



OSSERVATORIO SULLA CORTE INTERNAZIONALE DI GIUSTIZIA N. 5/2016

1. LA COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE ET LA NOTION DE DIFFEREND

[Obligations relatives à des négociations concernant la cessation de la course aux armes nucléaires et le désarmement nucléaire \(Iles Marshall c. Inde\), arrêt, compétence de la Cour et recevabilité de la requête, 5 octobre 2016](#)

[Obligations relatives à des négociations concernant la cessation de la course aux armes nucléaires et le désarmement nucléaire \(Iles Marshall c. Pakistan\), arrêt, compétence de la Cour et recevabilité de la requête, 5 octobre 2016](#)

[Obligations relatives à des négociations concernant la cessation de la course aux armes nucléaires et le désarmement nucléaire \(Iles Marshall c. Royaume-Uni\), arrêt, exceptions préliminaires, 5 octobre 2016](#)

Le 5 octobre 2016 la Cour s'est déclarée incompétente à l'égard des trois affaires dont elle avait été saisie par les Iles Marshall à l'encontre de l'Inde, du Pakistan et du Royaume-Uni : au moment du dépôt de la requête il n'y aurait eu aucun différend entre les parties. Conclusion par laquelle la Cour semble vouloir un peu trop rapidement se débarrasser de différends gênants et qui d'ailleurs n'empêche pas que ces différends fassent l'objet d'une nouvelle requête. Conclusion purement formaliste, comme plusieurs juges l'ont souligné, au service d'une décision dont la nature politique a déjà attiré des critiques (voy. [N. Krisch](#), [E. Stoppioni](#)). Conclusion qui soulève surtout la question juridique de la définition de différend, sa cohérence avec la jurisprudence précédente et son application future.

Les Iles Marshall avaient prié la Cour de dire que les trois Etats nucléaires avaient manqué à leur obligation de négocier un désarmement nucléaire général, obligation découlant pour l'Inde et le Pakistan du droit international coutumier et pour le Royaume-Uni plus particulièrement de l'article VI du Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires. Pour le demandeur l'existence de ces différends découlait, d'une part, des ses déclarations faites dans des enceintes multilatérales rappelant aux défendeurs le respect de leur obligation de négocier un désarmement nucléaire général et, d'autre part, de la conduite des défendeurs qui n'avaient pas voulu participer à certaines initiatives diplomatiques et qui auraient conservé et modernisé leur arsenal nucléaire. Le dépôt des

requêtes des Iles Marshall n'aurait fait que confirmer l'existence des différends. A l'exception de certaines objections spécifiques, les trois défendeurs avançaient globalement la même thèse : aucun différend juridique ne les opposait aux Iles Marshall au moment du dépôt de la requête, la Cour ne pouvait se prononcer sur l'obligation de négocier en l'absence des autres Etats destinataires de la même obligation, et les affaires tombaient sous le champ d'application de certaines réserves présentes dans les déclarations unilatérales des défendeurs. Le premier argument a suffi à convaincre la Cour qui ne s'est pas penchée sur les deux autres.

Après avoir rappelé la notion de « différend » et les éléments de preuve nécessaires pour en établir l'existence, la Cour a conclu à l'absence de différend entre les parties : les déclarations publiques des Iles Marshall, étant trop générales et ne concernant « pas spécifiquement le comportement » des défendeurs, ne permettaient pas à ces derniers d'avoir connaissance que les Iles Marshall alléguaient qu'ils manquaient à leurs obligations. L'absence d'allégations spécifiques n'aurait pas permis à la Cour, à cette fin, de prendre en considération le comportement des défendeurs.

1. La définition de différend théoriquement applicable

La conclusion de la Cour soulève une première perplexité : il est difficile de la réconcilier avec la définition de différend qu'elle applique normalement. La jurisprudence constante adopte une notion objective, substantielle, peu formaliste de différend et certaines décisions récentes montrent la manière dont cette notion flexible peut être concrètement appliquée. La rigueur affichée par les décisions dans les affaires des Iles Marshall remet en cause certains éléments de cette définition.

