

## DECLARATION OF JUDGE DONOGHUE

1. In contentious cases, the Court settles disputes between States (Article 36, paragraph 2, and Article 38, paragraph 1, of the Statute of the Court). When the Court finds the absence of a dispute in respect of a claim contained in an application, the consequence is dismissal of the claim. However, the Statute of the Court does not define the term “dispute”. Instead, the meaning of that term has been developed in the jurisprudence of this Court and its predecessor. Thus, the sound administration of justice calls for clarity in the criteria that the Court applies in determining whether there is a dispute and for consistent application of those criteria.

2. Beginning with the case concerning *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation) (Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2011 (I))*, pp. 81-120, paras. 23-114), and continuing through the case concerning *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal) (Judgment, I.C.J. Reports 2012 (II))*, pp. 441-445, paras. 44-55) and the case concerning *Alleged Violations of Sovereign Rights and Maritime Spaces in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Colombia) (Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2016 (I))*, pp. 26-34, paras. 49-79), the Court’s inquiry into the existence of a dispute has been more exacting than it had been in the earlier jurisprudence of the Court and its predecessor. In my consideration of the Application in the present case, I have been guided by the reasoning of the Court in these recent cases, thus promoting procedural consistency.

3. As is well known, a dispute is “a disagreement on a point of law or fact, a conflict of legal views or of interests” (*Mavrommatis Palestine Concessions, Judgment No. 2, 1924, P.C.I.J., Series A, No. 2*, p. 11) between two States. A dispute exists only if “the claim of one party is positively opposed by the other” (*South West Africa (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1962*, p. 328). The existence (or not) of a dispute is “a matter for objective determination by the Court” (paragraph 36 of today’s Judgment).

4. Direct diplomatic exchanges between the parties prior to the filing of an application can provide clear evidence of one party’s opposition to the other party’s claim against it. There were no such exchanges in the present case, so the Marshall Islands asserts the existence of a dispute by relying on two key propositions. The first is the contention that the statements of parties during proceedings, taken alone, can suffice to demonstrate an opposition of views in respect of the claim underlying an application. The second proposition, on which the Marshall Islands places greater emphasis, is that the Court can infer the existence of a dis-

## DÉCLARATION DE M<sup>me</sup> LA JUGE DONOGHUE

[Traduction]

1. Dans les affaires contentieuses, la Cour règle des différends entre Etats (paragraphe 2 de l'article 36 et paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour). Quand elle conclut à l'absence de différend au sujet d'une réclamation énoncée dans une requête, la réclamation est rejetée en conséquence. Cependant, le Statut de la Cour ne définit pas le terme «différend». Le sens de ce terme a donc été construit par la jurisprudence de la Cour et de sa devancière. Or, une bonne administration de la justice exige que les critères qu'utilise la Cour pour établir l'existence d'un différend soient clairs et que leur application soit cohérente.

2. Depuis l'affaire relative à l'*Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie)* (exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2011 (I), p. 81-120, par. 23-114) jusqu'aux affaires relatives à des *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)* (arrêt, C.I.J. Recueil 2012 (II), p. 441-445, par. 44-55) et à des *Violations alléguées de droits souverains et d'espaces maritimes dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Colombie)* (exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2016 (I), p. 26-34, par. 49-79), la Cour s'est montrée plus exigeante, dans les recherches qu'elle mène pour établir l'existence d'un différend, que sa devancière et elle-même ne l'avaient été auparavant. Dans mon analyse de la requête en la présente espèce, j'ai suivi le raisonnement qu'a tenu la Cour dans ces récentes affaires, mettant ainsi l'accent sur la cohérence de la procédure.

