

DISSENTING OPINION OF JUDGE OWADA

1. To my greatest regret, I cannot associate myself with the present Judgment in terms of the conclusions stated in paragraphs 2, 3, 5 and 7 of its operative part, as well as the reasoning stated in the reasoning part. My disagreement lies with the understanding of the Judgment on the basic character of the International Convention for the Regulation of Whaling (hereinafter “the Convention”), with the methodology the Judgment employs for interpreting and applying the provisions of the Convention, and thus with a number of conclusions that it reaches.

2. In this opinion, I shall try to deal with some of the salient aspects of these points of disagreement. In view of the fundamental disagreement on some basic points, I shall be setting out my understanding on these points to clarify the differences that I have with the Judgment, rather than focusing on each and every concrete point on which I disagree.

I. JURISDICTION OF THE COURT

3. With regard to jurisdiction, while I maintain certain reservations on some aspects of the reasoning of the Judgment, I am not going to discuss this issue in this opinion, inasmuch as I have concurred with the conclusion of the Judgment that the Court has jurisdiction in this case. I wish, however, to place on record my reservation that under the somewhat unfortunate procedural circumstances, the Parties were not provided in the proceedings with ample opportunities to develop their respective arguments on the issue of jurisdiction, with the result that I could not but come to the conclusion that the Respondent has not succeeded in establishing that the Court lacks the jurisdiction to hear the present case under the Optional Clause declarations of the two Parties.

II. THE OBJECT AND PURPOSE OF THE CONVENTION

4. It is my view that this case has come to present controversies on which the opinions of Judges have come to be divided, mainly due to the difference between the Parties on the perceived evolution in the situation surrounding whales and whaling that has come to emerge during the period between the time when the Convention was concluded and the present. A discrepancy in perception has come to develop between two opposing views. It is argued on the one hand that there has been an evolution in the economic-social vista of the world surrounding whales and whaling over the years since 1946, and

OPINION DISSIDENTE DE M. LE JUGE OWADA

[Traduction]

1. A mon plus grand regret, je ne puis m'associer au présent arrêt en ce qui concerne les conclusions exposées aux points 2, 3, 5 et 7 du dispositif et le raisonnement correspondant. Mon désaccord porte sur l'interprétation de la nature fondamentale de la convention internationale pour la réglementation de la chasse à la baleine (ci-après « la convention ») qu'y développe la Cour, sur la méthode qu'elle emploie pour en interpréter et en appliquer les dispositions et, par voie de conséquence, sur plusieurs des conclusions auxquelles elle parvient.

2. Dans la présente opinion, je m'attacherai à expliquer ces points de divergence dans leurs grandes lignes. Comme je suis en désaccord fondamental avec la majorité sur certaines questions de fond, j'exposerai l'interprétation que j'en fais en vue d'expliciter les raisons qui m'amènent à me dissocier de l'arrêt, sans m'attarder sur chacun des aspects précis qui me posent problème.

I. COMPÉTENCE DE LA COUR

3. En ce qui concerne la compétence, si je maintiens certaines réserves à l'égard de l'un ou l'autre aspect du raisonnement suivi dans l'arrêt, je m'abstiendrai de les développer ici, dans la mesure où je fais mienne la conclusion de la Cour affirmant sa compétence en l'affaire. Je déplore néanmoins, et tiens à le faire savoir, que, en raison de circonstances procédurales pour le moins malheureuses, les Parties n'aient pas, en la présente instance, eu tout le loisir de développer leurs arguments respectifs sur la question de la compétence, de sorte que je n'ai pu faire autrement que de conclure que le défendeur n'était pas parvenu à démontrer que la Cour était incompétente pour connaître de la présente affaire au titre des déclarations faites par les deux Parties en vertu de la clause facultative.

II. OBJET ET BUT DE LA CONVENTION

4. Selon moi, les points de controverse que présente cette affaire et qui en sont venus à diviser la Cour tiennent essentiellement aux divergences entre les Parties quant aux changements intéressant les baleines et la chasse à la baleine qui se seraient produits depuis l'adoption de la convention. A cet égard, deux points de vue s'opposent. Le premier consiste à soutenir que la perception socio-économique, au sein de la communauté internationale, de la question des baleines et de la chasse à la baleine a évolué depuis 1946 et que cet élément doit être pris en compte dans

that this is to be reflected in the interpretation and the application of the Convention. It is argued, on the other hand, that the juridico-institutional basis of the Convention has not changed since it was drafted, based as it was on the well-established principles of international law relating to the conservation and management of fishing resources, including whales, and that this basic character of the Convention should essentially be maintained. This to my mind is the fundamental divide that separates the legal positions of the Applicant, Australia, and New Zealand as an intervener under Article 63 of the Statute, and that of the Respondent, Japan.

5. In order to have a proper understanding of the dispute, therefore, one has to look to the essential characteristics of the legal régime created under the Convention, in light of its object and purpose.

6. The history of modern whaling dates back to the nineteenth century, when many nations of the world, including in particular the United States and Great Britain, were actively participating in catching and killing whales in the oceans, primarily for their oil which was indispensable in those days for civilized urban people who depended upon oil extracted from whales for their lighting. In the days when natural resources of the sea, especially fishing resources, were thought to be inexhaustible, rampant taking and slaughtering of whales went unchecked all over the world, motivated primarily by the desire for economic gains. Concern about overfishing led whaling nations of the world to conclude the International Agreement for the Regulation of Whaling of 1937, in order to regulate whaling and avoid the depletion of whale stocks. This agreement, however, turned out to be less than effective, lacking a strong regulatory régime on whaling, except for a system basically of monitoring whale catches. It was against such a state of affairs that the Convention of 1946 came to be concluded in order to improve this devastating situation which came to threaten the sustainability of whale stocks and thus the viability of the whaling industry. The basic objective to be attained in concluding this Convention was "to develop a sound conservation program which [will] maintain an adequate and healthy breeding stock" (Chair Mr. Kellogg, International Whaling Conference, Minutes of the Second Session, 1946, p. 13, para. 137), by calling for a halt to further overfishing of certain whale stocks that were being depleted.

7. The object and purpose of the Convention is to be understood in the context of this situation. It is clearly enunciated in its Preamble. The objectives of the Convention are listed in its Preamble in the following words:

"The [Contracting] Governments

.....

Considering that the history of whaling has seen overfishing of one area after another and of one species of whale after another to such a degree that it is essential to protect all species of whales from further overfishing;

l'interprétation et l'application de la convention. Le second consiste à affirmer que le cadre juridico-institutionnel fixé par celle-ci n'a pas changé depuis cette même date, cet instrument se fondant sur des principes bien établis de droit international relatifs à la conservation et à la gestion des ressources halieutiques, y compris baleinières, et que cette nature fondamentale de la convention doit pour l'essentiel être préservée. Tel est, selon moi, le clivage juridique fondamental qui sépare la position juridique du demandeur, l'Australie, et de la Nouvelle-Zélande, Etat intervenant au titre de l'article 63 du Statut, de celle du Japon, Etat défendeur.

5. Pour bien comprendre le différend, il convient donc d'analyser les caractéristiques essentielles du régime juridique établi par la convention, à la lumière de son objet et de son but.

6. L'histoire de la chasse à la baleine moderne remonte au XIX^e siècle : nombre de nations du monde entier, et, en particulier, les Etats-Unis et la Grande-Bretagne, participaient alors activement à la capture et à la mise à mort de baleines, prisées essentiellement pour leur huile, indispensable au mode de vie urbain civilisé, et notamment à l'éclairage des particuliers. A une époque où les ressources naturelles des océans, et en particulier les ressources halieutiques, étaient tenues pour inépuisables, les baleiniers se livraient partout à cette chasse de manière effrénée, essentiellement poussés par l'appât du gain. Les préoccupations suscitées par cette exploitation excessive conduisirent les nations baleinières à conclure l'accord international pour la réglementation de la chasse à la baleine de 1937, afin de réglementer cette pratique et d'éviter l'épuisement des stocks de baleines. Cet accord devait toutefois se révéler pour le moins inefficace car, s'il prévoyait un mécanisme consistant essentiellement à surveiller les prises, il n'établissait pas de régime rigoureux de réglementation de la chasse. C'est dans ce contexte que fut adoptée la convention de 1946, en vue de remédier à une situation désastreuse qui en était venue à compromettre la capacité de renouvellement des stocks de baleines et, partant, la pérennité de l'industrie baleinière. L'objectif essentiel était « d'élaborer un programme fiable de conservation qui permettra[it] de préserver un stock reproducteur suffisant et sain » (M. Kellogg, président de la conférence internationale sur la chasse à la baleine (IWC), procès-verbal de la 2^e séance, IWC, 1946, p. 13, par. 137), en appelant à ce que cesse l'exploitation excessive de certains stocks de baleines déclinants.

7. C'est donc dans ce contexte que doivent être appréhendés l'objet et le but de la convention. Le préambule en fait clairement état, qui expose ainsi les objectifs de cet instrument :

« Les gouvernements [contractants]

.....

Considérant que, depuis son début, la chasse à la baleine a donné lieu à l'exploitation excessive d'une zone après l'autre et à la destruction immodérée d'une espèce après l'autre, au point où il est essentiel de protéger toutes les espèces de baleines contre la poursuite d'une [telle] exploitation ;

Recognizing that the whale stocks are susceptible of natural increases if whaling is properly regulated, and that increases in the size of whale stocks will permit increases in the number of whales which may be captured without endangering these natural resources;

Recognizing that it is in the common interest to achieve the optimum level of whale stocks as rapidly as possible without causing widespread economic and nutritional distress;

.....
 Desiring to establish a system of international regulation for the whale fisheries to ensure proper and effective conservation and development;

.....
 Have agreed as follows: . . .” (Preamble, paras. 3, 4, 5, 7.)

8. In explaining the purpose and objectives of the Convention, the Chair of the Conference, Mr. Kellogg, stated as follows:

“The Preamble, as is customary, explains the purpose and the objectives of the Convention . . . The Preamble also points out specifically and primarily that the purpose of this Convention is to develop a sound conservation programme which will maintain an adequate and healthy breeding stock. By restoring depleted stocks, as, for instance, the blue whale and the humpbacked whale, and by wise management of the existing stocks a maximum sustained yield of this natural resource can be assured. That, in a few words, is the general intent of the Preamble.” (Minutes of the Second Session, IWC, 1946, p. 13, para. 137.)

9. It is clear from this that the object and purpose of the Convention is to pursue the goal of achieving the twin purposes of the sustainability of the maximum sustainable yield (“MSY”) of the stocks in question and the viability of the whaling industry. Nowhere in this Convention is to be found the idea of a total permanent ban on the catch of whales. That this was not the intention of the 1982 proposal for a moratorium can be confirmed by the Verbatim Record of the International Whaling Commission which voted for the Moratorium (IWC 34th Annual Meeting, 19-24 July 1982, pp. 72-86). In introducing this proposal, the Chairman of the Technical Committee stated:

“[The sponsor of the proposal] regards the whales as a trust for the future and has looked for rational management, but this has been difficult to attain. There is scientific uncertainty and lack of data, some of which are not fully available. Recognizing the disruption to the whaling industry and the communities involved it proposed a

Reconnaissant qu'une réglementation appropriée de la chasse à la baleine serait de nature à assurer un accroissement naturel des stocks de baleines, ce qui permettrait d'augmenter le nombre de baleines pouvant être capturées sans compromettre ces ressources naturelles;

Reconnaissant qu'il est dans l'intérêt commun de faire en sorte que les stocks de baleines atteignent leur niveau optimal aussi rapidement que possible, sans provoquer une pénurie plus ou moins généralisée sur les plans économique et alimentaire;

.....
Désirant instituer un système de réglementation internationale de la chasse à la baleine qui soit de nature à assurer d'une manière appropriée et efficace la conservation et l'accroissement [des stocks de baleines];

.....
Sont convenus des dispositions suivantes: ...» (Préambule, par. 3, 4, 5, 7.)

8. A propos de l'objet et des buts de la convention, M. Kellogg, président de la conférence, s'exprima en ces termes:

«Le préambule, comme il est d'usage, expose la finalité et les objectifs de la convention ... Par ailleurs, il souligne expressément et avant tout que cette convention a pour objet d'élaborer un programme fiable de conservation qui permettra de préserver un stock reproducteur suffisant et sain. Grâce à la reconstitution des peuplements déclinants, tels que, notamment, les baleines bleues et les baleines à bosse, et à une gestion avisée des populations existantes, un rendement maximal de renouvellement pourra être assuré. Voilà, en quelques mots, l'intention générale du préambule.» (Procès-verbal de la 2^e séance, IWC, 1946, p. 13, par. 137.)