Le silence de la Charte, du Statut et encore du Règlement de la Cour, qui ne définissent pas la notion de différend, ne pouvait être comblé que par l'œuvre des juges. Comme la Cour le rappelle dans ces dernières décisions, le différend est « la réclamation de l'une des parties [qui] se heurte à l'opposition manifeste de l'autre » (*Iles Marshall c. Royaume-Uni*, par. 37). Puisque « l'existence d'un différend est une question de fond, et non de forme ou de procédure », la Cour précise que la preuve de cette existence ne requiert ni la tenue de négociations préalables, ni des protestations diplomatiques officielles, ni encore la notification de l'intention d'introduire une instance (*ibid.*, par. 38). Si l'existence du différend doit être prouvée « objectivement », deux sont les « faits » que la Cour doit – en théorie – prendre en considération : les déclarations ou documents échangés entre les parties, y compris les échanges dans les enceintes multilatérales (*ibid.*, par. 39) et le comportement des parties qui à lui seul peut, dans certaines circonstances, faire état de l'existence d'un différend entre les parties comme la jurisprudence de la Cour a déjà eu l'occasion de le rappeler (*ibid.*, par. 40).

Or, c'est bien cette notion flexible, objective et substantielle de différend qui a permis en mars dernier à la Cour de se déclarer compétente dans l'affaire des *violations alléguées de droits souverains et d'espaces maritimes dans la mer des Caraïbes* (Nicaragua c. Colombie) (exceptions préliminaires, 17 mars 2016). La protestation diplomatique officielle du Nicaragua ayant été envoyée six mois après le dépôt de la requête, la Cour a dû établir l'existence du différend sur la base des déclarations publiques faites par les représentants des parties. Alors que le Nicaragua insistait pour le respect des droits souverains reconnus par la Cour en 2012, la Colombie se disait prête à rechercher un accord sur la question. Ces déclarations ont suffi pour conclure que la Colombie ne pouvait ignorer que son

comportement (remettant en cause la décision de 2012) se heurtait à l'opposition manifeste du Nicaragua. Donc, malgré l'absence d'accusations spécifiques et d'une protestation diplomatique officielle, la Cour a bien conclu à l'existence d'un différend sur la violation des droits reconnus par l'arrêt de 2012. On aurait pu penser que la même méthodologie conduite la Cour à affirmer l'existence d'un différend entre les Iles Marshall et chaque défendeur.

La conclusion opposée que la Cour a retenue seulement quelques mois plus tard découle principalement de trois éléments. La Cour introduit pour la première fois dans sa jurisprudence un nouvel élément à la notion de différend : la « connaissance » que le défendeur doit avoir du différend (*Iles Marshall c. Royaume-Uni*, par. 41). Deuxièmement, la Cour précise que le différend doit subsister au moment du dépôt de la requête (*ibid.*, par. 42), alors que la jurisprudence précédente n'avait jamais retenu cette date critique. Troisièmement, la Cour ignore tout simplement le comportement des défendeurs qui paraît ne plus jouer aucun rôle dans l'établissement de l'existence du différend. Une conclusion qui ne paraît pas conforme à notion théorique de différend qui a été constamment appliquée par la jurisprudence de la Cour.

2. L'existence du différend et la « connaissance » du défendeur

La connaissance du défendeur en tant que condition pour l'existence du différend ne figure pas dans la jurisprudence de la Cour. Certes, les arrêts du 5 octobre n'ont pas résisté à la tentation de citer deux décisions précédentes (*Iles Marshall c. Royaume-Uni*, par. 41), mais elles n'introduisaient aucun nouvel élément à la définition de différend (voy. *ibid.*, l'opinion du juge Yusuf, par. 21-22).

Dans la décision concernant les *violations alléguées de droits souverains et d'espaces maritimes dans la mer des Caraïbes* (Nicaragua c. Colombie) (exceptions préliminaires, 17 mars 2016), alors que la Colombie affirmait que la requête du Nicaragua avait été « une totale surprise » (*ibid.*, par. 56), la Cour a considéré, au contraire, que cet Etat « savait » (« was aware ») que son comportement se heurtait aux réclamations du Nicaragua. Toutefois, la condition de la « connaissance » (« awareness ») n'était pas considérée par l'arrêt comme nécessaire pour conclure à l'existence du différend : elle n'est pas mentionnée dans la partie générale concernant les règles sur l'existence du différend (*ibid.*, par. 50-52) et l'opinion dissidente du juge Caron la considère comme étrangère à la jurisprudence de la Cour (*ibid.*, par. 58).

