



OSSERVATORIO SULLA CORTE INTERNAZIONALE DI GIUSTIZIA N. 3/2014

1. INTRODUCTORY NOTE

The International Court of Justice (ICJ) is the principal judicial organ of the United Nations. For a concise description of its composition, jurisdiction and the way in which the Court works, reference can be made to the Court's website (www.icj-cij.org).

The pervasive authority exerted by the Court's decisions and opinions, as well as the vital contribution of its case law to the development of public international law have been regularly underlined by international scholars, and more recently by the President of the Court himself (www.icj-cij.org/presscom/files/8/17848.pdf).

The Osservatorio does not intend to provide an exhaustive account of the Court's case law, but it aims to collect contributions that analyse, and where appropriate criticise, decisions that raise particularly interesting issues and are likely to influence the development of international law. Attention will be drawn to specific legal issues concerning substantive, institutional and procedural matters, with a special focus on human rights.

This Osservatorio may include contributions having a more general character because they intend to address the impact of the Court's case law on entire areas of international law or to provide a fresh look at the debate on the role of the Court as a permanent international judicial organ. The Osservatorio may also host comments on selected publications concerning the International Court of Justice.

BEATRICE I. BONAFÉ



OSSERVATORIO SULLA CORTE INTERNAZIONALE DI GIUSTIZIA N. 3/2014

2. TREATY INTERPRETATION: THE JUDICIAL FUNCTION BETWEEN THE APPRECIATION OF STATES PARTIES AND OF INSTITUTIONAL BODIES

[Judgment of 31 March 2014, Whaling in the Antarctic \(Australia v. Japan: New Zealand intervening\)](#)

The dispute between Australia and Japan concerned the conformity of a Japanese research programme (JARPA II) with the 1946 International Convention for the Regulation of Whaling. According to the Schedule, which forms an integral part of the Convention, States Parties to the Convention are under the obligation to respect the moratorium on the catching of whales for commercial purposes, the prohibition of commercial whaling in the Southern Ocean Sanctuary, and the moratorium relating to factory ships. However, Article VIII of the Convention provides that States Parties can grant to their nationals special permits «to kill, take and treat whales for purposes of scientific research». Thus, the substantive obligations under the Schedule do not apply to scientific research programmes falling under Article VIII of the Convention. On the other hand, paragraph 30 of the Schedule imposes procedural obligations on the State availing itself of the possibility to grant special permits under Article VIII.

Australia alleged that JARPA II was not a scientific programme within the meaning of Article VIII and therefore that Japan violated both substantive and procedural obligations under the Convention. Japan replied that JARPA II was a programme undertaken for purposes of scientific research; that it was covered by the exemption provided under Article VIII of the Convention; and that it was duly submitted for review to the competent institutional bodies according to paragraph 30 of the Schedule.

The Court found that «the special permits granted by Japan in connection with JARPA II do not fall within the provisions of Article VIII, paragraph 1, of the International Convention for the Regulation of Whaling» and therefore that Japan has not acted in conformity with its substantive «obligations under paragraph 10 (e)», «paragraph 10 (d)», and «paragraph 7 (b) of the Schedule» (par. 247). By contrast, the Court found that Japan had complied with its procedural obligations «under paragraph 30 of the Schedule».

It is apparent that the dispute essentially raised issues of treaty interpretation. The following remarks will focus on a particular aspect, namely, the role that the unilateral

position taken by the different actors involved in the conclusion or the implementation of a treaty can play in the interpretation of its provisions.

1. *The Court's jurisdiction*

As a preliminary point, the Court found that it had jurisdiction to entertain Australia's application according to the declarations made by both parties under Article 36, para. 2, of the Statute, and that the dispute between Australia and Japan did not fall within the reservation made by Australia. Australia's reservation excludes from the Court's jurisdiction «any dispute concerning or relating to the delimitation of maritime zones, including the territorial sea, the exclusive economic zone and the continental shelf, or arising out of, concerning, or relating to the exploitation of any disputed area of or adjacent to any such maritime zone pending its delimitation» (*idem*, para. 31). The Court held that the reservation only concerned situations of maritime delimitation and therefore it did not apply to the dispute before the Court (*idem*, para. 39-40).

The decision on the Court's jurisdiction did not require the interpretation of a treaty but that of a unilateral declaration under Article 36, para. 2, of the Statute. However, previous cases had already raised the question of the possible reliance on the rules of treaty interpretation codified in the Vienna Convention on the Law of Treaties when the interpretation of unilateral declarations is at stake. The decision in *Whaling in the Antarctic* seems to mark a step forward in the evolution of the Court's case law on the matter.

