

# LA CHASSE À LA BALEINE DANS L'ANTARCTIQUE: UNE APPLICATION DU PRINCIPE DE L'EXERCICE RAISONNABLE DES COMPÉTENCES DISCRÉTIONNAIRES DE L'ÉTAT

PAR

Laurent WEYERS\*

## RÉSUMÉ

La Convention internationale pour la réglementation de la chasse à la baleine (CIRCB) octroie aux États le pouvoir de délivrer des permis spéciaux de chasse à la baleine à des fins de recherche scientifique. Ce pouvoir d'appréciation n'est cependant pas exempt de tout contrôle juridictionnel comme en témoigne l'arrêt récemment rendu, par la Cour internationale de Justice, dans l'affaire de la *Chasse à la baleine*. En effet, le 31 mars 2014, la Cour a jugé que le programme japonais de chasse à la baleine dans l'Antarctique (JARPA II) avait violé les dispositions de la CIRCB, et a ordonné au Japon, par conséquent, qu'il révoque tous les permis délivrés dans ce cadre. Tout en reconnaissant que le Japon disposait d'un certain pouvoir d'appréciation en la matière, la Cour s'est néanmoins autorisée à vérifier que les permis délivrés l'avaient bien été à des fins de recherche scientifique, comme l'exige l'article VIII de la CIRCB. Pour cela, la Cour a examiné si la conception et la mise en œuvre de JARPA II étaient raisonnables par rapport aux objectifs poursuivis. Comme nous le montrons dans cet article, le contrôle ainsi exercé par la Cour ne constitue pas une réelle nouveauté au regard de sa jurisprudence antérieure, ni quant à la nature de ce contrôle, ni quant à son étendue.

## ABSTRACT

The International Convention for the Regulation of Whaling (ICRW) gives a certain discretion to States Parties to grant special permits authorizing the killing of whales for purposes of scientific research. But State's discretion does not imply absence of judicial control as the Judgment rendered by the International Court of Justice in the case concerning *Whaling in the Antarctic* recently proved. On March 31st 2014, indeed, the Court found that Japan's Whaling Programme in the Antarctic (JARPA II) was not in accordance with the provisions of the ICRW, and therefore ordered that any permit to take, kill or treat whales, issued in relation to JARPA II, be revoked. In reaching its conclusions, the Court did not deny Japan's discretion to grant such permits. The Court did, however, review whether the permits could be deemed to have been granted for purposes of sci-

\* Assistant à la Faculté de droit de l'Université libre de Bruxelles, Centre de droit international.

entific research, as Article VIII of the ICRW demands, and did so by examining whether JARPA II's design and implementation were reasonable in relation to achieving its stated objectives. As is shown in this paper, this standard of review is neither new, if compared with the Court's previous case-law, nor is it used by the Court in an unusual extended manner.

## INTRODUCTION

Par douze voix contre quatre, la Cour internationale de justice a jugé que le Japon n'a pas respecté ses obligations au titre des paragraphes 7 b), 10 d) et 10 e) du règlement annexé à la Convention internationale pour la réglementation de la chasse à la baleine (1), ci-après la Convention de 1946. Le premier de ces trois paragraphes interdit de chasser le rorqual commun à des fins commerciales dans le périmètre du sanctuaire de l'océan Austral. Le second interdit la chasse à la baleine au moyen d'usines flottantes. Enfin, le paragraphe 10 e) instaure un moratoire sur la chasse commerciale à la baleine, fixant à zéro le nombre de baleines pouvant être mises à mort à des fins commerciales (2). Devant la Cour était en cause la deuxième phase du *Japanese Whale Research Program under Special Permit in the Antarctic*, ci-après JARPA II, dans le cadre duquel des milliers de baleines furent mises à mort de 2005 jusqu'à ce jour. Précisons que le Japon n'a pas contesté le fait que des baleines aient été mises à mort lors de la mise en œuvre de JARPA II, mais il a par contre prétendu que les méthodes létales employées l'ont été à bon droit. Il a, à ce titre, invoqué l'article VIII, paragraphe 1<sup>er</sup>, de la Convention de 1946 en vertu duquel « [...] chaque Gouvernement contractant pourra accorder à ses ressortissants un permis spécial autorisant l'intéressé à tuer, capturer et traiter des baleines en vue de recherches scientifiques [...] » (3). La conclusion de la Cour, qui rejoint dans une large mesure celle que préconisait l'Australie (4), repose sur le constat que JARPA II n'est pas mené « en vue de recherches scientifiques » au sens de l'article VIII, paragraphe 1<sup>er</sup>, de la Convention de 1946 (5).

(1) CIJ, *Chasse à la baleine dans l'Antarctique (Australie c. Japon; Nouvelle-Zélande (intervenant))*, fond, arrêt du 31 mars 2014, § 247, v. points 3, 4 et 5 du dispositif.

(2) Règlement annexé à la Convention internationale pour la réglementation de la chasse à la baleine, v. les paragraphes 7 b), 10 d) et 10 e). Le texte du règlement peut être consulté sur internet en utilisant l'adresse suivante : <http://iwc.int/private/downloads/11v6fvjz06f48wc44w4s4w8gs/Schedule-February-2013.pdf> (consulté le 18 juin 2014).

(3) Convention internationale pour la réglementation de la chasse à la baleine (ci-après « CIRCB »), conclue à Washington le 2 décembre 1946 (entrée en vigueur le 10 novembre 1948), *R.T.N.U.*, vol. 161, pp. 72 et s. La convention est entrée en vigueur à l'égard du Japon le 21 avril 1951.

(4) CIJ, *Chasse à la baleine*, mémoire de l'Australie, pp. 185-186. Seules n'ont pas été satisfaites les demandes de l'Australie visant à faire constater le non-respect du paragraphe 30 du règlement — procédure d'examen préalable des permis spéciaux — et à obtenir de la part du Japon des garanties de non-répétition.

(5) CIJ, *Chasse à la baleine*, arrêt du 31 mars 2014, § 227.

L'interprétation qu'il convient de faire de l'article VIII, paragraphe 1<sup>er</sup>, fut au cœur du litige qui a opposé les parties de même que, plus généralement, l'interprétation de la Convention de 1946 dans son ensemble et de ses objectifs (6). Selon l'Australie, la réglementation de la chasse à la baleine serait, au fil du temps, devenue de plus en plus restrictive, et ce, principalement, sous l'impulsion des normes édictées par la Commission Baleinière Internationale, ci-après la CBI, « chargée d'interpréter et d'appliquer la convention » (7). La possibilité d'autoriser la chasse de baleines à des fins scientifiques serait donc aujourd'hui une « exception très limitée au régime établi par la convention », et d'interprétation restrictive. Il en résulterait que la question de savoir si une opération de chasse est effectivement menée à des fins scientifiques ne saurait être laissée à la discrétion de chaque gouvernement contractant, mais qu'elle devrait être appréciée strictement par la Cour au regard de critères objectifs (8). JARPA II apparaîtrait alors sous son vrai jour, un « stratagème » mis en œuvre par le Japon pour poursuivre impunément la chasse commerciale de baleines. De son côté, le Japon conteste « [...] tant [...] la pertinence que [...] l'incidence (des textes adoptés par la CBI) quant à l'interprétation de l'article VIII [...] » (9). Cet article, poursuit-il, réserverait clairement à chaque État un pouvoir discrétionnaire d'autoriser la mise en œuvre de programmes de recherches scientifiques impliquant de recourir à l'emploi de méthodes létales sur les baleines. Cela ne serait du reste pas surprenant, selon le Japon, vu que la Convention de 1946 n'a pas pour but de protéger les baleines en soi, mais uniquement d'assurer leur conservation appropriée pour permettre à l'industrie baleinière de se développer méthodiquement.

La question peut se poser de savoir si la Cour, en donnant tort au Japon, s'est conformée au principe voulant que « [...] (les) règles de droit liant les États procèdent [...] de la volonté de ceux-ci » (10) ? L'article VIII, paragraphe 1<sup>er</sup>, de la Convention de 1946 confère en effet aux États contractants un certain pouvoir discrétionnaire de délivrer des permis de chasse à la baleine en vue de recherches scientifiques. Or, la Cour ne s'est pas privée de contrôler les décisions prises par le Japon à ce sujet. Ce faisant, celle-ci ne s'est-elle pas ingérée dans l'exercice du droit que l'article VIII, paragraphe 1<sup>er</sup>, de la Convention de 1946 réserve au Japon ? Par ailleurs, la Cour, qui concède pourtant que JARPA II peut être globalement qualifié de programme de recherches scientifiques (11), conclut néanmoins que les permis délivrés par le Japon dans le cadre de JARPA II ne l'ont pas été en vue de recherches scientifiques, et que, partant, les obligations de cet État en vertu de la Convention

(6) CIJ, *Chasse à la baleine*, mémoire de l'Australie, § 4.64. V. aussi contre-mémoire du Japon, § III.4.

(7) *Ibid.*, §§ 2.33 et s.

(8) *Ibid.*, §§ 4.116 et s.

(9) CIJ, *Chasse à la baleine*, contre-mémoire du Japon, § III.132.

(10) CPJL, *Lotus*, arrêt du 7 septembre 1927, *Rec.*, 1927, série A, n° 10, p. 18.

(11) CIJ, *Chasse à la baleine*, arrêt du 31 mars 2014, § 127.

de 1946 n'ont pas été respectées. La Cour n'impose-t-elle pas là au Japon des obligations plus contraignantes que celles qui découlent des engagements pris par cet État en matière de chasse à la baleine ? Comme nous l'exposerons dans la suite de cet article, en nous référant pour cela dans une large mesure à la jurisprudence antérieure de la Cour, c'est par la négative qu'il nous semble falloir répondre à ces questions. D'une part, le fait qu'un État dispose d'un certain pouvoir discrétionnaire n'exclut pas tout contrôle juridictionnel en ce qui concerne la manière dont cet État en fait usage (1.). D'autre part, le contrôle exercé par la Cour en l'espèce n'est pas différent de celui auquel elle s'est livrée dans d'autres affaires par le passé, qu'il s'agisse tant de la nature de ce contrôle que de son étendue, et il en résulte que la Cour n'empiète donc pas sur la souveraineté du Japon au motif qu'elle restreindrait, sans fondement, une liberté à laquelle cet État n'a pas renoncé (2.).