Quant à la décision rendue dans l'affaire de *l'application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale* (Géorgie c. Fédération de Russie) (exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2011, par. 61, 87 et 104) il faut rappeler qu'elle était particulière à cause du fondement juridictionnel : la clause compromissoire de la convention contre la discrimination raciale limite la compétence de la Cour aux différends qui n'ont pas été réglés « par voie de négociation ou au moyen des procédures expressément prévues par la ... Convention » (art. 22). La connaissance du défendeur ne figure pas parmi les conditions générales indiquant l'existence du différend et, si la Cour à trois reprises affirme que le défendeur avait « connaissance » de la position du demandeur, ce souci peut s'expliquer par les conditions spécifiques de l'art. 22, comme le précise le juge Greenwood : « That is far from being an exacting requirement but it is an important one, especially in the context of a provision like Article 22 of CERD, which refers to more than one method of dispute settlement. A State cannot be expected to attempt to negotiate a

dispute if no steps have been taken to make it aware that it might be a party to such a dispute » (opinion individuelle du juge Greenwood, *ibid.*, par. 9).

Bien qu'absente de la jurisprudence précédente, on peut peut-être comprendre le souci de la Cour d'inclure la « connaissance » du défendeur parmi les éléments de la notion de différend lorsqu'elle se base pour son établissement sur le seul comportement des parties. Plusieurs juges ont fait référence à la définition de différend proposée par le juge Morelli (voy. par exemple les opinions des juges Owada, par. 4 ; Sebutinde, par. 21 ; Yusuf, par. 28). Cette définition admettait déjà la possibilité que le différend se déduise du comportement des parties : « il se peut aussi que l'une des attitudes opposées des parties consiste, non pas dans une manifestation de volonté, mais plutôt dans une conduite, par laquelle la partie, qui adopte une telle conduite, réalise directement son propre intérêt » (*Affaire du Sud-Ouest Africain, (Ethiopie c. Afrique du Sud ; Libéria c. Afrique du Sud), Exceptions préliminaires, Arrêt du 21 décembre 1962, C.I.J. Recueil 1962*, opinion dissidente du juge Morelli, p. 567). Le juge Morelli admettait également qu'une prétention puisse s'opposer à une conduite subséquente ou bien qu'une protestation concerne une conduite précédente (*ibid.*, p. 568). La « connaissance » requise par la Cour pourrait alors s'expliquer en tant que condition supplémentaire liée à l'absence d'une manifestation précise de volonté. D'une part, la Cour baisse le niveau de la preuve puisque le comportement est suffisant pour montrer l'existence du différend, d'autre part, elle se soucie d'établir que le défendeur ait connaissance des protestations du demandeur. Une connaissance qui reste à établir objectivement. La condition de la connaissance ne serait donc requise si le différend peut s'établir par le biais de manifestations explicites de volontés des parties, telle une correspondance diplomatique. Reste la difficulté de faire la différence entre les éléments pouvant permettre d'établir cette « connaissance » et la condition de la notification préalable, la première ne pouvant pas correspondre à la seconde car une jurisprudence constante exclut que ni la protestation diplomatique officielle ni la notification de l'intention d'introduire une instance ne sont nécessaires aux fins de l'établissement de l'existence du différend (*Iles Marshall c. Royaume-Uni*, par. 38).

Quant aux affaires introduites par les Iles Marshall, ce nouvel élément aurait pu s'apprécier à condition de prendre en considération le comportement des défendeurs. Ce que la Cour ne fait pas. Inexplicablement. « It takes two to tango » : pour conclure à l'existence ou à l'absence du différend, les déclarations des Iles Marshall auraient dû être confrontées à la conduite de l'Inde, du Pakistan et du Royaume-Uni. Les déclarations du demandeur n'étant pas suffisantes à cet égard. Ce n'est que par le rapport qui s'établit entre les parties que le différend peut prendre forme ; le différend ne peut pas dépendre des seules allégations du demandeur, soient-elles aussi spécifiques que la Cour le voudrait.