While in *Nicaragua* the Court simply stated that «[unilateral declarations] should be treated, by analogy, according to the law of treaties» (*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Jurisdiction and Admissibility, Judgment, *ICJ Reports* 1984, para. 63), it subsequently adopted a more rigorous approach. Notably, in 1998 it considered that «the régime [for unilateral] declarations of acceptance of compulsory jurisdiction [...] is distinct from the régime envisaged for treaties by the Vienna Convention» (*Land and maritime Boundary between Cameroon and Nigeria*, Preliminary Objections, *I.C.J. Reports* 1998, para. 30, emphasis added).

This strict separation between the law of treaties and the regime applicable to unilateral acts was nuanced a few months later. The Court confirmed that «the régime relating to the interpretation of declarations made under Article 36 of the Statute is not identical with that established for the interpretation of treaties by the Vienna Convention on the Law of Treaties» (*Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada)*, Jurisdiction of the Court, Competence, *I.C.J. Reports* 1998, para. 46, emphasis added). It also specified that «the provisions of that Convention may only apply analogously to the extent compatible with the *sui generis* character of the unilateral acceptance of the Court's jurisdiction» (*idem*, emphasis added), gradually reducing the gap between treaties and unilateral acts in terms of the applicable rules on interpretation.

In *Whaling in the Antarctic* this gap has almost disappeared. As the Court emphasized, it is true that, in principle, the intention of the author of a unilateral act should be accorded a special weight in the interpretation of that act (para. 36 of the Judgment). However, the Court omitted to refer to the famous statement of the Permanent Court according to which: «it is an established principle that the right of giving an authoritative interpretation of a legal rule belongs solely to the person or body who has power to modify or suppress it» (PCIJ, *Jaworzina*, Advisory Opinion No. 8, 6 December 1923, *Series B*, p. 37).

When interpreting Australia's reservation the Court adopted a strictly «objective» method of interpretation; the intention of the author of the declaration was used merely to confirm the meaning resulting from the text of the unilateral act. In particular, the «intention» of the author taken into account by the Court was that expressed at the time of the adoption of the unilateral act and not the position taken subsequently during the proceedings before the Court (para. 38 of the Judgment).

In addition, the Court carefully avoided any reference to the Vienna Convention or to the fact that its provisions can be relied upon *only* under certain circumstances. The Court seems simply to have applied the objective method of treaty interpretation as codified in article 31 of the VCLT. As a result, the Court has marginalized the role that the intention of the author of the declaration could have played.

And its approach is perfectly understandable. Suppose the author of a unilateral declaration advances an interpretation of its declaration aimed at depriving the Court of its jurisdiction. If a primary role were accorded to this «authoritative interpretation», the risk would be to make the interpretation of unilateral declarations dependent on the position pleaded by the party, and, in the end, to undermine seriously the power of the Court to determine its own competence.

2. *The interpretation of Article VIII*

Turning to the merits of the case and the interpretation of Article VIII of the 1946 Convention, the Court had to take into account Japan's claim to possess broad discretion in determining whether JARPA II was a scientific research programme, on the one hand, and the position taken by institutional bodies on the doubtful conformity of JARPA II with Article VIII, on the other.

a) States' Margin of Appreciation

Under Article VIII, special permits are granted «subject to such restrictions as to number and subject to such other conditions as the Contracting Government thinks fit». Japan inferred from that wording that the State granting special permits has a «margin of appreciation» in evaluating whether a programme is intended for purposes of scientific research and therefore whether it falls within the scope of Article VIII (para. 59 of the Judgment). The Court rejected this approach: «whether the killing, taking and treating of whales pursuant to a requested special permit is for purposes of scientific research cannot depend simply on that State's perception» (*idem*, para. 61).

In interpreting Article VIII, the Court separated two issues. The first question is whether «the programme under which these activities occur involves scientific research». The second is whether «the killing, taking and treating of whales is “for purposes of” scientific research» (*idem*, para. 67).

As to the first question, the Court did not «consider it necessary to [...] offer a general definition of “scientific research”» (*idem*, para. 86). But in practice, and without using the expression «margin of appreciation», the Court accepted that the State has a certain latitude in defining the purposes of its programmes and in identifying those intended to pursue objectives of scientific research. In other words, JARPA II was regarded as a scientific research programme.