9. Il en ressort clairement que, pour ce qui est de son objet et de son but, la convention poursuit une double finalité, consistant à la fois à assurer à long terme le rendement maximal de renouvellement (RMR) des stocks en question et à garantir la pérennité de l'industrie baleinière. Nulle part dans la convention il n'est fait allusion à une interdiction totale et définitive de la chasse à la baleine. Le procès-verbal de la réunion de la commission baleinière internationale (CBI), à l'issue de laquelle fut adopté ce moratoire, vient confirmer que telle n'était pas l'intention des auteurs de la proposition de moratoire avancée en 1982 (CBI, 34^e réunion annuelle, 19-24 juillet 1982, p. 72-86). Voici en effet ce qu'a déclaré, en l'introduisant, le président du comité technique:

«[L'auteur de la proposition], voyant dans les baleines une ressource d'avenir, a cherché à mettre au point un mode de gestion rationnel, objectif difficile à atteindre. D'un point de vue scientifique, certaines incertitudes demeurent, et les données ne sont pas toujours pleinement disponibles. Eu égard aux problèmes occasionnés pour

phasing out over a fixed period of time during which there would be a diminution of whaling and catches based on scientific advice. This took the form of a new clause to paragraph 10 of the Schedule which has the effect of introducing a three-year period for the industry to accommodate, noting that block quotas will end in 1985." (Verbatim Record, IWC 34th Annual Meeting, 19-24 July 1982, p. 72.)

10. The concept of "conservation of fisheries resources" contains the element of "maximum/optimum sustainable yield" as its integral part as employed in the Convention. This is in line with the accepted approach to high-sea fisheries in general, which is well-established in the contemporary international law on fisheries. For example, the 1958 Geneva Convention on Fishing and Conservation of the Living Resources of the High Seas defines the term "conservation of the living resources of the high seas" as "the aggregate of the measures rendering possible the *optimum sustainable yield* from those resources *so as to secure a maximum supply of food and other marine products*" (Art. 2; emphasis added).

11. It is therefore of cardinal importance that the Court understands this object and purpose of the Convention in its proper perspective, which defines the essential characteristics of the régime established under the Convention. In this sense, the proper grasp of the essential characteristics of the régime created by the Convention should be the starting-point that constitutes the key to the proper understanding of the precise nature and structure of the regulatory régime contained in the concrete provisions of the Convention, and the legal scope of the rights and obligations prescribed for a contracting State engaging in scientific activities under Article VIII as its central element.

12. In other words, the present Judgment has failed in my view to engage in analysing the essential characteristics of the régime of the Convention. The Judgment in its subsection on "General Overview of the Convention" (paras. 42-50), does no more than reproduce what is contained in the provisions of the Convention, without trying to analyse the *raison d'être* of the Convention as reflected in its Preamble, except for the laconic statement that "[t]he functions conferred on the Commission have made the Convention *an evolving instrument*" (Judgment, para. 45; emphasis added). It does not specify what this implies. Any international agreement can be evolving inasmuch as it is susceptible to modification by the agreement of the parties. The fact that the Commission is given the power to adopt amendments to the Schedule as an integral part of the Convention, which can become binding upon those States parties which do not raise an objection, and that the Commission has amended the Schedule many times in this sense would not support the thesis that the Convention is an "evolving instrument" as such. The Convention is not malleable as such in the legal sense, according to the changes in the surrounding socio-economic environments.

l'industrie baleinière et les parties prenantes, il a proposé de ramener progressivement les prises à zéro, sur une période donnée, en diminuant la chasse et le nombre de captures sur la base d'avis scientifiques. Cela s'est traduit par l'ajout d'une nouvelle clause au paragraphe 10 du règlement, ayant pour effet de ménager une période de trois ans devant permettre à l'industrie de s'ajuster; il y est précisé que le système de quotas totaux prendra fin en 1985.» (Procès-verbal de la 34^e séance, IWC, 19-24 juillet 1982, p. 72.)

10. La notion de «rendement maximal/optimal de renouvellement» telle qu'employée dans la convention fait partie intégrante de l'objectif de «conservation des ressources halieutiques», ce qui, du reste, est conforme à l'approche admise en matière de pêche hauturière en général, bien établie dans le droit international contemporain en matière de pêche. Ainsi, en 1958, la convention de Genève sur la pêche et la conservation des ressources biologiques de la haute mer définissait le concept de «conservation des ressources biologiques de la haute mer» comme «l'ensemble des mesures rendant possible le *rendement optimal constant* de ces ressources, *de façon à porter au maximum les disponibilités en produits marins, alimentaires et autres*» (art. 2; les italiques sont de moi).

11. Il est donc essentiel que la Cour interprète l'objet et le but de la convention en les replaçant dans leur juste perspective, c'est-à-dire en tenant compte des caractéristiques essentielles du régime mis en place par la convention. Il importe en premier lieu de bien comprendre ces caractéristiques pour être en mesure de saisir la structure et la nature exactes du régime de réglementation établi par les dispositions concrètes de la convention, ainsi que la portée juridique des droits et obligations incombant aux Etats contractants qui se livrent à des activités scientifiques en vertu de l'article VIII, élément central dans la définition de ce régime.

12. Or, selon moi, la Cour n'a pas dans son arrêt analysé les caractéristiques essentielles de ce dernier. Dans la partie consacrée à la «[p]résentation générale de la convention» (par. 42-50), elle se contente de reproduire le libellé de ses dispositions, sans tenter d'analyser la raison d'être de cet instrument, telle que reflétée dans son préambule. Elle se borne à ce commentaire laconique: «Du fait des fonctions conférées à [la commission baleinière internationale], la convention est un instrument *en constante évolution*» (arrêt, par. 45; les italiques sont de moi), mais ne précise pas les conséquences qu'elle en tire. Or, tout accord international est susceptible d'évoluer dans la mesure où il peut être modifié si les parties s'entendent à cet effet. Que la commission soit habilitée à apporter des modifications au règlement, lequel fait partie intégrante de la convention, modifications qui peuvent, en l'absence d'objection de la part des Etats parties, leur devenir opposables, et que la commission ait ainsi modifié le règlement à maintes reprises, ne prouve pas en soi que la convention soit «en constante évolution» en tant que telle. La convention n'est pas, par nature, un instrument malléable sur le plan juridique, censé évoluer au gré des mutations socio-économiques.

III. THE ESSENTIAL CHARACTERISTICS OF THE REGULATORY RÉGIME UNDER THE CONVENTION

13. For the purpose of understanding the essential characteristics of the régime established under the Convention, the structure of the Convention has to be analysed in somewhat greater detail. It can be summarized roughly as follows:

- (1) the Contracting Governments have created an International Whaling Commission (hereinafter "IWC") as its executive organ (Art. III). The IWC can take a decision by a three-fourths majority, if action is required in pursuance of Article V;
- (2) under Article V, the IWC may amend the provisions of the Schedule, which forms an integral part of the Convention (Art. I), by adopting regulations with respect to the conservation and utilization of whale resources (Art. V, para. 1), with the conditions that these amendments of the Schedule, *inter alia*, (a) shall be such as are necessary to carry out the objectives and purposes of the Convention and to provide for the conservation, development, and optimum utilization of the whale resources; (b) shall be based on scientific findings; and (c) shall take into consideration the interests of the consumers of whale products and the whaling industry (Art. V, para. 2). Each of such amendments shall become effective with respect to those Contracting Governments which have not presented objection, but shall not be effective with respect to a Government which has so objected until such date as the objection is withdrawn (Art. V, para. 3);
- (3) the IWC may also make recommendations to any or all Contracting Governments on any matters which relate to whales or whaling and to the objectives and purposes of the Convention (Art. VI);
- (4) notwithstanding anything contained in the Convention, a Contracting Government may grant to any of its nationals a special permit authorizing that national to kill, take and treat whales for purposes of scientific research, subject to such restrictions as to number, and subject to such other conditions as the Contracting Government thinks fit, and the killing, taking and treating of whales in accordance with the provisions of Article VIII shall be exempt from the operation of the Convention (Art. VIII, para. 1).

14. It seems fair to conclude from what has been summarized above that the Convention has created a kind of self-contained regulatory régime on whales and whaling — somewhat comparable to the self-contained system of an intergovernmental international organization with its own administrative autonomy — equipped with its regulatory régime for matters within the purview of its jurisdiction. It goes without saying that such a system providing for the autonomy of the parties, while created

III. LES CARACTÉRISTIQUES ESSENTIELLES DU RÉGIME DE RÉGLEMENTATION MIS EN PLACE PAR LA CONVENTION

13. Pour bien comprendre les caractéristiques essentielles du régime établi par la convention, il convient d'analyser plus en détail l'économie générale de cet instrument. Celle-ci peut globalement se résumer comme suit :

- 1) les gouvernements contractants ont créé une commission baleinière internationale (ci-après la « commission » ou la « CBI ») en tant qu'organe exécutif (art. III). La commission peut prendre des décisions à la majorité des trois quarts, si les modifications prévues à l'article V sont nécessaires ;
- 2) aux termes de l'article V, la commission peut modifier les dispositions du règlement qui est annexé à la convention et en fait partie intégrante (art. premier) en adoptant des dispositions au sujet de la conservation et de l'utilisation des ressources baleinières (art. V, par. 1), sous réserve, notamment, que ces modifications du règlement *a)* s'inspirent de la nécessité d'atteindre les objectifs et les buts de la convention et d'assurer la conservation, le développement et l'utilisation optimale des ressources baleinières ; *b)* se fondent sur des données scientifiques ; et *c)* tiennent compte des intérêts des consommateurs de produits tirés de la baleine et des intérêts de l'industrie baleinière (art. V, par. 2). Chacune de ces modifications entre en vigueur à l'égard de tous les gouvernements contractants qui n'ont pas présenté d'objection, cependant que, à l'égard d'un gouvernement qui en a présenté, elle n'entre en vigueur qu'après le retrait de l'objection (art. V, par. 3) ;
- 3) la commission peut également formuler, à l'intention de l'un quelconque ou de tous les gouvernements contractants, des recommandations à propos de questions ayant trait soit aux baleines et à la chasse à la baleine, soit aux objectifs et aux buts de la convention (art. VI) ;
- 4) nonobstant toute disposition contraire de la convention, un gouvernement contractant peut accorder à l'un quelconque de ses ressortissants un permis spécial autorisant l'intéressé à tuer, capturer et traiter des baleines en vue de recherches scientifiques sous réserve de restrictions concernant le nombre de ces baleines et de telles autres conditions que le gouvernement en question jugera opportunes, les baleines pouvant, dans ce cas, être tuées, capturées ou traitées conformément aux prévisions de l'article VIII sans qu'il y ait lieu de se conformer aux autres dispositions de la convention (art. VIII, par. 1).

14. Il semble légitime de conclure de ce bref aperçu que, concernant la réglementation de la question des baleines et de la chasse à la baleine, la convention a établi un régime se suffisant à lui-même — assez comparable à celui d'une organisation intergouvernementale internationale dotée de sa propre autonomie administrative et d'un mécanisme de contrôle couvrant les questions relevant de sa compétence. Néanmoins, il va sans dire qu'un tel système laissant leur autonomie aux parties, bien qu'établi

inter se, is not free from the process of judicial review by the Court in accordance with the power given to it for interpreting and applying its constitutional document, namely, the Convention.

15. Within this self-contained regulatory régime, no power of decision-making by a majority is given to the IWC automatically to bind the Contracting Parties, except through a mechanism of consent to be given by each of the Parties as specified in Article V, paragraph 3. In this regulatory régime created by the Parties, no amendments to the Schedule will become effective in relation to the Contracting Party who objects to the amendments in question. Nor can any recommendation adopted by the IWC acquire a binding character in relation to a Contracting Party.