Tout en supposant que la « connaissance » du défendeur soit un élément de la notion de différend, le plus étonnant dans le cas des affaires introduites par les Iles Marshall est de se rendre compte que la vaste majorité des juges considérait que le différend entre les Iles Marshall et les trois états nucléaires existait bien à la date des décisions sur les exceptions préliminaires. Il suffit d'ajouter aux juges de la minorité les juges qui dans leurs opinions ont affirmé que les Iles Marshall pourraient à présent introduire une nouvelle fois la même instance (voy. les opinions des juges Bhandari, par. 13 ; Gaja ; Owada, par. 21 ; et Xue, par. 16). Si les déclarations officielles des Iles Marshall, entre autres celle de Nayarit, ne suffisaient pas pour établir la protestation pourtant notoire du demandeur par rapport au comportement des défendeurs, leur requête ne prêtait pas de doute à cet égard. La question qui devient donc essentielle est celle de la date à laquelle le différend doit être établi.

3. La date critique à laquelle l'existence du différend doit être établie

Dans la partie dédiée aux principes régissant l'établissement de l'existence du différend, les décisions rendues le 5 octobre rappellent la jurisprudence précédente de la Cour en considérant que « *[e]n principe*, la date à laquelle doit être appréciée l'existence du différend est celle du dépôt de la requête » (*Iles Marshall c. Royaume-Uni*, par. 42, c'est nous qui soulignons). Cet « en principe » est important : il évite « de vouer un culte fétichiste à cette date critique » (*ibid.*, opinion du juge Bedjaoui, par. 34). Donc, la formule n'exclut pas, par exemple, que le différend se cristallise par le dépôt de la requête.

Toutefois, la Cour ajoute au paragraphe suivant que « ni la requête ni le comportement ultérieur des parties ou les déclarations faites par elles en cours d'instance ne sauraient 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.*, par. 43). Ce qui contredit simplement l'affirmation précédente : le différend doit être établi par des déclarations ou des comportements *précédant* le dépôt de la requête. La partie des arrêts dédiée à l'établissement de l'existence des différends entre les Iles Marshall et les trois Etats nucléaires le confirme : « si des déclarations ou réclamations formulées dans la requête, voire après le dépôt de celle-ci, peuvent être pertinentes à diverses fins – et, en particulier, pour préciser la portée du différend soumis à la Cour –, elles ne sauraient créer un différend *de novo*, c'est-à-dire un différend qui n'existe pas déjà » (*ibid.*, par. 54).

Mais pour quelle raison le différend ne pourrait-il pas se définir et se préciser en cours d'instance ? La Cour semble anticiper la question quand elle considère que dans ce cas « le défendeur se trouverait privé de la possibilité de réagir, avant l'introduction de l'instance, à la réclamation visant son comportement » (*ibid.*, par. 45). Ce qui reste à comprendre est la raison pour laquelle le défendeur devrait avoir la possibilité de réagir avant le dépôt de la requête, lorsqu'il a évidemment la possibilité de le faire en cours d'instance. L'instance n'est-elle pas faite pour cela ? Les décisions ajoutent deux éléments.

Le premier est une interprétation de l'article 38, paragraphe 1, du Statut de la Cour que l'on a du mal à partager. La disposition prévoit que la mission de la Cour est de « régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis » : les décisions rendues le 5 octobre en déduisent que le paragraphe 1 de l'article 38 vise « bien des différends existant à la date de leur soumission » (*ibid.*, par. 42). Alors que la disposition ne le dit pas. Les différends « soumis » peuvent aussi se préciser en cours d'instance, le terme « soumis » peut se référer tout simplement à la requête, etc. : l'article 38 ne fournit aucune précision à cet égard. Si c'est le silence du Statut que la Cour est en train d'interpréter, elle devrait le faire en conformité avec son objet et son but.

Le second est simplement un affront à la logique : « la règle selon laquelle le différend doit en principe déjà exister à la date du dépôt de la requête serait vidée de sa substance » (*ibid.*, par. 45). Si une règle, qui admet elle-même des exceptions (« en principe »), doit être écartée quand l'exception se réalise, il est impossible de dire qu'elle est vidée de sa substance. De plus, le fait d'établir l'existence du différend en prenant en considération les circonstances qui précèdent la décision sur la compétence plutôt que celles qui précèdent le moment du dépôt de la requête ne change absolument pas la condition même de l'existence du différend : la Cour devra toujours être satisfaite que le différend existe, n'étant pas suffisant à cette fin la simple introduction de l'instance.

