de l'option facultative, il faudra peut-être pour la Cour se résoudre à voir le comportement du Pakistan en matière de désarmement nucléaire échapper définitivement, à l'avenir, à quelque examen que ce soit par la Cour.

61. In a case as complex and important as this one between the Marshall Islands and Pakistan, I could perhaps have accepted a decision which reflected the Court's — after all highly legitimate — concern to avoid ruling prematurely on jurisdiction and admissibility. A basic and somewhat understandable desire for caution might well lead the Court to find, at this stage of the proceedings, that it is unable to reach a definitive conclusion regarding the existence of a dispute between the Marshall Islands and Pakistan. The Court might very well still require further clarification from the Parties. And knowing that, at this stage, it could not evaluate their conduct without addressing the merits, the Court might logically decide to wait for the merits stage before determining its position. In other words, the Court might have been more prudent to find that the question of the existence of a dispute was not of an exclusively preliminary character. It failed to contemplate that, which is unfortunate.

\* \* \*

#### X. THE TRAIN OF UNDESIRABLE CONSEQUENCES OF THIS DECISION

62. Has anyone foreseen the whole train of undesirable consequences that may well be unleashed by this decision of the Court? Has anyone considered that, before we see the day when the Applicant returns to the Court with an application which it has made fully compliant, the Respondent could completely escape the Court's jurisdiction? The Respondent, a sovereign State, is of course able to withdraw its optional recognition of the Court's jurisdiction, in accordance with the terms of its declaration, such a withdrawal being without effect on any pending proceedings to which that declaration applies. However, the new situation created today may encourage certain influential circles to ask it to renounce its declaration, or to amend it with an appropriate reservation, in order to prevent the Applicant's successful return to the Court. There is thus no point in allowing the applicant State the possibility of submitting an amended application if, in the meantime, the respondent State has withdrawn or modified its optional clause declaration so as to put itself beyond the reach of any claim of that applicant State.

63. Scholars have generally pointed to the very relative success of the optional clause accepting compulsory jurisdiction in the move towards a compulsory form of international justice. It is by means of that clause that the Marshall Islands has tried to seek from Pakistan an account of its actions in support of nuclear disarmament. But after this decision of the Court and with the ever-present risk of encountering a new impediment to jurisdiction as a result of the withdrawal or amendment of the optional clause, the Court should probably resign itself to seeing Pakistan's conduct in respect of nuclear disarmament escape for good any future scrutiny by the Court.

64. Le dommage causé par la décision de la Cour n'épargne pas non plus l'Etat demandeur. Il serait en effet assez vain d'assurer les Iles Marshall qu'il leur suffirait d'adresser au Pakistan quelques lignes en forme de note verbale, d'améliorer quelque peu la présentation de leur requête à la Cour en corrigeant quelques défauts procéduraux secondaires, pour pouvoir revenir en position plus confortable à la Cour. Je pense que les membres de notre haute juridiction sont de loin les mieux placés pour savoir ce que coûte un procès international en efforts intellectuels, en débours financiers, en déperdition d'un temps précieux et en énergie morale et politique. Il a certainement beaucoup coûté à tous égards aux Iles Marshall, venues du bout du monde jusqu'aux abords de la Cour, et il leur coûterait certainement beaucoup encore pour affronter une nouvelle fois ce prétoire international, si lointain tant géographiquement que juridiquement. Y avait-il quelque raison majeure pour faire subir aux Iles Marshall, déjà peu gâtées par la providence en fait de développement et tragiquement envahies par les hommes en fait de contaminations radioactives, un sort aussi peu généreux? Et comment les Iles Marshall pourraient-elles être assurées que leur éventuel retour à la Cour ne buterait pas sur un obstacle insurmontable constitué par la survenance entre-temps d'un retrait ou d'une modification de la déclaration facultative de juridiction obligatoire souscrite par le Pakistan?

\* \* \*

65. Et quel service la Cour offre-t-elle à la troisième perdante d'aujourd'hui, la communauté internationale, par sa présente décision? Voici près d'un demi-siècle, plus exactement depuis le 5 mars 1970, date d'entrée en vigueur du TNP, que le monde attend l'annonce, enfin, de l'ouverture officielle d'une conférence universelle chargée de négocier l'élimination de l'arme nucléaire! La requête introduite par la République des Iles Marshall rappelle à tous cette dangereuse réalité, libérant la course aux armements et renvoyant aux calendes grecques l'avènement d'un monde exempt d'armes nucléaires.