16. Following the 1982 meeting of the IWC, when an amendment proposed by the Seychelles and supported by Australia and several other member States was adopted, amending paragraph 10 of the Schedule to ban commercial whaling of all species beginning in the 1985-1986 season, Japan did eventually exercise this right to raise objection under Article V, which it later withdrew under pressure from the United States. The argument advanced with regard to this situation by the Applicant, and developed further by the Intervener, that the Convention has gone through an evolution during these 60 years in accordance with the change in the environment surrounding whales and whaling, and especially in the growth in the community interest of the world that whales be preserved as precious animals, would seem to be an argument that would be tantamount to an attempt to change the rules of the game as provided for in the Convention and accepted by the Contracting Parties in 1946. (The argument could be qualitatively different, if it were advanced on the ground, based on scientific evidence, that whales were being overfished to severe depletion or even extinction and that therefore precautionary measures would have to be taken to prevent this happening — an argument which would legitimately fall within the ambit of the Convention. It is my understanding, however, that such an argument has not been seriously advanced by the Applicant with supporting credible scientific evidence in the present case.)

17. The Respondent claims that, faced with this new situation of the adoption of a moratorium on whaling for commercial purposes, it became necessary for the Respondent to advance a programme of activities for purposes of scientific research so that scientific evidence could be collected for the consideration of the IWC (or its Scientific Committee), with a view to enabling the IWC to lift or review the moratorium, which professedly was a measure adopted to be of not unlimited duration and subject to future review. The moratorium explicitly provided that the provision setting catch limits at zero “will be kept under review, based upon the best scientific advice, and by 1990 at the latest the Commission will undertake a comprehensive assessment of the effects of this decision on whale stocks and consider modification of this provision and the

inter se, ne peut échapper au contrôle judiciaire de la Cour, au vu du pouvoir conféré à celle-ci d'interpréter et d'appliquer la convention portant création de ce système.

15. Dans le cadre de ce régime autonome, la commission n'a pas le pouvoir de prendre à la majorité des décisions qui puissent s'imposer automatiquement aux parties contractantes, si ce n'est en vertu d'une forme de consentement telle que spécifiée au paragraphe 3 de l'article V. Toujours dans le cadre de ce régime de réglementation créé par les parties, aucune modification du règlement n'entre en vigueur à l'égard d'une partie contractante si celle-ci y a formulé une objection, aucune recommandation adoptée par la commission ne pouvant par ailleurs acquérir force contraignante à l'égard d'une partie contractante.

16. A la suite de la réunion tenue en 1982 par la CBI, marquée par l'adoption d'une modification du paragraphe 10 du règlement proposée par les Seychelles et appuyée, entre autres Etats membres, par l'Australie, dont l'effet était d'interdire la chasse commerciale de toutes les espèces à compter de la saison de chasse 1985-1986, le Japon a bien exercé son droit d'objection prévu à l'article V, avant de retirer son objection sous la pression des Etats-Unis. Accepter l'argument avancé par le demandeur et développé plus avant par l'Etat intervenant, faisant valoir l'évolution qu'aurait connue la convention au cours de ces soixante dernières années à mesure que se modifiait la perception de la question des baleines et de la chasse à la baleine, et que se renforçait, au sein de la communauté, le sentiment de la nécessité d'assurer la préservation des baleines en tant qu'espèces revêtant une valeur particulière, reviendrait semble-t-il à changer la règle du jeu fixée par la convention et acceptée par les parties contractantes en 1946. (L'argument serait qualitativement différent, s'il s'agissait de montrer, sur la base de données scientifiques, qu'une exploitation excessive serait en train de mener à un épuisement des stocks de baleines lourd de conséquences, voire à l'extinction d'espèces données, et que, pour cette raison, des mesures préventives s'imposeraient à titre de précaution — un argument qui relèverait à bon droit du champ de la convention. Toutefois, il me semble qu'aucun argument de cette nature n'a sérieusement été plaidé par le demandeur, preuve scientifique crédible à l'appui, en la présente espèce.)

17. Le défendeur soutient que, face à la situation créée par l'adoption d'un moratoire sur la chasse à la baleine à des fins commerciales, il s'est vu contraint de présenter un programme d'activités menées à des fins de recherche scientifique pour pouvoir recueillir et soumettre à l'examen de la commission (ou de son comité scientifique) des données scientifiques destinées à permettre à cette dernière de lever ou de reconsidérer le moratoire qui, théoriquement, était une mesure temporaire et sujette à réexamen. En effet, il avait expressément été précisé que la disposition fixant à zéro le nombre maximal de captures « sera[it] régulièrement soumise à un examen fondé sur les meilleurs avis scientifiques et [que], d'ici 1990 au plus tard, la commission procédera[it] à une évaluation exhaustive des effets de cette mesure sur les populations de baleines et envisagera[it] le

establishment of other catch limits” (Schedule, para. 10 (*e*)). It would seem difficult to see anything wrong in the Respondent’s course of action.

18. Setting aside passing judgment on this argument of the Respondent, it is to be noted that the Convention prescribes that

- (1) “[the] amendments of the Schedule . . . shall be such as are necessary to carry out the objectives and purposes of [the] Convention and to provide for the conservation, development, and optimum utilization of the whale resources; [and] shall be based on scientific findings [and]
- (2) any Contracting Government may grant to any of its nationals a special permit authorizing that national to kill, take and treat whales for purposes of scientific research” (Art. V, para. 2, and Art. VIII, para. 1).

In this sense what the Respondent embarked upon under JARPA and JARPA II is *prima facie* to be regarded as being in conformity with the Convention and the revised Schedule, including its subparagraph 10 (*e*).

Thus the whole question of the legality of the whaling activities of Japan under JARPA, and JARPA II as its continuation, has come to hinge upon the question of whether these activities of the Respondent could fall under the activities “for purposes of scientific research” within the meaning of Article VIII of the Convention.

IV. THE INTERPRETATION OF ARTICLE VIII

19. The essential character of the Convention as examined above lies in the fact that the Contracting Parties have created a self-contained regulatory régime for the regulation of whales and whaling. The prescription contained in Article VIII of the Convention in my view is one important component of this regulatory régime. It would be wrong in this sense to characterize the power recognized to a Contracting Party to grant to its nationals special permits “to kill, take and treat whales for purposes of scientific research” (Convention, Art. VIII, para. 1) as nothing else than an exception to the regulatory régime established by the Convention — namely as an exception recognized in deference to the traditional notion of sovereign right to engage in hunting whales under the freedom of high-sea fisheries. The Contracting Party which is granted this prerogative under Article VIII is in effect carrying out an important function within this regulatory régime by collecting scientific materials and data required for the promotion of the objectives and purposes of the Convention, such as the New Management Procedure (“NMP”) or the Revised Management Procedure (“RMP”) discussed in the IWC for the proper management of the whaling stocks. It is for this reason that the Contracting Party in question, endowed under the Convention with the discretion

cas échéant de modifier cette disposition pour fixer d'autres limites de capture» (règlement, par. 10 *e*). Il semble dès lors difficile de trouver à redire à la démarche adoptée par le défendeur.

18. Indépendamment de ce que l'on peut penser de cet argument du défendeur, il convient de relever que la convention dispose que

- 1) «[I]es modifications [du règlement] ... devront s'inspirer de la nécessité d'atteindre les objectifs et les buts de la convention et d'assurer la conservation, le développement et l'utilisation optimale des ressources baleinières»; [et] «se fonder sur des données scientifiques [et]
- 2) «chaque gouvernement contractant pourra accorder à l'un quelconque de ses ressortissants un permis spécial autorisant l'intéressé à tuer, capturer et traiter des baleines en vue de recherches scientifiques» (art. V, par. 2, et art. VIII, par. 1).

En ce sens, les activités entreprises par le défendeur dans le cadre de JARPA et de JARPA II doivent à première vue être considérées comme conformes à la convention et à son règlement révisé, y compris son paragraphe 10 *e*).

Toute la question de la licéité des activités de chasse à la baleine menées par le Japon au titre de JARPA, puis de JARPA II, se résume donc à savoir si les activités entreprises par le défendeur entrent ou non dans la catégorie des activités menées «en vue de recherches scientifiques» au sens de l'article VIII de la convention.

IV. INTERPRÉTATION DE L'ARTICLE VIII

19. La convention a ceci de fondamental, ainsi qu'il a déjà été indiqué, que les parties contractantes ont créé un régime qui se suffit à lui-même pour régler la question des baleines et de la chasse à la baleine. La clause figurant à l'article VIII de la convention est, à mon avis, un élément important de ce régime de réglementation. En ce sens, il serait erroné de qualifier de simple exception à celui-ci — plus exactement d'exception reconnue eu égard à la notion traditionnelle de droit souverain de se livrer à la chasse à la baleine en vertu de la liberté de pêcher en haute mer — le pouvoir conféré à une partie contractante d'accorder des permis spéciaux à ses ressortissants pour «tuer, capturer et traiter des baleines en vue de recherches scientifiques» (convention, art. VIII, par. 1). La partie contractante jouissant d'une telle prérogative aux termes de l'article VIII a en fait un rôle important à jouer dans le cadre de ce régime, en tant qu'elle recueille des éléments et des données scientifiques susceptibles de contribuer à la réalisation des objectifs et des buts de la convention, dont la nouvelle procédure de gestion (New Management Procedure ou «NMP») ou la procédure de gestion révisée (Revised Management Procedure ou «RMP») envisagées au sein de la CBI aux fins d'assurer une gestion méthodique des stocks de baleines. C'est pourquoi l'Etat en question,

to determine what types of scientific research it intends to conduct and how the research should be implemented, will be subjected to the subsequent process of review and critical comment by its executive organ, the IWC, and more specifically, its scientific subdivision, the Scientific Committee. These are the organs entrusted in this regulatory régime with the task of conducting the process of review and critical comment on these activities, from the viewpoint of achieving the object and purpose of the Convention on the basis of scientific assessment. It is to be noted that there is no provision, either in this Article or in any other part of the Convention, that empowers the IWC or the Scientific Committee legally to restrict the exercise of this prerogative of a Contracting Party to grant special permits in any specific way, except that the granting of special permits has to be “for purposes of scientific research subject to such restrictions as to number and subject to such other conditions as the Contracting Government thinks fit” (Convention, Art. VIII, para. 1). In other words, under this regulatory régime of the Convention the power to determine such questions as what should be the components of the scientific research, or how the scientific research should be designed and implemented in a given situation, is primarily left to the discretionary decision of the granting Government. The Contracting Government is obligated to exercise this discretionary power only for purposes of scientific research in good faith and to be eventually accountable for its activities of scientific research before the executive organs of the Convention, the IWC and the Scientific Committee. These organs have the responsibility to ensure that this will be the case by reviewing and raising critical comments from a scientific point of view.

20. As I stated earlier, this does not mean that the Court, as the judicial institution entrusted with the task of interpreting and applying the provisions of the Convention, has no role to play in this whole process, while paying full respect to the internal autonomy of the Convention. The function of the Court as a court of law gives it the power to interpret and apply the provisions of the Convention from a legal point of view. Given the nature and the specific characteristics of the regulatory framework created by the Convention, however, this power of the Court has to be exercised with a certain degree of restraint, to the extent that what is involved is (*a*) related to the application of the regulatory framework of the Convention, and (*b*) concerned with the techno-scientific task of assessing the merits of scientific research assigned by the Convention to the Scientific Committee.

21. On the first aspect of the problem relating to the application of the regulatory framework of the Convention ((*a*) above, paragraph 20 of this opinion), good faith on the part of the Contracting State, acting as an agent within the framework of this regulatory régime, has necessarily to be presumed. The function of the Court in this respect is to see to it that the State in question is pursuing its activities in good faith and in accor-

auquel la convention confère le pouvoir discrétionnaire de décider du type de recherches scientifiques qu'il entend mener à bien et des modalités de cette recherche, sera ensuite soumis au contrôle de son organe exécutif, la CBI et, plus particulièrement de son émanation scientifique, le comité scientifique qui formuleront un avis critique. Tels sont les organes auxquels il revient, dans le cadre de ce régime de réglementation, de mener à bien le processus d'examen et d'analyse critique de ces activités, en vue de réaliser l'objet et le but de la convention sur la base d'une évaluation scientifique. Relevons que ne figure, ni à l'article VIII ni ailleurs dans la convention, aucune disposition qui permette à la CBI ou à son comité scientifique de restreindre concrètement, sur le plan juridique, l'exercice de cette prérogative qu'a la partie contractante d'accorder des permis spéciaux, sauf que les permis spéciaux ne peuvent être accordés qu'«en vue de recherches scientifiques» et qu'ils sont subordonnés «aux restrictions en ce qui concerne le nombre et à telles autres conditions que le gouvernement contractant jug[e] opportunes» (convention, art. VIII, par. 1). En d'autres termes, en vertu du régime de réglementation établi par la convention, la décision de savoir en quoi doivent consister les composantes d'une recherche scientifique ou comment cette recherche doit être conçue et mise en œuvre dans une situation donnée relève, au premier chef, du pouvoir discrétionnaire du gouvernement qui délivre le permis. Le gouvernement contractant a l'obligation d'exercer ce pouvoir de bonne foi, uniquement aux fins de la recherche scientifique, et d'accepter de rendre ensuite compte de ses activités de recherche scientifique devant les organes exécutifs de la convention, à savoir la commission et le comité scientifique. Ces derniers ont la responsabilité, en procédant à un examen et en formulant des avis critiques d'un point de vue scientifique, de s'assurer que l'Etat concerné s'acquitte bien de son obligation.

