

OPINION DISSIDENTE DE M. LE JUGE BENNOUNA

[Texte original français]

Exercice de pur formalisme — Introduction d'un facteur subjectif dans la détermination de l'existence du différend — Bonne administration de la justice — Réalisme et souplesse de la jurisprudence de la Cour — L'existence du différend, une question qui doit être établie objectivement.

La Cour s'est déclarée incompétente dans les trois affaires qui ont été engagées par les Iles Marshall, respectivement contre l'Inde, le Pakistan et le Royaume-Uni, sur le même fondement: l'inexistence d'un différend entre les Parties. Dans une attitude cohérente, j'ai voté contre chacun de ces trois arrêts adoptés par la Cour et pour les mêmes raisons que j'expose dans la présente opinion.

Bien entendu, les Iles Marshall ont invoqué le traité de 1968 sur la non-prolifération des armes nucléaires (TNP), ainsi que le droit international coutumier, dans leur recours contre le Royaume-Uni, ces deux Etats étant parties à ce traité. Cependant, les Iles Marshall se sont référées uniquement au droit international coutumier pour ce qui est de l'Inde et du Pakistan, qui ne sont pas parties au TNP.

Mais le raisonnement de la Cour n'aborde pas la question du caractère coutumier de l'article VI du TNP qui relève du fond de l'affaire. Il en va ainsi également de l'appréciation par la Cour du respect ou non par les défendeurs de l'obligation de négocier, objet du recours des Iles Marshall.

Il reste que, en ce qui concerne l'existence du différend, la Cour a suivi la même démarche pour aboutir à un résultat similaire dans chacun des trois arrêts.

* * *

La Cour a été saisie par les Iles Marshall d'un différend l'opposant aux neuf pays détenteurs ou présumés détenteurs d'armes nucléaires, parties ou non au TNP. Elle a inscrit, à son rôle, les requêtes des Iles Marshall concernant trois d'entre eux (l'Inde, le Pakistan et le Royaume-Uni), qui étaient liés respectivement par des déclarations d'acceptation de la juridiction de la Cour, conformément au paragraphe 2 de l'article 36 du Statut. La Cour s'est déclarée incompétente dans ces trois affaires, au motif de l'inexistence d'un différend entre chacun de ces trois Etats et les Iles Marshall.

C'est la première fois que la Cour internationale de Justice se déclare incompétente sur le seul fondement de l'inexistence d'un différend entre les Parties. La lecture de l'arrêt de la Cour montre que la majorité n'est parvenue à ce résultat qu'au terme d'un exercice de pur formalisme consistant à arrêter

artificiellement le temps du droit et de l'analyse à la date de la soumission de la requête par les Iles Marshall. Et comme si cela ne suffisait pas, la majorité a recouru à un «critère», sans rapport avec la jurisprudence bien établie, selon lequel pour qu'un différend existe le défendeur devait avoir «connaissance, ou ne pouvait pas ne pas avoir connaissance, de ce que ses vues se heurtaient à l'«opposition manifeste» du demandeur» (arrêt, par. 41).

L'introduction de ce facteur, lié à la subjectivité du défendeur et de l'analyste, va manifestement à l'encontre de toute la construction jurisprudentielle de la CIJ et de la CPJI, selon laquelle l'existence du différend est déterminée objectivement par la Cour sur la base des éléments dont elle dispose, au moment où elle adopte son jugement. La Cour a pu ainsi exercer une bonne administration de la justice et éviter la situation absurde où elle se trouve désormais après s'être déclarée incompétente dans les trois arrêts portant sur les *Obligations relatives à des négociations concernant la cessation de la course aux armes nucléaires et le désarmement nucléaire*. En effet, les Parties se sont opposées clairement devant elle sur des points de droit et de fait manifestant ainsi l'existence de différends juridiques sur les questions soumises à la Cour.

Autrement dit, les différends sont bien là, il suffirait que les Iles Marshall déposent de nouvelles requêtes devant la Cour pour que le chef d'incompétence sur lequel celle-ci s'est fondée pour rendre ses arrêts ne puisse être invoqué de nouveau!

La Cour, lorsqu'elle a été confrontée à de telles situations, a commencé par souligner que sa compétence doit normalement s'apprécier à la date du dépôt de l'acte introductif d'instance. Mais, elle ne s'est pas arrêtée là, elle a tenu à 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» (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2008*, p. 438, par. 81).