66. Les trois affaires sur lesquelles la Cour vient de statuer portent sur un thème capital entre tous pour la communauté internationale, le désarmement nucléaire. Depuis un triste matin d'août 1945, l'arme nucléaire, démentiel moyen de destruction massive, met l'humanité entière en sursis. Elle fait partie depuis soixante-dix ans de *la condition humaine*. Elle est entrée dans tous les calculs, dans tous les schèmes, dans tous les scénarios de la vie internationale. Depuis Hiroshima, la peur est devenue la première nature de l'homme. C'est dès lors une responsabilité écrasante, mais c'est aussi un honneur immense pour la Cour d'apporter à la communauté internationale tout le poids de son expérience et de sa sagesse pour l'aider à conjurer le péril de la guerre, une guerre qui n'est ni plus ni moins que l'échec de l'homme et de son intelligence. Cette communauté internationale n'est pas loin de croire que, comme le lui affirme Kosken-

64. Nor is the applicant State spared from the damage caused by the Court's decision. It would indeed be rather futile to assure the Marshall Islands that it would be sufficient for it to address a few lines to Pakistan in a Note Verbale, and to improve the presentation of its Application a little by correcting some minor procedural flaws, in order to be able to return to the Court in a more commodious position. I think the Members of our Court are by far the best placed to know what international proceedings cost in terms of intellectual effort, financial outlay, loss of precious time, and moral and political energy. It has certainly cost the Marshall Islands a great deal in every respect, having come from the other side of the world to the Court, and it would certainly cost it a great deal more to approach this international Bench again, which is so distant both geographically and in legal terms. Was there some significant reason to subject the Marshall Islands, already ill-served by providence as regards development and tragically invaded by man through radioactive contamination, to such an ungenerous fate? And if the Marshall Islands were to return to the Court, how could it be sure that it would not be confronted with an insurmountable obstacle in the shape of Pakistan's having withdrawn or modified in the meantime its optional declaration recognizing the compulsory jurisdiction of the Court?

\* \* \*

65. And how does this decision of the Court serve the third losing party today, the international community? The world has been waiting for almost half a century — or more precisely, since 5 March 1970, the date the NPT came into force — for the announcement of the official opening of a universal conference tasked with negotiating the elimination of nuclear weapons! The Application filed by the Republic of the Marshall Islands reminds us all of this dangerous state of affairs, which leaves the way open for the nuclear arms race and postpones indefinitely the advent of a world free of nuclear weapons.

66. The three cases on which the Court has just ruled concern an issue of capital importance for the international community: nuclear disarmament. Since one sad morning in August 1945, nuclear weapons, an insane means of mass destruction, have left the entire human race living under a death sentence. For 70 years they have been part of *the human condition*. They enter into all calculations, all designs, all scenarios of international life. Since Hiroshima, fear has become man's first nature. It is therefore an overwhelming responsibility, as well as a great honour, for the Court to lend the international community the full weight of its experience and wisdom in order to help it avert the threat of war, war being nothing more or less than the failure of man and his intelligence. The international community is ready to believe, as Koskenniemi tells it, that "*the destiny of international law is to restore hope to mankind*". It therefore

niemi, « *le sort du droit international est de redonner espoir à l'humanité* ». Elle s'attend confusément en conséquence à ce que la Cour la guérisse de la peur et l'épargne d'un désastre nucléaire.

67. Cette communauté internationale, qui charge ainsi la Cour d'un excès de responsabilité sans doute, risque aujourd'hui d'aller à la déception. Les décisions rendues ce jour par la Cour sur les trois présentes affaires ouvrent à l'opinion publique internationale un monde fâcheusement privé de cohérence, non seulement au regard de la jurisprudence procédurale, mais aussi en contemplation de sa jurisprudence de fond. Ainsi, quel message la Cour laisse-t-elle à la communauté internationale lorsqu'elle décide, au surplus sur des bases fragiles à l'excès, de refuser sa compétence en des affaires portant sur des questions plus que cruciales de désarmement nucléaire engageant la survie même de l'humanité entière?