Force est de constater que la prétendue règle selon laquelle la date critique pour l'existence du différend serait la date du dépôt de la requête n'a aucun fondement dans le Statut. Et pourtant la Cour doit y voir la protection d'intérêts particulièrement importants. La première possibilité est que le but de la Cour soit de protéger le défendeur de la « surprise » que l'introduction inattendue d'une instance peut représenter. Que l'on se souvienne des soucis déjà exprimés par la Colombie. Si les trois arrêts ne sont pas explicites à cet égard, ce souci ressort plus généralement des opinions de certains juges. Il a ceux qui y font expressément référence (*ibid.*, opinion du juge Xue, par. 6) et ceux qui insistent plutôt sur le fait que la saisine de la Cour ne serait pas suffisante pour faire naître un différend : « the seisin of the Court cannot by itself bring into being a dispute between the Parties » (*ibid.*, opinion du juge Yusuf, par. 39) ; « I share the Court's view that a dispute cannot be created simply by the filing of an application » (*ibid.*, opinion du juge Crawford, par. 25) ; « should that argument be accepted, it would virtually render the condition of the existence of a dispute without any meaning and value » (*ibid.*, opinion du juge Xue, par. 5). En ce qui concerne cette dernière remarque, nous l'avons déjà noté, si la date critique était la date de la décision sur la compétence, la condition de l'existence du différend resterait exactement la même. Au contraire, si la date critique était celle du dépôt de l'instance, il faudrait inclure l'absence de surprise parmi les conditions d'existence du différend; ce qui reviendrait à imposer une notification préalable de l'intention d'introduire une instance ou bien une protestation diplomatique officielle, des éléments que pour la jurisprudence ne font pas partie de la notion de différend. Cette interprétation finirait par s'opposer à la définition même de différend retenue par la Cour. L'on ajoutera seulement que la Cour peut toujours recourir à une solution procédurale pour contrebalancer la « surprise » qui pourrait embarrasser l'une des parties (*ibid.*, opinion du juge Robinson, par. 51).

La décision rendue dans l'affaire des Iles Chagos (*In the Matter of the Chagos Marine Protection Area Arbitration*, Maurice c. Royaume-Uni, sentence arbitrale, 18 mars 2015) fournit un exemple d'une situation dans laquelle la « surprise » se traduit en une condition de recevabilité. L'article 283 de Convention des Nations Unies sur le droit de la mer prévoit que « [l]orsqu'un différend surgit entre des Etats Parties à propos de l'interprétation ou de l'application de la Convention, les parties en litige procèdent promptement à un échange de vues concernant le règlement du différend par la négociation ou par d'autres moyens pacifiques ». Le tribunal arbitral en a déduit que l'article 283 « was intended to ensure that a State would not be taken entirely by surprise by the initiation of compulsory proceedings. It should be applied as such, but without an undue formalism as to the manner and precision with which views were exchanged and understood. In the Tribunal's view, Article 283 requires that a dispute have arisen with sufficient clarity that the Parties were aware of the issues in respect of which they disagreed » (*ibid.*, par. 382).

La « surprise » peut donc jouer un rôle mais à condition d'être prévue par une règle spécifique, comme l'art. 283 qui soumet l'exercice de la compétence juridictionnelle à l'échange préalable de vues entre les parties. A plus forte raison alors, elle ne peut être présumée lorsque cette compétence n'est soumise à aucune condition préalable. Ce qui nous ramène au principe du consentement et aux conditions auxquelles les Etats peuvent soumettre la saisine de la Cour.

Dans les trois décisions récentes l'argument de la « surprise » est exprimé, de façon indirecte, par la volonté de ne pas priver le défendeur de la « possibilité de réagir, avant l'introduction de l'instance, à la réclamation visant son comportement » (*Iles Marshall c. Royaume-Uni*, par. 43). Les implications sont les mêmes. La « possibilité de réagir » postule

l'existence d'une clause juridictionnelle prévoyant cette possibilité. Si le consentement des parties ne soumet l'introduction de l'instance à aucune condition, le défendeur n'est pas privé de sa « possibilité de réagir » car la procédure contentieuse devant la Cour incarne cette possibilité.

