

OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE TOMKA

[Traduction]

Compétence ratione materiae de la Cour au titre de la CIRFT — CIRFT en tant qu'instrument de droit pénal — Demandes de l'Ukraine relatives au soutien apporté lors d'un conflit armé interne — Droits que l'Ukraine cherche à protéger ayant été jugés dépourvus de plausibilité au stade des mesures conservatoires — Regret que la Cour n'ait pas analysé si les demandes de l'Ukraine relevaient de la CIRFT — Fourniture d'armes excédant la portée du terme « fonds » — Demandes de l'Ukraine échappant à la compétence de la Cour.

Compétence ratione materiae de la Cour au titre de la CIEDR — Regret que la Cour n'ait pas analysé en détail les demandes de l'Ukraine — CIEDR ne prévoyant pas de droit absolu à un enseignement dans la langue maternelle — Discrimination alléguée en matière d'égalité devant la loi entrant dans le champ d'application de la CIEDR — Compétence de la Cour au titre de la CIEDR ne s'étendant qu'à certaines des demandes de l'Ukraine — Cour compétente pour connaître de ces demandes.

Conditions procédurales préalables à la compétence de la Cour au titre de la CIEDR — Recours à la négociation et aux procédures prévues par la CIEDR ne devant pas constituer une charge trop lourde préalablement à la saisine de la Cour — Lecture logique du libellé de l'article 22 exigeant le cumul des conditions préalables — Contexte corroborant la nécessité de recourir au préalable aux procédures prévues par la CIEDR — Rupture avec la pratique en ne considérant pas les travaux préparatoires — Travaux préparatoires confirmant le caractère cumulatif des conditions préalables — Nécessité toutefois, dans les circonstances de la présente affaire, de ne pas pécher par excès de formalisme en exigeant le recours aux procédures sous les auspices du Comité.

Responsabilité de l'Etat — Violation d'une obligation internationale nécessaire pour que la responsabilité de l'Etat puisse être engagée.

1. La manière dont la Cour a traité les exceptions préliminaires de la Fédération de Russie quant à sa compétence *ratione materiae* et dont elle s'est déclarée compétente au titre des deux conventions invoquées par l'Ukraine appelle certaines observations. Je commencerai par la convention internationale pour la répression du financement du terrorisme (ci-après la « CIRFT »).

I. LA CONVENTION INTERNATIONALE POUR LA RÉPRESSION DU FINANCEMENT DU TERRORISME

2. La CIRFT est une convention de droit pénal classique. En son article 2, elle définit avec précision l'infraction de financement du terrorisme en décrivant tant son élément objectif (l'acte en lui-même ou l'*actus reus*) que son élément subjectif (la *mens rea*). Elle impose aux Etats parties — comme toute convention de droit pénal — d'ériger en infrac-

tions pénales au regard de leur droit interne les infractions visées en son article 2 et de prévoir des peines appropriées tenant compte de la gravité de telles infractions. Elle leur fait également obligation — là encore, de manière tout à fait habituelle pour les instruments de ce type — d'établir, s'il y a lieu, leur compétence à l'égard des infractions visées et de coopérer à la prévention de celles-ci (cette dernière obligation étant précisée davantage à l'article 18). En son préambule, la convention énonce clairement son objet, à savoir que les Etats l'ont adoptée parce qu'ils étaient

«[c]onvaincus de la nécessité urgente de renforcer la coopération internationale entre [eux] pour l'élaboration et l'adoption de mesures efficaces destinées à prévenir le financement du terrorisme ainsi qu'à le réprimer en en poursuivant et punissant les auteurs».

Il convient de considérer et d'interpréter la convention à la lumière de son objet et de son but, en tenant compte de son caractère pénal.

3. Selon l'Ukraine, la CIRFT s'applique aux actes impliquant le recours à des armes et à la force armée dans la partie orientale de son territoire, qui ont eu lieu dans le cadre de ce que l'on peut qualifier de conflit armé interne. Dans son mémoire, l'Ukraine fait en particulier état d'actes accomplis par les prétendues République populaire de Donetsk (ci-après la «RPD») et République populaire de Louhansk (ci-après la «RPL») pour contrer, y compris par la force, les efforts déployés par le Gouvernement ukrainien afin de restaurer son plein contrôle sur la région.