68. Aujourd'hui, en observant les trois décisions négatives de la Cour, la communauté internationale ne pourra retenir rien d'autre que cette nouvelle réalité qui la submerge soudain et où *elle verra avant tout combien gigantesque est l'enjeu du désarmement nucléaire et combien minuscule et dérisoire paraît l'argumentaire de la Cour*.

69. C'est un message frustrant que la Cour abandonne alors à la communauté internationale qui ne pourra pas éviter de se souvenir qu'elle avait été en revanche bercée, il y a vingt ans, par l'espoir allumé par cette même Cour qui imposait vigoureusement à tous les Etats l'obligation d'éliminer l'arme nucléaire de la face du monde.

70. A l'heure où les Nations Unies, par leur résolution du 17 novembre 1989, avaient proclamé la dernière décennie du siècle, 1990-2000, « *Décennie du droit international* », la Cour s'était courageusement employée, par son avis consultatif du 8 juillet 1996, à montrer sans ambiguïté ce que la communauté internationale devait faire de toute urgence pour combler l'insuffisance dérisoire de ce droit international face au défi mortel de l'arme nucléaire. Avec un sens aigu des responsabilités, la Cour a su mettre à nu, en toute honnêteté et simplicité, le droit international actuel dans son incapacité de gérer cette arme du diable. L'Assemblée générale des Nations Unies, destinatrice première de la décision de la Cour, a pu, depuis lors, année après année, appeler sur cette base tous les Etats à entrer enfin en négociation et à conclure au désarmement nucléaire.

71. Et puis, brusquement, aujourd'hui, vingt ans après, *par le fait d'une décision judiciaire fort chiche, petitement technique et grandement hermétique pour l'opinion publique*, la communauté internationale se demandera si le 8 juillet 1996 n'était pas un songe trompeur que la décision rendue ce jour confirme par sa propre vacuité ou son inaboutissement. Et pour boire jusqu'à la lie, et au-delà, tout notre désarroi, nous n'aurons pas qu'une seule décision négative. Il y en aura trois. Elles se répéteront donc pour marteler un cauchemar à une communauté internationale toujours prisonnière d'une arme fatale qui risque de l'anéantir un jour.

72. Ces trois décisions de la Cour ne pouvaient d'ailleurs tomber plus mal, en ces jours où les conférences quinquennales d'examen et de suivi

somehow expects the Court to cure it of fear and to spare it from nuclear disaster.

67. That international community, which thus no doubt places too great a burden of responsibility on the Court, is likely to be heading for disappointment today. The decisions handed down by the Court today in these three cases reveal to international public opinion a world that is regrettably inconsistent, not only in terms of procedural jurisprudence, but also in respect of its substantive jurisprudence. What message is the Court leaving the international community when it decides, on what are exceedingly flimsy bases, moreover, to decline to exercise its jurisdiction in cases concerning the most crucial issues of nuclear disarmament, involving the very survival of the whole human race?

68. Today, looking at the Court's three negative decisions, all that the international community will take away is this new reality into which it has suddenly been plunged and in which, above all, *it will discern the enormity of the challenge presented by nuclear disarmament and how meagre and derisory are the arguments of the Court.*

69. It is a frustrating message that the Court is therefore leaving to an international community which is bound to remember that, 20 years ago, this very same Court, in contrast, gave it hope by sternly imposing the obligation on all States to banish nuclear weapons from the face of the earth.

70. At a time when the United Nations, in its resolution of 17 November 1989, had proclaimed the last ten years of the century, 1990-2000, as the "Decade of International Law", the Court, in its Advisory Opinion of 8 July 1996, made a valiant effort to show very clearly what the international community had to do as a matter of urgency to address the pitiful inadequacy of that international law in the face of the deadly threat of nuclear weapons. Showing a keen sense of its responsibilities, and with great honesty and simplicity, the Court laid bare the inability of contemporary international law to deal with these diabolical weapons. On this basis, the United Nations General Assembly, to which the Court's decision was primarily addressed, has since been able to call on all States, year after year, finally to enter into negotiations leading to nuclear disarmament.

71. And then all of a sudden, today, 20 years later, *because of a judicial decision that is particularly niggardly, pettily technical and largely impenetrable for the public at large*, the international community will wonder if 8 July 1996 was not just a misleading dream, as borne out by today's vacuous and abortive decision. And to deepen our despond still further, we shall have not just one negative decision — there will be three of them. They will thus repeat each other in order to hammer home the nightmare to an international community which remains captive to a deadly weapon that may well annihilate it one day.

