

DISSENTING OPINION OF JUDGE BENNOUNA

[Original English Text]

Exercise in pure formalism — Introduction of a subjective criterion in determining the existence of the dispute — Sound administration of justice — Realism and flexibility of the case law of the Court — The existence of the dispute, a question to be objectively decided.

The Court has declared that it lacks jurisdiction in the three cases brought by the Marshall Islands against India, Pakistan and the United Kingdom respectively, on the same grounds: the non-existence of a dispute between the Parties. Consistently, I have voted against each of the three Judgments adopted by the Court, and for the same reasons set forth in this opinion.

Naturally, the Marshall Islands has invoked the 1968 Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons (NPT) as well as customary international law in the proceedings against the United Kingdom, these two States being parties to the treaty. However, the Marshall Islands has referred only to customary international law regarding India and Pakistan, which are not parties to the NPT.

The reasoning of the Court, however, does not address the issue of the customary nature of Article VI of the NPT which goes to the merits of the case. The same applies to the Court's consideration of whether or not the Respondents have complied with the obligation to negotiate, which is the subject-matter of the proceedings brought by the Marshall Islands.

Yet, with regard to the existence of a dispute, the Court has followed the same approach to achieve a similar result in each of the three Judgments.

* * *

The Marshall Islands has brought before the Court a dispute between itself and nine countries which hold, or are presumed to hold, nuclear weapons, regardless of whether those countries are parties to the NPT. The Court listed three cases against India, Pakistan and the United Kingdom, which have made declarations recognizing the jurisdiction of the Court, pursuant to Article 36, paragraph 2, of the Statute. The Court has found that it lacks jurisdiction in these three cases, on the grounds that no disputes exist between each of the three States and the Marshall Islands.

This is the first time that the International Court of Justice has found that it has no jurisdiction on the sole basis of the non-existence of a dis-

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

pute between the Parties. A reading of the Judgment of the Court reflects the fact that the majority came to this conclusion only by an exercise in pure formalism, artificially stopping the time of law and analysis at the date of submission of the request by the Marshall Islands. And as if that were not enough, the majority has resorted to a “criterion” bearing no relation to the well-established case law whereby in order for a dispute to exist, the respondent must have been “aware, or could not have been unaware, that its views were ‘positively opposed’ by the applicant” (para. 38).

The introduction of this criterion, linked to the subjective views of the Respondent and of those conducting the analysis, clearly goes against the entire case law of the ICJ and PCIJ, according to which the existence of a dispute is determined objectively by the Court on the basis of the evidence available to it, when it adopts its judgment. The Court has thus been able to administer justice soundly and avoid the absurd situation in which it now finds itself after declaring that it lacks jurisdiction in the three Judgments on *Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament*. Indeed, the Parties have disagreed clearly before the Court on points of fact and law, thereby demonstrating the existence of legal disputes on the questions submitted to it.

In other words, the disputes are indeed there — and it would be sufficient for the Marshall Islands to file fresh applications before the Court in order to prevent the ground of lack of jurisdiction on which it has based itself in handing down its Judgments from being invoked again!

The Court, when faced with such situations, has first noted that its jurisdiction must normally be ascertained at the time of the institution of the proceedings. But it has gone further and recalled that “like its predecessor, [it] has also shown realism and flexibility in certain situations in which the conditions governing the Court’s jurisdiction were not fully satisfied when proceedings were initiated but were subsequently satisfied, before the Court ruled on its jurisdiction” (*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2008*, p. 438, para. 81).

In particular, the Court refused to declare itself incompetent when it was sufficient for the Applicant to “file a new application, identical to the present one, which would be unassailable in this respect” (*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1996 (II)*, p. 614, para. 26). Many more instances could be cited in which the PCIJ, and then the ICJ, have rejected resorting to a formalism that is excessive and contrary to the sound administration of justice.

In the relationship between international law and time, there is a rational element, namely the determination of a point in time beyond which, theoretically, one must stop the watch, and a pragmatic element in order

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 » (par. 38).

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

to take into account the particular circumstances of the situation. The judge in exercising its art, has to strike the right balance between these elements, so that justice is done and seen to be done.

International judges had a duty to be even more vigilant in the present case, which concerns a question of crucial importance for security in the world. That is another reason for the principal judicial organ of the United Nations to undertake its role fully. Indeed, how can it shelter behind purely formalistic considerations which both legal professionals and ordinary citizens would find difficult to understand, rather than contributing, as it should do, to peace through international law, which is the *raison d'être* of the Court.

The only issue here was the scope of the obligation to negotiate laid down in Article VI of the NPT, an obligation that is also part of customary international law according to the Marshall Islands:

“Each of the Parties to the Treaty undertakes to pursue negotiations in good faith on effective measures relating to cessation of the nuclear arms race at an early date and to nuclear disarmament, and on a treaty on general and complete disarmament under strict and effective international control.”

