

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

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

— 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*

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*.)

* * *

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^{er} 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 compromissaire 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).

* * *

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.

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^e 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,

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

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.

* * *

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 compromissaire 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.)

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.

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-*

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.

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.*)

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

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 regrettamment, 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.

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.

* * *

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 Iles 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 Iles 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

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.

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'éclairaient 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, entre-temps, 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.

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 développements radioactifs, 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-

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, destinataire 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

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^e 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. Conviendrait-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?

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

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.

* * *

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 BEDJAOUI.