72. What is more, these three decisions of the Court could not come at a worse time, with the five-yearly NPT review conferences failing to move

du TNP marquent le pas, comme celle de l'an dernier, en 2015, qui s'était séparée sans aucun résultat. A l'heure où les Nations Unies multiplient les appels pressants en faveur de l'interdiction et de l'élimination des armes nucléaires, à l'heure où l'Organisation internationale met à l'honneur les impératifs éthiques pour un monde exempt d'armes nucléaires, la communauté internationale éprouvera quelque difficulté à « gérer » les trois décisions judiciaires de ce jour.

\* \* \*

73. La quatrième perdante pourrait être la Cour elle-même.

74. J'ai accepté de venir une dernière fois servir cette Cour qui m'a tant donné durant les vingt années de ma vie que je lui avais consacrées. Je désire à présent qu'on veuille bien m'autoriser à prendre la liberté, pour un bref instant, de quitter l'habit du technicien du droit que j'ai endossé toute une vie, pour rendre un dernier hommage à cette vénérable Institution. Quelques jours après avoir donné lecture de l'avis consultatif du 8 juillet 1996 sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, j'avais déclaré, le 23 juillet à l'Académie de droit international de La Haye, ma fierté d'appartenir à cette Cour qui avait su conférer ses lettres de noblesse à un règlement judiciaire longtemps marginalisé par les Etats; qui avait pu se mobiliser pour concourir au maintien de la paix internationale; qui avait su se mettre à l'écoute des grandes inquiétudes qui travaillent la conscience humaine et séculariser la justice internationale. A la suite de l'avis consultatif de 1996, le regard approbateur que la société civile portait sur la Cour montrait éloquemment que celle-ci allait réussir son entrée dans le XXI<sup>e</sup> siècle. Cette fierté demeure, mais elle est également mêlée d'appréhension pour l'avenir.

75. La récente tendance de la Cour au formalisme, dont nous avons ici des exemples aux conséquences regrettables, m'oblige en effet à exprimer mes craintes pour cette institution dont la mission est si indispensable; la Cour risque d'être « la quatrième perdante », parce que, en renvoyant les Iles Marshall sur la base d'un défaut procédural réparable, elle met à mal la bonne administration de la justice, dont son fonctionnement dépend.

76. Si, en dépit du coût et de l'énergie nécessaires, les Iles Marshall introduisaient une nouvelle instance contre le Pakistan, la Cour se verrait dans l'obligation de réexaminer les nombreuses exceptions préliminaires qui seraient certainement soulevées à nouveau par le défendeur. Une telle répétition serait contraire à la bonne administration de la justice et c'est pour cela entre autres que les défauts procéduraux qui peuvent être corrigés ont généralement, jusqu'à maintenant tout au moins, été tolérés par la Cour. Convient-il aussi de s'interroger sur le minimalisme du présent arrêt, où seule la première exception est examinée, alors qu'elle apparaît réparable? Si elles reviennent devant la Cour, les Iles Marshall risquent-elles de se voir renvoyées, à nouveau, sur une autre base — elle aussi peut-être réparable?

forward, as was the case last year, in 2015, when the conference ended without any result. At a time when the United Nations is making an increasing number of urgent calls for the prohibition and elimination of nuclear weapons, at a time when the Organization is stressing the ethical imperatives for a world free of nuclear weapons, the international community will find it hard to “handle” the three judicial decisions handed down today.

\* \* \*

73. The fourth losing party could be the Court itself.

74. I agreed to come one last time to serve this Court, which has given me so much during the 20 years of my life that I have devoted to it. I hope now that I may be allowed the liberty, for a brief moment, to shrug off the robes of the professional lawyer that I have worn my whole life, in order to pay a final tribute to this venerable institution. A few days after the delivery of the Advisory Opinion of 8 July 1996 on the *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, on 23 July at the Hague Academy of International Law, I declared my pride at belonging to this Court, which had set its seal on a judicial settlement that had long been marginalized by States; which had been able to take action to help maintain international peace; which had been capable of listening to the great anxieties which prey on the conscience of humankind, and of secularizing international justice. Following the 1996 Advisory Opinion, the approving gaze that civil society turned on the Court was eloquent proof that it was to enter the twenty-first century successfully. That pride remains, but it is also mixed with apprehension about the future.