#### I. — LE CONTRÔLE JURIDICTIONNEL DE L'EXERCICE DES COMPÉTENCES DISCRÉTIONNAIRES

L'Australie prétend que le pouvoir conféré par l'article VIII, paragraphe 1<sup>er</sup>, de la Convention de 1946 devrait être interprété restrictivement, et qu'il appartiendrait dès lors à la Cour de contrôler minutieusement la manière dont en use le Japon. À l'appui de cette thèse, l'Australie invoque en particulier un grand nombre de résolutions, adoptées par la CBI, auxquelles elle attribue une incidence déterminante aux fins de l'interprétation de l'article VIII, paragraphe 1<sup>er</sup>, de la Convention de 1946. Dans le présent chapitre, nous montrerons que, même si les résolutions de la CBI ne sauraient avoir l'importance que leur prête l'Australie (1.1.), la Cour admet depuis toujours qu'un certain contrôle puisse être effectué par le juge sur la manière dont un État exerce ses compétences discrétionnaires, et ce, sur le fondement que l'État doit agir de bonne foi et de manière raisonnable (1.2.).

##### *1.1. — La pratique de la CBI comme fondement du contrôle juridictionnel de l'exercice du droit conféré aux États par l'article VIII, paragraphe 1<sup>er</sup>, de la Convention de 1946*

Si les traités antérieurs (12) avaient uniquement pour fonction d'assurer le développement de l'industrie baleinière, reconnaît l'Australie, tel ne serait plus le cas, en 1946, avec l'adoption de la Convention internationale pour la réglementation de la chasse à la baleine. Désormais, la réglementation de la chasse à la baleine ne poursuivrait plus seulement un objectif de développe-

(12) Convention pour la réglementation de la chasse à la baleine, signée à Genève le 24 septembre 1931 (entrée en vigueur le 16 janvier 1935), Société des Nations, *R.T.N.U.*, vol. 155, pp. 349 et s.; Accord international pour la réglementation de la chasse à la baleine, signé à Londres le 8 juin 1937 (entré en vigueur le 7 mai 1938), Société des Nations, *R.T.N.U.*, vol. 190, pp. 79 et s.

ment de l'industrie baleinière, mais viserait également à assurer la conservation de l'ensemble des espèces baleinières. De surcroît, les résolutions adoptées par la CBI auraient fait évoluer les objectifs de la Convention, et fait passer « d'un système principalement conçu pour gérer l'exploitation d'une ressource naturelle à un régime de plus en plus axé sur la conservation de cette ressource » (13). Dans ce contexte, l'article VIII, paragraphe 1<sup>er</sup>, de la Convention de 1946 devrait recevoir une interprétation restrictive, une baleine ne pouvant être tuée qu'à condition que cela serve directement l'objectif de recherche, et pour autant que cet objectif ne puisse être atteint autrement, ce qu'il reviendrait à la Cour de vérifier attentivement. La question de la valeur de ces textes adoptés par la CBI se pose cependant.

Selon le Japon, à supposer la thèse de l'Australie exacte, il en résulterait alors tout simplement que la CBI serait « [...] allée au-delà du mandat qui lui a été confié par la convention de 1946 [...] (commettant ainsi) un excès de pouvoir » (14). Cette argumentation du Japon renvoie clairement à la question de l'étendue des compétences d'une organisation internationale, dont les grands principes sont qu'elle « [...] doit être considérée comme possédant (d)es pouvoirs [...] s'ils sont [...] expressément énoncés dans (l'acte constitutif) (ou s'ils) sont, par une conséquence nécessaire, conférés à (cette organisation) en tant qu'essentiels à l'exercice des fonctions de celle-ci [...] » (15). Nous relèverons d'emblée à cet égard que, parmi les articles de la Convention, seul l'article V habilite expressément la CBI à adopter des mesures contraignantes à l'égard des États parties, et ce, par l'adoption de modifications au règlement annexé à la Convention de 1946 (16). Ce pouvoir réglementaire doit toutefois être exercé dans les limites qui lui sont assignées sous peine de porter atteinte aux compétences des États. En particulier, une modification du règlement n'a de force obligatoire à l'égard d'un État partie qu'à condition que cet État ne se soit pas opposé à son entrée en vigueur (17). Les paragraphes 7 b), 10 d)

(13) CIJ, *Chasse à la baleine*, mémoire de l'Australie, § 2.125.

(14) CIJ, *Chasse à la baleine*, contre-mémoire du Japon, § 27.

(15) CIJ, *Réparations des dommages subis au service des Nations Unies*, avis consultatif du 11 avril 1949, *Rec.*, 1949, p. 182. La CPJI faisait déjà application de ces principes antérieurement, v. par exemple CPJI, *Compétence de l'O.I.T. pour réglementer accessoirement le travail personnel du patron*, avis consultatif du 23 juillet 1926, *Rec.*, 1926, série B, n° 13, pp. 14-18. Pour une application plus récente du principe par la CIJ, v. CIJ, *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un État dans un conflit armé*, avis consultatif du 8 juillet 1996, *Rec.*, 1996, p. 79, § 25. Pour une application du principe par d'autres juridictions internationales, v. par exemple TPIY, Chambre d'appel, *Appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, Procureur c. Dusko Tadic*, arrêt du 2 octobre 1995, § 28; CJCE, *Compétence de la Communauté pour conclure des accords internationaux en matière de services et de protection de la propriété intellectuelle*, avis 1/94 du 15 novembre 1994, p. 5275, § 16.

(16) V. notamment à propos du pouvoir réglementaire des organisations internationales: M. MERLE, « Le pouvoir réglementaire des institutions internationales », *A.F.D.I.*, 1958, pp. 341-360. Plus récemment: G. CAHIN, « La variété des fonctions imparties aux organisations internationales », in E. LAGRANGE et J.-M. SOREL (dir.), *Droit des organisations internationales*, Paris, LGDJ, 2013, pp. 684-685.

(17) CIRCB, article V, § 3.

et 10 e) du règlement annexé à la Convention s'imposent à ce titre au Japon, cet État ayant renoncé aux objections qu'il avait précédemment formulées à leur propos (18). En second lieu, le paragraphe 2 de l'article V impose que les modifications de l'annexe «[...] s'inspire(nt) de la nécessité d'atteindre les objectifs et les buts de la Convention [...]» (19), celles-ci ne pouvant donc avoir pour objet de les altérer. Un tel résultat ne saurait être obtenu que dans le respect des règles pertinentes de la Convention de Vienne sur le droit des traités (20), en adoptant un protocole à la Convention de 1946 (21). En ce qui concerne les autres dispositions de la Convention, l'article VI confère aussi à la CBI le pouvoir de formuler «[...] 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 présente Convention [...]» (22) mais, comme la Cour l'a déjà rappelé par le passé, «[...] une simple recommandation (est) sans effet contraignant [...]» (23) à l'égard des États parties. Au regard de l'acte constitutif, il serait donc pour le moins excessif de conclure que la CBI a le pouvoir de modifier les objectifs de la Convention de 1946. Ses articles V et VI confèrent certes à la CBI le pouvoir d'adopter certains textes pouvant, le cas échéant, influencer sur les objectifs de la convention, les infléchir peut-être dans un sens ou dans un autre, mais indirectement seulement, par voie d'incitations auprès des États parties auxquels il appartient ensuite de confirmer cette impulsion. De même, il serait tout aussi excessif de présenter le pouvoir de la CBI de modifier les objectifs de la Convention comme

(18) L'objection formulée le 5 novembre 1982 par le Japon à propos du paragraphe 10 e) du règlement annexé à la CIRCB fut ainsi retirée le 1<sup>er</sup> juillet 1986, celui-ci entrant donc en vigueur à l'égard du Japon, d'abord de manière partielle le 1<sup>er</sup> mai 1987, puis dans son ensemble à partir du 1<sup>er</sup> avril 1988.

(19) CIRCB, article V, § 2.

(20) En effet, la CIRCB ne règle pas elle-même les modalités relatives à sa modification de sorte que les articles 39 et suivants de la Convention de Vienne sur le droit des traités trouvent à s'appliquer, prévoyant notamment un «accord entre les parties» et impliquant, étant donné le renvoi effectué vers la partie II de la convention, la conclusion d'un nouveau traité conclu par écrit. V. en ce sens A. PETERS, «La formation d'un ordre juridique partiel», in E. LAGRANGE et J.-M. SOREL (dir.), *Droit des organisations internationales*, op. cit., p. 225. À propos de l'acte constitutif d'une organisation internationale, cette auteure écrit que l'article 40, § 4, de la Convention de Vienne — lequel rend possible une certaine relativité en permettant qu'un amendement n'entre en vigueur qu'entre certaines parties au traité l'ayant accepté — qu'il «[...] n'est pas praticable pour les documents fondateurs des organisations internationales [...] [sauf dans le cas de] prescriptions marginales sans effet organisationnel ou institutionnel». La modification des objectifs de la CIRCB requiert donc non seulement un nouveau traité, mais exige en outre également qu'il soit conclu à l'unanimité des parties au premier traité.

(21) Les États ont d'ailleurs fait usage de cette faculté en signant un protocole modifiant la CIRCB pour en étendre l'application aux hélicoptères et autres aéronefs, et inclure des mesures relatives aux méthodes d'inspection dans les dispositions du règlement pouvant être amendées par la Commission. V. Protocole à la Convention internationale pour la réglementation de la chasse à la baleine, signé le 19 novembre 1956 (entré en vigueur le 4 mai 1959), *R.T.N.U.*, vol. 338, p. 367.

(22) CIRCB, article VI.

(23) CIJ, *Questions d'interprétation et d'application de la Convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Exceptions préliminaires)*, arrêt du 27 février 1998, *Rec.*, 1998, p. 26, § 44.

découlant implicitement et nécessairement des buts et des fonctions qui lui sont assignés. Le juge Hackworth disait déjà à ce propos, en 1954, que «[...] (1) a doctrine des pouvoirs implicites a pour rôle de donner effet, dans des limites raisonnables, aux pouvoirs explicites et non de les supplanter ou de les modifier» (24). Cette affirmation s'est ensuite vérifiée de manière constante dans la jurisprudence de la Cour (25).

Nonobstant ce qui précède, le fait qu'un acte d'une organisation internationale n'ait pas en tant que tel de force obligatoire ne signifie pas nécessairement qu'il soit dénué de toute valeur juridique (26). Il se pourrait donc — et c'est d'ailleurs ce qu'allègue l'Australie, qu'un objectif primordial de préservation des baleines se soit progressivement imposé, révélé au fil du temps par la pratique de la CBI. La doctrine admet généralement la compétence des organes d'une organisation internationale pour interpréter son acte constitutif (27), se référant le plus souvent, pour cela, aux affaires dans lesquelles la pratique des organes de l'ONU fut utilisée pour préciser le sens de certaines dispositions de la Charte (28), voire pour le réviser (29). Dans ces affaires, toutefois, la valeur que la Cour accorde à cette pratique dépend étroitement de la mesure dans laquelle y adhèrent les États membres des Nations Unies. La Cour précise ainsi dans l'affaire du *Sud Ouest africain* que «[...] (1a) procé-

(24) CIJ, *Effets du jugement du Tribunal administratif des Nations Unies (TANU) accordant indemnité*, Opinion dissidente de M. Hackworth, *Rec.*, 1954, p. 80.