Il est alors deux situations à ne pas confondre. D'une part, l'instrument sur lequel repose la compétence de la Cour peut prévoir des conditions procédurales devant être remplies avant le dépôt de l'instance. Dans ce cas, le différend ne peut qu'exister avant le dépôt de l'instance puisqu'il doit faire l'objet d'échanges de vues, de négociations, de consultations ou autre. D'autre part, l'instrument sur lequel repose la compétence de la Cour peut prévoir une saisine directe de la Cour. L'on ne voit dans ce cas aucun obstacle à ce que le différend se précise en cours d'instance. Cette distinction a été très tôt affirmée par la Cour permanente de justice internationale : « l'article 23 ... de la Convention de Genève [la clause compromissoire] ne pose pas la condition de négociations diplomatiques qui devraient être tentées en première ligne ; il n'exige pas non plus qu'une procédure spéciale, de la nature de celle qui est prévue à l'article 2, n° 1, précède le recours à la Cour. La comparaison entre les diverses clauses juridictionnelles de la Convention de Genève démontre, par conséquent, que la Cour peut être saisie, aux termes de l'article 23, aussitôt que l'une des Parties estime qu'il y a divergence d'opinion résultant de l'interprétation et de l'application des articles 6 à 22. Or, une divergence d'opinion se manifeste dès qu'un des gouvernements en cause constate que l'attitude observée par l'autre est contraire à la manière de voir du premier. Même si la nécessité d'une contestation formelle ressortait de l'article 23, cette condition pourrait être à tout moment remplie par un acte unilatéral de la Partie demanderesse. La Cour ne pourrait s'arrêter à un défaut de forme qu'il dépendrait de la seule Partie intéressée de faire disparaître » (*Affaire relative à certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, arrêt No. 6, 25 août 1925, *Publications, Série A*, 1925, p. 14). Cette distinction implique que certaines décisions de la Cour ne sont pas pertinentes aux fins de la présente analyse à raison des conditions procédurales prévues par les clauses compromissoires sur lesquelles reposait la compétence de la Cour : il s'agit des affaires *Géorgie c. Russie* (cit.) et *Nicaragua c. Colombie* (cit.).

Cette distinction explique finalement pourquoi les Iles Marshall ont invoqué certains précédents dans lesquels la Cour a établi l'existence du différend en prenant en considération la position exprimée par les parties après le dépôt de l'instance. Dans l'affaire relative à l'application de la convention sur le génocide (*Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie*) (exceptions préliminaires, arrêt du 11 juillet 1996, *CIJ Recueil* 1996, p. 595) la Cour n'a pris en considération que la position adoptée par la Yougoslavie après le dépôt de la requête « que ce soit au stade des procédures afférentes aux demandes en indication de mesures conservatoires, ou au stade de la présente procédure relative auxdites exceptions » (*ibid.*, par. 28). Quoique la Cour en dise en 2016 (*Iles Marshall c. Royaume-Uni*, par. 54), le comportement du défendeur avant le dépôt de l'instance n'a pas été pris en considération par l'arrêt de 1996.

La position exprimée après le dépôt de la requête avait aussi été prise en compte dans l'affaire *Cameroun c. Nigéria* (*Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria*, exceptions préliminaires, arrêt du 11 juin 1998, *CIJ Recueil* 1998, par. 93). En 2016 la Cour réduit l'importance de ce précédent puisque les éléments postérieurs au dépôt de l'instance auraient eu trait « à la portée du différend, et non à l'existence de celui-ci » (*Iles Marshall c. Royaume-Uni*, par. 54). L'affirmation de la Cour peut s'expliquer de deux façons différentes. On peut considérer que la Cour introduit une distinction douteuse entre portée et existence

du différend. La définition de la portée du différend implique forcément un choix sur les réclamations qui seront adressées par la Cour ; elle concerne donc l'existence de certaines réclamations. Que les éléments postérieurs au dépôt de la requête servent à l'établissement de l'existence du différend ou à l'établissement seulement de certaines réclamations ne change pas leur rôle. Ce qui impliquerait finalement que ce précédent confirme que l'existence du différend peut s'établir grâce aux déclarations faites en cours d'instance.