This obligation is well known to all those who have attended the meetings of States parties to the NPT, which have been held regularly for more than 40 years or so. It is also known to the Court, which, in its famous Advisory Opinion of 8 July 1996 on *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, pronounced clearly on the subject as follows:

“[t]he legal import of that obligation goes beyond that of a mere obligation of conduct; the obligation involved here is an obligation to achieve a precise result — nuclear disarmament in all its aspects — by adopting a particular course of conduct, namely, the pursuit of negotiations on the matter in good faith” (*I.C.J. Reports 1996 (I)*, p. 264, para. 99).

For the background to the dispute in question, its human substance, we have to consider a small State, the Marshall Islands, whose population of a few tens of thousands of people has suffered terribly from the nuclear testing carried out in an area of its territory. This State has turned to the principal judicial organ of the United Nations to seek justice, so that such suffering does not occur again in future, through compliance with a conventional and/or customary obligation under international law. That, however, is a matter which the Court would have had to deal with when considering this case on the merits. And we have not reached that point, we are simply at the stage of jurisdiction.

But what is the Court doing? Something novel, by concluding that no dispute exists, so that it does not have to consider the merits of the case. In a sense, the Court is setting little store by its jurisprudence, which is nonetheless what ensures that it is both visible and credible.

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 :

« [L]a 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.

Judge Abraham referred to the well-established approach of the Court, in his separate opinion appended to the Judgment in the *Georgia v. Russian Federation* case (Judgment on preliminary objections of 1 April 2011):

“I shall first observe that until the present case the Court, whenever required to decide on a preliminary objection based on the respondent’s contention that there was no dispute, has made its decision — rejecting the objection — in a few short paragraphs, and has made the determination as of the date on which it was ruling, finding that the parties held clearly conflicting views at that date on the matters constituting the subject of the application and consequently that a dispute existed between them.” (*I.C.J. Reports 2011 (I)*, p. 226, para. 8.)

However, the Court did not change its position when dealing with that case between Georgia and the Russian Federation in 2011. In fact, it accepted that a dispute existed between the parties about the interpretation or application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (CERD), as Judge Abraham acknowledged. But it was obliged to decline jurisdiction in the case because the compromissory clause in the Convention on which the case was based (Art. 22) relates to “[a]ny dispute . . . which is not settled by negotiation or by the procedures expressly provided for in this Convention”. It was this prior condition for referral to the Court which had not been satisfied, and not that of the existence of the dispute.

We therefore do indeed have a jurisprudence which takes “a strictly realistic and practical view, free of all hints of formalism”, as Judge Abraham put it in his opinion (*Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, I.C.J. Reports 2011 (I)*, p. 228, para. 14), and which allows the Court to determine the existence of a dispute not only on the basis of acts that took place prior to the filing of the Application, but also on that of the positions adopted by the parties in the course of the written and oral proceedings. The important thing is to establish “a disagreement on a point of law or fact, a conflict of legal views or of interests”, to use the classic wording of the PCIJ’s Judgment in the *Mavrommatis Concessions* case in 1924 (*Judgment No. 2, 1924, P.C.I.J., Series A, No. 2*, p. 11).

In the cases brought before the Court by the Marshall Islands, the latter has placed emphasis on the statement that it made, before the filing of its Application, at the Second Conference on the Humanitarian Impact of Nuclear Weapons, held in Narayit (Mexico) on 13 and 14 February 2014, when it declared:

“Indeed we believe that States possessing nuclear arsenals are failing to fulfil their legal obligations in this regard. Immediate commencement and conclusion of such negotiations is required by legal obligation of nuclear disarmament resting upon each and every State

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 compromissoire 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

under Article VI of the Non-Proliferation Treaty and customary international law. It also would achieve the objective of nuclear disarmament long and consistently set by the United Nations, and fulfil our responsibilities to present and future generations while honouring the past ones.”

The Court has recalled on numerous occasions that its determination of the existence of a dispute “must turn on an examination of the facts”, and that “[t]he matter is one of substance, not of form” which requires “objective determination”. Such a dispute “may be inferred from the failure of a State to respond to a claim in circumstances where a response is called for” (*Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2011 (I)*, p. 84, para. 30). Hence in the present case, in order for the Court to determine objectively that the dispute exists, it is sufficient to establish that the Marshall Islands has clearly accused the “nuclear” States of failing to comply with Article VI of the NPT or the corresponding customary obligation, and that the Respondent countries have maintained, each for its own part, that they were fulfilling the obligation in question.