3. Comme on le sait, un différend est «un désaccord sur un point de droit ou de fait, une contradiction, une opposition de thèses juridiques ou d'intérêts» entre deux Etats (*Concessions Mavrommatis en Palestine, arrêt n° 2, 1924, C.P.J.I. série A n° 2, p. 11*). Il n'y a différend que si «la réclamation de l'une des parties se heurte à l'opposition manifeste de l'autre» (*Sud-Ouest africain (Ethiopie c. Afrique du Sud; Libéria c. Afrique du Sud), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1962, p. 328*). L'existence (ou non) d'un différend «doit être établie objectivement par la Cour» (paragraphe 36 du présent arrêt).

4. Des échanges diplomatiques directs entre les parties antérieurs au dépôt de la requête peuvent offrir une preuve évidente de l'opposition d'une partie à la réclamation de l'autre. Comme il n'y avait pas eu de tels échanges en l'espèce, les Iles Marshall se sont appuyées, pour affirmer qu'il existait un différend, sur deux arguments principaux. Le premier voulait que les déclarations faites par les parties pendant l'instance pussent à elles seules suffire pour démontrer qu'il y avait divergence de vues sur la réclamation portée par la requête. Le second, sur lequel les Iles Marshall ont davantage insisté, voulait que la Cour pût déduire

pute in the present case from the juxtaposition of the Marshall Islands' statements in multilateral fora, on the one hand, with the Respondent's conduct, on the other hand. I submit this declaration in order to comment on each of these points.

5. To support its contention that opposing statements of parties in proceedings before the Court (and thus after the application) can suffice to establish the existence of a dispute, the Marshall Islands relies in particular on three Judgments of the Court (see paragraph 50 of today's Judgment). Of these, the Judgment in the case concerning the *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia)* provides the strongest support for the position of the Marshall Islands, because the Court there invoked statements in the proceedings in that case to support its conclusion that a dispute between the parties "persist[ed]", without citing any specific evidence that a dispute existed prior to the Application (*Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1996 (II)*, pp. 614-615, paras. 27-29). However, in its subsequent Judgments (see cases cited in paragraph 2 above), the Court has not found the existence of a dispute based solely on the parties' statements in Court, but instead has adhered to the principle that the evidence must show that a dispute existed as of the date of an application, as it does today. This principle is sound. An application in a contentious case initiates proceedings to settle a dispute that is "submitted to [the Court]" (Article 38, paragraph 1, of the Statute of the Court). It is not a means to elicit a respondent's opposing views in order to generate a dispute during those proceedings.

6. I turn next to the Marshall Islands' contention that the Court should infer the existence of a dispute from the juxtaposition of the Marshall Islands' statements with the Respondent's conduct. With regard to this proposition, I offer some observations about the recent cases before the Court in which the respondent sought dismissal of the applicant's claims due to the absence of a dispute. In these cases, the Court has examined the content and context of statement(s) made by one party prior to the application, in comparison with any reaction by the other party, in order to determine whether there was, prior to the application, a difference of views on the matter that would later be presented to the Court in the application. Although the Court has used various formulations to describe its inquiry and, of course, the facts of each case differ, I see a great deal of consistency in the objective standard that the Court has applied to scrutinize the evidence presented to it.

7. In the case concerning *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation)*, the Court stated that exchanges between the parties must refer to the subject-matter of the claim made in the application "with sufficient clarity to enable the State against which [that] claim is made

l'existence d'un différend en la présente espèce en juxtaposant les déclarations faites par les Iles Marshall dans des enceintes internationales, d'une part, et le comportement du défendeur, d'autre part. Dans la présente déclaration, j'examinerai chacun de ces deux arguments.