(25) Les pouvoirs implicites doivent en effet, selon la CIJ, être «nécessairement impliqués par la Constitution de l'Organisation» (CIJ, *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires*, *Rec.*, 1996, p. 79, § 25) ou être «par une conséquence nécessaire conférés à l'Organisation en tant qu'essentiels à l'exercice (de ses) fonctions» (CIJ, *Réparations*, *Rec.*, 1949, p. 182). V. aussi V. ENGSTROM, «Powers of organizations and the many faces of autonomy», in R. COLLINS et N. WHITE (éd.), *International Organizations and the Idea of Autonomy. Institutional Independence in the International Legal Order*, Abingdon, Routledge, 2011, XVIII, p. 221 ; P. KLEIN, «Les compétences et pouvoirs de l'organisation internationale», in E. LAGRANGE et J.-M. SOREL (dir.), *Droit des organisations internationales*, *op. cit.*, p. 236.

(26) La CIJ considère ainsi à propos des résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies que «[...] même si elles n'ont pas force obligatoire, [elles] peuvent parfois avoir une valeur normative» (CIJ, *Licéité de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif du 8 juillet 1996, *Rec.*, 1996, pp. 254-255, §§ 70-73). V. aussi : A.J.P. TAMMES, «Decisions of international organs as a source of international law», *R.C.A.D.I.*, 1958-II, vol. 94, pp. 337-443 ; M. LAGHS, «Le rôle des organisations internationales dans la formation du droit international», in *Mélanges offerts à Henri Rolin*, Paris, Pedone, 1964, pp. 165-170 ; etc. Et plus récemment : O. CORTEN, *Méthodologie du droit international public*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2009, pp. 162-165 et pp. 229-234.

(27) P. DAILLIER, M. FORTEAU et A. PELLET, *Droit international public*, 8<sup>e</sup> éd., Paris, LGDJ, 2009, p. 281.

(28) CIJ, *Certaines dépenses des Nations Unies (Article 17, paragraphe 2, de la Charte)*, avis consultatif du 20 juillet 1962, *Rec.*, 1962, pp. 159-161 (à propos de l'interprétation de l'article 17, § 2, de la Charte) ; CIJ, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, avis consultatif du 9 juillet 2004, *Rec.*, 2004, pp. 149-150, §§ 27-28 (à propos de l'interprétation de l'article 12 de la Charte).

(29) CIJ, *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, avis consultatif du 21 juin 1971, *Rec.*, 1971, p. 22, §§ 21-22 (à propos de l'interprétation de l'article 27, § 3, de la Charte).

dure suivie par le Conseil de sécurité [...] a été généralement acceptée par les Membres des Nations Unies [...]» (30), ce qui indique bien que la pratique de l'organisation n'est pas suffisante en elle-même aux fins de l'interprétation du traité, et qu'il faut également s'intéresser à la conduite des États y relative (31). Cette précaution méthodologique se justifie au regard des exigences que formule l'article 31, paragraphe 3, b), de la Convention de Vienne sur le droit des traités, à savoir qu'aux fins de l'interprétation d'un traité, il est tenu compte «[...] de toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité» (32). La référence à une «pratique ultérieurement suivie» suggère par ailleurs une certaine continuité, et donc l'écoulement d'un certain laps de temps ou, du moins, l'accumulation d'un certain nombre de précédents. Cette exigence répond à la nécessité logique évidente de permettre de constater une pratique pertinente aux fins de l'interprétation des dispositions du traité, c'est-à-dire une pratique recueillant l'accord des États parties au traité (33). Autre nécessité logique évidente, la pratique concernée doit porter sur la matière visée par la disposition du traité concernée par l'œuvre d'interprétation et, bien entendu, doit aller dans le sens de l'interprétation sollicitée. En résumé, la jurisprudence antérieure de la Cour n'interdit pas de prendre en compte la pratique d'une organisation internationale pour interpréter un traité, et ce, à plus forte raison lorsqu'il s'agit de son acte constitutif. Bien au contraire, la Cour reconnaît que la pratique de l'organisation mérite une attention particulière étant donné que «[...] (de) tels traités peuvent poser des problèmes d'interprétation spécifiques en raison, notamment, de leur caractère à la fois conventionnel et institutionnel» (34). Pour autant, cela n'exonère pas l'interprète du respect des exigences qu'emporte la règle d'interprétation énoncée à l'article 31, paragraphe 3, b), de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Sous cette réserve, il n'est donc pas exclu que la pratique de la CBI puisse aboutir à modifier le sens qu'avaient au départ certaines dispositions de la Convention de 1946, voire même, peut-être, conduite à réorienter les objectifs en vue desquels cette convention avait

(30) CIJ, *Sud-Ouest africain, Rec.*, 1971, p. 22, §§ 22. V. aussi CIJ, *Mur, Rec.*, 2004, p. 150, § 28.

(31) Olivier Corten relève, à propos de la prise en compte des actes d'une organisation internationale aux fins d'interprétation d'un traité, que «[...] le texte de l'article 31, § 3, semble toutefois bel et bien exiger un accord de toutes les parties.» V. O. CORTEN, *Méthodologie du droit international public*, *op. cit.*, p. 233. V. aussi J.-P. COT, «La conduite subséquente des parties à un traité», *R.G.D.I.P.*, 1966, n° 3, p. 635; A. PETERS, «La formation d'un ordre juridique partiel», *op. cit.*, pp. 236-237.

(32) Convention sur le droit des traités, conclue à Vienne le 23 mai 1969 (entrée en vigueur le 27 janvier 1980), *R.T.N.U.*, vol. 155, p. 331, article 31, § 3, b). V. aussi : M. YASSEEN, «L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le droit des traités», *R.C.A.D.I.*, 1976, t. 151, p. 49; J.-M. SOREL, «Article 31 — Convention de 1969», in O. CORTEN et P. KLEIN (dir.), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités. Commentaire article par article*, volume II, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 1321-1322; O. CORTEN, *Méthodologie du droit international public*, *op. cit.*, pp. 162-165 et pp. 232-233.

(33) J.-M. SOREL, *ibid.*, pp. 1321-1322; O. CORTEN, *ibid.*, pp. 162-165 et pp. 232-233.

(34) CIJ, *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires*, *op. cit.*, p. 75, § 19.

été conclue. Le précédent de l'affaire du *Sud Ouest africain* en témoigne, comme d'ailleurs d'autres décisions plus récentes (35).

Ces quelques principes brièvement rappelés, nous pouvons à présent nous intéresser de plus près à l'argument de l'Australie selon lequel les résolutions de la CBI, en tant que « pratique ultérieure », imposeraient d'interpréter restrictivement le droit que l'article VIII, paragraphe 1<sup>er</sup>, de la Convention de 1946 confère au Japon, justifiant du même coup un contrôle approfondi de la Cour quant à la manière dont cet État en fait usage. Pour que cet argument convainque, il faudrait que la pratique de la CBI soit suffisamment abondante et pertinente aux fins de l'interprétation des dispositions de la Convention que sollicite l'Australie, et qu'elle soit enfin généralement acceptée par les États parties à la Convention de 1946. À cet égard, nous relèverons tout d'abord que les lignes directrices et les trente-cinq résolutions auxquelles se réfère l'Australie ont été adoptées par la CBI sur une période allant de 1986 jusqu'à 2007, soit plus de trente ans (36). La période couverte étant significative de même que le nombre des résolutions adoptées pendant cet intervalle, il convient ensuite de vérifier que leur contenu permet de soutenir efficacement la thèse de l'Australie quant à l'interprétation de la Convention de 1946 en général, et de l'article VIII, paragraphe 1<sup>er</sup> en particulier, à savoir, quant à la première, qu'elle « [...] s'inscrit à l'heure actuelle (dans) un cadre qui favorise la conservation et invite à la précaution » (37) et, concernant le second, qu'il « [...] doit s'entendre de manière restrictive (et) n'est pas une clause d'application discrétionnaire [...] » (38) et, en particulier, que « [...] les recherches scientifiques devraient être menées en ayant recours à des techniques non létales lorsqu'elles existent [...] » (39). Certaines résolutions de la CBI, il est vrai, rejoignent les vues de l'Australie, mais on ne peut dire pour autant qu'elles les soutiennent efficacement puisque la plupart de ces résolutions ont été adoptées à de faibles majorités, une forte minorité d'États s'y opposant par un vote négatif, voire refusant purement et simplement de prendre part au vote en guise de protestation (40). De fortes divergences

(35) CPA, *Commission de délimitation des frontières entre l'Érythrée et l'Éthiopie*, décision du 13 avril 2002, § 3.8, consultée sur internet le 13 mai 2014 ([http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag\\_id=1214](http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1214)): « [...] the effect of subsequent conduct may be so clear in relation to matters that appear to be the subject of a given treaty that the application of an otherwise pertinent treaty provision may be varied, or may even cease to control the situation, regardless of its original meaning ».

(36) La première résolution invoquée par l'Australie — résolution sur les permis scientifiques, appendice 2 — date de 1985, tandis que la dernière résolution jointe par l'Australie à son dossier d'annexes — résolution 2007-1 — fut adoptée en 2007.

(37) CIJ, *Chasse à la baleine*, mémoire de l'Australie, § 4.91.

(38) *Ibid.*, § 4.91.

(39) *Ibid.*, § 4.80.

(40) Il s'agit de la résolution 2007-1 visant spécifiquement JARPA II, qui souligne sa faible contribution sur le plan scientifique et appelle à l'abandon du recours aux méthodes létales. Cette résolution fut adoptée, mais 27 États parties refusèrent de prendre part au vote. V. Chair's report of the 59<sup>th</sup> Annual Meeting, pp. 40-41, disponible à l'adresse [https://archive.iwc.int/pages/download\\_usage.php](https://archive.iwc.int/pages/download_usage.php) (consulté le 15 mai 2014), dans lequel on peut lire que « Norway, Antigua and Barbuda,

existent en effet depuis plusieurs années parmi les États membres de la CBI, quant au contenu de la réglementation actuellement en vigueur, comme en atteste, par exemple, la déclaration de St Kitts and Nevis, adoptée en juin 2006 par 33 voix pour — notamment celle du Japon — et 32 voix contre — notamment celle de l'Australie — et qui affirme que « [...] *the moratorium which was clearly intended as a temporary measure is no longer necessary* » (41).