In its previous case law, the Court took account of the positions adopted by the parties during the proceedings when it sought to determine the dispute objectively. If it had not proceeded in such a way, the Court could have arrived at an absurd conclusion by making time stand still on the date when the Application was filed; the subject of the dispute might have changed, or even disappeared, according to the positions set forth before the Court. Let us even suppose that the premises of a dispute have taken shape before the filing of the Application and that the opposing views have been expressed clearly during the proceedings, can the Court then declare that it lacks jurisdiction on the basis of a question of form and not of substance or content? At the risk, as in the present case, of seeing the Applicant file a new application immediately after the finding of lack of jurisdiction is announced! Where is the sound administration of justice in all of that?

The Court has in fact operated in a “realistic and practical” way, and with pragmatism, since its function is to settle disputes when they are established before it, and not to shelter behind some kind of formalism, at the risk of witnessing a deterioration in the situation between the parties.

Thus, in the Judgment on preliminary objections delivered on 11 July 1996 in the case concerning *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia)*, Yugoslavia contested the existence of a dispute with Bosnia and Herzegovina regarding violation of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide. The Court found that Yugoslavia had “wholly denied all of Bosnia and Herzegovina’s allega-

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

tions, whether at the stage of proceedings relating to the requests for the indication of provisional measures, or at the stage of the . . . proceedings relating to [preliminary] objections” (*I.C.J. Reports 1996 (II)*, p. 614, para. 28), i.e., after the date when the Application was filed.

In the Judgment on preliminary objections delivered on 10 February 2005 in the case concerning *Certain Property (Liechtenstein v. Germany)*, the Court referred to the parties’ positions during the proceedings in order to determine the existence of a dispute. It thus found that “in the present proceedings complaints of fact and law formulated by Liechtenstein against Germany are denied by the latter”, concluding that “[i]n conformity with well-established jurisprudence . . . there is a legal dispute . . . between Liechtenstein and Germany”. The Court relied in this respect on the precedent from the *Genocide* case in 1996, as cited above. For the sake of completeness, it should be mentioned that:

“[t]he Court further notes that Germany’s position taken in the course of bilateral consultations and in the letter . . . of 20 January 2000 [before the filing of the Application] has evidentiary value in support of the proposition that Liechtenstein’s claims were positively opposed by Germany” (*I.C.J. Reports 2005*, p. 19, para. 25).

In other words, the Court took note of the positions of the parties prior to the filing of the Application only once it had determined the existence of a dispute on the basis of the exchanges between them during the proceedings. All of this serves to reinforce the practical, realistic and pragmatic nature of the Court’s jurisprudence, in accordance with the principle of consent upon which its jurisdiction is founded and with the principle of equality between the parties.

In light of the Court’s well-established jurisprudence on the existence of a dispute, which takes account of all the evidence available to the Court at the point when it decides on and adopts its judgment, one might have thought that the positive opposition between the respective views of the Marshall Islands and each of the Respondents should logically have led the Court to dismiss the objection of lack of jurisdiction based on the absence of a dispute. However, the matters at stake in these cases are such that the majority has sought to adduce another argument, of a subjective nature, which has nothing to do with that jurisprudence. This is said to be the “determination” that the Respondent “was aware or could not have been unaware that its views were ‘positively opposed’ by the Applicant”. The majority relies in this respect on the Judgment on preliminary objections delivered on 17 March 2016 in the case concerning *Alleged Violations of Sovereign Rights and Maritime Spaces in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Colombia)* (*I.C.J. Reports 2016 (I)*, p. 3). First, however, the Marshall Islands and the respondent States had no knowledge of that Judgment, since it was handed down on 17 March 2016, after the closure of the oral proceedings in the present case, which took place from 9 to 16 March 2016. And, second, it concerned a case in which, in the face of all the evidence,

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

Colombia argued that it was unaware of Nicaragua's position with regard to the implementation of and compliance with a judgment of the Court.

The second Judgment invoked in support of this subjective argument employed in order to conclude that there is no dispute is taken from the *Georgia v. Russian Federation* case. In that case, however, the point at issue was the application of a compromissory clause, Article 22 of CERD, which lays down, as a precondition for the Court's jurisdiction, the existence of a dispute that falls within the scope of that Convention and, above all, the holding of negotiations on the matter beforehand between the parties.

To my mind, the so-called determination of "being aware or having been aware" cannot be used as a lifeline for a decision which is in no way related to the well-established case law of the Court on this question. The majority has tried to remove these two cases from their contexts. In the *Nicaragua v. Colombia* case, the latter could not have been unaware of the problem posed by the application of a judgment in a case to which it had been party. In putting forward, on that basis, a new criterion for the existence of a dispute, the majority is seriously compromising the approach of the Court in future to the question of whether a dispute exists.

By placing itself, in this way, in a difficult position which it has attempted to justify, but without success, the majority is consequently not allowing the Court to fulfil its function as the principal judicial organ of the United Nations, whose task is to assist the parties in settling their disputes and thereby to contribute to peace through the implementation of international law.

(Signed) Mohamed BENNOUNA.

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.