75. The Court’s recent tendency towards formalism, examples of which we have here, with regrettable consequences, obliges me to express my fears for this institution, whose mission is so essential; the Court risks being “*the fourth losing party*”, because by dismissing the Marshall Islands on the basis of a reparable procedural defect, it is undermining the sound administration of justice, on which its functioning depends.

76. If the Marshall Islands were to institute fresh proceedings against Pakistan, despite the cost and energy that would be required, the Court would be obliged to re-examine the numerous preliminary objections which would certainly be raised again by the Respondent. That kind of repetition would be contrary to the sound administration of justice, and that is one of the reasons why procedural defects which can be corrected have generally, at least until now, been tolerated by the Court. Would it also be appropriate to question the minimalism of the present Judgment, in which only the first objection is examined, even though it seems to be reparable? If the Marshall Islands returns before the Court, might it be dismissed once again, on another basis that could also perhaps be remedied?

77. De plus, la Cour, en faisant preuve d'un excès de formalisme, abandonne et déçoit la communauté internationale et risque de mettre à mal sa réputation.

78. Pour le juriste, c'est un truisme de dire que le formalisme joue un rôle protecteur des situations et des intérêts légitimes, mais qu'il peut aussi tourner à l'arme destructrice de tout progrès. Dans les trois présentes affaires, la Cour a utilisé à l'excès ce mode d'argumentation pour légitimer ses positions. Sa pratique actuelle de recours à un tel discours du droit international est de surcroît aggravée par la manière changeante mais inexplicable dont elle l'applique. La Cour paraît, en ces trois affaires, n'avoir pas pu se défaire d'un formalisme aussi inattendu que desséchant, qui sacrifie le fond à la procédure, le contenu à la forme et la chose à son objet. Un tel formalisme ne pourra être et paraître que régressif. Il l'est et le paraît d'autant plus clairement dans le cas d'espèce qu'il s'applique au thème le plus crucial du monde, le désarmement nucléaire.

\* \* \*

79. Peut-être pourrais-je mieux exprimer mon inconfort à l'examen des arrêts de ce jour, en relevant que la Cour me paraît, au total, avoir peu résisté au subjectivisme dans son appréciation des éléments de preuve avancés par le demandeur. Mon malaise ne m'a pas quitté tout au long de mes examens renouvelés des trois présents arrêts. Il est d'autant plus frustrant que la Cour s'est toujours déclarée qu'elle vise à une appréciation fondamentalement « objective » des éléments de preuve.

La Cour a d'abord commencé par protéger le défendeur en l'installant dans une forteresse inexpugnable. Je serais certes malvenu de faire grief à la Cour d'avoir à ce point de départ considéré le défendeur comme innocent de toute violation de ses obligations concernant le désarmement nucléaire. En effet, en pareil cas, la charge de la preuve pèse naturellement sur le demandeur. Mais la Cour m'a paru être allée plus loin que cela *en organisant elle-même la défense du défendeur*. Elle examine tous les arguments du demandeur avec ce qui semble être un *a priori* négatif.

C'est dans cet esprit qu'elle considère chacun des quatre piliers de l'argumentation des Iles Marshall. La non-pertinence de la déclaration de Nayarit est si centrale dans la suite du raisonnement de la Cour que l'on pourrait espérer voir ce premier point tranché sur une base moins chancelante. De même, la majorité tient pour sans pertinence les comportements et déclarations postérieurs à la date d'introduction de l'instance, montrant ainsi qu'elle a décidé par avance, à ce stade de son raisonnement, de l'absence d'un différend. Lorsque ensuite elle parvient à la question des votes exprimés par le défendeur sur des résolutions dans les organes politiques internationaux, le lecteur reprend confiance et adhère parfaitement au conseil fort avisé de prudence formulé sur ce point par la Cour. Mais le charme est vite rompu, car on chercherait en vain à voir la même consigne s'appliquer pour expliquer les votes du demandeur. Et pour finir

77. Furthermore, by being unduly formalistic, the Court is letting down and disappointing the international community, and is likely to damage its reputation.