4. Il convient de rappeler que, dans son ordonnance en indication de mesures conservatoires du 19 avril 2017, la Cour a rejeté la demande de l'Ukraine fondée sur la CIRFT. Elle n'a pas jugé que les droits dont l'Ukraine recherchait la protection étaient au moins plausibles, n'ayant pas été convaincue qu'il existait «des raisons suffisantes pour considérer que les autres éléments figurant au paragraphe 1 de l'article 2, tels que les éléments de l'intention ou de la connaissance ... [étaient] réunis» (*Application de la convention internationale pour la répression du financement du terrorisme et de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Ukraine c. Fédération de Russie), mesures conservatoires, ordonnance du 19 avril 2017, C.I.J. Recueil 2017, p. 131-132, par. 75*). Ainsi que l'a relevé la Cour, «[à] ce stade de la procédure, l'Ukraine [ne lui avait] pas soumis ... de preuves offrant une base suffisante pour que la réunion de ces éléments [visés à l'article 2] [pût] être jugée plausible» (*ibid.*).

5. Cette conclusion a conduit l'Ukraine à remanier dans son mémoire (arrêt, par. 19) les demandes qu'elle avait initialement présentées dans sa requête introductive d'instance (arrêt, par. 18) — encore que, sur le fond, celles-ci demeurent peu ou prou identiques. Il ressort de son mémoire que l'Ukraine continue de faire grief à la Fédération de Russie d'avoir commis des actes qui, à son sens, sont contraires à la CIRFT. D'une quarantaine de pages, le chapitre 2 de cette pièce s'intitule «Financement russe du terrorisme en Ukraine» et décrit «les multiples manières dont, par le

truchement de nombreux représentants de l'Etat, la Fédération de Russie a non seulement toléré, mais aussi encouragé et soutenu le financement de groupes armés illicites en Ukraine, notamment en leur fournissant les armes qui ont été utilisées aux fins des actes de terrorisme relatés au chapitre 1» (mémoire de l'Ukraine, p. 80, par. 132). Le «financement russe du terrorisme en Ukraine» aurait ainsi compris la fourniture «massive» d'armes et de munitions à des «groupes armés illicites en Ukraine» (*ibid.*, p. 81-85, par. 133-136), la fourniture ou le «transfert» du missile antiaérien russe de type Bouk utilisé pour abattre l'appareil assurant le vol MH17 (*ibid.*, p. 86-98, par. 137-154), la fourniture à la RPD et à la RPL de lance-roquettes multiples qui ont servi à des tirs d'artillerie contre des civils ukrainiens (*ibid.*, p. 98-104, par. 155-161), la fourniture d'explosifs utilisés pour bombarder des villes ukrainiennes (*ibid.*, p. 104-108, par. 162-168), la fourniture à la RPD, la RPL et à d'autres groupes armés d'un «entraînement complet sur le sol russe» (*ibid.*, p. 109-113, par. 169-173), ainsi que la levée de fonds destinés à des groupes armés illicites présents en Ukraine (*ibid.*, p. 113-119, par. 174-180).

6. Dans un premier temps, la Cour rappelle que, comme elle l'a déclaré dans son arrêt sur l'exception préliminaire en l'affaire des *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique)* (C.I.J. Recueil 1996 (II), p. 809-810),

«pour déterminer si elle a compétence *ratione materiae* au titre d'une clause compromissive visant les différends concernant l'interprétation ou l'application d'un traité, il lui faut rechercher si les actes dont le demandeur tire grief «entrent dans les prévisions» du traité contenant la clause» (arrêt, par. 57).

Mais, en fin de compte, la Cour ne vérifie pas si les actes susmentionnés, décrits au chapitre 2 du mémoire de l'Ukraine, entrent dans les prévisions de la CIRFT. En lieu et place, elle s'attache à définir l'expression «auteurs d'infractions de financement d'actes de terrorisme». Comme l'on peut s'y attendre dans un instrument de droit pénal, la CIRFT emploie, en son article 2, l'expression «toute personne», une formule usitée dans nombre de lois et codes pénaux pour désigner l'auteur d'une infraction. La Cour réserve au stade du fond l'examen de l'autre élément des infractions (la *mens rea*), c'est-à-dire l'intention d'un auteur de voir les fonds utilisés aux fins d'un acte de terrorisme, ou sa connaissance d'une telle utilisation (*ibid.*, par. 63).