On the other hand, the State is not free to determine whether its conduct is in conformity with the purposes of scientific research. It is for the Court to establish whether

the design and implementation of JARPA II are reasonable in relation to achieving the programme's stated research objectives. Therefore, the second prong of the two-fold analysis – i.e., establishing whether JARPA actually pursued objectives of scientific research, and more generally whether Japan acted in conformity with the substantive obligations of Article VIII – falls under the exclusive control of the Court. In this respect the Court adopted a «reasonableness test» (*idem*, paras. 67, 88, and 127) which is very similar to the proportionality test adopted by other international judges, such as the ECtHR.

As a result, the Court confined the role of the contracting State to setting the objectives that it wants to achieve (*idem*, paras. 113-118) and it maintained an exclusive (judicial) control on the question of whether that State had in fact pursued such objectives, according to an «objective» standard of review.

The conclusion of the Court, after a detailed discussion of the technical aspects of the Japanese programme, was that, when compared to the stated research objectives, JARPA II «involves activities that can broadly be characterized as scientific research (see paragraph 127 above), but [...] the evidence does not establish that the programme's design and implementation are reasonable in relation to achieving its stated objectives. The Court concludes that the special permits granted by Japan for the killing, taking and treating of whales in connection with JARPA II are not “for purposes of scientific research” pursuant to Article VIII, paragraph 1, of the Convention » (*idem*, para. 227). This means that Japan breached its substantive obligations under the Convention (*idem*, paras. 230-233).

b) The Position of Institutional Bodies

A quick reading of the judgment might give the wrong impression that JARPA was «approved» by the institutional framework established by the 1946 Convention, and that, to a certain extent, the Court's decision is at variance with the «acceptance» of the Japanese programme by the competent bodies, that is, the International Whaling Commission (IWC) and its Scientific Committee.

While the final part of the judgment dealing with Japan's procedural obligations under paragraph 30 of the Schedule makes explicit reference to the criticism raised by a group of scientists inside the Scientific Committee (*idem*, para. 241), the Court did not take into account the position adopted by the IWC when examining the conformity of Japan's conduct with the substantive obligations arising under the Convention.

With respect to procedural obligations, paragraph 30 provides that States parties must submit the «proposed special permits before they are issued and in sufficient time to allow the Scientific Committee to review and comment on them». As specified by the Court, the «Scientific Committee has not been empowered to make any binding assessment in this regard. It communicates to the Commission its views on programmes for scientific research, including the views of individual members, in the form of reports or recommendations. However, when there is a division of opinion, the Committee generally refrains from formally adopting the majority view» (*idem*, para. 47). This means that the timely submission by Japan of the proposed special permits to an institutional body that has no power to approve or to authorise the grant of such permits is sufficient to discharge Japan of its procedural obligations under paragraph 30. And the criticism of some of the Scientific Committee members (see in particular *The Journal of Cetacean Research and*

Management, 8 (Supp.) 2006, p. 48-52 and *The Journal of Cetacean Research and Management*, 10 (Supp.) 2008, p. 58-61) could not alter such a conclusion (*idem*, para. 241).

Interestingly enough, the Court notes in this respect that «the implementation of JARPA II differs in significant respects from the original design» and that «[u]nder such circumstances, consideration by a State party of revising the original design of the programme for review would demonstrate co-operation by a State party with the Scientific Committee» (*idem*, para. 240). Thus, the Court seems to suggest that a violation of Japan's procedural obligations or at least of its «duty of co-operation with the IWC and its Scientific Committee» (*idem*) might have been found if the Scientific Committee had required the submission of additional information concerning the implementation of JARPA II.

With respect to substantive obligations, the part of the judgment dedicated to the interpretation of Article VIII surprisingly makes no mention of a number of resolutions adopted by the IWC that expressed strong criticism of Japan's «research» programme. These are in particular IWC resolutions 2005-1 and 2007-1 where the Commission respectively «*strongly urges* the Government of Japan to withdraw its JARPA II proposal or to revise it so that any information needed to meet the stated objectives of the proposal is obtained using non-lethal means», and «*further calls upon* the Government of Japan to suspend indefinitely the lethal aspects of JARPA II conducted within the Southern Ocean Whale Sanctuary» (for a discussion, see Memorial of Australia, paras. 5.24-5.25).

The Court correctly points out that the IWC has no power to adopt acts binding on the States parties to the Convention. It can adopt amendments to the Schedule but the «amendment does not become effective in respect of th[e] State» presenting an objection (*idem*, para. 45). In the end the abovementioned resolutions clearly have no binding force, and one might consider that the absence of any explicit reference to them is balanced by the fact that the conclusion reached by the Court corresponds to the position of the IWC.