78. For the legal scholar, it is a truism to say that formalism plays a protective role when it comes to legitimate situations and interests, but that it can also be used as a weapon to destroy progress. In these three cases, the Court has overused this mode of reasoning to justify its positions. Its current practice of resorting to such an approach to international law is further compounded by the variable but unexplained manner in which it applies it. In these three cases, the Court seems to have been unable to break away from a formalism which is as unexpected as it is disheartening, which sacrifices the merits to procedure, content to form, and the case to its subject-matter. Such formalism can only be, and be seen as, regressive. And all the more clearly so in this instance, since it is being applied to the most crucial issue in the world: nuclear disarmament.

\* \* \*

79. Perhaps I might better explain my discomfort on examining today's Judgments by observing that, all in all, the Court seems to me to have made little attempt to avoid being subjective in its assessment of the evidence put forward by the Applicant. This feeling of unease has stayed with me throughout my re-readings of the three Judgments. It is particularly frustrating, since the Court has always declared that its aim is to give a fundamentally "objective" assessment of the evidence.

The Court initially began by shielding the Respondent, placing it in an impregnable fortress. It would of course be inappropriate for me to criticize the Court for considering, from the outset, that the Respondent was innocent of any breach of its obligations regarding nuclear disarmament. Indeed, in such cases, the burden of proof is naturally borne by the Applicant. However, it seems to me that the Court went beyond that, *itself organizing the Respondent's defence*. It examines all of the Applicant's arguments with what appears to be a negative prejudice.

It is in that spirit that it considers each of the four pillars making up the Marshall Islands' argument. The non-relevance of the Nayarit statement is so central to the rest of the Court's reasoning that one might hope to see this first point decided on less flimsy grounds. Likewise, the majority considers irrelevant the conduct and statements subsequent to the institution of proceedings, thus demonstrating that it has decided in advance of this stage of its reasoning that a dispute does not exist. When the Court then turns to the question of the Respondent's voting record on resolutions before international political organs, the reader's faith is restored and he or she fully agrees when the Court sounds a very wise note of caution in this regard. The spell is soon broken, however, because it would be in vain to search for the same advice being applied to explain the votes cast by the Applicant. And in order to conclude its reasoning

de justifier sans examen le comportement du défendeur, la Cour déclare tout simplement que l'absence de connaissance des griefs par le Pakistan rend parfaitement inutile cet examen.

\* \* \*

80. Je me suis rendu l'année dernière à Hiroshima, invité par le grand quotidien japonais *Asahi Shimbun* et les autorités locales. J'ai vu là l'humanité en recueillement. Devant le décret de la mort inutile. Dans la quête de la vie nécessaire. Séjour poignant avec la gorge qui ne parvient pas à se desserrer. Je me suis longuement adressé à une immense foule qui, troublée à l'extrême par autant de sauvagerie de l'homme, allait vainement chercher un refuge improbable dans la méditation et la prière.

81. Au cours de ce séjour inoubliable, j'ai vu le maire d'Hiroshima, M. Takashi Hiraoka, celui-là même qui, vingt ans auparavant, était venu nous voir jusqu'à La Haye pour apporter à la Cour un émouvant témoignage. En l'affaire de la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, la Cour avait en effet ouvert en novembre 1995, après une phase écrite, une phase orale au cours de laquelle elle entendit les points de vue de quelque vingt-cinq Etats, ainsi que les dépositions du maire d'Hiroshima, M. Takashi Hiraoka, et du maire de Nagasaki, M. Iccho Itoh. Lorsque j'ai revu l'an dernier M. Takashi Hiraoka, l'apostrophe finale de son intervention de 1995 devant la Cour me revint à l'esprit. Je me souviens en effet que, à la fin de son récit tragique, il promena quelques instants son regard sur chacun des juges de notre Cour, avant de lancer ses tout derniers mots qui furent : « *Le destin de la race humaine est entre vos mains !* ».