20. Comme je l'ai déjà indiqué, cela ne signifie pas que la Cour, en sa qualité d'institution judiciaire chargée d'interpréter et d'appliquer les dispositions de la convention, et tout en ayant dûment égard à l'autonomie interne de la convention, n'a aucun rôle à jouer d'un bout à l'autre de ce processus. De par sa fonction d'instance judiciaire, la Cour a le pouvoir d'interpréter et d'appliquer les dispositions de la convention d'un point de vue juridique. Cependant, compte tenu de la nature et des caractéristiques propres au cadre réglementaire créé par la convention, force lui est d'exercer ce pouvoir avec circonspection, dans la mesure où sont en jeu : *a*) l'application de ce cadre réglementaire; et *b*) la tâche de nature technico-scientifique assignée par la convention au comité scientifique, consistant à évaluer le bien-fondé de la recherche scientifique.

21. S'agissant du premier aspect du problème, relatif à l'application du cadre réglementaire créé par la convention (point *a*), par. 20, ci-dessus), la bonne foi de l'Etat contractant, qui est partie prenante à ce régime, doit nécessairement être présumée. La fonction de la Cour consiste à cet égard à s'assurer que l'Etat en question poursuit ses activités en toute bonne foi et, conformément aux exigences du régime de régle-

dance with the requirements of the regulatory régime for the purposes of scientific research that is conducive to scientific outcomes which would help promote the object and purpose of the Convention. The concrete modalities of the activities for scientific research to be conducted by the State, including the programme's design and implementation, however, should by its nature not be the proper subject of review by the Court. Article VIII expressly grants to the Contracting Government the primary power to decide on this, by providing that

“[n]otwithstanding anything contained in this Convention any Contracting Government may grant . . . a special permit . . . subject to such restrictions as to number and subject to such other conditions as the Contracting Government thinks fit” (Convention, Art. VIII, para. 1).

It clearly grants the State in question the power *prima facie* to determine concrete modalities of research activities to be undertaken under Article VIII, although under this regulatory régime, these modalities, to be determined by the State in question, would be subjected to assessment by the IWC and the Scientific Committee through the review process.

22. Allegations made by the Applicant that the activities were designed and implemented for purposes other than scientific research under the cover of scientific research thus cannot be presumed, and will have to be established by hard conclusive evidence that could point to the existence of bad faith attributable to the State in question. Such serious charges of bad faith, either explicit or implicit, against a sovereign State can never be presumed and should not be accepted by this Court unless the Applicant can establish them by conclusive and indisputable evidence. This is an established principle of international law (see, e.g., *Lac Lanoux Arbitration (France v. Spain)*, *Reports of International Arbitral Awards (RIAA)*, Vol. XII, p. 281). Ulterior motives harboured by some individuals involved in the action, whatever their position may be, if any, should not be treated as relevant in principle, unless it is established by convincing evidence that such motives played the decisive role in formulating and embarking on the programme, constituting the real legal source (*fons et origo*) of the activities undertaken.

23. On the second aspect of the problem relating to the determination of what constitutes activities “for purposes of scientific research” (point *(b)* above, paragraph 20 of this opinion), I do not agree with the approach pursued by the Judgment to distinguish between “scientific research” as such and “[activities] for purposes of scientific research” (Judgment, paras. 70-71). It is true that the Judgment, after spending so many paragraphs (*ibid.*, paras. 73-86) attempting to define what constitutes “scientific research”, seems to have abandoned this effort in the end, rejecting

mentation, qu'il le fait dans le cadre de recherches scientifiques devant permettre d'obtenir des résultats susceptibles de contribuer à la réalisation de l'objet et du but de la convention. En revanche, les modalités concrètes des activités de recherche scientifique que mènera l'Etat en question, et notamment la conception et les modalités d'exécution du programme, constituent par nature des questions qui ne sont pas de son ressort. L'article VIII reconnaît expressément que c'est au gouvernement contractant qu'il incombe au premier chef d'en décider, en tant qu'il dispose que,

«[n]onobstant toute disposition contraire de la ... convention, chaque gouvernement contractant pourra accorder ... un permis spécial ... subordonn[ant] cette autorisation aux restrictions en ce qui concerne le nombre et à telles autres conditions que le gouvernement contractant jugera opportunes» (convention, art. VIII, par. 1).

Il accorde ainsi clairement à l'Etat en question le pouvoir, *prima facie*, de déterminer les modalités concrètes des activités de recherche qu'il s'agit d'entreprendre au titre de l'article VIII, même si, en vertu de ce régime de réglementation, les modalités ainsi fixées par l'Etat en question seront soumises à une évaluation de la CBI et de son comité scientifique dans le cadre du processus d'examen.

22. Les allégations du demandeur selon lesquelles les activités de chasse en cause ont été conçues et mises en œuvre sous couvert de recherche scientifique, mais à des fins autres, ne peuvent donc pas être retenues sur la base de simples présomptions, mais demandent à être établies par de solides éléments de preuve ne laissant aucun doute sur le fait que l'Etat en question a agi de mauvaise foi. Le bien-fondé d'accusations d'une telle gravité, explicitement ou implicitement portées à l'encontre d'un Etat souverain, ne peut jamais se présumer, et ne saurait être admis par la Cour à moins d'avoir pu être établi par le demandeur sur la base d'éléments de preuve déterminants et incontestables. Il s'agit là d'un principe établi en droit international (voir, par exemple, l'affaire du *Lac Lanoux (France c. Espagne)*, *Recueil des sentences arbitrales (RSA)*, vol. XII, p. 281). Les visées subsidiaires de telle ou telle partie prenante, quelle que puisse être sa position, ne doivent pas, en principe, être considérées comme pertinentes, à moins que des éléments de preuve ne permettent d'établir avec certitude qu'elles ont joué un rôle décisif dans la conception et le lancement des programmes, et constituent la véritable source juridique (*fons et origo*) des activités entreprises.

23. S'agissant du second aspect du problème, relatif à la question de savoir ce que recouvrent des activités menées «en vue de recherches scientifiques» (point *b*), par. 20, ci-dessus), je ne souscris pas à la logique suivie par la Cour dans son arrêt, qui distingue la «recherche scientifique» en tant que telle des activités menées «en vue de recherches scientifiques» (arrêt, par. 70-71). Certes, après avoir longuement cherché (*ibid.*, par. 73-86) à définir ce qui constitue la «recherche scientifique», la Cour semble avoir fini par renoncer, rejetant les critères avancés par le demandeur sur la

the criteria advanced by the Applicant on the basis of its expert's testimony. The Judgment nevertheless seems to dwell upon this distinction between "scientific research" and activities "for purposes of scientific research" with a view to establishing that an activity that may contain elements of "scientific research" cannot always be accepted as an activity "for purposes of scientific research". To me such a distinction is so artificial that it loses any sense of reality when applied to a concrete situation. The Court should focus purely and simply on the issue of the scope of what constitutes activities "for purposes of scientific research" according to the plain and ordinary meaning of the phrase.

24. On the question of what constitutes activities "for purposes of scientific research", it must first of all be said in all frankness that this Court, as a court of law, is not professionally qualified to give a scientifically meaningful answer, and should not try to pretend that it can, even though there may be certain elements in the concept that the Court may legitimately and usefully offer as salient from the viewpoint of legal analysis.

25. What is "scientific research" is a question on which qualified scientists often have a divergence of opinion and are not able to come to a consensus view. The four criteria advanced by one of the experts who testified before the Court and relied upon by the Applicant have not been accepted by the present Judgment as a useful framework to determine whether the activities of the Respondent in JARPA/JARPA II are for purposes of scientific research. Nonetheless the Judgment, in applying the test of objective reasonableness as its standard of review, *does* get into the "scientific assessment" of the Court itself on various substantive aspects of JARPA/JARPA II activities, in order to come to its final conclusion that these activities under the programme of JARPA II, especially focusing on the issue of the lethal taking of whales, cannot qualify as activities conducted "for purposes of scientific research", because they cannot be regarded as objectively reasonable according to the scientific assessment of the Court on its own. As the Judgment itself makes clear, the Judgment engages in a substantive assessment of its own on these activities in the name of objectively examining their "reasonableness". The question which immediately arises, however, is "in what context is this reasonableness to be judged?" Is it the legal context or is it the scientific context that the Court claims to be engaged in? If we are speaking of the legal context, the answer is clear. We have the answer in the Convention itself. The Convention leaves this point, at any rate at the level of the law, primarily to the good faith appreciation of the party which undertakes the research in question. If we are speaking of the scientific context, it would be impossible for the Court to establish that certain activities are objectively reasonable or not, from a scientific point of view, without getting into a techno-scientific examination and assessment of the design and implementation of JARPA/JARPA II, a task which this Court could not and should not attempt to do. This is the second reason why the Court should not engage in this exercise. I shall elaborate this point in the following section in connection with the issue of the scope and the standard of review.

base de l'exposé de son expert. Néanmoins, elle semble s'être appesantie sur cette distinction entre «recherche scientifique» et activités menées «en vue de recherches scientifiques» dans le dessein d'établir qu'une activité pouvant contenir des éléments de «recherche scientifique» ne pouvait automatiquement être réputée constituer une activité menée «en vue de recherches scientifiques». Or, pour moi, cette distinction est si artificielle qu'elle ne peut s'appliquer de manière réaliste à une situation concrète. La Cour aurait dû s'en tenir à la seule question de savoir ce que recouvrent des activités menées «en vue de recherches scientifiques», selon le sens naturel et ordinaire de cette expression.

24. Or, quant à cette dernière question, force est d'admettre en toute franchise que la Cour, en tant qu'instance judiciaire, n'est pas professionnellement qualifiée pour y apporter une réponse qui soit scientifiquement pertinente, et ne devrait pas prétendre être en mesure de le faire, bien qu'elle puisse à bon droit et utilement avancer, sur tel ou tel aspect de cette notion, des éléments propres à en faciliter l'analyse juridique.

25. Savoir en quoi consiste la «recherche scientifique» est une question sur laquelle les scientifiques eux-mêmes sont divisés et ne parviennent pas à un consensus. Les quatre critères avancés par l'un des experts ayant déposé devant la Cour et sur lesquels s'est appuyé le demandeur n'ont pas, dans le présent arrêt, été jugés pouvoir constituer l'aune à laquelle devait être tranchée la question de savoir si les activités menées par le défendeur dans le cadre de JARPA/JARPA II l'étaient à des fins de recherche scientifique. Pourtant, lorsqu'elle applique comme critère d'examen la notion de caractère objectivement raisonnable, la Cour se livre *de fait* à une «évaluation scientifique» de plusieurs aspects fondamentaux des activités menées dans le cadre de JARPA/JARPA II, pour conclure en définitive que ces activités ne répondent pas aux critères requis pour être qualifiées d'activités «en vue de recherches scientifiques», car, selon sa propre analyse scientifique, elles ne peuvent être considérées comme objectivement raisonnables. Comme il ressort clairement de l'arrêt, la Cour se livre à sa propre analyse de fond sous couvert de déterminer objectivement si ces activités sont raisonnables. Se pose toutefois alors immédiatement la question suivante: «sous quel angle ce caractère raisonnable doit-il être apprécié?» — est-ce dans une optique juridique ou scientifique que la Cour entend se placer? Dans le premier cas, la situation est claire, et ce, d'après la convention elle-même, qui, en tout état de cause sur le plan juridique, laisse au premier chef à l'Etat partie entreprenant la recherche le soin de procéder à une appréciation de bonne foi. Dans le second, en revanche, la Cour n'est absolument pas en mesure d'établir si telles ou telles activités sont objectivement raisonnables, d'un point de vue scientifique, sauf à se livrer à un examen et à une analyse technico-scientifique de la conception et de la mise en œuvre de JARPA/JARPA II, ce qui n'est pas du tout de son ressort et dont elle doit se garder. Voilà l'autre raison pour laquelle la Cour ne doit pas s'engager dans cette voie. J'y reviendrai dans les sections suivantes, qui seront consacrées à la portée de l'examen et au critère retenu pour s'y livrer.