Yet the fact that the judgment includes only an indirect reference to the position of the IWC may be questionable. The Court refused to take into account «many» unspecified «IWC resolutions [...] adopted without the support of all States parties to the Convention and, in particular, without the concurrence of Japan» as elements relevant to the interpretation of Article VIII (*idem*, para. 83). This is because the Court has not regarded such instruments «as subsequent agreement to an interpretation of Article VIII, nor as subsequent practice establishing an agreement of the parties regarding the interpretation of the treaty within the meaning of subparagraphs (a) and (b), respectively, of paragraph (3) of Article 31 of the Vienna Convention on the Law of Treaties» (*idem*).

We may share the view that IWC resolutions adopted by majority vote cannot be regarded as agreements between *all the States parties* to the 1946 Convention or as subsequent practice in the application of the Convention which «establishes the *agreement of the parties* regarding its interpretation». What is less clear is why the Court did not take into account the relevant IWC resolutions at least as an expression of the official position of the supervisory body established by the Convention and therefore as «subsequent practice» *of the organization*, as it did in previous opinions concerning the United Nations (see e.g. among others *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2010, para. 94). Along with some explanations recently put forward (J. Arato, «Subsequent Practice in the Whaling Case, and What the ICJ Implies about Treaty Interpretation in International Organizations», www.ejiltalk.org/subsequent-practice-in-the-whaling-case-and-what-the-icj-implies-about-

treaty-interpretation-in-international-organizations/#more-10605), the peculiar feature of the *Whaling in the Antarctic* case possibly lies in the fact that the Court had to interpret the content of treaty obligations applicable to a *typical bilateral inter-state relationship* and not obligations concerning the functioning of the institutional framework created by the treaty. The *obiter* reference to the duty of co-operation shows that, with respect to obligations owed by contracting States towards institutional bodies, the Court might have taken into account the position expressed by such bodies in the interpretation of treaty commitments. More generally, the decision of the Court confirms that treaty interpretation essentially rests on objective methods as well as objective standards of review and that a departure from that general rule is justified only under particular circumstances.

BEATRICE I. BONAFÉ



OSSERVATORIO SULLA CORTE INTERNAZIONALE DI GIUSTIZIA N. 3/2014

3. NOUVELLES REQUÊTES CONCERNANT LES « OBLIGATIONS DE NEGOCIER » : QUESTIONS DE COMPETENCE ET INTERVENTION DU TIERS

[Obligation de négocier un accès à l'océan Pacifique \(Bolivie c. Chili\), requête de la Bolivie, 24 avril 2013](#)

[Requêtes déposées par la République des Iles Marshall contre neuf Etats pour manquement allégué à leurs obligations de négocier un désarmement nucléaire général et complet, 25 avril 2014](#)

Par l'instance introduite le 24 avril 2013 la Bolivie prie la Cour de reconnaître que le Chili a l'obligation de négocier avec la Bolivie un accès à l'océan Pacifique, qu'il a violé cette obligation et qu'il doit la respecter de bonne foi. Selon la Bolivie, l'obligation de négocier découlerait d'un échange, entre les deux pays, de notes qui ont servi de base à la déclaration de Charaña de 1975 ainsi qu'aux négociations de 1975-1976.

Les neuf requêtes déposées par les Iles Marshall concernent l'obligation de poursuivre de bonne foi des négociations sur des mesures relatives au désarmement nucléaire et sur un traité de désarmement général et complet. Tout en étant codifiée par l'article VI du Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires (TNP), cette obligation découle selon les Iles Marshall du droit international coutumier. Les requêtes des Iles Marshall sont dirigées contre tous les Etats qui possèdent ou pourraient posséder des armes nucléaires opérationnelles selon l'avis de l'Institut de recherche internationale sur la paix de Stockholm (*SIPRI Yearbook*, 2013, p. 12-13), et notamment les cinq membres permanents du Conseil de Sécurité auxquels s'ajoutent l'Inde, Israël, le Pakistan et la République populaire démocratique de Corée.