L'alternative est d'accepter la distinction entre portée et existence du différend. Il s'en suit que la Cour devrait prendre en considération les éléments postérieurs au dépôt de la requête qu'il s'agisse d'élargir ou de restreindre la portée du différend. La Cour ne s'est jamais déclarée incompétente à raison de l'absence de différend entre les parties. Mais dans deux cas la Cour et sa devancière ont déclaré ne pas pouvoir se prononcer sur certaines demandes par rapport auxquelles elles ne pouvaient pas établir l'existence d'un « différend » sur la base des éléments postérieurs au dépôt de la requête. Dans l'affaire entre la Belgique et la Bulgarie, la Cour permanente avait affirmé : « Qu'on se place au point de vue du Traité de 1931 ou au point de vue des déclarations d'adhésion à la clause facultative, il appartenait au Gouvernement belge d'établir que, dès avant le dépôt de la requête, un différend s'était élevé entre les Gouvernements relativement à la loi bulgare du 3 février 1936. La Cour estime que le Gouvernement belge n'a pas établi l'existence d'un tel différend et, en conséquence, déclare la requête belge irrecevable pour la partie de ses demandes qui a trait à la loi précitée » (*Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie*, exception préliminaire, arrêt, 4 avril 1939, *Publications, Série A/B*, 1939, p. 83). Plus récemment dans l'affaire *Belgique c. Sénégal*, la Cour a conclu que « au moment du dépôt de la requête, le différend qui opposait les Parties n'était pas relatif à des manquements à des obligations relevant du droit international coutumier, et qu'elle n'a donc pas compétence pour statuer sur les demandes de la Belgique qui s'y rapportent » parce que « [l]es seules obligations mentionnées dans la correspondance diplomatique entre les Parties sont celles qui découlent de la convention contre la torture » (*Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, arrêt, *CIJ Recueil* 2012, par. 54-55).

La Cour fait référence aussi bien aux « demandes » qu'aux « différends » entre les parties. On pourrait considérer que ces deux décisions soulevaient la question de la portée plutôt que de l'existence des différends (par exemple l'opinion du juge Crawford parle de « part of a claim », *Iles Marshall c. Royaume-Uni*, par. 13). Alors, pour se conformer à la distinction affirmée le 5 octobre, elles auraient dû prendre en considération les éléments pertinents postérieurs au dépôt de la requête. Mais la différence entre portée et existence du différend reste bien incertaine.

Il faut donc admettre que la jurisprudence de la Cour n'est pas toujours uniforme et elle inclut des décisions qui ont établi l'existence ou la « portée » de certains différends sur la base des positions exprimées par les parties après le dépôt de la requête aussi bien que des décisions qui ont considéré ne pas pouvoir procéder ainsi. Une seule chose paraît certaine : les décisions du 5 octobre considèrent pour la première fois que la date critique est la date du dépôt de la requête. Face à la constatation d'une jurisprudence incertaine, qui devient contradictoire, il est alors extrêmement difficile de systématiser les précédents pour y trouver une réponse précise à la question de la date critique. Les opinions des juges ne semblent pas trouver d'échappatoires à cette constatation.

Même l'explication du juge Crawford, malgré son intérêt, ne nous paraît pas entièrement convaincante. Il considère que les affaires où la Cour n'a pas pris en compte la position exprimée par les parties après le dépôt de la requête pour établir l'existence d'une

« partie » du différend pourraient s'expliquer par une caractéristique commune : « In each, there had been prior correspondence or statements but the applicant later sought to add other issues or claims. In such a case, it was open for the Court to focus on what the parties had previously treated as the gist of the dispute » (opinion dissidente du juge Crawford, *ibid.*, par. 13). Autrement dit, la solution serait dictée par le contexte factuel : les éléments à prendre en considération dépendraient de la présence des échanges diplomatiques ayant eu lieu avant le dépôt de la requête. L'argument risque d'être tautologique : la preuve de l'existence du différend ou d'une partie de celui-ci dépendrait des éléments de preuve disponibles. Ou bien l'opinion vise simplement à reconnaître une *priority* aux échanges préalables entre les parties. Ce qui reviendrait tout de même à accorder un rôle subsidiaire aux déclarations et aux comportements des parties postérieurs au dépôt de la requête. Alors que rien n'empêche que les parties n'abordent entre elles qu'une partie du différend qui les oppose mais que la Cour soit plus tard capable d'établir l'existence du différend sur la base aussi de leur conduite.