En particulier, la Cour a refusé de se déclarer incompétente lorsqu'il suffisait au demandeur de «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). On pourrait multiplier les exemples où la CPJI puis la CIJ ont rejeté le recours à un formalisme excessif et contraire à une bonne administration de la justice.

Dans la relation du droit international au temps, il y a la part du rationnel, la détermination d'un moment au-delà duquel on arrête en principe la montre, et la part du pragmatisme, afin de tenir compte des caractéristiques de telle ou telle situation. L'art du juge est de parvenir au bon dosage afin que justice soit faite et qu'elle soit perçue comme telle.

Le juge international se devait d'être encore plus vigilant dans la présente affaire qui concerne une question d'une importance cruciale pour la

sécurité dans le monde. C'est une raison de plus pour que l'organe judiciaire principal des Nations Unies assume pleinement la fonction qui est la sienne. En effet, comment peut-il s'abriter derrière des considérations de pure forme, que les professionnels du droit et les simples citoyens auraient du mal à comprendre, et ne pas contribuer, comme il le doit, à la paix par le droit international, ce qui est la raison d'être de la Cour.

L'enjeu concernait uniquement la portée de l'obligation de négocier inscrite à l'article VI du TNP, laquelle relève également selon les Iles Marshall du droit international coutumier :

« Chacune des Parties au Traité s'engage à poursuivre de bonne foi des négociations sur des mesures efficaces relatives à la cessation de la course aux armements nucléaires à une date rapprochée et au désarmement nucléaire, et sur un traité de désarmement général et complet sous un contrôle international strict et efficace. »

Cette obligation est bien connue de tous ceux qui ont fréquenté les assemblées des Etats parties au TNP, qui se sont tenues régulièrement depuis plus d'une quarantaine d'années. Elle est bien connue aussi de la Cour, qui, dans son célèbre avis consultatif du 8 juillet 1996 sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi des armes nucléaires*, s'est prononcée clairement à ce sujet de la sorte :

« La portée juridique de l'obligation considérée dépasse celle d'une simple obligation de comportement ; l'obligation en cause ici est celle de parvenir à un résultat précis — le désarmement nucléaire dans tous ses aspects — par l'adoption d'un comportement déterminé, à savoir la poursuite de bonne foi de négociations en la matière. »
(*C.I.J. Recueil 1996 (I)*, p. 264, par. 99.)

Quant à l'arrière-plan du différend en question, sa consistance humaine, il nous ramène à un petit Etat, les Iles Marshall, dont la population, quelques dizaines de milliers de personnes, a souffert terriblement des essais nucléaires perpétrés dans une zone de son territoire. Cet Etat s'est adressé à l'organe judiciaire principal des Nations Unies pour demander justice afin que de telles souffrances ne se renouvellent pas à l'avenir, pour le respect d'une obligation conventionnelle et/ou coutumière de droit international. Mais, c'est là une question que la Cour aurait eu à traiter lors de l'examen au fond de cette affaire. Et nous n'en sommes pas là, nous sommes au stade simplement de la compétence.

Or, que fait la Cour ? Elle innove, en concluant à l'absence de différend, pour ne pas avoir à examiner le fond de l'affaire. En quelque sorte, la Cour fait ici peu de cas de sa jurisprudence, garante pourtant de sa visibilité et de sa crédibilité.

Le juge Abraham s'est référé à l'attitude constante de la Cour, dans son opinion individuelle jointe à l'affaire *Géorgie c. Fédération de Russie* (arrêt sur les exceptions préliminaires en date du 1^{er} avril 2011) :

« J'observe d'abord que jusqu'à la présente affaire, chaque fois que la Cour a eu à répondre à une exception préliminaire tirée, par la

partie défenderesse, de l'absence de différend, elle l'a fait — pour rejeter l'exception — en quelques brefs paragraphes, en se plaçant à la date où elle statuait et en relevant qu'à cette date les vues des parties étaient nettement opposées sur les questions formant l'objet de la requête, de sorte qu'il existait un différend entre elles.» (*C.I.J. Recueil 2011 (I)*, p. 226, par. 8.)

Or, la Cour n'a pas changé de position en 2011 dans cette affaire *Géorgie c. Fédération de Russie*. Elle a admis, en effet, l'existence d'un différend entre les parties relatif à l'interprétation ou à l'application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (CIEDR), ainsi que le reconnaît le juge Abraham. Seulement, elle a dû décliner sa compétence en cette affaire dans la mesure où la clause compromissaire de la convention sur laquelle elle est fondée (art. 22) concerne «[t]out différend ... qui n'aura pas été réglé par voie de négociation ou au moyen des procédures expressément prévues par ladite Convention». C'est cette condition préalable à la saisine de la Cour qui n'a pas été satisfaite, avant le dépôt de la requête, et non l'existence du différend.