Force est de constater que le point commun de toutes ces requêtes est le respect d'une obligation de négocier qui ne peut être établi qu'à la lumière du principe de bonne foi. Les réclamations de la Bolivie aussi bien que celles des Iles Marshall visent dans leur ensemble des comportements négatifs et obstructionnistes des Etats défendeurs. Ce qui pourrait emmener la Cour à se prononcer avec plus de précision sur des règles et des principes généraux déjà évoqués à plusieurs reprises dans sa jurisprudence. Encore faut-il que la Cour se déclare compétente. Si les requêtes des Iles Marshall ne fournissent pas tous

les éléments nécessaires pour conclure à l'existence de «différends» suivant les critères énoncés dans la jurisprudence de la Cour (voy. en particulier *Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie)*, exceptions préliminaires, arrêt, *C.I.J. Recueil* 2011, par. 23-114), les affaires introduites aussi bien par la Bolivie que les Iles Marshall ont en commun le fait de soulever des questions délicates ayant trait aux instruments par lesquels les parties ont accepté ou peuvent se soumettre à la juridiction de la Cour.

Les situations dans les deux cas restent néanmoins différentes : le différend qui oppose la Bolivie au Chili concerne une situation spécifique, « localisée » pour ainsi dire, alors que les prétentions avancées par les Iles Marshall se rapportent à une situation généralisée qui vise potentiellement tous les membres de la communauté internationale. Cette différence se reflète par exemple sur l'intérêt à agir des Etats demandeurs : la Bolivie avance des réclamations sur la base d'une obligation individuelle et bilatérale qui lui accorderait le droit de revendiquer un accès à l'océan Pacifique, alors que les Iles Marshall fondent vraisemblablement leur intérêt à agir sur des obligations *erga omnes partes*, voire des obligations *erga omnes*. Mais en même temps toutes ces affaires se caractérisent par une dimension multilatérale qui devrait porter la Cour à prendre en compte l'existence d'intérêts juridiques d'Etats tiers.

1. La compétence de la Cour

a) Le différend entre la Bolivie et le Chili

Pour fonder la compétence de la Cour la Bolivie invoque la clause juridictionnelle du Pacte de Bogotá, son article XXXI. Le Chili a ratifié le Pacte en 1967, la Bolivie en 2011 mais limitant son consentement par une réserve ([déclaration du 14 avril 2011](#)) à laquelle le Chili s'est opposé ([déclaration du 15 juin 2011](#)) et qui empêchait, selon ce dernier, l'entrée en vigueur du Pacte vis-à-vis de la Bolivie ([déclaration du 13 décembre 2011](#)). Le 10 avril 2013 la Bolivie a communiqué le [retrait](#) de la réserve contestée par le Chili. La clause juridictionnelle de l'article XXXI devrait donc produire ses effets à partir de cette date.

La question pourrait se poser de savoir si la Cour est compétente *ratione temporis* en vertu du Pacte de Bogotá. L'on pourrait soutenir que l'instance introduite par la Bolivie concerne des faits ou des situations antérieurs à l'entrée en vigueur de la convention entre les parties.

A cet égard la jurisprudence constante de la Cour affirme devoir, avant tout, définir « les faits et situations [...] au sujet desquels s'est élevé le différend » et par la suite déterminer si ces « faits ou situations [...] se sont produits avant l'entrée en vigueur entre les Parties » de l'instrument attribuant à la Cour la compétence nécessaire à trancher le différend dont elle est saisie (*Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie)*, demande reconventionnelles, ordonnance du 6 juillet 2010, *C.I.J. Recueil* 2010, par. 23). Cette analyse est tout à fait nécessaire lorsque l'instrument ou la clause sur lequel repose la compétence de la Cour fixe une date à partir de laquelle le consentement de l'Etat est donné (voy. aussi *Certain biens (Liechtenstein c. Allemagne)*, exceptions préliminaires, arrêt, *C.I.J. Recueil* 2005, par. 39 ; CPJI, *Compagnie d'électricité de Sophia et de Bulgarie*, 1939, Série A/B, No. 77, p. 82 ; CPJI, *Phosphates du Maroc*, 1938, Série A/B, No. 74, p. 25).

En revanche, à défaut d'une indication semblable, la règle générale suivie par la Cour prévoit que « sa compétence doit s'apprécier au moment du dépôt de l'acte

introductif d'instance » (*Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, *C.I.J. Recueil* 2002, par. 26).