7. La Cour s'abstient également de déterminer la portée du terme «fonds» employé dans la convention, et en particulier de dire si ce terme inclut les armes fournies par un Etat, alors même qu'elle se prononce sur sa compétence *ratione materiae* (*ibid.*, par. 56). Ainsi qu'elle le reconnaît, pour établir sa compétence, «[i]l peut ... se révéler nécessaire d'interpréter les dispositions qui définissent le champ d'application du traité» (*ibid.*, par. 57). L'une de ces dispositions est le paragraphe 1 de l'article premier de la CIRFT, qui définit le terme «fonds» aux fins de la convention. La Cour admet que la portée de ce terme «touch[e] au champ d'application

de la CIRFT» (arrêt, par. 62) mais, contre toute attente, estime qu'il n'y a «nul besoin de traiter de cette question ... au stade actuel de la procédure» (*ibid.*). Selon elle, l'interprétation de la définition du terme «fonds» «pourrait toutefois être pertinente, le cas échéant, lors de l'examen au fond» (*ibid.*).

8. Je ne suis pas convaincu qu'il s'agisse de la bonne méthode. La détermination de la portée du terme «fonds» est une question clairement juridique qui dépend de l'interprétation de la convention. La portée de ce terme «touch[e] au champ d'application de la CIRFT» (*ibid.*) et a donc une incidence directe sur celle de la compétence *ratione materiae* de la Cour. Etablir avec davantage de précision la portée de cette compétence à ce stade aurait permis de préciser quelles demandes de l'Ukraine pouvaient éventuellement en relever et être examinées plus avant à l'étape du fond. Cette question a été laissée en suspens, alors que la définition juridique du terme «fonds» aux fins de la CIRFT n'est pas étroitement liée au fond. Ainsi, le principal objectif de cette phase de la procédure consacrée à la compétence n'est pas pleinement réalisé. En outre, il est bon de rappeler la jurisprudence de la Cour. En 1972, celle-ci avait affirmé qu'elle «d[evait] ... toujours s'assurer de sa compétence et [qu']elle d[evait], s'il y a[vait] lieu, l'examiner d'office» (*Appel concernant la compétence du Conseil de l'OACI (Inde c. Pakistan)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1972, p. 52, par. 13). Même si, par cette déclaration, elle répondait à l'argument de l'Inde selon lequel le Pakistan ne pouvait contester sa compétence au motif qu'il n'avait pas soulevé d'exception «préliminaire», la Cour a invoqué cette jurisprudence quelque trente-cinq ans plus tard, lorsqu'elle a dit que son arrêt de 1996 sur la compétence et la recevabilité en l'affaire du *Génocide* traitait implicitement une question qu'aucune des parties n'avait soulevée devant elle à l'époque, lors de la phase juridictionnelle, mais qui était pertinente pour sa compétence (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2007 (I), p. 91, par. 118).

9. Sur la base d'un examen extrêmement superficiel de l'exception préliminaire de la Fédération de Russie, sans réellement appliquer le critère énoncé dans l'arrêt des *Plates-formes pétrolières* et analyser si les différents actes de la Fédération de Russie dont l'Ukraine tire grief au chapitre 2 de son mémoire entrent dans les prévisions des articles 8, 9, 10, 12 et 18 de la CIRFT, invoqués par l'Ukraine à l'appui des demandes qu'elle a présentées dans ses conclusions (mémoire de l'Ukraine, p. 362-363, par. 653), la Cour «conclut que l'exception soulevée par la Fédération de Russie quant à sa compétence *ratione materiae* au titre de la CIRFT ne peut être retenue» (arrêt, par. 64).

10. Nonobstant les observations qui précèdent sur la manière dont ont été traitées les exceptions préliminaires d'incompétence soulevées par la Fédération de Russie au titre de l'article 24 de la CIRFT, je conviens avec la Cour que «[l]e financement par un Etat d'actes de terrorisme n'est pas visé par la

CIRFT» et qu'«[u]n tel financement n'entre pas dans le champ d'application de cet instrument» (arrêt, par. 59, 60 et 61). La décision de la Cour relative à sa compétence au titre de la CIRFT devrait être lue sous l'éclairage de cette conclusion, qui est énoncée à plusieurs reprises dans l'arrêt.

11. Les actes dont l'Ukraine tire grief au chapitre 2 de son mémoire (p. 80-119) sous l'intitulé «Financement russe du terrorisme en Ukraine», et qui sont énumérés au paragraphe 5 ci-dessus, consistent dans une large mesure en la fourniture d'armes à la RPD et à la RPL par la Fédération de Russie. Quand bien même ils seraient prouvés, ces actes n'entrent pas, à mon sens, dans le champ d'application de la CIRFT. C'est pourquoi je ne souscris pas à la conclusion de la majorité.