Dès lors, nous nous trouvons bien en présence d'une jurisprudence «réaliste et concrète [qui] ne comporte pas la moindre dose de formalisme», selon les termes du juge Abraham dans son opinion (*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. 228, par. 14), et qui permet à la Cour de constater l'existence du différend en se fondant aussi bien sur des actes préalables au dépôt de la requête que sur les positions adoptées par les parties au cours de la procédure écrite et orale. L'essentiel est de constater «un désaccord sur un point de droit ou de fait, ... une opposition de thèses juridiques ou d'intérêts», pour reprendre la terminologie classique de l'arrêt de la CPJI dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine* en 1924 (*arrêt n° 2, 1924, C.P.J.I. série A n° 2*, p. 11).

Dans les affaires portées par les Iles Marshall devant la Cour, cet Etat a mis l'accent sur la déclaration qu'il a faite, avant le dépôt de sa requête, à la deuxième conférence sur l'impact humanitaire des armes nucléaires, tenue à Nayarit (Mexique), les 13 et 14 février 2014, aux termes de laquelle il affirme :

«Nous estimons en effet que les Etats possédant un arsenal nucléaire ne respectent pas leurs obligations à cet égard. L'obligation d'œuvrer au désarmement nucléaire qui incombe à chaque Etat en vertu de l'article VI du traité de non-prolifération nucléaire et du droit international coutumier impose l'ouverture immédiate et l'aboutissement de telles négociations. Celles-ci permettraient également d'atteindre l'objectif de désarmement nucléaire établi depuis longtemps et réaffirmé sans relâche par les Nations Unies, et d'honorer nos responsabilités envers les générations présentes et futures, tout en rendant hommage aux générations passées.»

La Cour a maintes fois rappelé que pour se prononcer sur l'existence d'un différend, elle doit «s'attacher aux faits» et qu'il «s'agit d'une question de fond et non de forme» qui demande «à être «établie objectivement»». Une telle question «p[ouvait] 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). Dès lors, dans l'affaire qui nous concerne, il suffit de constater que les Iles Marshall ont clairement accusé les Etats «nucléaires» de ne pas respecter l'article VI du TNP ou l'obligation coutumière correspondante et que les pays défendeurs ont soutenu, chacun en ce qui le concerne, qu'ils respectaient l'obligation en question pour que la Cour établisse objectivement l'existence du différend.

Dans sa jurisprudence antérieure, la Cour a pris en compte les positions adoptées par les parties au cours de la procédure, lorsqu'elle cherchait à établir objectivement le différend. Si elle n'avait pas procédé ainsi, la Cour aurait pu aboutir à un résultat absurde en arrêtant le temps à la date du dépôt de la requête; le différend pourrait changer d'objet ou même ne plus en avoir, en fonction des positions défendues devant la Cour. Supposons même que les prémisses du différend se soient dessinées avant le dépôt de la requête et que les positions opposées se soient clairement affirmées au cours de la procédure, la Cour peut-elle se déclarer incompétente en se fondant sur une question de forme et non de fond ou de substance? Au risque de voir, comme dans la présente affaire, le demandeur introduire, aussitôt après le prononcé de la décision d'incompétence, une nouvelle requête! Où est la bonne administration de la justice dans tout cela?

La Cour a, en effet, opéré de façon «réaliste et concrète», et avec pragmatisme dans la mesure où sa fonction est de régler les différends lorsqu'ils s'affirment devant elle et non de s'abriter derrière un quelconque «formalisme» au risque d'assister à une détérioration de la situation entre les parties.

C'est ainsi que, dans l'arrêt sur les exceptions préliminaires, en date du 11 juillet 1996, rendu en l'affaire relative à *l'Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie)*, la Yougoslavie contestait l'existence d'un différend relatif à la violation de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, avec la Bosnie-Herzégovine. La Cour a constaté que la Yougoslavie avait «globalement rejeté toutes les allégations de la Bosnie-Herzégovine, que ce soit au stade des procédures afférentes aux demandes en indication de mesures conservatoires, ou au stade de la ... procédure relative aux ... exceptions [préliminaires]» (C.I.J. Recueil 1996 (II), p. 614, par. 28), c'est-à-dire postérieurement à la date du dépôt de la requête.