5. A l'appui de leur affirmation selon laquelle les déclarations opposées faites par les parties dans une instance portée devant la Cour (par conséquent après le dépôt de la requête) peuvent suffire à établir l'existence d'un différend, les Iles Marshall ont invoqué plus particulièrement trois arrêts de la Cour (voir le paragraphe 50 du présent arrêt). De ces trois arrêts, celui qui confortait le plus solidement leur position est celui qui a été rendu dans l'affaire relative à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie)*, parce que la Cour y a invoqué des déclarations faites au cours de la procédure en cette affaire pour étayer sa conclusion selon laquelle un différend entre les parties «persist[ait]», sans mentionner aucun élément précis démontrant que ce différend existait avant le dépôt de la requête (*exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1996 (II)*, p. 614-615, par. 27-29). En revanche, dans les deux arrêts ultérieurs mentionnés au paragraphe 2 de la présente déclaration, la Cour ne s'est pas fondée exclusivement sur les déclarations faites devant elle par les parties pour établir l'existence d'un différend, mais a appliqué, comme elle l'a fait dans son arrêt de ce jour, le principe selon lequel des éléments de preuve doivent attester l'existence d'un différend à la date de la requête. C'est là un sage principe. En matière contentieuse, la requête introduit une instance tendant à régler un différend qui a été «soumis [à la Cour]» (paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour). Elle n'est pas un moyen de susciter, de la part du défendeur, des vues divergentes afin de créer un différend en cours d'instance.

6. J'en viens maintenant à l'assertion des Iles Marshall selon laquelle la Cour aurait dû, en juxtaposant les déclarations faites par elles dans des enceintes internationales, d'une part, et le comportement du défendeur, d'autre part, déduire l'existence d'un différend. A cet égard, je formulerai quelques observations sur des affaires dont la Cour a eu récemment à connaître et dans lesquelles le demandeur l'a priée de rejeter les demandes du requérant au motif d'une absence de différend. Dans ces affaires, la Cour a examiné la teneur et le contexte de la ou des déclarations faites par une partie avant le dépôt de la requête en les rapprochant des réactions éventuelles de l'autre partie pour déterminer s'il existait, avant la requête, une divergence de vues sur la question qui devait ultérieurement être soumise à la Cour dans la requête. Bien que la Cour ait utilisé diverses formules pour décrire son examen et que, bien entendu, les faits de chaque espèce diffèrent, je constate une forte cohérence en ce qui concerne le critère objectif que la Cour applique pour analyser les éléments de preuve qui lui sont présentés.

7. Dans l'affaire relative à l'*Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie)*, la Cour a déclaré que les échanges entre les parties devaient avoir trait à l'objet de la demande présentée dans la requête «assez clairement ... pour que l'Etat contre lequel [le demandeur] formule un grief puisse

to identify that there is, or may be, a dispute with regard to that subject-matter” (*Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2011 (I)*, p. 85, para. 30). It found a dispute to exist (as of August 2008), taking into account claims that the Applicant made directly against the Respondent, which were denied by the Respondent, in the United Nations Security Council (*ibid.*, pp. 118-119, para. 109 and p. 120, para. 113). In the case concerning *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, the Court found that diplomatic correspondence in which the Applicant set out its allegations that the Respondent had breached a treaty sufficed to establish the existence of a dispute as to the Applicant’s claim of treaty breach by the Respondent. By contrast, the Court concluded that there was no dispute between the parties in respect of violations of customary international law that were also alleged in that Application, because there had been no mention in diplomatic correspondence between the parties of this claim. “Under those circumstances, there was no reason for Senegal to address at all in its relations with Belgium the issue of the prosecution of alleged crimes of Mr. Habré under customary international law.” (*I.C.J. Reports 2012 (II)*, p. 445, para. 54.) When the Court concluded that there was a dispute concerning Colombia’s alleged violation of Nicaragua’s rights in maritime zones in the case concerning *Alleged Violations of Sovereign Rights and Maritime Spaces in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Colombia)*, it observed that, in light of public statements by the highest representatives of the two States, the Respondent “could not have misunderstood” the position of the Applicant (*Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2016 (I)*, p. 33, para. 73).