V. THE SCOPE OF REVIEW BY THE COURT

26. According to the structure of the Convention as interpreted in light of its object and purpose, the Contracting Parties expressly recognize the need and the importance of scientific research for the purpose of supporting the “system of international regulation for the whale fisheries to ensure proper and effective conservation and development of whale stocks” (Preamble, para. 7) as established by the Convention, which “provide[s] for the proper conservation of whale stocks and thus make[s] possible the orderly development of the whaling industry” (*ibid.*, para. 8). It is for this reason that the Conference which was convened for the conclusion of the Convention in 1946 stressed the critical importance of scientific research by scientific organizations engaged in research on whales. In this regard, the statement of its Chair, which makes the following points, is highly relevant:

“it is not our [i.e., the Contracting Parties’] intention or our belief that this commission [IWC] would usurp any of the previous prerogatives . . . of these various scientific organizations that have been engaged in research on whales . . . [W]e are in the main dependent on the factual information and on the work of their staff . . . [T]he Conference should bear in mind the great debt we owe to these research organizations . . .” (Minutes of the Third Session, IWC/20, p. 11, para. 117.)

While Article VIII, paragraph 1, was taken from the language of Article X of the International Agreement for the Regulation of Whaling of 1937, the Chair pointed out that “the two sentences reading, ‘each contracting Government shall report to the Commission all such authorizations which it has been (*sic*) granted’ are new” and that “[t]he remainder of Article VIII stresses the importance of scientific research and encourages dissemination of the resultant information” (Minutes of the Seventh Session, IWC/32 p. 23, paras. 322-323).

27. It becomes evident from what is quoted above that the intention of the Contracting Parties, in agreeing on the language of Article VIII of the Convention, was to provide for the right of a Contracting Government to grant to its nationals special permits to take whales for purposes of scientific research. This is a prerogative given to the Contracting Government by Article VIII of the Convention, and the Contracting Government may take this action without prior consultations with, or approval of, the IWC or its Scientific Committee. This is amply illustrated by the comments of one of the delegates during the drafting process, who suggested a contrary proposal “to require a contracting government to [issue permits for scientific research] *after* consultation with the commission, and not independently of it” (Minutes of the Third Session, IWC/20, p. 11, para. 115; emphasis added). This proposal was not adopted.

V. LA PORTÉE DE L'EXAMEN DE LA COUR

26. La structure de la convention, telle qu'interprétée à la lumière de son objet et de son but, fait apparaître que les parties contractantes reconnaissent expressément la nécessité et l'importance de la recherche scientifique pour le fonctionnement d'un «système de réglementation internationale de la chasse à la baleine qui soit de nature à assurer d'une manière appropriée et efficace la conservation et l'accroissement des peuplements baleiniers» (préambule, alinéa 7), tel qu'établi par la convention, dont le but est d'«assurer la conservation appropriée des stocks de baleine et ... ainsi [de] donner à l'industrie baleinière la possibilité de se développer d'une manière méthodique» (*ibid.*, alinéa 8). Voilà pourquoi les participants à la conférence qui a donné naissance à la convention de 1946 ont souligné l'importance cruciale de la recherche scientifique réalisée par des organisations scientifiques menant des études sur les cétacés. A cet égard, la déclaration du président de la conférence internationale sur la chasse à la baleine (IWC) est particulièrement pertinente. Elle se lit comme suit :

«[I]l n'est pas dans notre idée ou notre intention [celles des parties contractantes] que la présente commission [à savoir la CBI] usurpe l'une quelconque des anciennes prérogatives ... des diverses organisations scientifiques qui ont mené des recherches sur les baleines ... Nous sommes pour l'essentiel dépendants des informations factuelles et du travail de leurs équipes ... [N]ous devons garder à l'esprit tout ce que nous devons à ces organisations de recherche.» (Procès-verbal de la 3^e séance, IWC/20, p. 11, par. 117.)

Si le paragraphe 1 de l'article VIII reproduisait le libellé de l'article X de l'accord international pour la réglementation de la chasse à la baleine de 1937, le président faisait remarquer que la formule «chaque gouvernement contractant devra porter à la connaissance de la commission toutes les autorisations de cette nature qu'il aura accordées» [était] nouvelle» et que «la suite de l'article VIII soulign[ait] l'importance de la recherche scientifique et encourag[eait] la diffusion des informations que celle-ci permet[tait] d'obtenir» (procès-verbal de la 7^e séance, IWC/32, p. 23, par. 322-323).

27. Cette citation montre bien que, lorsqu'elles se sont accordées sur le libellé de l'article VIII, les parties contractantes entendaient se réserver le droit de délivrer à leurs ressortissants des permis spéciaux autorisant la chasse à la baleine en vue de recherches scientifiques. Il s'agit là d'une prérogative que l'article VIII de la convention confère effectivement aux gouvernements contractants, lesquels peuvent délivrer de tels permis sans devoir au préalable consulter la CBI ou son comité scientifique, ni recueillir leur approbation. C'est ce qu'illustre clairement le rejet d'une contre-proposition avancée pendant le processus rédactionnel par l'un des délégués, qui tendait à «exiger que les gouvernements contractants ne délivrent ces dispenses qu'*après* avoir consulté la commission, et non indépendamment d'elle» (procès-verbal de la 3^e séance, IWC/20, p. 11, par. 115; les italiques sont de moi).

28. This of course is not to say that a Contracting Government has unlimited discretion in granting a special permit as an exercise of its sovereign freedom of action. The prerogative recognized under Article VIII is prescribed as part of the Convention, and more specifically as part of the regulatory régime established by the Convention. While in my view the assessment of scientific merits of research activities such as the JARPA/JARPA II programme, including the scientific assessment of their design and implementation, for achieving the purposes of the Convention is a matter assigned specifically to the organs of the Convention, especially the IWC and its Scientific Committee, there are certain aspects of this process of assessment which are to be subjected to the legal scrutiny of the Court in its exercise of its power of review for the interpretation and application of the Convention.

Within this delimited context, it is the role of the Court to examine from a legal point of view whether the procedures expressly prescribed by the regulatory régime of the Convention (i.e., the procedural requirements for the Contracting Party under Article VIII) are scrupulously observed. Without getting into the task of techno-scientific analysis of what should constitute in substance scientific research and without making the concrete assessment of each aspect of the activities involved — a task assigned to the Scientific Committee — the Court can also review whether the activities in question can be regarded as meeting the generally accepted notion of “scientific research” (the substantive requirement for the Contracting Party under Article VIII). This process involves the determination of the standard of review to be applied by the Court.

VI. THE STANDARD OF REVIEW BY THE COURT

29. In determining the standard of review, the Judgment sums up the positions of the Parties in the following manner. First, for the position of the Applicant, the Court states the following:

“According to Australia, the Court’s power of review should not be limited to scrutiny for good faith, with a strong presumption in favour of the authorizing State, as this would render the multilateral régime for the collective management of a common resource established by the ICRW ineffective. Australia urges the Court to have regard to objective elements in evaluating whether a special permit has been granted for purposes of scientific research, referring in particular to the ‘design and implementation of the whaling programme, as well as any results obtained’.” (Judgment, para. 63.)

30. Second, the Judgment juxtaposes this position of the Applicant with the following quotation from the statement of the Respondent in the oral proceedings as representing the position of the Respondent:

28. Le gouvernement contractant ne jouit pas pour autant d'une entière discrétion dans l'exercice de sa liberté souveraine de délivrer des permis spéciaux. La prérogative qui lui est reconnue en vertu de l'article VIII l'est dans le cadre de la convention, et plus précisément du régime de réglementation établi par celle-ci. Si l'appréciation de la validité scientifique d'activités de recherche telles que celles menées dans le cadre du programme JARPA/JARPA II, y compris l'évaluation scientifique de leur conception et de leur mise en œuvre au regard des buts visés par la convention, est un aspect qui a été expressément assigné aux organes de la convention, en particulier la CBI et son comité scientifique, il est d'autres aspects de ce processus qui relèvent de l'analyse juridique de la Cour, dans l'exercice du pouvoir de contrôle qui lui a été reconnu aux fins d'interpréter et d'appliquer la convention.

Dans ce contexte bien circonscrit, le rôle de la Cour consiste à déterminer d'un point de vue juridique si les procédures expressément établies dans le cadre du régime institué par la convention (à savoir les obligations de nature procédurale imposées à la partie contractante en vertu de l'article VIII) sont scrupuleusement observées. Sans se lancer dans une analyse technico-scientifique de ce que recouvre fondamentalement la notion de recherche scientifique, ni se livrer à une évaluation concrète de chaque aspect des activités en cause — tâche qui incombe au comité scientifique —, il est également loisible à la Cour de vérifier si les activités en question peuvent être considérées comme répondant à la notion de « recherches scientifiques » généralement admise (en référence à l'obligation de fond conférée à l'Etat contractant par l'article VIII). Pour ce faire, la Cour doit tout d'abord déterminer le critère d'examen à appliquer.

VI. QUESTION DU CRITÈRE D'EXAMEN

29. En définissant le critère d'examen, la Cour, dans l'arrêt, résume les positions des Parties de la manière suivante. Elle décrit d'abord ainsi celle du demandeur :

« Selon [l'Australie], le pouvoir de contrôle de la Cour ne devrait pas se limiter à s'assurer de la bonne foi de l'Etat ayant délivré le permis, qui bénéficierait d'une forte présomption favorable, sous peine de priver d'effet le régime multilatéral établi par la convention aux fins de la gestion collective d'une ressource commune. L'Australie prie instamment la Cour, aux fins de déterminer si un permis spécial a été délivré en vue de recherches scientifiques, de prendre en considération des éléments objectifs; elle se réfère en particulier à « la conception du programme de chasse [à la baleine] et [aux] modalités de son exécution, ainsi qu'[aux] résultats éventuellement obtenus ». » (Arrêt, par. 63.)

30. La Cour met ensuite en regard cette déclaration du demandeur et un passage de la plaidoirie du défendeur censé représenter la position de celui-ci. Ce passage est le suivant :

“Japan agrees with Australia and New Zealand in regarding the test as being whether a State’s decision is objectively reasonable, or ‘supported by coherent reasoning and respectable scientific evidence and . . . , in this sense, objectively justifiable’.” (Judgment, para. 66.)

31. Based on these two statements of the Parties, the Judgment concludes as its own position on the issue of the standard of review, as follows:

“When reviewing the grant of a special permit authorizing the killing, taking and treating of whales, the Court will assess, first, whether the programme under which these activities occur involves scientific research. Secondly, the Court will consider if the killing, taking and treating of whales is ‘for purposes of’ scientific research by examining whether, in the use of lethal methods, the programme’s design and implementation are reasonable in relation to achieving its stated objectives. This standard of review is an objective one.” (*Ibid.*, para. 67.)

32. With regard to this conclusion of the Judgment on the question of the standard of review, it has to be pointed out that there is a jump in logic in the reasoning between what is summarized as the respective positions of the Parties in paragraphs 63 and 66, and what is stated in this last quoted paragraph 67 as the conclusion of the Court which the Judgment claims to have been drawn from the respective positions of the Parties. In other words, the Judgment, ignoring the differences between the Parties on the question of the scope and the standard of review and without further explanation, would seem to endorse the position of one of the Parties, namely that of the Applicant. In paragraph 67 it declares, almost abruptly and *ex cathedra*, as it were, that the Court will assess “whether, in the use of lethal methods, the programme’s design and implementation are reasonable”, thus employing the formula advanced by the Applicant on the scope of the review and linking it with the standard of review seemingly conceded by the Respondent, as if to suggest that the application of this standard of objective reasonableness had been accepted as the common ground among the Parties in relation to the overall scope of the review, whereas, in reality, there was a wide difference of position between the Parties, especially in relation to the scope of the review. It has to be said that this conclusion as formulated by the Judgment is clearly a gross misrepresentation of what each of the Parties was prepared to accept as a common ground for the scope and the standard of review to be applied in the present context.

In the course of deciding that the Judgment, for whatever reason that has not been explained, is going to apply the yardstick that the programme must be objectively reasonable as the standard of review, the Judgment brings in to this process an entirely new element of “design and implementation” of the whaling programme (*ibid.*, para. 67), which relates to the scope of the review. This is an element which the Applicant

«Le Japon est d'accord avec l'Australie et la Nouvelle-Zélande pour estimer que la question à se poser est celle de savoir si la décision prise par un Etat est objectivement raisonnable ou «étayée par un raisonnement cohérent et des preuves scientifiques dignes de foi et est, en ce sens, objectivement justifiable».» (Arrêt, par. 66.)