II. LA CONVENTION INTERNATIONALE SUR L'ÉLIMINATION DE TOUTES LES FORMES DE DISCRIMINATION RACIALE

12. J'en viens maintenant à la manière dont la Cour a traité les exceptions préliminaires d'incompétence soulevées par la Fédération de Russie relativement aux demandes présentées par l'Ukraine au titre de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (ci-après la «CIEDR»).

13. La décision que la Cour a prise au sujet de sa compétence *ratione materiae* au titre de la CIEDR n'est guère plus détaillée. Elle tient en fait en trois paragraphes. Dans le premier (arrêt, par. 94), la Cour dit ce qu'elle n'a pas besoin de faire à ce stade de la procédure. Dans le suivant (*ibid.*, par. 95), elle rappelle que, au stade de la compétence, elle «doit seulement déterminer si les mesures dont l'Ukraine tire grief entrent dans les prévisions de la convention». Enfin, dans le dernier paragraphe de son «analyse», elle se borne à considérer que,

«compte [tenu] des droits et obligations formulés en termes généraux dans la convention, y compris ... la liste non exhaustive de droits figurant à l'article 5, ... les mesures dont l'Ukraine tire grief ... sont susceptibles de porter atteinte à la jouissance de certains droits protégés par la CIEDR» (*ibid.*, par. 96).

Et de conclure que «[c]es mesures entrent dès lors dans les prévisions de cet instrument» (*ibid.*). La Cour se contente d'énoncer cette conclusion sans l'appuyer sur une démonstration raisonnable et suffisante.

14. Là encore, la Cour ne procède à aucune analyse détaillée des exceptions préliminaires de la Fédération de Russie, présentées sur près de quarante pages (exceptions préliminaires soulevées par la Fédération de Russie, vol. I, p. 139-182, par. 294-359). Par exemple, le défendeur soutient que «[l]e point v) de l'alinéa e) de l'article 5 de la CIEDR ne prévoit pas, contrairement à ce que prétend l'Ukraine, de droit absolu à un enseignement «dans la langue maternelle»» (*ibid.*, p. 158, par. 329). La Cour ne répond pas à cet argument, qui porte sur le champ d'application de la CIEDR, et laisse cette question irrésolue pour le stade du fond.

15. Cela étant, certaines des demandes de l'Ukraine relèvent du champ d'application de la CIEDR, entre autres celle selon laquelle le défendeur «manqu[e] de garantir le droit des membres des communautés ukrainienne et tatare de Crimée à l'égalité devant la loi, notamment dans la jouissance ... du droit à un traitement égal devant les tribunaux et tout autre organe administrant la justice» (mémoire de l'Ukraine, p. 363, par. 653 i)). Le point de savoir si le défendeur manque effectivement à cette obligation reste à prouver par le demandeur, et le défendeur aura tout loisir de réfuter ces allégations. C'est toutefois au stade du fond qu'il conviendra de traiter cette question. Etant donné qu'au moins certaines des demandes de l'Ukraine entrent dans le champ d'application de la CIEDR, encore que la Cour n'ait malheureusement pas précisé lesquelles, j'ai finalement voté dans le même sens que la majorité.

16. J'éprouve en outre des réserves sur la manière dont la Cour a traité la question des conditions procédurales préalables à sa saisine qui sont énoncées à l'article 22 de la CIEDR. Après analyse, la Cour conclut que ces conditions ont un caractère alternatif. En conséquence, avant toute saisine de la Cour au titre de la CIEDR, il faut au moins soit qu'une tentative de négocier de bonne foi sur les questions relevant de l'objet de la convention ait eu lieu, soit que le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale (ci-après le «Comité») ait été saisi du différend, sans que celui-ci ait pu être réglé.

17. Pour parvenir à cette conclusion, la Cour s'appuie essentiellement sur la considération suivante :

«[S]i [la négociation et le recours aux procédures sous les auspices du Comité] devaient être tenu[s] pour des conditions cumulatives, les Etats devraient tenter de négocier en vue de convenir d'un règlement de leur différend puis, après l'échec de leurs négociations, porter la question devant le Comité en vue d'engager une nouvelle négociation visant, là encore, à convenir d'un règlement.» (Arrêt, par. 110.)

Selon elle, «pareille interprétation n'est pas étayée par le contexte de l'article 22 de la CIEDR» (*ibid.*).