8. The Court’s reasoning in these recent Judgments carries forward to the approach that the Court takes today. The essential question is not whether the Respondent knew of statements made by the Applicant; we can assume such knowledge, for present purposes. Instead, the Court asks whether the Applicant’s statements referred to the subject-matter of its claim against the Respondent — i.e., “the issue brought before the Court” in the Application — with sufficient clarity that the Respondent “was aware, or could not have been unaware”, of the Applicant’s claim against it (paragraphs 38 and 48 of today’s Judgment). If so, there would have been reason to expect a response from the Respondent, and thus, even in the absence of an explicit statement of the Respondent’s opposition to the claim, there would have been a basis for the Court to infer opposition from an unaltered course of conduct. For the reasons set forth in the Judgment, however, the statements on which the Marshall Islands relies did not set out the Applicant’s claim against the Respondent with sufficient clarity to allow the Court to draw such an inference. Accordingly, as of the date of the Application, there was no opposition of views, and thus no dispute, in respect of the claims against the Respondent contained in the Application.

(Signed) Joan E. DONOGHUE.

savoir qu'un différend existe ou peut exister à cet égard» (*exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2011 (I)*, p. 85, par. 30). Elle a conclu qu'un différend existait (dès août 2008) en se fondant sur le fait que, devant le Conseil de sécurité des Nations Unies, le demandeur avait formulé directement des griefs contre le défendeur, qui les avait rejetés (*ibid.*, p. 118-119, par. 109, et p. 120, par. 113). Dans l'affaire des *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, la Cour a considéré que la correspondance diplomatique dans laquelle le demandeur exposait ses allégations de violation d'un traité par le défendeur était suffisante pour établir l'existence d'un différend concernant ces allégations. En revanche, la Cour a conclu qu'il n'existait pas de différend entre les parties au sujet des violations du droit international coutumier qui étaient également mentionnées dans la requête, parce qu'il n'avait pas été fait référence à ce droit dans la correspondance diplomatique entre les parties. «Dès lors, le Sénégal n'avait aucune raison de prendre position, dans ses relations avec la Belgique, sur la question de la poursuite de M. Habré pour des crimes que celui-ci aurait commis au regard du droit international coutumier.» (*C.I.J. Recueil 2012 (II)*, p. 445, par. 54.) Lorsque, dans l'affaire relative à des *Violations alléguées de droits souverains et d'espaces maritimes dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Colombie)*, elle a conclu qu'il existait un différend au sujet de l'allégation de violation par la Colombie des droits du Nicaragua dans des espaces maritimes, la Cour a relevé que, compte tenu des déclarations publiques faites par les plus hauts représentants de ces deux Etats, le défendeur «n'aurait pu se méprendre» sur la position du demandeur (*exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2016 (I)*, p. 33, par. 73).

8. Le raisonnement qu'a tenu la Cour dans ces récents arrêts explique la méthode qu'elle a suivie aujourd'hui. La question essentielle n'était pas de savoir si le défendeur avait connaissance des déclarations faites par le demandeur; il est permis, pour notre propos, de le supposer. La Cour a plutôt cherché à savoir si les déclarations du demandeur évoquaient l'objet de la réclamation formée par celui-ci contre le défendeur — c'est-à-dire «la question portée devant la Cour» par la requête — de façon suffisamment claire pour que le défendeur «[ait eu] connaissance, ou [n'ait pas pu] ne pas avoir connaissance» de cette réclamation (paragraphe 38 et 48 de l'arrêt de ce jour). Si tel avait été le cas, on aurait pu raisonnablement s'attendre à une réaction du défendeur et, par conséquent, même en l'absence de déclaration expresse de ce dernier faisant état de son opposition à la réclamation, la Cour aurait pu déduire cette opposition d'une ligne de conduite restée constante. Pour les raisons mentionnées dans l'arrêt, cependant, les déclarations invoquées par les Iles Marshall n'ont pas exposé la réclamation du demandeur contre le défendeur assez clairement pour que la Cour puisse faire cette déduction. En conséquence, à la date de la requête, il n'existait pas de divergence de vues, et donc pas de différend, au sujet des réclamations formulées dans la requête à l'encontre du défendeur.

(Signé) Joan E. DONOGHUE.