31. Sur la base de ces deux déclarations des Parties, la Cour formule sa propre conclusion sur la question du critère d'examen, dans les termes suivants :

«Lorsqu'elle se penchera sur la question de la délivrance d'un permis spécial autorisant la mise à mort, la capture et le traitement de baleines, la Cour examinera, en premier lieu, si le programme dans le cadre duquel se déroulent ces activités comporte des recherches scientifiques. Elle établira, en second lieu, si les baleines mises à mort, capturées et traitées le sont «en vue de» recherches scientifiques, en examinant si, en ce qui concerne le recours à des méthodes létales, la conception et la mise en œuvre du programme sont raisonnables au regard de ses objectifs déclarés. Ce critère d'examen revêt un caractère objectif.» (*Ibid.*, par. 67.)

32. Or, force est de constater que la Cour emprunte un raccourci logique lorsqu'elle prétend tirer de ce qu'elle présente aux paragraphes 63 et 66 des motifs comme les positions respectives des Parties la conclusion précitée sur la question du critère d'examen. Elle semble se ranger aux vues de l'une des Parties, sans faire le moindre cas du clivage existant entre les deux Etats sur la question de la portée de l'examen et du critère d'examen à appliquer, et sans aucune autre explication. Lorsque, au paragraphe 67, elle annonce, pour ainsi dire *ex abrupto* et *ex cathedra*, qu'elle examinera «si, en ce qui concerne le recours à des méthodes létales, la conception et la mise en œuvre du programme sont raisonnables», elle reprend de fait la formulation avancée par le demandeur à propos de la portée de l'examen de la Cour en l'associant au critère d'examen prétendument admis par le défendeur, comme si les Parties avaient reconnu pouvoir s'entendre sur l'application de ce critère du caractère objectivement raisonnable à propos de la portée globale de l'examen alors que, en réalité, l'une de leurs divergences profondes tenait à ce point particulier. Je me dois de relever que, ce faisant, elle dénature totalement les aspects dont les Parties étaient prêtes à admettre qu'ils faisaient l'unanimité entre elles s'agissant de la portée de l'examen et du critère à appliquer à cet égard dans le présent contexte.

En décidant, pour une raison qui par ailleurs demeure inexpliquée, que c'est le caractère objectivement raisonnable qui constitue le critère à appliquer, la Cour introduit un élément entièrement nouveau — celui de la «conception et [de] la mise en œuvre» du programme de chasse à la baleine (*ibid.*, par. 67), qui renvoie à la portée de son examen. Or, s'il s'agit là d'un élément que le demandeur a tenu à inclure à l'appui de son

has been insisting on introducing in support of its contention. The Judgment provides no explanation as to why it is legitimate or appropriate for the Court to expand the scope of the review by engaging in the examination of these substantive aspects of the JARPA II programme.

33. A careful examination of the arguments of the Parties as developed through the written and oral proceedings in the present case reveals that the genesis of this standard of review would appear to derive its origin from the jurisprudence of the Appellate Body of the World Trade Organization (WTO), which has had to face a number of cases which involve the issue of judicial review of sovereign decisions of member States over scientifically controversial issues, as one of the Parties noted in its pleadings.

34. When one examines more closely the quoted jurisprudence of the WTO Appellate Body in its context, it becomes clear that this general proposition in favour of the test of objective reasonableness, has its basis in the Appellate Body's carefully reasoned argument for the demarcation line to be drawn between science and law in the context of the judicial review of a situation where there is no clear-cut consensual or even majority view of scientists on which jurists can rely. The rationale of the decision in question, which came before the WTO Appellate Body at the final phase of the *Continued Suspension of Obligations in the EC-Hormones Dispute* (United States) case (hereinafter "*EC-Hormones*"), illustrates this point. It is my view that the present Judgment takes this magic formula of objective reasonableness out of the context in which this standard was employed and applies it somewhat mechanically for our purposes, without giving proper consideration to the context in which this standard of review was applied.

35. The Respondent tried to clarify its position on the issue of the standard of review by explaining how this standard of objective reasonableness could be relevant to the present case, in the following words:

“Yes: the Court can ask, could a reasonable State regard this as a properly-framed scientific inquiry? But it can no more impose a line separating science from non-science than it could decide what is and what is not ‘Art’. In Japan’s view, *the correct question is, could a State reasonably regard this as scientific research?*”

That is why Japan agrees with Australia and New Zealand in regarding the test as being whether a State’s *decision is objectively reasonable, or ‘supported by coherent reasoning and respectable scientific evidence and... in this sense, objectively justifiable’.*” (CR 2013/22, p. 60, paras. 20-21 (Lowe); emphasis added.)

What this part of the argument of the Respondent is relying on is the quotation, word-for-word, from the decision of the WTO Appellate Body in the final phase of the *EC-Hormones* case. It is for this reason important to examine the precise context in which this quoted passage appears.

argumentation, il n'est nullement précisé dans l'arrêt en quoi il serait légitime ou approprié pour la Cour d'étendre la portée de son examen à l'analyse de ces aspects du programme JARPA II ayant trait au fond.

33. A l'examen attentif des arguments développés en l'espèce par les Parties dans leurs écritures et à l'audience, il apparaît que le critère d'examen retenu trouverait son origine dans la jurisprudence de l'organe d'appel de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), qui a eu à connaître d'un certain nombre d'affaires impliquant un contrôle judiciaire de décisions souveraines prises par des Etats membres sur des questions scientifiques controversées, ainsi que l'a relevé l'une des Parties lors de la procédure écrite.

34. Or, lorsque l'on examine de plus près, et en les replaçant dans leur contexte, les extraits de la jurisprudence de l'organe d'appel de l'OMC qui ont été cités, il apparaît clairement que la formule fort générale mettant en avant ce critère trouve son origine dans le raisonnement très approfondi de l'organe d'appel quant à la ligne de démarcation qu'il convient de tracer entre science et droit lorsque le contrôle judiciaire concerne une situation où les juristes ne sont pas en mesure de s'appuyer sur un point de vue faisant clairement consensus, ou du moins majoritaire, dans la communauté scientifique. Le raisonnement suivi dans la décision rendue par l'organe d'appel de l'OMC dans la dernière phase de l'affaire *Etats-Unis — Maintien de la suspension d'obligations dans le différend CE-Hormones* (ci-après le différend « *CE-Hormones* ») l'illustre bien. Or, selon moi, dans son arrêt, la Cour reprend cette formule magique du caractère objectivement raisonnable en la coupant de son contexte, pour en faire une application quelque peu mécanique aux fins de l'espèce, sans prendre en compte comme il se devrait le cadre dans lequel ce critère d'examen a été appliqué.

35. Le défendeur a tenté de clarifier sa position sur la question du critère d'examen en expliquant ainsi de quelle manière la notion de caractère objectivement raisonnable pourrait trouver à s'appliquer en l'espèce :

« La Cour peut effectivement se demander si un Etat pourrait raisonnablement considérer qu'il s'agit d'une investigation scientifique correctement articulée. Mais, de la même façon qu'elle ne peut pas décider ce qui est de l'« art » et ce qui n'en est pas, elle ne peut imposer une distinction entre science et non-science. Selon le Japon, *la question qu'il convient de poser est la suivante : un Etat peut-il raisonnablement considérer qu'il s'agit de recherche scientifique ?*

Voilà pourquoi le Japon s'accorde avec l'Australie et la Nouvelle-Zélande pour dire que la question à poser est celle de savoir si *la décision prise par un Etat est objectivement raisonnable, ou « étayée par un raisonnement cohérent et ..., en ce sens, objectivement justifiable ».* » (CR 2013/22, p. 60, par. 20-21 (Lowe); les italiques sont de moi.)

Le défendeur reprend ici mot pour mot un extrait de la décision rendue par l'organe d'appel dans la dernière phase de l'affaire *CE-Hormones*. D'où l'importance d'analyser cet extrait dans son contexte précis.

36. The decision of the WTO Appellate Body contained in its final Report of 16 October 2008, reviewing and setting aside the earlier decision of its Dispute Settlement Panel, states as follows:

“[S]o far as fact-finding by [the WTO] panels is concerned, the applicable standard is ‘neither *de novo* review as such, nor ‘total deference’, but rather the ‘objective assessment of facts’ . . .

It is the WTO Member’s task to perform the risk assessment. The panel’s task is to review that risk assessment. Where a panel goes beyond this limited mandate and *acts as a risk assessor*, it would be substituting its own scientific judgment for that of the risk assessor and making a *de novo* review and, consequently, would exceed its functions under Article 11 of the [Dispute Settlement Understanding of the WTO]. Therefore, *the review power of a panel is not to determine whether the risk assessment undertaken by a WTO Member is correct, but rather to determine whether that risk assessment is supported by coherent reasoning and respectable scientific evidence* and is, in this sense, objectively justifiable.” (WT/DS320/AB/R, p. 246, paras. 589-590; emphasis added.)

Here we find a well-defined exposé of the essential rationale for the standard of review developed in the jurisprudence that the Respondent quotes in agreeing to the test of objective reasonableness. The Appellate Body decision is very specific in clarifying that “a panel may not rely on the experts to go beyond its limited mandate of review” and that

“[t]he panel may seek the experts’ assistance in order to identify the scientific basis of the . . . measure [taken] and to verify that this scientific basis comes from a qualified and respected source, irrespective of whether it represents minority or majority scientific views” (*ibid.*, p. 247, para. 592).

37. Despite the difference that these two cases — one being before the Appellate Body of the WTO, the other being before the ICJ — represent in terms of the law applicable, in the nature of the issue involved and in the context in which the dispute arose, as well as the obvious fact that the WTO decision cannot in any sense constitute a precedent for our purposes, there is nevertheless one common element to which this Court could pay regard. It is the point that when a court of law or a judicial body is engaged in the legal assessment of a scientific matter where scientists hold divergent views, the judicial institution is under an intrinsic limitation on its power and must not exceed its competence as the administrator of the law, by straying into an area which lies beyond its delimited function. Thus under the system in which the judicial body’s task is to review the risk assessment conducted by a member State endowed with

36. La décision, reproduite dans le rapport final du 16 octobre 2008, par laquelle, après l'avoir examinée, l'organe d'appel de l'OMC a annulé celle du groupe spécial de règlement des différends, se lit ainsi :

«[E]n ce qui concerne l'établissement des faits par les groupes spéciaux [de l'OMC], le critère applicable n'[est] «ni l'examen *de novo* proprement dit, ni la «déférence totale», mais «l'évaluation objective des faits»...

C'est la tâche du membre de l'OMC d'effectuer l'évaluation des risques. La tâche du groupe spécial est d'examiner cette évaluation des risques. [Dès lors qu']un groupe spécial [irait] au-delà de ce mandat limité et ag[irait] en tant qu'[évaluateur] des risques, il substituerait son propre jugement scientifique à celui du responsable de l'évaluation des risques et ferait un examen *de novo* et, par conséquent, outrepasserait ses fonctions au titre de l'article 11 du [mémoire d'accord sur le règlement des différends]. En conséquence, le pouvoir ... d'examen d'un groupe spécial [autorise celui-ci] non pas à déterminer si l'évaluation des risques effectuée par un membre de l'OMC est correcte mais [à] déterminer si cette évaluation des risques est étayée par un raisonnement cohérent et des preuves scientifiques respectables et est, en ce sens, objectivement justifiable. » (WT/DS320/AB/R, p. 246, par. 589-590; les italiques sont de moi.)

Nous avons là un exposé détaillé de la raison d'être essentielle du critère d'examen mis au point dans la jurisprudence que cite le défendeur lorsqu'il se déclare d'accord pour retenir celui du caractère objectivement raisonnable. L'organe d'appel prend bien soin de préciser qu'«un groupe spécial ne peut pas [faire appel aux] experts pour aller au-delà de son mandat limité en matière d'examen» mais

«peut demander [leur] aide afin d'identifier le fondement scientifique de la mesure ... et de vérifier que ce fondement provient d'une source compétente et respectée, [et ce,] qu'il représente des opinions scientifiques minoritaires ou majoritaires » (*ibid.*, p. 247, par. 592).