En conclusion, les résolutions adoptées par la CBI n'ont ni force obligatoire à l'égard des États parties, ni ne peuvent constituer une pratique pertinente pour justifier d'interpréter restrictivement le droit conféré au Japon par l'article VIII, paragraphe 1<sup>er</sup>, de la Convention de 1946. La Cour n'a d'ailleurs pas suivi le raisonnement de l'Australie, relevant sur ce point qu'elle en surestimait l'importance juridique, et que les « [...] résolutions et lignes directrices qu'elles invoquent [...] ont une simple valeur de recommandations » (42). Cependant, il ne faudrait pas déduire de ce qui précède que le pouvoir du Japon de délivrer des permis de chasse à la baleine est illimité, ni qu'il est exempt de tout contrôle du juge quant à la manière dont il est mis en œuvre. Au contraire, l'examen de la jurisprudence antérieure de la Cour révèle que celle-ci n'hésite jamais à vérifier, et ce, depuis les tout premiers jours, si les États font un exercice raisonnable de leurs compétences.

1.2. — *Le principe de l'exercice raisonnable des compétences discrétionnaires des États à la lumière de la jurisprudence de la Cour internationale de justice*

Comme nous l'avons évoqué *supra*, la Cour ne s'est pas privée, dans cette affaire, d'exercer son contrôle sur la décision prise par le Japon de délivrer des permis spéciaux de chasse à la baleine dans le cadre de JARPA II. À première vue, un tel contrôle peut paraître contredire les termes de l'article VIII, paragraphe 1<sup>er</sup>, de la Convention de 1946, et constituer ainsi une ingérence injustifiée dans l'exercice par le Japon de ses droits. Cette première impression doit cependant n'être que passagère car la Cour s'emploie en fait assez souvent à vérifier qu'un État exerce ses compétences de manière raisonnable, c'est-à-dire, concrètement, que les mesures qu'il adopte sont adaptées au but qu'il poursuit. L'objectif de cette section n'est pas de démontrer cette affir-

*Iceland, Mali, St. Kitts and Nevis, St. Lucia, Morocco, Republic of Guinea, Benin, Republic of Korea, Senegal spoke against the draft resolution* » et que « [...] *twenty-seven countries did not take part in the vote as they believed that the submission of the proposal was not conducive to building bridges within the Commission* ».

(41) Déclaration de St Kitts and Nevis, 58<sup>e</sup> session (CBI/58/16), juin 2006, disponible à l'adresse <http://www.unesco.org/esi/smis/siv/Forum/SKNdeclaration06.pdf> (consultée le 18 juin 2014). Dans cette déclaration, adoptée par 33 voix pour, 32 contre et 1 abstention, il est affirmé que « [...] *the moratorium which was clearly intended as a temporary measure is no longer necessary* ».

(42) CIJ, *Chasse à la baleine*, arrêt du 31 mars 2014, § 83.

mation, d'autres l'ayant déjà fait par le passé de manière approfondie (43). Nous évoquerons ici seulement quelques-unes des décisions pertinentes de la Cour, en choisissant parmi celles qui ont marqué l'émergence de cette pratique dans sa jurisprudence, et d'autres, plus récentes, qui témoignent de sa survivance et de son actualité (44).

Dans l'une des toutes premières affaires portées devant la Cour fut posée la question de la marge d'appréciation dont dispose un État, au titre de l'article 4, paragraphe 1<sup>er</sup>, de la Charte des Nations Unies, au moment du vote qu'il émet quant à l'admission d'un nouveau membre au sein de l'ONU, et en particulier la question de savoir si un État est juridiquement fondé à faire dépendre son vote positif d'une condition non prévue dans l'article 4, paragraphe 1<sup>er</sup>, de la Charte. Selon la Cour, l'article 4, paragraphe 1<sup>er</sup>, de la Charte présente certainement un caractère limitatif quant aux conditions qu'il édicte, mais les États peuvent toutefois exercer « [...] une appréciation discrétionnaire des circonstances de fait de nature à permettre de vérifier l'existence des conditions requises (si ces circonstances peuvent) raisonnablement et en toute bonne foi [...] être ramené(es) aux conditions de cet article » (45). Le raisonnement de la Cour dans cette affaire, à propos de l'article 4, paragraphe 1<sup>er</sup>, de la Charte, peut être rapproché de celui qu'elle a suivi à propos de l'article VIII, paragraphe 1<sup>er</sup>, de la Convention de 1946 dans l'affaire de la *Chasse à la baleine*. En effet, l'article 4, paragraphe 1<sup>er</sup>, de la Charte, comme l'article VIII, paragraphe 1<sup>er</sup>, de la Convention de 1946, confère un pouvoir d'appréciation discrétionnaire aux États parties. Dans le premier cas, il s'agit de vérifier qu'on a affaire à un État, qui est pacifique, qui accepte les obligations de la Charte, qui est capable de les respecter et qui est disposé à le faire. Dans le second cas, il s'agit de vérifier qu'un permis de chasser des baleines est délivré en vue de recherches scientifiques. Dans les deux cas, la Cour estime que ce pouvoir doit être exercé de manière raisonnable, ce qui signifie, à propos de l'article 4, paragraphe 1<sup>er</sup>, de la Charte, que les éléments de fait sur lesquels repose l'appréciation de l'État doivent pouvoir être *raisonnablement* ramenés aux conditions prévues par cet article et, à propos de l'article VIII, paragraphe 1<sup>er</sup>, de la Convention de 1946, que « [...] les éléments de (l)a conception et de (l)a mise

(43) J. SALMON, « Le concept de raisonnable en droit international », in *Mélanges offerts à Paul Reuter*, Paris, Pedone, 1981, en particulier pp. 75-78 ; St. JOVANOVIĆ, *Restriction des compétences discrétionnaires des États en droit international*, Paris, Pedone, 1988, en particulier pp. 154-156 ; O. CORTEN, *L'utilisation du « raisonnable » par le juge international. Discours juridique, raisons et contradictions*, Bruxelles, Bruylant, 1997, en particulier pp. 122-135 ; *id.*, « Motif légitime et lien de causalité suffisant : un modèle d'interprétation rationnel du "raisonnable" », *A.F.D.I.*, 1998, pp. 187-208 ; *id.*, « L'interprétation du "raisonnable" par les juridictions internationales : au-delà du positivisme juridique ? », *R.G.D.I.P.*, 1998, I, pp. 5-44.

(44) Les affaires citées dans cette section, et d'autres encore, seront par contre analysées plus en détail, dans le point 2 de cet article, au moment d'examiner la nature et l'étendue du contrôle exercé par la CIJ sur la décision du Japon de délivrer des permis spéciaux dans le cadre de JARPA II.

(45) CIJ, *Conditions d'admission d'un État comme Membre des Nations Unies*, avis consultatif du 28 mai 1948, *Rec.*, 1948, p. 63.

en œuvre (d'un programme de recherche) so(ie)nt raisonnables au regard des objectifs scientifiques annoncés» (46). Cette affaire témoigne donc de ce que la Cour fit très tôt une distinction entre « discrétionnaire » et « arbitraire », le premier pouvant souffrir un contrôle pour éviter le second. L'application de ces principes se retrouve dans d'autres affaires portées devant la Cour, qu'il s'agisse de contrôler le droit d'un État de fixer la largeur de sa mer territoriale, le tracé choisi par l'État devant être « modéré et raisonnable » de manière à, ou en vue de, ne pas « [...] défigure(r) la direction générale de la côte [...] » (47), du droit de déterminer la valeur de la marchandise importée aux fins de l'évaluation des droits de douane, ce pouvoir appartenant aux autorités douanières qui « [...] doivent (toutefois) en user raisonnablement et de bonne foi [...] » (48), etc. (49).

Le fait que la Cour ait très tôt pris l'habitude d'exercer pareil contrôle n'a rien de surprenant dès lors que la Cour permanente de justice internationale l'avait précédée dans cette tâche, montrant ainsi l'exemple (50). Les années écoulées n'ont pas davantage érodé cette habitude, comme en témoignent plusieurs affaires récentes, notamment l'affaire concernant *Certaines questions en matière d'entraide judiciaire*. L'objet de ce différend concernait le refus des autorités françaises de transmettre à Djibouti le dossier d'une procédure d'information ouverte en France à propos du décès de Bernard Borrel, un juge de nationalité française en mission de coopération à Djibouti dans les années 90, et qui y avait été, semble-t-il, assassiné. Djibouti fondait notamment sa demande sur une convention d'entraide judiciaire conclue entre les deux États, dont l'article 2 c) prévoyait néanmoins que « [...] l'État requis peut refuser l'entraide judiciaire [...] (s'il) estime que l'exécution de la demande est de nature à porter atteinte à sa souveraineté, à sa sécurité, à son ordre public ou à d'autres de ses intérêts essentiels [...] ». À propos de cette disposition, la Cour avait relevé que « [...] même si la France est fondée à dire que les termes de l'article 2 donnent un très large pouvoir discrétionnaire à l'État requis, l'exercice de ce pouvoir demeure soumis à l'obligation de bonne foi [...] » (51). À nouveau, la Cour laisse

(46) CIJ, *Chasse à la baleine*, arrêt du 31 mars 2014, § 88.

(47) CIJ, *Pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)*, arrêt du 8 décembre 1951, *Rec.*, 1951, p. 142.

(48) CIJ, *Droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc*, arrêt du 27 août 1952, *Rec.*, 1952, p. 212.

(49) V. à ce sujet la jurisprudence citée dans les ouvrages et articles suivants : St. JOVANOVIĆ, *Restriction des compétences discrétionnaires des États en droit international*, *op. cit.*, pp. 154-156 ; O. CORTEN, *L'utilisation du « raisonnable » par le juge international. Discours juridique, raisons et contradictions*, *op. cit.*, pp. 122-135 ; *id.*, « Motif légitime et lien de causalité suffisant : un modèle d'interprétation rationnel du "raisonnable" », *op. cit.*, pp. 187-208.

(50) CPJI, *Certains intérêts allemands en Haute Silésie polonaise*, série A, arrêt n° 7 du 25 mai 1926, p. 30, dans lequel la CPJI relève que « [l']Allemagne a conservé jusqu'au transfert effectif de la souveraineté le droit de disposer de ses biens, et ce n'est qu'un abus de ce droit ou un manquement au principe de la bonne foi qui pourrait donner à un acte d'aliénation le caractère d'une violation du Traité [de Versailles] [...] ».