L'article XXXI du Pacte de Bogotá n'indique aucune « date critique », ce qui semble confirmé par la déclaration déposée par l'Argentine au moment de la signature du Pacte et selon laquelle les procédures de solution des différends prévues par le Pacte « should have been established only for controverses arising in the future and not originating in or having any relation to causes, situations or facts existing before the signing of this instrument » ([déclaration du 30 avril 1948](#)). Pour les instances introduites à partir du 10 avril 2013 la compétence de la Cour ne devrait donc pas faire de doute.

b) *Les requêtes déposées par les Iles Marshall*

La Cour n'a inscrit au rôle que trois des requêtes déposées par les Iles Marshall. Ce n'est que par rapport à l'Inde, le Pakistan et le Royaume-Uni que les Iles Marshall peuvent invoquer un titre de compétence existant au moment du dépôt de leur requête : les déclarations unilatérales au sens de l'article 36, par. 2, du Statut.

La déclaration des Iles Marshall indique une date critique (le 17 septembre 1991) et limite leur consentement en excluant : « i) Les différends au sujet desquels la République des Iles Marshall a convenu avec l'autre ou les autres parties en cause d'avoir recours à un autre mode de règlement pacifique ; ii) Les différends à l'égard desquels toute autre partie en cause a accepté la juridiction obligatoire de la Cour internationale de Justice uniquement en ce qui concerne ledit différend ou aux fins de celui-ci ».

La déclaration du Royaume-Uni, déposée le 5 juillet 2004, exprime le consentement à l'exercice de la juridiction contentieuse de la Cour sur les différends postérieurs au 1^{er} janvier 1974 et contient, entre autres, une réserve relative aux différends « à l'égard desquels toute autre partie en cause a accepté la juridiction obligatoire de la Cour internationale de Justice uniquement en ce qui concerne lesdits différends ou aux fins de ceux-ci, ou lorsque l'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour au nom d'une autre partie au différend a été déposée ou ratifiée moins de douze mois avant la date du dépôt de la requête par laquelle la Cour est saisie du différend ». Les Iles Marshall ont accepté la compétence de la Cour par une déclaration déposée le 24 avril 2013 et elles ont introduit l'instance le 24 avril 2014 : la deuxième clause de la réserve du Royaume-Uni ne devrait pas s'opposer à ce que la Cour exerce sa compétence. Cette même date de dépôt pourrait en revanche faire douter de l'application de la première clause de la réserve anglaise. La compétence de la Cour a-t-elle été acceptée par les Iles Marshall *uniquement* en vue du différend qu'elles allaient introduire, un an plus tard, en matière de désarmement nucléaire à l'encontre du Royaume-Uni ? A en juger à la seule portée de la déclaration des Iles Marshall, elle paraît suffisamment large pour exclure un tel propos. *Ratione temporis*, la déclaration vise tout différend né après la date de leur admission à l'ONU – c'est-à-dire moins d'un an après leur indépendance. *Ratione materiae*, elle ne contient que les deux réserves susmentionnées, ayant un contenu assez limité. A cet égard, il sera intéressant de découvrir quelle interprétation les Iles Marshall vont donner à la réserve que le Royaume-Uni risque d'invoquer et qui figure également dans leur déclaration d'acceptation de la compétence de la Cour.

La déclaration de l'Inde contient l'indication d'une date critique (le 15 septembre 1974, le jour du dépôt de la déclaration) et une longue liste de réserves. Notamment, elle inclut une réserve tout à fait correspondante à celle du Royaume-Uni et qui devrait alors recevoir la même interprétation de la Cour. L'exclusion des différends « relatifs à l'interprétation ou à l'application d'un traité multilatéral, à moins que toutes les parties au

traité ne soient également parties à l'affaire dont la Cour est saisie ou que le Gouvernement indien n'accepte spécialement la juridiction de la Cour » ne devrait pas s'appliquer : l'Inde n'est pas partie au TNP et les réclamations des Iles Marshall concernent la violation de l'obligation de désarmement nucléaire qui découlerait du droit international général. L'instance introduite par les Iles Marshall pourrait alors fournir à la Cour l'occasion de préciser les conditions d'application de l'« obligation de poursuivre de bonne foi et de mener à terme des négociations conduisant au désarmement nucléaire dans tous ses aspects, sous un contrôle international strict et efficace » (*Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996, par. 98-105). Il est enfin douteux que l'Inde puisse invoquer, afin d'exclure la compétence de la Cour, l'exception visant les différends « relatifs ou ayant trait à des faits ou à des situations d'hostilités, à des conflits armés, à des actes individuels ou collectifs accomplis en légitime défense, à la résistance à l'agression, à l'exécution d'obligations imposées par des organes internationaux et autres faits, mesures ou situations connexes ou de même nature qui concernent ou ont concerné l'Inde ou peuvent la concerner dans l'avenir », bien que le désarmement nucléaire garde une certaine connexité avec des situations de conflit, ne fût-ce que potentiel.