37. En dépit des différences que présentent ces deux affaires — l'une portée devant l'organe d'appel de l'OMC, l'autre devant la CIJ — en ce qui concerne le droit applicable, la nature de la question en jeu et le contexte de la genèse du différend, et nonobstant cette évidence qu'une décision de l'OMC ne saurait en aucun cas servir de précédent au cas d'espèce, il n'en existe pas moins entre elles un élément commun dont la Cour peut tenir compte. Il réside en ceci que, lorsqu'une institution judiciaire se livre à une évaluation juridique d'une question scientifique sur laquelle les scientifiques eux-mêmes sont divisés, son pouvoir se trouve intrinsèquement limité, et elle doit se garder d'outrepasser la compétence qui lui est reconnue en matière d'administration du droit en se fourvoyant dans un domaine allant au-delà de la fonction bien circonscrite qui est la sienne. Ainsi, si l'organe judiciaire en cause était chargé d'examiner l'évaluation

that power and, to use the expression employed in the WTO jurisprudence,

“[w]here [that body] goes beyond this limited mandate and acts as a risk assessor, it would be substituting its own scientific judgement for that of the risk assessor and making a *de novo* review and, consequently, would exceed its functions” (WT/DS320/AB/R, p. 246, para. 590).

It is my view that it was in this sense and in this context that the jurisprudence of the WTO decision can be a useful point of reference for this Court in the present case, where the function of the Court “is not to determine whether the . . . assessment undertaken by a WTO Member is correct, but rather to determine whether that . . . assessment is supported by coherent reasoning and respectable scientific evidence and is, in this sense, objectively justifiable” (*ibid.*).

38. In my view, the Judgment has erred in its approach by taking this standard of objective reasonableness out of its context, and by mechanically applying it for the opposite purpose, that is, for the purpose of engaging the Court in making a *de novo* assessment of the activities of the Respondent, when that State is given the primary power under the Convention to determine what should be the modalities of activities for pursuing scientific research and to grant special permits for purposes of scientific research. This discretion given to the State issuing the permit is subject to the process of review and critical comment by the Scientific Committee and by the IWC in accordance with the regulatory framework of the Convention.

39. The concept of “reasonableness” appears from time to time in the jurisprudence of this Court in some of its past decisions. In my view, however, it is not possible nor useful to try to apply this concept of “reasonableness” in a general way as the standard of substantive assessment. No one would dispute the validity of this concept as such, which like the concept of “fairness”, is one of the basic principles of international law, or for that matter of law in general, but its concrete interpretation and application as a standard of review will depend entirely upon the context in which the term is to be applied. It is not a standard for substantive assessment, but a yardstick for ascertaining whether a decision or an action is or is not “arbitrary” or patently “out of bounds”.

In the case concerning *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, the Court referred to the contention of the Applicant (Costa Rica) which argued that the way the Respondent (Nicaragua) restricted Costa Rica’s navigational rights on the San Juan River was “not reasonable”. The Court clarified the character of this concept in the following way:

“The Court notes that Costa Rica, in support of its claim of unlawful action, advances points of fact about unreasonableness by referring to the allegedly disproportionate impact of the regulations. The Court recalls that in terms of well established general principle it is

des risques effectuée par l'Etat membre habilité à y procéder et que, pour reprendre l'expression employée dans la jurisprudence de l'OMC, il allait

«au-delà de ce mandat limité et agi[ssait] en tant qu'[évaluateur] des risques, il substituerait son propre jugement scientifique à celui du responsable de l'évaluation des risques et ferait un examen *de novo* et, par conséquent, outrepasserait ses fonctions» (WT/DS320/AB/R, p. 246, par. 590).

Selon moi, c'est dans ce sens et dans ce contexte que la jurisprudence que constitue cette décision de l'OMC peut ici utilement servir de référence à la Cour, dont la fonction, en l'espèce, n'est pas «de déterminer si l'évaluation ... effectuée ... est correcte mais de déterminer si cette évaluation ... est étayée par un raisonnement cohérent et des preuves scientifiques respectables et est, en ce sens, objectivement justifiable» (*ibid.*).

38. A mon sens, la Cour s'est ici fourvoyée en sortant de son contexte le critère du caractère objectivement raisonnable pour l'appliquer mécaniquement dans un sens allant à l'encontre de son propos — c'est-à-dire pour se livrer à une évaluation *de novo* des activités du défendeur. Selon la convention, c'est à l'Etat qu'appartient au premier chef le pouvoir de déterminer les modalités d'exécution d'un programme de recherche scientifique et de délivrer des permis spéciaux en vue de telles recherches; ce pouvoir, discrétionnaire, est soumis au processus d'examen et à l'avis critique du comité scientifique de la CBI d'après le cadre réglementaire établi par cet instrument.

39. La notion de «caractère raisonnable» apparaît de temps à autre dans la jurisprudence de la Cour. Selon moi, il n'est toutefois ni possible ni utile de tenter de l'ériger en critère général de toute analyse de fond. Nul ne contestera la validité d'une telle notion qui, à l'instar de celle d'«équité», constitue l'un des principes fondamentaux du droit international, sinon du droit en général, mais son interprétation et son application concrètes en tant que critère d'examen dépendront entièrement du contexte dans lequel il s'agira d'en faire usage. Il s'agit non pas d'un critère d'analyse de fond, mais de la pierre de touche par laquelle éprouver si une décision ou un acte sont «arbitraires» ou clairement «inopportuns».

Dans l'affaire du *Différend relatif à des droits de navigation et droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)*, la Cour, se référant au grief du demandeur (le Costa Rica) selon lequel le défendeur (le Nicaragua) avait soumis ses droits de navigation sur le fleuve San Juan à des restrictions «déraisonnables», avait précisé comme suit la nature de ce concept :

«La Cour note que le Costa Rica, à l'appui de sa thèse selon laquelle l'action du Nicaragua est illicite, avance des éléments de fait visant à en démontrer le caractère déraisonnable en invoquant l'incidence prétendument disproportionnée des mesures en question. La

for Costa Rica to establish those points (cf. *Maritime Delimitation in the Black Sea (Romania v. Ukraine)*, Judgment, *I.C.J. Reports 2009*, p. 86, para. 68, and cases cited there). Further, a court examining the reasonableness of a regulation must recognize that *the regulator, in this case the State with sovereignty over the river, has the primary responsibility for assessing the need for regulation and for choosing, on the basis of its knowledge of the situation, the measure that it deems most appropriate to meet that need. It will not be enough in a challenge to a regulation simply to assert in a general way that it is unreasonable. Concrete and specific facts will be required to persuade a court to come to that conclusion.*" (*I.C.J. Reports 2009*, p. 253, para. 101; emphasis added.)

40. The position of the Respondent in the present case is analogous in law to that of the respondent under the 1858 Treaty of Limits in the case concerning *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*. The dictum of this Court in the latter case should be applicable to the situation in the present case.

VII. APPLICATION OF THE STANDARD OF REVIEW IN THE PRESENT CASE

41. Having thus clarified the scope and the standard of review to be applied by the Court in reviewing the JARPA II activities under Article VIII, I shall refrain from engaging myself in the exercise of refuting the conclusions of the Judgment resulting from its substantive assessment of each of the concrete aspects of the design and implementation of the JARPA II programme, in order to ascertain whether they can be regarded as objectively reasonable, as the Judgment has tried to do in Section II, subsection 3.B (Judgment, paras. 127-227). I do so refrain, because in my view to engage oneself in this exercise would be doing precisely what the Court should not have done under the Convention in light of the essential character of the Convention so clearly manifested in its object and purpose, and in particular in light of the legal structure of the regulatory régime created under the Convention, as well as, most importantly, in view of the intrinsic limitation inherent in the power of the Court as a legal institution empowered with review in the present context.

42. Nevertheless, I wish to draw the attention of the Court to one point of law which relates to a question of principle involved throughout the substantive assessment of the programme of JARPA II by the Judgment in its subsection 3.B. My critical comments relate to the methodology that the Judgment employs in applying the standard of objective reasonableness in assessing the concrete activities of JARPA II conducted under Article VIII of the Convention. In my view, the ordinary and plain meaning of Article VIII makes it clear that the Contracting Government

Cour rappelle que, selon un principe général bien établi, c'est au Costa Rica qu'il incombe d'établir ces éléments (*Délimitation maritime en mer Noire (Roumanie c. Ukraine)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2009, p. 86, par. 68, et affaires qui y sont citées). En outre, une juridiction qui examine le caractère raisonnable d'une réglementation doit reconnaître que c'est à l'autorité de réglementation, *en l'occurrence à l'Etat qui jouit de la souveraineté sur le fleuve, que revient la responsabilité principale d'apprécier la nécessité de réglementer et, en se fondant sur sa connaissance de la situation, de retenir à cette fin la mesure qu'il estime la plus appropriée. Il ne suffit pas, pour contester une réglementation, d'affirmer en termes généraux qu'elle est déraisonnable*; pour qu'une juridiction fasse droit à une telle contestation, des faits concrets et spécifiques doivent lui être présentés.» (C.I.J. Recueil 2009, p. 253, par. 101; les italiques sont de moi.)

40. Le défendeur dans la présente instance se trouve, du point de vue juridique, dans une position similaire à celle du défendeur au regard du traité de 1858 en l'affaire du *Différend relatif à des droits de navigation et droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)*. Le *dictum* ci-dessus aurait donc dû être applicable au cas d'espèce.

VII. APPLICATION DU CRITÈRE D'EXAMEN AU CAS D'ESPÈCE

41. Ayant ainsi clarifié la portée de l'examen de la Cour, et le critère à appliquer aux fins d'évaluer les activités menées en vertu de l'article VIII dans le cadre de JARPA II, je n'entreprendrai pas de réfuter les conclusions que la Cour a formulées dans l'arrêt sur la base de son analyse de fond de chacun des aspects concrets de la conception et de la mise en œuvre de ce programme, aux fins de déterminer, comme la Cour a cherché à le faire dans la partie 3.B de la section II (arrêt, par. 127-227), s'ils peuvent être tenus pour objectivement raisonnables. Se livrer à un tel exercice reviendrait selon moi à faire exactement ce dont la Cour aurait dû s'abstenir au regard de la convention, compte tenu de la nature fondamentale de celle-ci, si manifeste dans son objet et dans son but, et en particulier compte tenu de la structure juridique du régime de réglementation établi en vertu de la convention, et — plus important encore — de la limitation inhérente aux prérogatives de la Cour en tant qu'institution juridique dotée du pouvoir de contrôle *a posteriori* qui est le sien dans le présent contexte.

42. Je voudrais néanmoins appeler l'attention de la Cour sur un point de droit, ayant trait à une question de principe qui intéresse l'ensemble de l'analyse de fond du programme JARPA II à laquelle se livre la Cour dans la partie 3.B. Ma critique porte sur la manière dont la Cour a appliqué dans l'arrêt le critère du caractère objectivement raisonnable aux fins de se prononcer sur les activités concrètes menées dans le cadre de JARPA II en vertu de l'article VIII de la convention. Selon moi, le sens naturel et ordinaire de l'article VIII est clair: c'est au premier chef au gouvernement

has the primary power to grant special permits authorizing to kill, take and treat whales for purposes of scientific research. There is a presumption — a strong, though rebuttable, presumption — that the granting Government, in granting the permits, has made this determination not only in good faith, but also in light of a careful consideration that the activities are carried out for purposes of scientific research. As I have repeatedly emphasized, the function of the Court, engaged in the judicial review of the exercise of power by the Contracting Government, is to assess whether this determination of the Contracting Government in question is objectively reasonable, in the sense that the programme of research is based upon a coherent reasoning and supported by respectable opinions within the scientific community of specialists on whales, even if the programme of research may not necessarily command the support of a majority view within the scientific community involved.

43. In particular, with regard to the issue of lethal taking of whales, which forms the central theme in the assessment in the Judgment of whether the programme in its design and implementation can be regarded as objectively reasonable, the Judgment appears to be applying the standard of objective reasonableness in such a way that it is the granting party that bears the burden of establishing that the scale and the size of the lethal take envisaged under the programme is reasonable in order for the programme to be qualified as a genuine programme “for purposes of scientific research”.

44. To place the onus of meeting such a stringent requirement upon the party granting the special permits in accordance with the provisions of the Convention cannot be in consonance with the plain and ordinary meaning of Article VIII, which provides for an unqualified right of the Contracting Party to “grant . . . special permit[s] authorizing . . . to kill, take and treat whales for purposes of scientific research” as part of the regulatory régime created under the Convention.