(51) CIJ, *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, arrêt du 4 juin 2008, *Rec.*, 2008, p. 229, § 145. À propos de ce passage de l'arrêt, le juge Keith expose

donc entendre que le pouvoir discrétionnaire de l'État n'est pas illimité, ce qui implique la possibilité d'un contrôle juridictionnel destiné à vérifier que l'État n'agit pas de façon excessive, arbitraire, non raisonnable (52).

Le droit que s'attribue la Cour de contrôler la décision du Japon n'emporte donc, en soi, aucune atteinte aux droits que l'article VIII, paragraphe 1<sup>er</sup>, de la Convention de 1946 confère à cet État. Le Japon concède d'ailleurs lui-même, à cet égard, que « [...] la décision d'un État d'autoriser la chasse à la baleine au titre d'un permis spécial (peut être contrôlée) sur le fondement que cette autorisation est arbitraire ou capricieuse » (53). Un certain contrôle juridictionnel quant à l'usage que fait un État de ses compétences discrétionnaires est donc très largement admis dans son principe. Cependant, la manière dont le juge exerce ce contrôle dans un cas précis peut prêter à discussion, comme ce fut d'ailleurs le cas dans l'affaire de la *Chasse à la baleine*.

## 2. — LA MISE EN ŒUVRE DU CONTRÔLE JURIDICTIONNEL DE L'EXERCICE RAISONNABLE DE SES COMPÉTENCES DISCRÉTIONNAIRES PAR L'ÉTAT

Dans cette affaire de la *Chasse à la baleine*, l'arrêt rendu par la Cour ne le fut pas à l'unanimité. En effet, quatre des seize juges n'ont pas partagé les conclusions auxquelles la Cour est parvenue, clarifiant les points de leur désaccord dans des opinions dissidentes individuelles jointes à l'arrêt. Même parmi les juges de la majorité, il s'en est trouvé plusieurs qui, bien que rejoignant la Cour dans ses conclusions, auraient cependant suivi un autre raisonnement pour y parvenir. La nature et l'étendue du contrôle exercé par la Cour dans cette affaire ont, en particulier, suscité un certain nombre de réactions. Dans ce second chapitre, nous montrerons toutefois que le contrôle exercé par la Cour ne fut pas différent, quant à sa nature, de celui auquel celle-ci s'est livrée dans d'autres affaires par le passé (2.1.). Nous exposerons ensuite qu'étant donné les particularités propres à cette affaire, le contrôle exercé ne fut pas non plus, dans ce cas-ci, plus approfondi qu'il ne l'est à l'accoutumée (2.2.).

dans son opinion dissidente que cette obligation de bonne foi impose « [...] à l'organisme d'État en question d'exercer le pouvoir aux fins pour lesquelles celui-ci lui a été conféré et non à des fins erronées ou au gré de facteurs sans rapport avec les objectifs visés », ce qui n'avait pas été le cas en l'espèce selon lui. Le juge Keith fait donc part de son désaccord quant à la manière dont fut exercé le contrôle de la CIJ, mais il reste que la CIJ affirme ici encore, explicitement, l'existence d'une limitation au pouvoir discrétionnaire de l'État, impliquant la possibilité d'un contrôle de sa part.

(52) V. plus récemment CIJ, *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)*, fond, arrêt du 13 juillet 2009, *Rec.*, 2009, §§ 85 et s.; CIJ, *Usines de pâtes à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, fond, arrêt du 20 avril 2010, *Rec.*, 2010, §§ 223 et s.; CIJ, *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, fond, arrêt du 30 novembre 2010, *Rec.*, 2010, §§ 65 et s.

(53) CIJ, *Chasse à la baleine*, contre-mémoire du Japon, § 9.7.

2.1. — *La nature du contrôle exercé par la Cour*

Nous avons déjà vu *supra* que l'article VIII, paragraphe 1<sup>er</sup>, de la Convention de 1946 permet à un État de délivrer des permis spéciaux de chasse à la baleine en vue de recherches scientifiques, et que l'État jouit à ce titre d'un certain pouvoir discrétionnaire. Dans l'affaire de la *Chasse à la baleine*, la Cour ne s'est pas prononcée sur le bien-fondé ou l'importance scientifiques des objectifs de recherche de JARPA II, ni n'a cherché à évaluer si JARPA II était conçu et mis en œuvre de la meilleure manière possible pour atteindre les objectifs de recherche annoncés (54). La Cour s'est aussi refusée à donner une définition générale de ce qu'il faudrait entendre par « recherches scientifiques » au sens de l'article VIII, paragraphe 1<sup>er</sup>, de la Convention de 1946, considérant à cet égard que les activités de JARPA II pouvaient être globalement qualifiées de cette façon (55). Pour autant, nuance-t-elle, ce constat n'implique pas que la mise à mort de baleines ait nécessairement eu lieu « en vue de » recherches scientifiques. Pour le déterminer, il convient d'examiner si les éléments de la conception et de la mise en œuvre du programme sont raisonnables par rapport aux objectifs de recherche annoncés (56). Ce critère revêt, selon la Cour, un caractère objectif, les intentions des représentants du gouvernement japonais ne présentant aucune pertinence à cet égard. Bien que le contrôle de la Cour ait été critiqué sur ce dernier point, nous montrons que cette approche méthodologique est conforme à la jurisprudence antérieure de la Cour (a.). Dans la mesure où la Cour exclut par ailleurs de substituer sa propre appréciation à celle du Japon, son contrôle présente aussi un caractère marginal, et ce conformément, là encore, à ses habitudes (b.).

a. *Un contrôle de nature objective*

Il n'y a pas lieu, dit la Cour, « [...] d'examiner les intentions des représentants du gouvernement (japonais), mais le caractère raisonnable de la conception et de la mise en œuvre de (JARPA II) au regard des objectifs de recherche annoncés ». Le juge Abraham critique cette posture qui s'écarte selon lui du sens ordinaire des termes « en vue de ». Cette expression, poursuit-il, renvoie « [...] à l'intention, aux fins recherchées, aux buts réellement poursuivis (qui peuvent être différents de ceux qui ont été proclamés) » (57). L'adéquation des moyens mis en œuvre aux fins poursuivies renverrait par contre uniquement, selon lui, à la question de la qualité d'un programme de recherches scientifiques, et non à celle de savoir s'il est mis en œuvre à de telles fins. Or, JARPA II poursuit incontestablement des objectifs scientifiques, il utilise des méthodes scientifiques, et il produit des résultats scientifiques. JARPA II se présente donc comme un programme de recherches

(54) CIJ, *Chasse à la baleine*, arrêt du 31 mars 2014, § 88.(55) *Ibid.*, § 127.(56) *Ibid.*, § 67.(57) *Ibid.*, Opinion dissidente de M. Abraham, § 32.

scientifiques (58). Dans ce contexte, conclut le juge Abraham, comme la bonne foi d'un État doit toujours être présumée (59), les permis délivrés dans le cadre de JARPA II ne pourraient être considérés comme ne l'étant pas « en vue de » recherches scientifiques que dans le cas où il « [...] n'existe(ra)it manifestement aucune relation raisonnable entre les objectifs annoncés et les moyens mis en œuvre, de telle sorte que ces moyens s(eraient) manifestement inaptes à atteindre les objectifs [...] » (60). Dans le même sens, le juge Yusuf critique le contrôle exercé par la Cour par référence au standard objectif du « raisonnable ». Il écrit en effet que « *the Court comes up with a standard of review that is extraneous to the Convention (and that) the standard of "reasonableness of the design and implementation of JARPA II in relation to the stated objectives of the programme", applied by the Court, is (NOT) grounded in law or in the practice of this Court* » (61).

Pourtant, une analyse de la jurisprudence antérieure de la Cour indique que celle-ci s'est constamment fondée sur un critère objectif pour contrôler la manière dont un État usait de son pouvoir discrétionnaire. Quant à la présomption de bonne foi dont bénéficient les États, elle n'a pas pour effet de limiter le contrôle de la Cour aux seuls cas où serait manifeste l'absence de toute relation raisonnable entre les moyens mis en œuvre et les objectifs poursuivis. Dans l'avis consultatif relatif au *Jugement n° 158 du TANU*, la question était notamment posée à la Cour de savoir si le tribunal administratif avait omis d'exercer sa juridiction à propos d'une partie de la demande du requérant. Pour le déterminer, la Cour relevait que « [...] le motif de contestation (vise) les cas où, soit sciemment soit par inadvertance, le Tribunal n'a pas exercé les pouvoirs juridictionnels qu'il détient [...] (et que) il ne suffit donc pas que le Tribunal ait eu l'intention d'exercer ses pouvoirs à propos d'un élément important, encore faut-il qu'il les ait réellement exercés et se soit prononcé à ce sujet » (62). Le contrôle qu'exerce la Cour ne se limite donc pas à celui des bonnes intentions, l'illicéité pouvant résulter d'une simple inadvertance. Il faut dès lors vérifier objectivement que le tribunal a fait porter sa réflexion sur tous les éléments de fait pertinents portés à sa connaissance. Cela fait, le tribunal garde une marge d'appréciation importante, par exemple quant à la détermination du montant de l'indemnisation, mais le tribunal omettrait selon la Cour d'exercer sa juridiction s'il rendait sa décision sans tenir compte des éléments de faits pertinents. Toujours à propos du caractère objectif du contrôle qu'il revient au juge d'exercer, les propos du juge Ammoun, contenus dans son opinion individuelle jointe à l'avis rendu dans l'affaire du *Sud Ouest africain*, sont particulièrement éclairants : « [...] on ne peut refuser au

(58) *Ibid.*, Opinion dissidente de M. Abraham, § 33.

(59) Trib. Arb., *Lac Lanoux*, sentence du 16 novembre 1957, *R.S.A.*, vol. XII, p. 305.

(60) CIJ, *Chasse à la baleine*, Opinion dissidente de M. Abraham, § 35.

(61) *Ibid.*, Opinion dissidente de M. Yusuf, § 15 et § 17.