La déclaration du Pakistan, déposée le 12 septembre 1960, soumet à la Cour les différends nés après le 24 juin 1948 et contient, entre autres, une réserve relative à l'interprétation ou à l'application des traités multilatéraux rédigée en des termes identiques à celle qui figure dans la déclaration de l'Inde. L'interprétation des deux réserves devrait par conséquent aboutir au même résultat en ce qui concerne la compétence de la Cour.

S'agissant des requêtes contre la Chine, les Etats-Unis d'Amérique, la Fédération de Russie, la France, Israël et la République populaire démocratique de Corée, les Iles Marshall ont invité ces Etats à accepter la compétence de la Cour conformément à l'article 38, par. 5, du Règlement de la Cour. Les requêtes ne peuvent être inscrites au rôle tant que l'Etat contre lequel la requête est formée n'a pas accepté la compétence de la Cour aux fins de l'affaire.

2. *La nature multilatérale du contentieux*

A supposer que la Cour ne sera pas compétente pour connaître tous les différends qui opposent les Iles Marshall et les Etats ayant des armements nucléaires opérationnels, ces affaires ne perdront pas pour autant leur caractère multilatéral, d'autres Etats – pour ne pas dire la généralité des Etats – étant concernés par la future décision de la Cour. Une dimension multilatérale caractérise également le différend entre la Bolivie et le Chili. Or, l'instrument principal qui permet à la Cour de prendre en considération les intérêts d'Etats tiers impliqués dans une procédure contentieuse est la tierce intervention. Ces affaires sont dès lors susceptibles de donner lieu à des formes différentes d'intervention du tiers.

a) *L'intervention du Pérou*

Le différend entre la Bolivie et le Chili pourrait avoir un caractère bilatéral si ce n'était pour un engagement précis du Chili envers le Pérou. Le traité de Lima de 1929, réglant le différend relatif à Tacna et Arica, fixe la frontière terrestre entre le Chili et le Pérou et son protocole complémentaire, à l'article premier, prévoit que les deux Etats « no podrán, sin previo acuerdo entre ellos, ceder a una tercera potencia la totalidad o parte de los territorios que, en conformidad al Tratado de esta misma fecha, quedan bajo sus respectivas soberanías ».

L'accès à l'océan Pacifique, qui a fait l'objet de négociations entre la Bolivie et le Chili entre 1975 et 1976, visait précisément « une bande de terre située entre Arica et la frontière terrestre péruvo-chilienne » ainsi que « le territoire maritime compris entre les parallèles passant par les extrémités du segment de la côte ainsi cédée (mer territoriale, zone économique exclusive et plateau continental) » (*Différend maritime (Pérou c. Chili)*, [arrêt du 27 janvier 2014](#), par. 131). La consultation du Pérou à l'occasion de ces négociations s'imposait à la lumière de l'obligation découlant du protocole complémentaire de 1929.

Une quelque forme de participation du Pérou à la procédure contentieuse introduite par la Bolivie s'avère-t-elle également nécessaire ?

L'obligation de négocier invoquée par la Bolivie dans sa requête ne semble concerner que le Chili et la Bolivie et aucune mention n'est faite du droit que le Pérou détient sur la base du protocole de 1929 à exprimer son consentement sur le transfert de territoire à la Bolivie dans la région de Arica. D'autre part, le protocole se limite à imposer un « accord préalable » entre Pérou et Chili. Si la Cour considère que l'objet du différend maintient son autonomie par rapport au droit que le protocole accorde au Pérou, l'intervention du tiers ne paraît alors pas strictement nécessaire. Autrement dit, la Cour pourrait trancher le différend entre la Bolivie et le Chili même si le Pérou ne participe pas à la procédure (*Certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie)*, exceptions préliminaires, arrêt, *C.I.J. Recueil* 1992, par. 54). La participation du Pérou ne serait nécessaire que si les intérêts juridiques du tiers étaient « non seulement touchés par une décision », mais qu'ils constituaient « l'objet même de ladite décision » (*Affaire de l'or monétaire pris à Rome en 1943*, question préliminaire, Arrêt du 15 juin 1954, *C.I.J. Recueil* 1954, p. 32). Ce qui n'exclut tout de même pas que la décision sur le fond de la Cour puisse avoir des implications pour le Pérou.