45. In the context of the present dispute, and applying the standard of objective reasonableness used by the Judgment as the yardstick for determining whether the activities were “for purposes of scientific research”, it should be the Applicant, rather than the Respondent, who has to establish by credible evidence that the activities of the Respondent under JARPA II cannot be regarded as “reasonable” scientific research activities for the purposes of Article VIII of the Convention. Under the Convention, the Respondent is given the presumptive power to grant permits for activities for purposes of scientific research. In my view, the Applicant has failed to establish that the activities carried out pursuant to JARPA II are not “reasonable” scientific activities.

46. It is my belief that, in fact, the activities carried out pursuant to JARPA II can be characterized as “reasonable” activities for purposes of scientific research. It may well be that JARPA II is far from a perfect programme, but the evidence presented to the Court has clearly shown that it provides some useful scientific information with respect to minke

contractant qu'il incombe de délivrer des permis spéciaux autorisant à tuer, capturer et traiter des baleines en vue de recherches scientifiques. Il y a dès lors lieu de présumer — c'est là une forte présomption qui peut toutefois être réfutée — que le gouvernement accordant de tels permis aura pris cette décision non seulement de bonne foi, mais également après s'être soigneusement assuré que les activités envisagées seraient bien menées en vue de recherches scientifiques. Comme je l'ai maintes fois souligné, la fonction de la Cour, lorsqu'elle se livre à un examen judiciaire de l'exercice d'un pouvoir par un gouvernement contractant, est de déterminer si la décision prise par ce gouvernement revêt un caractère objectivement raisonnable — en d'autres termes, si le programme de recherche est basé sur un raisonnement cohérent et sur des avis respectables d'experts scientifiques spécialistes des baleines, quand bien même ce programme n'emporterait pas l'adhésion de la majorité au sein de la communauté scientifique concernée.

43. Mais lorsque la Cour se penche en particulier sur la question des prélèvements létaux de baleines, pivot de l'évaluation à laquelle elle se livre pour déterminer si le programme, dans sa conception et dans sa mise en œuvre, peut être considéré comme objectivement raisonnable, elle semble appliquer le critère retenu d'une façon telle qu'elle met à la charge de la partie délivrant le permis l'obligation de démontrer que le recours à ces prélèvements tel qu'envisagé dans le cadre du programme est d'une ampleur raisonnable et que ce programme peut donc être considéré comme véritablement mené «en vue de recherches scientifiques».

44. Or, imposer à la partie qui délivre les permis spéciaux en vertu des dispositions de la convention des exigences aussi strictes va à l'encontre du sens naturel et ordinaire de l'article VIII, qui reconnaît à la partie contractante le droit inconditionnel d'«accorder ... [des] permis spéciaux autorisant ... à tuer, capturer et traiter des baleines en vue de recherches scientifiques» dans le cadre du régime de réglementation établi en vertu de la convention.

45. Dans le contexte du présent différend, et dès lors que l'on applique le critère du caractère objectivement raisonnable à l'aune duquel la Cour, dans son arrêt, entend déterminer si les activités visées ont été menées «en vue de recherches scientifiques», c'est au demandeur et non au défendeur qu'il devrait incomber de prouver, sur la base d'éléments crédibles, que les activités menées par ce dernier dans le cadre de JARPA II ne constituent pas des activités «raisonnables» de recherche scientifique au sens de l'article VIII de la convention, laquelle reconnaît *a priori* au défendeur le pouvoir de délivrer des permis autorisant des activités en vue de recherches scientifiques. Or, selon moi, le demandeur n'a pas apporté la preuve que les activités menées dans le cadre de JARPA II n'étaient pas des activités scientifiques «raisonnables».

46. Quant à moi, j'estime que les activités menées dans le cadre de JARPA II peuvent être considérées comme «raisonnables» aux fins de la recherche scientifique. Certes, JARPA II est peut-être loin d'être parfait, mais il ressort clairement des éléments de preuve qui ont été présentés à la Cour que ce programme permet d'obtenir sur les petits rorquals certaines

whales that has been of substantial value to the Scientific Committee. By way of demonstrating the scientific value of JARPA/JARPA II activities, the Chair of the Scientific Committee stated in 2007 that “[t]he Japanese input into cetacean research in Antarctica is significant, and I would say crucial for the Scientific Committee” (Counter-Memorial of Japan, Ann. 207, Vol. IV, p. 387). It should be pointed out that a major review of JARPA II by the IWC is expected to take place this year (2014) and therefore a fully-fledged evaluation of the programme is premature (which is another reason for the Court not to pass hasty judgment). Although a specific assessment on the contribution of the scientific research conducted by the programme is not yet available for JARPA II itself, the Report of the IWC Intersessional Workshop to Review Data and Results from JARPA, which is in many respects substantively similar to JARPA II, expressed the positive appreciation of the JARPA programme in the following words:

“The results from the JARPA programme, while not required for management under the RMP, have the potential to improve management of minke whales in the Southern Hemisphere in [two] ways . . . The results of analyses of JARPA data could be used . . . perhaps to increase the allowed catch of minke whales in the Southern Hemisphere, without increasing depletion risk above the level indicated by the existing *Implementation Simulation Trials* of the RMP for these minke whales.” (Report of the Intersessional Workshop to Review Data and Results from Special Permit Research on Minke Whales in the Antarctic, Tokyo, 4-8 December 2006; Counter-Memorial of Japan, Ann. 113, Vol. III, p. 201; emphasis in the original.)

In other words, this IWC Intersessional Workshop Report expressed the view that the JARPA programme can provide valuable statistical data which could result in a reconsideration of the allowed catch of minke whales under the RMP.

47. What is referred to in this Report is precisely the type of data that was envisioned as useful by the Convention. Article VIII of the Convention “[r]ecogniz[es] that continuous collection and analysis of biological data in connection with the operations of factory ships and land stations are indispensable to sound and constructive management of the whale fisheries” and states that “the Contracting Governments will take all practicable measures to obtain such data” (Art. VIII, para. 4). Article V of the Convention further states that amendments to the Schedule “shall be based on scientific findings” (Art. V, para. 2), and the text of the moratorium itself notes, as stated earlier, that it “will be kept under review, based upon the best scientific advice” (Schedule, para. 10 (*e*)).

48. In light of this evidence given with the authority of the findings of the Scientific Committee that the JARPA activities provided some of the

informations scientifiques utiles, lesquelles se sont même révélées précieuses pour les travaux du comité scientifique. L'intérêt scientifique que présentent les activités menées dans le cadre de JARPA/JARPA II a ainsi été évoqué par le président du comité scientifique, qui, en 2007, a jugé «[l]a contribution du Japon à la recherche sur les cétacés en Antarctique ... considérable, et même cruciale» (contre-mémoire du Japon, annexe 207, vol. IV, p. 387). Signalons encore qu'un important examen du programme JARPA II devant être réalisé par la CBI dans le courant de l'année (2014), il était prématuré d'en effectuer une évaluation complète (autre raison pour laquelle la Cour n'avait pas à se hâter de se prononcer). Si l'on ne dispose pas encore d'évaluation spécifique de la contribution que représentent les recherches scientifiques entreprises dans le cadre de JARPA II lui-même, on pouvait lire dans le rapport du groupe de travail intersessions chargé d'examiner les données et les résultats obtenus dans le cadre de JARPA, qui présente bien des similitudes avec son successeur, l'appréciation suivante :

«Les résultats de JARPA, s'ils ne sont pas nécessaires du point de vue de la RMP, sont susceptibles d'améliorer à [deux] égards la gestion des petits rorquals dans l'hémisphère sud ... Ils pourraient ainsi permettre d'augmenter, sans aggraver le risque d'épuisement, le nombre de prises de petits rorquals autorisées dans l'hémisphère sud, au-delà du niveau indiqué par les *essais de simulation de mise en œuvre* déjà réalisés pour ces petits rorquals.» (Rapport du groupe de travail intersessions chargé d'examiner les données et les résultats obtenus dans le cadre de la chasse au petit rorqual dans l'Antarctique au titre d'un permis spécial en vue de recherches scientifiques, Tokyo, 4-8 décembre 2006; contre-mémoire du Japon, annexe 113, vol. III, p. 201; les italiques sont dans l'original.)

En d'autres termes, le groupe de travail estimait que le programme JARPA pouvait permettre d'obtenir des données statistiques précieuses susceptibles d'entraîner un réexamen de la limite des captures de petits rorquals fixée dans le cadre de la RMP.

47. Les données dont il est fait état dans ce rapport sont précisément de l'ordre de celles considérées comme utiles dans la convention. L'article VIII de celle-ci «[r]econna[ît] qu'il est indispensable, pour assurer une gestion saine et profitable de l'industrie baleinière, de rassembler et d'analyser constamment les renseignements biologiques recueillis à l'occasion des opérations des usines flottantes et des stations terrestres» et dispose que les «Gouvernements contractants prendront toutes les mesures en leur pouvoir pour se procurer ces renseignements» (art. VIII, par. 4). L'article V de la convention indique en outre que les modifications du règlement «se fonder[ont] sur des données scientifiques» (art. V, par. 2), et la disposition établissant le moratoire elle-même précise, comme je l'ai dit plus haut, que celui-ci «sera régulièrement soumis[s] à un examen fondé sur les meilleurs avis scientifiques» (règlement, par. 10 *e*)).

48. A la lumière de cette conclusion autorisée du comité scientifique, selon laquelle les activités de JARPA ont précisément permis d'obtenir

very data that the drafters of the Convention found to be “indispensable to sound and constructive management of the whale fisheries” (Art. VIII, para. 4), it is difficult to see how the activities of JARPA and its successor, JARPA II, could be considered “unreasonable.”

VIII. CONCLUSION

49. By way of conclusion, it should be emphasized that the sole and crucial issue at the centre of the present dispute is whether the activities under the programme of JARPA II are “for purposes of scientific research”. The issue is not whether the programme of JARPA II has attained a level of excellence as a project for scientific research for achieving the object and purpose of the Convention, which is a matter to be considered and examined by the Scientific Committee. It may also be true that the JARPA II programme is far from being perfect for attaining such an objective and may need improvements to achieve that purpose. Such criticism of JARPA II could appropriately be valuable in the review process, with a view to remodelling or redesigning these activities in accordance with what the regulatory framework of the Convention prescribes, but this cannot be the ground for the Court to declare that the activities of the programme are unreasonable for purposes of scientific research. Even if JARPA II contained some defects as a programme for purposes of scientific research, that fact in itself would not turn these activities into activities for commercial whaling. It certainly could not be the reason for this Court to rule that “Japan shall revoke any extant authorization, permit or licence granted in relation to JARPA II” (Judgment, operative part 7, para. 247).

(Signed) Hisashi OWADA.

certaines de ces renseignements que les auteurs de la convention estimaient «indispensable[s] ... pour assurer une gestion saine et profitable de l'industrie baleinière» (art. VIII, par. 4), il est difficile de saisir en quoi les activités menées dans le cadre de JARPA puis de JARPA II peuvent être considérés comme «déraisonnables».

VIII. CONCLUSION

49. En conclusion, je voudrais insister sur le fait que la question cruciale en l'espèce consistait uniquement à savoir si le programme JARPA II était bien mené «en vue de recherches scientifiques». Il ne s'agissait pas pour la Cour de déterminer s'il constitue un programme de recherche scientifique idéal pour réaliser l'objet et le but de la convention, question qui est du ressort du comité scientifique. Il se peut que le programme JARPA II soit loin d'être parfait pour atteindre un tel objectif et doive, dans cette optique, être amélioré. Il serait sans doute utile de le soumettre à une évaluation critique dans le cadre du processus d'examen, aux fins d'ajuster ou de revoir du tout au tout les activités de recherche qu'il recouvre pour assurer leur conformité aux prescriptions du cadre réglementaire mis en place par la convention. Reste que la Cour ne peut s'appuyer sur de telles critiques pour affirmer que les activités menées dans le cadre du programme ne sont pas raisonnables aux fins de la recherche scientifique. JARPA II n'est peut-être pas dépourvu de défauts en tant que programme mené en vue de recherches scientifiques, mais cela ne suffit pas à en faire un programme de chasse commerciale à la baleine. Et ce n'est certainement pas ce qui pouvait fonder la Cour à conclure à la nécessité pour «le Japon [de] révoquer tout permis, autorisation ou licence déjà délivré dans le cadre de JARPA II» (arrêt, dispositif, point 7, par. 247).

(Signé) Hisashi OWADA.