Dans l'arrêt sur les exceptions préliminaires, en date du 10 février 2005, rendu en l'affaire relative à *Certains biens (Liechtenstein c. Allemagne)*, la Cour s'est référée à la position des parties au cours de la procédure pour

constater l'existence d'un différend. Elle a ainsi relevé que, «dans la présente instance, les griefs formulés en fait et en droit par le Liechtenstein contre l'Allemagne sont rejetés par cette dernière» et elle conclut «[c]onformément à sa jurisprudence bien établie ... il existe un différend d'ordre juridique entre le Liechtenstein et l'Allemagne» (*C.I.J. Recueil 2005*, p. 19, par. 25). La Cour s'est appuyée à ce propos sur le précédent déjà cité de l'affaire du *Génocide* en 1996. Pour être complet, on doit mentionner que

«[l]a Cour note par ailleurs que la position adoptée par l'Allemagne dans le cadre de consultations bilatérales et dans la lettre du 20 janvier 2000 ... [avant le dépôt de la requête] conforte l'affirmation selon laquelle les revendications du Liechtenstein se sont heurtées à l'opposition manifeste de l'Allemagne» (*ibid.*).

Autrement dit, la Cour n'a noté les positions des parties, avant le dépôt de la requête, qu'une fois qu'elle a conclu à l'existence du différend à partir des échanges intervenus entre elles au cours de la procédure. Tout cela renforce le caractère concret, réaliste et pragmatique de la jurisprudence de la Cour dans le respect du principe du consentement qui fonde sa compétence et du principe de l'égalité entre les parties.

En présence d'une jurisprudence bien établie de la Cour sur l'existence du différend qui prend en compte tous les éléments dont elle dispose au moment où elle décide et adopte son arrêt, on aurait pu penser que l'opposition manifeste entre les positions des Iles Marshall et celle, respectivement de chacune des Parties défenderesses, aurait dû logiquement amener la Cour à rejeter l'exception d'incompétence fondée sur l'absence de différend. Mais les enjeux dans ces affaires sont tels que la majorité est allée rechercher, en renfort, un autre élément d'appréciation, de caractère subjectif, qui n'a rien à voir avec cette jurisprudence. Il s'agirait du «constat» 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». Elle s'appuie pour cela sur l'arrêt sur les exceptions préliminaires du 17 mars 2016 rendu en l'affaire des *Violations alléguées de droits souverains et d'espaces maritimes dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Colombie)* (*C.I.J. Recueil 2016 (I)*, p. 3). Or, d'une part, cet arrêt était inconnu des Iles Marshall et des Etats défendeurs puisqu'il a été rendu, le 17 mars 2016, après la clôture des plaidoiries orales dans cette affaire qui se sont déroulées du 9 au 16 mars 2016. D'autre part, il s'agissait d'une affaire où, contrairement à toute évidence, la Colombie plaidait qu'elle n'avait pas connaissance de la position du Nicaragua en ce qui concerne la mise en œuvre et le respect d'un arrêt de la Cour.

Le deuxième arrêt invoqué en faveur de cet élément de caractère subjectif, destiné à conclure à l'absence du différend, est tiré de l'affaire *Géorgie c. Fédération de Russie*. Or, il s'agit dans cette affaire de la mise en œuvre d'une clause compromissoire, l'article 22 de la CIEDR, qui impose comme

condition à la compétence de la Cour l'existence d'un différend qui rentre dans les perspectives de cette convention et, surtout, l'engagement de négociations préalables, à ce sujet, entre les parties.

A mon avis, le prétendu constat du fait de «connaître ou avoir eu connaissance» ne peut servir de bouée de sauvetage à une décision qui ne se rattache d'aucune façon à la jurisprudence bien établie de la Cour en la matière. La majorité a tenté de sortir les deux affaires de leur contexte. Dans l'affaire *Nicaragua c. Colombie*, cette dernière ne pouvait ignorer le problème posé par l'application d'un arrêt dans une affaire à laquelle elle était partie. En avançant, à partir de là, un nouveau critère pour l'existence d'un différend, la majorité compromet sérieusement la démarche de la Cour à l'avenir, en ce qui concerne l'existence d'un différend.

En se plaçant ainsi dans une position bien difficile qu'elle a essayé de justifier sans y parvenir, la majorité ne permet pas, en conséquence, à la Cour de remplir sa fonction d'organe judiciaire principal des Nations Unies qui doit assister les parties dans le règlement de leurs différends et contribuer ainsi à la paix par la mise en œuvre du droit international.

(Signé) Mohamed BENNOUNA.