Or, concrètement le respect de l'obligation découlant du protocole semble demander une association étroite du Pérou aux négociations entre le Chili et la Bolivie. Si la décision de la Cour reconnaît l'existence d'une obligation de négocier du Chili, sa mise en œuvre ne pourra exclure le Pérou dont l'assentiment est requis : les négociations concernant l'accès à l'océan Pacifique de la Bolivie deviendront en effet des négociations multilatérales. L'intervention du Pérou devant la Cour nous paraît alors du moins possible sinon souhaitable.

Si l'application de l'article 63 du Statut à l'égard de cet accord peut être écartée puisque la Cour n'est pas appelée à interpréter le protocole complémentaire de 1929, le Pérou devrait pouvoir participer à la procédure contentieuse sur la base de l'article 62 du Statut. Son « intérêt d'ordre juridique » découlerait du protocole complémentaire et serait en connexité avec l'objet du différend. L'article 62 pose aussi la condition que les intérêts juridiques du tiers soient susceptibles d'être affectés par la décision de la Cour, ce qui ne veut pas dire que la Cour soit nécessairement appelée à se prononcer sur la position du tiers. Une intervention en tant que « non partie » peut se justifier par les implications que l'arrêt de la Cour aurait à l'égard du tiers (*Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie)*, requête à fin d'intervention, ordonnance du 4 juillet 2011, *C.I.J. Recueil* 2011, p. 494). L'implication pour le Pérou d'une décision confirmant l'existence d'une obligation de négocier du Chili paraît découler directement du protocole de 1929 : l'Etat tiers devra être associé aux négociations et exprimer son consentement sur l'aménagement territorial qui sera finalement retenu.

b) *L'intervention du tiers dans les affaires concernant l'obligation de négocier un désarmement nucléaire général et complet*

L'intervention du tiers peut prendre des formes différentes en fonction du droit que la Cour est appelée à appliquer pour résoudre les litiges que les Iles Marshall prétendent les opposer aux Etats qui possèdent des armes nucléaires.

D'une part, les requêtes qui trouvent leur fondement dans l'article VI du TNP pourraient donner lieu à des déclarations d'intervention au sens de l'article 63 du Statut. Les autres Etats parties pourraient alors se montrer intéressés par l'interprétation que la Cour sera appelée à donner à l'article VI. Les éléments essentiels de cette forme d'intervention ont été récemment précisés par la Cour et ne semblent pas soulever de difficultés majeures (*Chasse à la baleine dans l'Antarctique (Australie c. Japon)*, requête à fin d'intervention, [ordonnance du 6 février 2013](#)).

D'autre part, les requêtes qui s'appuient sur l'existence d'une obligation coutumière en matière de désarmement nucléaire ne peuvent pas entraîner des interventions au sens de l'article 63. Bien que l'intérêt d'un tiers à l'interprétation d'un traité soit tout à fait semblable à son intérêt à l'interprétation du droit international général, vu la tendance de la Cour à ne pas s'écarter de l'interprétation donnée aux normes internationales, le second ne rentre pas dans le champ d'application de l'article 62 du Statut. Pour la Cour cette disposition ne vise que des intérêts faisant l'objet de prétentions réelles, concrètes et pouvant être affectées par la décision future de la Cour (*Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan (Indonésie/Malaisie)*, requête à fin d'intervention, arrêt, *C.I.J. Recueil* 2001, par. 55; *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*, requête à fin d'intervention, arrêt, *C.I.J. Recueil* 2011, par. 26). Ce qui ne semble pas écarter toute possibilité d'une tierce intervention sur la base de l'article 62.

Une décision de la Cour confirmant la nature coutumière de l'obligation de négocier un désarmement nucléaire général et complet semble tout à fait capable d'affecter les intérêts juridiques des destinataires de cette obligation. Si la Cour conclut qu'un Etat non partie au TNP a violé cette obligation, la même conclusion devrait s'appliquer aux Etats possédant des armes nucléaires ayant tenu une conduite similaire et elle devrait entraîner pour tous les autres Etats la possibilité de demander le respect de l'obligation primaire violée.

Dans leurs requêtes, les Iles Marshall considèrent expressément l'obligation de négocier un désarmement nucléaire général et complet comme une obligation *erga omnes*. Si l'on suit la jurisprudence de la Cour qui reconnaît un intérêt à agir au principal à chaque destinataire d'une obligation *erga omnes* (*Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, arrêt, *C.I.J. Recueil* 2012, par. 69-70), il est difficile de ne pas lui reconnaître un intérêt suffisamment qualifié au sens de l'article 62 du Statut.

BEATRICE I. BONAFÉ