Manifestement la solution ne peut qu'être recherchée dans les règles générales sur l'établissement de l'existence du différend (voy. *supra*) ainsi que les principes régissant l'exercice de la fonction judiciaire de la Cour. C'est pour cette raison que les juges se sont parfois tournés vers les principes de bonne administration de la justice et d'économie procédurale (voy. en particulier l'opinion dissidente du juge Robinson, *ibid.*, par. 52-55). Il suffit de rappeler ce que la Cour a affirmé en 2008 pour se demander si la rigueur affichée en ce qui concerne la date critique soit vraiment nécessaire : « ce qui importe, c'est que, au plus tard à la date à laquelle la Cour statue sur sa compétence, le demandeur soit en droit, s'il le souhaite, d'introduire une nouvelle instance dans le cadre de laquelle la condition qui faisait initialement défaut serait remplie. En pareil cas, cela ne servirait pas l'intérêt d'une bonne administration de la justice d'obliger le demandeur à recommencer la procédure — ou à en commencer une nouvelle — et il est préférable, sauf circonstances spéciales, de constater que la condition est désormais remplie » (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*, exceptions préliminaires, arrêt, CIJ Recueil 2008, par. 85).

4. Conclusion

On pourrait finalement penser que l'analyse qui précède est stérile. La Cour ne reviendra pas vraisemblablement sur sa décision et le remède au formalisme pourrait paraître simple : les Etats vont échanger un peu plus de lettres avant de saisir la Cour.

La première remarque évoque l'affaire du *Sud-Ouest africain* et le temps qu'il a fallu à la Cour pour faire oublier, d'abord, et revenir, en 2012, sur sa décision. Mais l'affaire de 1962/1966 est pertinente aussi parce qu'elle est à l'origine d'une règle que la Cour aurait peut-être dû appliquer dans ses décisions du 5 octobre : l'établissement de l'existence du différend entre les Iles Marshall et les Etats nucléaires était étroitement liée au comportement de ces derniers et par conséquent au fond des affaires. Il aurait été plus sage de considérer l'exception comme n'ayant pas un caractère exclusivement préliminaire.

Quant à la conséquence pratique, l'on pourrait douter du fait que certains Etats, notamment les moins puissants, soient en mesure de se conformer à la nouvelle condition pour saisir la Cour par la simple prévoyance de mettre au plus tôt l'Etat défaillant devant ses responsabilités. La tendance de la diplomatie est de trouver un point d'entente plutôt que de préciser les points de conflit et la notification préalable que la Cour a indirectement

imposée pourrait ne pas être considérée comme un moyen pour faire avancer la solution d'un différend bien présent malgré les déclarations officielles. La décision de la Cour finit par protéger les Etats les plus puissants. Ce n'est pas tellement la décision sur le fond qui nous préoccupe, même si elle est clairement en faveur des Etats nucléaires. C'est plutôt l'introduction d'un instrument procédural visant à la protection des Etats pouvant se permettre tout simplement de notifier un désaccord alors que le différend est encore dans une phase où les parties pourraient trouver une solution diplomatique. La décision sur le fond ne concerne qu'une affaire spécifique alors que l'instrument procédural a une application générale. Les principes de bonne administration de la justice et d'économie procédurale auraient pu éviter précisément les inconvénients liés à une égalité purement formelle des Etats. Il n'est pas certain qu'un Etat comme les Iles Marshall soit en mesure de présenter à nouveau ses requêtes. C'est toute l'absurdité d'avoir introduit une condition qui « externalise » la définition du différend alors que le consentement des parties fait de la Cour le juge naturel aussi bien de l'existence que du fond du différend.

BEATRICE I. BONAFÉ