(62) CIJ, *Demande de réformation du jugement n° 158 du TANU*, avis consultatif du 12 juillet 1973, *Rec.*, 1973, §§ 49-51.

juge international [...] le droit d'apprécier, en toutes circonstances, s'il a été fait bon usage du pouvoir discrétionnaire [...] (mais) le juge ne peut se fier à son jugement personnel [...]. C'est à un critère ou standard objectif qu'il semble qu'il doive se référer» (63). Les deux extraits qui précèdent illustrent que le juge, lorsqu'il se livre au contrôle de la manière dont un État exerce ses compétences, recourt à un critère objectif. Il ne se réfère ni aux intentions, bonnes ou mauvaises, de l'État concerné, ni à son propre jugement personnel. Plus généralement, que la Cour exerce son contrôle par référence à ce qui est «raisonnable ou en ayant égard à d'autres notions comme celle de bonne foi, d'arbitraire, d'excessif, de disproportionné», etc., elle recherchera dans chaque cas si la mesure adoptée par l'État l'est sur la base d'une prise en considération suffisante des éléments de fait pertinents. Ainsi, les autorités douanières ont le «devoir de prendre en considération» un certain nombre de facteurs pour l'évaluation du montant des droits de douane (64), la naturalisation conférée à un individu ne peut être valablement invoquée aux fins de l'exercice de la protection diplomatique qu'à condition que «[...] le lien juridique de la nationalité (concorde) avec le rattachement effectif de l'individu à l'État» (65), le délai de préavis en cas de déménagement du siège d'une organisation internationale doit être fixé «[...] compte étant dûment tenu de toutes les dispositions pratiques à prendre pour que le transfert au nouvel emplacement s'effectue dans l'ordre et dans des conditions équitables [...]» (66), etc. (67).

Ce constat se vérifie même dans certains cas où le pouvoir conféré à l'État l'est dans des termes qui semblent pourtant laisser plus de place à la subjectivité. À titre d'exemple, dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, la question se posait de savoir si le minage des ports nicaraguayens avait constitué une violation d'un traité conclu entre les deux États en matière de liberté de navigation et de commerce. Les États-Unis invoquaient une exception prévue à l'article XXI dudit traité, alléguant que le minage des ports nicaraguayens avait été une mesure nécessaire à la protection de leurs intérêts vitaux en matière de sécurité. La Cour n'avait pas fait droit à la thèse des États-Unis, relevant au passage que «[...] les mesures ne doivent pas simplement tendre à protéger les intérêts vitaux de sécurité de la partie qui les adopte (mais que) elles doivent être "nécessaires" à cette fin [...] (et que) la question de savoir si une mesure est nécessaire à la

(63) CIJ, *Sud-Ouest africain*, Opinion individuelle de M. Ammoun, *Rec.*, 1971, pp. 88-89.

(64) CIJ, *Droits des ressortissants*, *Rec.*, 1952, pp. 211-212.

(65) CIJ, *Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala)*, deuxième phase, arrêt du 6 avril 1955, *Rec.*, 1955, p. 23.

(66) CIJ, *Interprétation de l'accord du 25 mars 1951 entre l'OMS et l'Égypte*, avis consultatif du 28 mai 1980, *Rec.*, 1980, § 49.

(67) V. en particulier CIJ, *Composition du Comité de sécurité maritime de l'Organisation intergouvernementale consultative de la navigation maritime*, avis consultatif du 25 mars 1959, *Rec.*, 1959, pp. 170-171; CIJ, *Elettronica Siccula S.p.A. (ELSI) (États-Unis d'Amérique c. Italie)*, arrêt du 20 juillet 1989, *Rec.*, 1989, § 129; CIJ, *Droits de navigations et droits connexes*, *Rec.*, 2009, §§ 100-101.

protection des intérêts vitaux de sécurité d'une partie ne relève pas de l'appréciation subjective de la partie intéressée» (68). La Cour adopte une posture similaire dans d'autres affaires où la subjectivité de l'État semble *a priori* devoir occuper une place prépondérante, qu'il s'agisse par exemple de l'application d'une clause dite de « réserve automatique » (69), ou de l'obligation de négocier avant de soumettre un différend à l'arbitrage de la Cour (70), etc.

Dans l'affaire de la *Chasse à la baleine*, comme nous l'avons vu, le contrôle exercé par la Cour présente là aussi un caractère objectif. La Cour refuse de s'en tenir au contrôle des intentions des représentants du Japon, ce qui la mettrait d'ailleurs dans la position inconfortable de devoir, le cas échéant, faire étalage de la mauvaise foi du Japon. Ni la critique du juge Abraham, ni celle du juge Yusuf, ne nous paraissent donc justifiées au regard de la jurisprudence antérieure de la Cour.

#### b. *Un contrôle à caractère marginal*

Dans l'affaire de la *Chasse à la baleine*, comme nous l'avons déjà écrit *supra*, la Cour a exclu d'indiquer ce qui, selon elle, serait la meilleure manière d'atteindre les objectifs de recherche annoncés de JARPA II. En d'autres termes, le résultat escompté peut être atteint par plusieurs voies différentes, mais cette question ne relève pas de la Cour. Il lui appartient par contre de vérifier si, parmi les différentes options qui s'offrent à l'État, celle qu'il préfère aux autres présente un caractère raisonnable au regard de l'objectif poursuivi. Cependant, plusieurs juges ont toutefois avancé qu'en faisant porter son contrôle sur la question du caractère raisonnable de la conception et de la mise en œuvre de JARPA II au regard des objectifs de recherche annoncés, la Cour en était venue, en réalité, à substituer sa propre appréciation à celle du Japon (71).

Il est vrai qu'à la lumière de sa jurisprudence, le contrôle de la Cour doit en principe rester marginal. Il appartient donc à l'État, en premier ressort, de choisir la manière dont il exerce sa compétence, la Cour n'intervenant qu'en seconde ligne, à la marge, pour vérifier que l'État n'agit pas de manière arbitraire, discriminatoire, excessive... donc, d'une manière qui ne serait pas raisonnable. Cela ressort de manière très explicite de l'arrêt rendu par la Cour

(68) CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, fond, arrêt du 27 juin 1986, *Rec.*, 1986, § 282. V. dans le même sens CIJ, *Plates-formes pétrolières (Iran c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt du 6 novembre 2003, *Rec.*, 2003, § 43.

(69) CIJ, *Certains emprunts norvégiens (France c. Norvège)*, Opinion dissidente de M. Read, *Rec.*, 1957, pp. 94-95; CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*, exceptions préliminaires, arrêt du 26 novembre 1984, *Rec.*, 1984, §§ 60-63.

(70) CIJ, *Actions armées frontalières et transfrontalières (Nicaragua c. Honduras)*, exceptions préliminaires, arrêt du 20 décembre 1988, *Rec.*, 1988, § 65.

(71) CIJ, *Chasse à la baleine*, Opinion dissidente de M. Yusuf, § 17; Opinion dissidente du juge Abraham, §§ 32-34; Opinion dissidente du juge Owada, § 25. V. aussi, parmi les juges de la majorité, l'opinion individuelle de M. Xue, § 16.

dans l'affaire des *Droits de navigation et des droits connexes*, dans laquelle se posait la question de savoir si le Nicaragua, qui avait la souveraineté sur le fleuve San Juan, usait de son pouvoir de réglementation de manière raisonnable. Le Costa Rica, qui jouissait quant à lui sur ce même fleuve d'un droit perpétuel de libre navigation, prétendait que les mesures de réglementation imposées par le Nicaragua quant à l'utilisation du fleuve San Juan étaient disproportionnées et arbitraires. Dans son arrêt, la Cour rappelle que «[...] 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'État 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» (72). La formule utilisée dans l'affaire des *Ressortissants américains au Maroc* suivant laquelle «[...] le pouvoir d'évaluer (le montant des droits de douane) appartient aux autorités douanières, mais elles doivent en user raisonnablement et de bonne foi» (73), de même que l'approche suivie par la Cour dans d'autres affaires (74), reflètent également cette idée.

Dans l'affaire de la *Chasse à la baleine*, la Cour ne s'est pas écartée de ces principes, n'exerçant donc qu'un contrôle à la marge. Au paragraphe 88 de l'arrêt, elle expose de manière précise la démarche qu'elle va suivre en ces termes : « Pour déterminer si c'est à des fins de recherche scientifique qu'un programme recourt à des méthodes létales, la Cour examinera si les éléments de sa conception et de sa mise en œuvre sont raisonnables au regard des objectifs scientifiques annoncés [...] peuvent notamment figurer parmi ces éléments : les décisions relatives au recours à des méthodes létales, l'ampleur du recours à l'échantillonnage légal [...], les méthodes appliquées pour déterminer la taille des échantillons, la comparaison entre la taille des échantillons à prélever et celle des prises effectives, le calendrier associé au programme, les résultats scientifiques de celui-ci et le degré de coordination entre les activités qui en relèvent et des projets de recherche connexes » (75). En définitive, la Cour exclut de substituer son appréciation à celle du Japon et son contrôle, en cela, présente donc un caractère marginal. Là encore, le raisonnement suivi par la Cour ne semble pas très différent de celui auquel la Cour s'est livrée dans d'autres affaires. En réalité, la critique émise par certains juges dissidents renvoie sans doute plutôt à la question de l'étendue du contrôle exercé par la Cour dans cette affaire, celle-ci s'étant livrée, il est vrai, à une analyse extrêmement détaillée des éléments de la conception et de la mise en œuvre de JARPA II.

(72) CIJ, *Droits de navigations et droits connexes*, Rec., 2009, § 101.

(73) CIJ, *Droits des ressortissants*, Rec., 1952, p. 212.

(74) V. notamment CIJ, *Conditions d'admission*, Rec., 1948, p. 63 ; CIJ, *Plateau continental de la mer du Nord (République fédérale d'Allemagne c. Pays-Bas)*, arrêt du 20 février 1969, Rec., 1969, § 84 ; CIJ, *Jugement n° 158 du TANU*, Rec., 1973, § 47 ; CIJ, *Accord du 25 mars 1951 entre l'OMS et l'Égypte*, Rec., 1980, § 43 ; CIJ, *Usines de pâtes à papier*, Rec., 2010, § 175.

(75) CIJ, *Chasse à la baleine*, arrêt du 31 mars 2014, § 88.

## 2.2. — *L'étendue du contrôle exercé par la Cour*

Tout marginal qu'il soit, le contrôle de la Cour n'est pas nécessairement minimal et il peut même, dans certaines affaires, se révéler particulièrement approfondi. Il l'est tout spécialement dans l'affaire de la *Chasse à la baleine* où, comme nous venons de le voir, pour déterminer si les méthodes létales sont employées à des fins de recherches scientifiques, la Cour se propose d'analyser — et elle le fait effectivement de très près — tous les éléments de la conception et de la mise en œuvre de JARPA II. Tour à tour, la Cour examine s'il existe des éléments démontrant que le Japon a suffisamment envisagé de recourir à des méthodes non létales, si les tailles des échantillons sont appropriées au regard des données scientifiques que le Japon cherche à recueillir, si les résultats scientifiques obtenus sont suffisamment concluants, etc. La Cour se livre même à une analyse pointilleuse des études statistiques entreprises par le Japon pour calculer l'objectif de capture global de baleines dans le cadre du programme JARPA II. Deux raisons, au moins, expliquent que la Cour ait exercé dans cette affaire un contrôle d'une telle étendue. D'une part, l'étendue du contrôle de la Cour est nécessairement fonction de la marge d'appréciation dont dispose l'État, laquelle est justement en l'espèce assez réduite (a.). D'autre part, contrairement à d'autres affaires dans lesquelles la Cour ne disposait pas toujours d'éléments suffisants pour lui permettre d'effectuer concrètement son contrôle, la situation est ici tout autre, de nombreuses explications, plusieurs avis d'expert et de nombreux éléments de preuve ayant été portés à la connaissance de la Cour par l'Australie (b.).