82. Je ne peux effacer de mon esprit le contraste saisissant entre, d'une part, les trois décisions rendues aujourd'hui par la Cour et selon lesquelles il n'existerait aucun différend entre l'Etat demandeur et les Etats défendeurs dans le domaine crucial du désarmement nucléaire et, d'autre part, la portée hautement symbolique du premier déplacement à Hiroshima d'un président des Etats-Unis, un vendredi 27 mai 2016, en ce lieu où, le 6 août 1945, « *le monde a changé* ». Je ne peux effacer de mon esprit le contraste saisissant entre, d'une part, les trois décisions judiciaires de ce jour si durement prisonnières d'un formalisme juridique étriqué et, d'autre part, l'appel pressant de ce chef d'Etat à une « *révolution morale* » pour éliminer définitivement l'arme nucléaire de notre monde. Je ne peux effacer enfin de mon esprit le contraste saisissant entre, d'une part, ces trois décisions de la Cour et, d'autre part, la probable préparation en cours d'une visite à Pearl Harbour, avant la fin de la présente année, du premier ministre japonais, pour sceller une réconciliation de l'humanité avec elle-même.

\* \* \*

without examining the Respondent's conduct, the Court quite simply declares that Pakistan's lack of awareness of the complaints renders such an examination completely unnecessary.

\* \* \*

80. Last year I went to Hiroshima, at the invitation of the major Japanese daily newspaper *Asahi Shimbun* and the local authorities. There I saw humankind in contemplation. Before the pointless decree of death. In the essential quest for life. It was a poignant sojourn that left a permanent lump in the throat. I spoke at length before a huge crowd which, deeply troubled by such savagery committed by man, sought in vain an improbable refuge in prayer and meditation.

81. In the course of that unforgettable visit, I met the Mayor of Hiroshima, Mr. Takashi Hiraoka, the same person who, 20 years previously, had come to see us in The Hague to give a moving testimony before the Court. After the written phase of the proceedings on the *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, the Court opened an oral phase in November 1995, during which it heard the views of some 25 States, as well as statements by the Mayor of Hiroshima, Mr. Takashi Hiraoka, and the Mayor of Nagasaki, Mr. Iccho Itoh. When I saw Mr. Hiraoka again last year, the final words of his address in 1995 before the Court came back to me. I remember that at the end of his tragic account, he looked at each judge on the Bench for a few moments before uttering his final words, which were: "*The fate of the human race is in your hands!*"

82. I cannot wipe from my mind the striking contrast between, on the one hand, the three decisions handed down by the Court today, according to which there is no dispute between the applicant State and the respondent States in the crucial sphere of nuclear disarmament, and, on the other, the highly symbolic significance of the first visit to Hiroshima by a President of the United States, on Friday 27 May 2016, the place where, on 6 August 1945, "*the world was forever changed*". I cannot wipe from my mind the striking contrast between, on the one hand, today's three judicial decisions, so cruelly captive to a narrow legal formalism, and, on the other, that Head of State's urgent call for a "*moral revolution*" to rid our world once and for all of nuclear weapons. And lastly, I cannot wipe from my mind the striking contrast between, on the one hand, these three decisions of the Court, and, on the other, the preparations that are probably now under way for a visit to Pearl Harbour, before the end of this year, by the Japanese Prime Minister, so that humankind can seal its reconciliation with itself.

\* \* \*

83. Notre monde incertain vit à la fois dans l'orgueil de puissance et la peur de vulnérabilité d'une civilisation qui croit confusément avoir domestiqué un atome rebelle. Je voudrais puiser dans un discours sur « *la crise de la civilisation* », prononcé un jour par l'universel Rabindrânâth Tagore, une note de nécessaire espérance pour achever cette opinion dissidente désabusée :

« Lorsque je jette mon regard tout autour, je rencontre les ruines d'une orgueilleuse civilisation qui s'écroulent... Pourtant je ne céderai pas au péché mortel de perdre confiance en l'homme... Un jour viendra où l'homme, cet insoumis, retracera sa marche de conquête, malgré toutes les barrières, afin de retrouver son héritage humain égaré. »

(Signé) Mohammed BEDJAOU.

---

83. Our uncertain world lives both with a pride in power and with a fear of the vulnerability of a civilization which somehow believes it has tamed a rebellious atom. I should like to draw from a speech on "*the crisis in civilization*", given one day by the polymath Rabindranath Tagore, a much-needed note of hope on which to end this disillusioned dissenting opinion:

"I look around and see the crumbling ruins of a proud civilization . . . And yet I shall not commit the grievous sin of losing faith in man . . . [One] day will unvanquished man retrace his path of conquest, surmounting all barriers to win back his lost human heritage."

(Signed) Mohammed BEDJAOU.

---