### *a. L'étendue de la marge d'appréciation nationale : un facteur qui limite le contrôle du juge*

Comme nous venons de l'indiquer *supra*, l'étendue du contrôle de la Cour est nécessairement fonction de l'étendue de la marge d'appréciation nationale. Plus cette dernière est importante, moins le contrôle de la Cour pourra s'étendre. La jurisprudence antérieure fournit plusieurs exemples d'affaires dans lesquelles, la marge d'appréciation nationale n'étant pas strictement limitée, le contrôle de la Cour s'est effectivement révélé particulièrement léger.

Nous avons déjà évoqué l'affaire des *Conditions d'admission aux Nations Unies* ainsi que l'affaire relative à l'*Entraide judiciaire entre Djibouti et la France*. En ce qui concerne la première, la Cour relève que « [...] l'article 4 n'interdit la prise en considération d'aucun élément de fait qui, raisonnablement et en toute bonne foi, peut être ramené aux conditions de cet article (et que) cette prise en considération est impliquée dans le caractère à la fois très large et très souple des conditions énoncées » (76). La Cour énonce certes une limitation à la liberté dont jouit chaque État d'apprécier si les conditions

(76) CIJ, *Conditions d'admission*, Rec., 1948, p. 63.

requis par l'article 4 sont remplies, mais cette limitation paraît toutefois peu contraignante. En effet, la marge d'appréciation nationale est ici considérable et d'ailleurs, selon la Cour, «[...] les motifs qui, dans l'esprit d'un Membre, décident de son vote [...] relèvent du for interne (et) échappent manifestement à tout contrôle» (77). Dans la seconde affaire, comme nous l'avons vu, la France avait le droit de rejeter la requête d'entraide judiciaire de Djibouti si elle estimait que l'exécution de cette demande était de nature à porter atteinte à ses intérêts essentiels. La Cour avait reconnu que «[...] la France (était) fondée à dire que les termes de l'article 2 (lui donnaient) un très large pouvoir discrétionnaire (mais) l'exercice de ce pouvoir demeure soumis à l'obligation de bonne foi codifiée à l'article 26 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités» (78). À nouveau, la Cour insiste sur le fait qu'il incombe à la France d'exercer son pouvoir discrétionnaire de bonne foi, la marge d'appréciation nationale n'étant donc pas illimitée. Cependant, la limitation est encore une fois précieuse, la Cour reconnaissant à la France un très large pouvoir discrétionnaire pour apprécier ce qui relève de ses intérêts essentiels. Preuve en est que la Cour, dans cette affaire, s'est contentée de vérifier que les motifs du refus d'exécution invoqués par la France entraient dans les prévisions de l'article 2 de la convention d'entraide. En somme, un contrôle assez formel, par lequel la Cour ne semble pas avoir cherché à déterminer de manière approfondie si les motifs invoqués par la France justifiaient véritablement le refus d'entraide. La jurisprudence de la Cour fournit bien d'autres exemples d'affaires dont peuvent être tirés les mêmes enseignements (79).

À l'inverse, dans d'autres affaires, la marge d'appréciation réduite dont dispose l'État explique que la Cour se livre à un contrôle beaucoup plus étendu. Par exemple, dans l'affaire des *Droits de navigation et droits connexes*, la Cour était appelée à interpréter le sens de la phrase «[...] la República de Costa Rica tendrá en dichas aguas los derechos perpetuos de libre navegacion [...] con objetos de comercio [...]» (80), issue d'un traité bilatéral conclu entre le Nicaragua et le Costa Rica. L'expression «con objetos de comercio», dont le sens exact divisait les parties, pouvait selon la Cour se traduire en français comme permettant au Costa Rica d'exercer ses droits «aux fins du commerce», ou en anglais «for purposes of commerce». La traduction anglaise doit ici particulièrement retenir l'attention étant donné que l'article VIII, paragraphe 1<sup>er</sup>, de la Convention

(77) *Ibid.*, p. 60.

(78) CIJ, *Certaines questions en matière d'entraide judiciaire*, arrêt du 4 juin 2008, *Rec.*, 2008, p. 229, § 145.

(79) V. notamment CIJ, *Jugement n° 158 du TANU*, *Rec.*, 1973, §§ 64-65; CIJ, *Accord du 25 mars 1951 entre l'OMS et l'Égypte*, *Rec.*, 1980, § 37.

(80) CIJ, *Droits de navigations et droits connexes*, *Rec.*, 2009, §§ 42 et s. La phrase concernée peut, selon la CIJ, être traduite comme suit : «[...] la République du Costa Rica aura toutefois un droit perpétuel de libre [...] (con objetos de comercio) [...]».

de 1946 se réfère également dans sa version anglaise, la seule faisant foi (81), à l'expression « *for purposes of scientific research* ». Or, la Cour avait conclu dans l'affaire précitée que « [...] le fait d'indiquer expressément l'objet en vue duquel un droit peut être exercé implique en principe l'exclusion de tous autres objets et, par suite, limite dans la mesure ainsi définie le domaine d'application du droit en cause... » (82). Comme en témoigne la suite du raisonnement de la Cour dans cette affaire, il n'appartient pas au Costa Rica de définir le domaine d'application du droit en cause, en précisant ce qu'il estime être une activité menée aux fins de commerce. En effet, la Cour précise que « [...] toute navigation qui n'est effectuée ni en vue du transport de marchandises destinées à donner lieu à des actes de commerce, ni en vue du transport de passagers moyennant un prix payé par eux ou en leur nom, ne peut être regardée comme répondant à des "fins de commerce" au sens de l'article VI » (83). Les mêmes conclusions s'imposent à propos du droit prévu à l'article VIII, paragraphe 1<sup>er</sup>, de la Convention de 1946, dont le domaine d'application est également rigoureusement défini. Ainsi, selon la Cour, « [...] la réponse à la question de savoir si la mise à mort, la capture et le traitement de baleines en vertu du permis spécial demandé poursuivent des fins de recherche scientifique ne saurait dépendre simplement de la perception qu'en a cet État » (84). Nous avons déjà évoqué *supra*, dans le même sens, les affaires *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* et *Plates-formes pétrolières*, dans lesquelles la Cour soulignait, à propos de la question de savoir si une mesure est nécessaire à la protection des intérêts vitaux des États-Unis, que « [...] l'épithète "nécessaires" (signifie que) les mesures ne doivent pas simplement tendre à protéger les intérêts vitaux de sécurité de la partie qui les adopte (mais que) elles doivent être "nécessaires" à cette fin (, ce qui) ne relève pas de l'appréciation subjective de la partie intéressée » (85).

En conclusion, l'étendue du contrôle du juge varie selon que l'État dispose, ou non, d'un large pouvoir d'appréciation quant à la manière d'exercer ses compétences. Lorsque l'État doit exercer ses compétences dans le respect de certaines contraintes, ou de certaines conditions, ou encore en vue de certaines finalités bien déterminées, son pouvoir d'appréciation est moins libre, un contrôle plus poussé de la Cour se justifiant dans ce cas. Les juridictions compétentes pour garantir le respect de conventions de protection des droits de l'homme sont depuis longtemps habituées à cet exercice, en particulier la Cour européenne des droits de l'homme (86). Plusieurs dispositions de la

(81) Le texte de la convention n'a en effet été authentifié qu'en langue anglaise comme en témoigne l'article XI de la convention.

(82) CIJ, *Droits de navigations et droits connexes*, *Rec.*, 2009, § 61.

(83) CIJ, *Droits de navigations et droits connexes*, *Rec.*, 2009, §§ 71-72.

(84) CIJ, *Chasse à la baleine*, arrêt du 31 mars 2014, § 61.

(85) CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*, *Rec.*, 1986, § 282; CIJ, *Plates-formes pétrolières*, *Rec.*, 2003, § 43.

(86) Comm. EDH, *Lawless c. Irlande*, Rapport du 19 décembre 1959, série B, 1960-1961, pp. 9 et s. CEDH, *De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique*, arrêt du 18 juin 1971, § 93; CEDH, *Irlande c. Royaume-Uni*, arrêt du 18 janvier 1978, § 207. V. aussi à ce sujet : R. St. MACDONALD, « The Margin

Convention européenne des droits de l'homme prévoient en effet explicitement les buts légitimes en vue desquels peut être limitée la jouissance des droits et libertés qu'elles garantissent (87), ce qui réduit d'autant la marge d'appréciation nationale. Il s'agit alors pour la Cour de déterminer si les mesures adoptées par l'État sont « nécessaires dans une société démocratique », c'est-à-dire s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens mis en œuvre et l'objectif légitime poursuivi. L'analogie avec la démarche suivie par la Cour dans l'affaire de la *Chasse à la baleine* est évidente, et permet de mieux comprendre que la Cour se soit en l'espèce livrée à d'aussi longs développements.

b. *La quantité des éléments de preuve : un facteur qui étend le contrôle du juge*

La quantité d'informations dont dispose la Cour à propos des circonstances propres à une affaire agira également sur l'étendue du contrôle qu'elle exerce. Dans l'affaire des *Droits de navigation et des droits connexes* que nous avons déjà évoquée, la Cour affirme ainsi qu'« [...] il ne suffit pas, pour contester (la) réglementation (nicaraguayenne), d'affirmer en termes généraux qu'elle est déraisonnable [...] (mais que) des faits concrets et spécifiques doivent lui être présentés » (88). Plus ces faits sont nombreux, mieux la Cour est informée, plus minutieux sera son contrôle. Or, il arrive bien souvent que les éléments de faits rapportés à la Cour ne soient ni concrets, ni spécifiques, ou qu'ils soient tout simplement insuffisants, voire manquants. Dans ces conditions, la Cour n'est pas en mesure d'effectuer un réel contrôle, et conclut le plus souvent que les éléments de preuve versés au dossier ne permettent pas d'établir de manière concluante le caractère non raisonnable du comportement adopté par l'État (89).

Dans l'affaire de la *Chasse à la baleine*, la Cour est au contraire parvenue à la conclusion que les éléments de la conception et de la mise en œuvre de JARPA II ne sont pas raisonnables au regard des objectifs de recherche

of Appreciation», in R. St. MACDONALD, F. MATSCHER et H. PETZOLD (éd.), *The European System for Protection of Human Rights*, Dordrecht-Boston-Londres, Martinus Nijhoff, 1993. Et plus récemment, pour une approche critique de la théorie de la marge d'appréciation dans la jurisprudence de la CEDH : Fr. TULKENS et L. DONNAY, « L'usage de la marge d'appréciation par la Cour européenne des droits de l'homme. Paravent juridique superflu ou mécanisme indispensable par nature », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2006, I, pp. 3-23 ; Ch. L. ROZAKIS, « Through the looking glass : an "insider's" view of the margin of appreciation », in *Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa. La conscience des droits*, Paris, Dalloz, 2011, pp. 527-537.

(87) V. les articles 8, § 2 (respect de la vie privée), 9, § 2 (liberté d'association), 10, § 2 (liberté d'expression) et 11, § 2 (liberté de religion) de la Convention européenne des droits de l'homme, ou encore les articles 1 (protection de la propriété) et 2 (droit à l'instruction) du Premier Protocole additionnel à la convention et l'article 2, § 3 (liberté de circulation) du Protocole additionnel n° 4.

(88) CIJ, *Droits de navigations et droits connexes*, *Rec.*, 2009, § 101.

(89) V. par exemple CIJ, *Usines de pâtes à papier*, *Rec.*, 2010, § 262 ; CIJ, *Droits de navigations et droits connexes*, *Rec.*, 2009, § 106.

annoncés et que, par conséquent, les permis délivrés par le Japon ne l'ont pas été « en vue de recherches scientifiques » au sens de l'article VIII, paragraphe 1<sup>er</sup>, de la Convention de 1946. Selon l'opinion dissidente exprimée par certains juges, une telle conclusion n'a pu s'imposer qu'au prix d'un renversement de la charge de la preuve. Ainsi, selon le juge Abraham : « [...] pour fonder sérieusement une telle conclusion, il aurait fallu [...] disposer d'éléments particulièrement solides, que les débats n'ont pas fait apparaître, et c'est au contraire sur la base de faibles arguments, et parfois de simples doutes, suppositions ou approximations, que la Cour a cru pouvoir accueillir les prétentions de l'Australie [...] loin de faire peser la charge de la preuve sur l'Australie, la Cour se montre en permanence particulièrement exigeante à l'égard du Japon, comme si c'était le défendeur qui devait prouver son bon droit. De bout en bout, la lecture de l'arrêt donne le sentiment que c'est du Japon qu'on attend explications, démonstrations, justifications [...] » (90). Le juge Owada partage ce constat : « [...] *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"* » (91).

Ces critiques sont compréhensibles car, à chaque étape de son analyse, la Cour tranche, apparemment sans grande conviction, en faveur de la thèse de l'Australie, estimant seulement que tels éléments « [...] jettent un doute sur les arguments invoqués par le Japon », que tel autre « [...] amène à douter [...] de la motivation principale (du Japon) », qu'« [...] un autre facteur incite à douter du caractère raisonnable de la conception de JARPA II », ou encore que « [...] c'est là une raison supplémentaire de douter que la conception de JARPA II soit raisonnable au regard des objectifs annoncés », etc. La formulation employée paraît donc indiquer que les éléments portés à la connaissance de la Cour se sont révélés insuffisants pour forger dans son chef une quelconque certitude mais la Cour donne néanmoins tort au Japon. Cette conclusion semble aller à l'encontre de la démarche que la Cour avait suivie dans l'affaire des *Droits de navigation et des droits connexes* dans laquelle elle exigeait, de la part de l'État demandeur, qu'il étaye ses allégations au moyen de faits concrets et spécifiques. Cette contradiction n'est cependant qu'apparente. En effet, contrairement au Costa Rica qui, dans cette affaire, s'était le plus souvent contenté au cours de l'instance « [...] d'affirmer en termes généraux que (la réglementation nicaraguayenne) (était) déraisonnable » (92), l'Australie fait en l'espèce valoir un grand nombre de moyens et d'éléments de preuve. Parmi ces éléments, l'Australie joint à son mémoire plusieurs avis d'experts démontrant, avec force de détails, le caractère exces-

(90) CIJ, *Chasse à la baleine*, Opinion dissidente de M. Abraham, §§ 29-31.

(91) CIJ, *Chasse à la baleine*, Opinion dissidente de M. Owada, § 43.

(92) CIJ, *Droits de navigations et droits connexes*, *Rec.*, 2009, *Rec.*, 2009, § 101.

sif et non raisonnable, selon elle, du recours aux méthodes létales dans le cadre de JARPA II. Ces éléments n'établissent peut-être pas de certitude, mais ils confèrent en tout cas un caractère sérieux aux allégations de l'Australie, et convainquent visiblement la Cour au-delà de tout doute raisonnable quant aux insuffisances qui affectent la conception et la mise en œuvre de JARPA II. Faute d'une explication concurrente, et convaincante, de la part du Japon, la thèse de l'Australie triomphe logiquement. La conclusion qui précède ne nous paraît pas contraire aux règles et principes relatifs à l'administration de la preuve. Comme le rappelait en effet la Cour dans l'affaire des *Usines de pâte à papier*, «[...] le demandeur doit naturellement commencer par soumettre les éléments de preuve pertinents pour étayer sa thèse (mais) cela ne signifie pas pour autant que le défendeur ne devrait pas coopérer en produisant tout élément de preuve en sa possession susceptible d'aider la Cour à régler le différend dont elle est saisie» (93). Peut-être peut-on oser également une analogie avec un extrait de la décision rendue par l'organe d'appel de l'OMC dans l'affaire *Hormones 2* lorsque, à propos de la question de l'attribution de la charge de la preuve, il est dit que «[...] la charge de la preuve incombe initialement à la partie plaignante, qui doit fournir un commencement de preuve [...]. Une fois que ce commencement de preuve a été apporté, la charge de la preuve passe à la partie défenderesse, qui doit à son tour réfuter ou repousser l'incompatibilité alléguée» (94). L'Australie ayant fourni en l'espèce ce commencement de preuve, il appartient ensuite au Japon d'avancer les raisons faisant que le recours à des méthodes létales se justifie, selon lui, pour atteindre les objectifs de recherche annoncés. La Cour ne semble pas attendre autre chose de la part du Japon lorsqu'elle fait valoir qu'elle est «[...] saisie (d'un différend qui) découle de la décision prise par un État partie à la convention de délivrer des permis spéciaux au titre de l'article VIII [...] (ce qui) implique que cet État soit parvenu à la conclusion que la conduite de recherches scientifiques justifiait le recours aux méthodes létales dans le cadre du programme en question (et que) c'est par conséquent à l'État ayant délivré les permis spéciaux qu'incombe la tâche d'exposer à la Cour les éléments objectifs sur lesquels est fondée cette conclusion» (95).

Le nombre des éléments de preuve qui ont été portés à la connaissance de la Cour par l'Australie explique donc certainement en grande partie le caractère particulièrement poussé du contrôle effectué dans cette affaire quant au caractère raisonnable de la conception et de la mise en œuvre de JARPA II. Si, à l'image du Costa Rica, l'Australie avait seulement reproché au Japon, en termes très généraux, d'agir de manière déraisonnable, sans

(93) CIJ, *Usines de pâtes à papier*, Rec., 2010, § 163.

(94) Organe d'appel de l'OMC, *Mesures communautaires visant les viandes et les produits carnés (hormones)*, Rapport du 16 janvier 1998, § 98.

(95) CIJ, *Chasse à la baleine*, arrêt du 31 mars 2014, § 68.

produire aucun élément de fait de nature à étayer cette allégation, le doute aurait alors vraisemblablement penché de l'autre côté.

### CONCLUSION

Dans cette affaire, la Cour a donc réalisé un subtil équilibre entre ce qui relève, d'une part, de l'appréciation scientifique — le bien-fondé, la validité et l'importance scientifiques de JARPA II — et ce qui relève, d'autre part, du contrôle juridique — l'adéquation des moyens mis en œuvre aux fins poursuivies. Cette distinction peut paraître artificielle, la Cour consacrant la majeure partie de son raisonnement dans cette affaire à une analyse très détaillée des éléments de la conception et de la mise en œuvre de JARPA II. Cependant, la Cour ne substitue jamais sa propre appréciation à celle du Japon, quant aux meilleurs moyens qu'il conviendrait d'employer, selon elle, pour atteindre les objectifs de recherche annoncés. Si elle le faisait, elle se comporterait davantage comme un comité scientifique que comme une Cour de justice, ce que certains lui ont reproché (96). En réalité, la Cour ne fait que vérifier, sur la base d'un critère objectif, que le recours à des méthodes létales, dans son principe comme dans son ampleur, se justifie au regard des données scientifiques qui doivent prétendument être recueillies. Le raisonnement suivi par la Cour trouve, comme nous l'avons exposé, une assise solide dans la jurisprudence. Il fait par ailleurs penser au modèle proposé par Olivier Corten dans un article paru en 1998, dans lequel cet auteur expose que « [...] le comportement d'un État sera qualifié de déraisonnable, soit s'il n'invoque aucun motif légitime apte à le justifier, soit s'il ne peut exister aucun lien de causalité entre ce motif et ce comportement [...], (soit encore) si ce lien (n') est (pas) véritablement suffisant au regard des circonstances de l'espèce » (97). Dans cette affaire, le Japon invoque bien un motif légitime puisqu'il prétend que les permis spéciaux litigieux ont été délivrés en vue de recherches scientifiques conformément à l'article VIII, paragraphe 1<sup>er</sup>, de la Convention de 1946. La Cour ne conteste pas non plus qu'un lien de causalité puisse exister entre ce motif légitime et le comportement du Japon, dès lors qu'elle reconnaît que « [...] les activités de JARPA II peuvent être globalement qualifiées de recherches scientifiques » (98). Reste enfin la troisième étape du raisonnement, qui consiste à déterminer si le lien de causalité entre le motif légitime invoqué et le comportement de l'État est « [...] véritablement suffisant au regard des circonstances de l'espèce [...] ». Cette troisième étape constitue justement, nous a-t-il semblé, la partie centrale de l'arrêt rendu par la Cour dans cette affaire de la *Chasse à la baleine*.

(96) CIJ, *Chasse à la baleine*, Opinion dissidente de M. Owada, §§ 27-29.

(97) O. CORTEN, « Motif légitime et lien de causalité suffisant : Un modèle d'interprétation rationnel du "raisonnable" », *op. cit.*, p. 198.

(98) CIJ, *Chasse à la baleine*, arrêt du 31 mars 2014, § 61.