18. Pourtant, il n'est dit nulle part dans les dispositions pertinentes concernant les procédures sous les auspices du Comité, à savoir les articles 11 à 13 de la convention, que des négociations préalables doivent avoir été menées avant que la question puisse être portée devant le Comité. Aux termes du paragraphe 1 de l'article 11, «[s]i un Etat partie estime qu'un autre Etat également partie n'applique pas les dispositions de la présente Convention, il peut appeler l'attention du Comité sur la question». Le Comité transmet alors la communication à l'Etat partie intéressé. Selon le paragraphe 2 de ce même article, si la question n'est pas réglée dans un délai de six mois, soit par voie de négociations bilatérales soit par toute autre procédure, l'un et l'autre Etats auront le droit de la soumettre à nouveau au Comité. Il ressort donc clairement des disposi-

tions de l'article 11 que les négociations constituent l'un des éléments du processus institué devant le Comité, et non une condition préalable à la saisine de celui-ci.

19. Il en découle que, en portant une question à l'attention du Comité en vertu de l'article 11, un Etat prouve sa volonté d'engager des négociations avec l'autre Etat partie dans le cadre des procédures devant le Comité. Si ces négociations ou la poursuite des procédures n'aboutissent pas, l'une ou l'autre des parties peut saisir la Cour, car il aura été tenté, sans succès, de régler le différend tant par la voie des négociations que par les procédures de conciliation prévues aux articles 11 à 13 de la CIEDR.

20. La Cour estime que des expressions telles que «sans retard» et «rapidement», figurant respectivement au paragraphe 1 de l'article 2 et dans le préambule de la convention, étayaient son interprétation au motif que lesdites dispositions montrent que «les Etats parties avaient pour objectif d'éliminer effectivement et rapidement toutes les formes de discrimination raciale» (arrêt, par. 111). Et d'ajouter qu'«un tel objectif pourrait ... être plus difficile à atteindre si les conditions procédurales préalables énoncées à l'article 22 étaient cumulatives».

21. Je crains que cette position tende à sous-estimer l'utilité d'autres moyens de règlement pacifique des différends ainsi que le rôle d'autres organes et, par ailleurs, qu'elle laisse entendre que la Cour peut régler un différend «rapidement», ce qui n'est guère réaliste. La Cour a été saisie du présent différend le 16 janvier 2017 et, compte tenu du nombre d'affaires actuellement inscrites à son rôle, il est fort peu probable qu'elle rende son arrêt sur le fond avant 2023.

22. A mes yeux, l'article 22 de la CIEDR devrait être interprété comme imposant des conditions cumulatives. En vertu de cet article, pour pouvoir être porté devant la Cour, un différend doit «n[e] pas [avoir] été réglé par voie de négociation ou au moyen des procédures expressément prévues par l[a] Convention». L'Ukraine insiste beaucoup sur le sens ordinaire de la conjonction «ou» pour étayer le caractère alternatif qu'elle prête aux conditions préalables. Mais ce n'est pas le sens ordinaire de cette conjonction que la Cour doit déterminer; c'est celui du membre de phrase «qui n'aura pas été réglé par voie de négociation ou au moyen des procédures...», lequel peut se lire de deux manières. D'une part, il peut faire référence à un différend qui n'aura pas été réglé par voie de négociation et qui n'aura pas été réglé au moyen des procédures prévues, ainsi que l'entend la Fédération de Russie. De l'autre, il peut faire référence à un différend qui n'aura pas été réglé par voie de négociation ou qui n'aura pas été réglé au moyen des procédures sous les auspices du Comité, ainsi que le maintient l'Ukraine. Le choix de l'interprétation à retenir dépend de la lecture que l'on fait conjointement de la tournure négative («n'aura pas») et de la conjonction «ou» dans cette phrase.

23. Une lecture logique du libellé de l'article 22 milite en faveur d'une lecture cumulative. La négation («ne pas») et la conjonction «ou» étant des connecteurs logiques, il est raisonnable d'appliquer une logique propositionnelle lorsque l'on interprète la phrase dans laquelle elles sont

employées. D'après la première loi de Morgan sur la logique propositionnelle formelle, «la négation de la disjonction [de deux propositions] est équivalente à la conjonction des négations des deux propositions, autrement dit, «non (p ou q)» est égal à «(non p) et (non q)», ce que l'on peut encore exprimer par la formule « $\sim(p \vee q) \equiv \sim p \cdot \sim q$ »¹. Cette lecture est conforme au contexte sémantique de l'article 22. Un différend peut être réglé soit par voie de négociation directe entre les parties soit au moyen des procédures visées aux articles 11 à 13 de la CIEDR, mais pas de ces deux manières simultanément. En conséquence, s'agissant d'un différend hors de la compétence de la Cour, la conjonction «ou» doit être disjonctive. La négation de cette disjonction doit donc être comprise comme renvoyant à des différends qui n'ont été réglés ni par voie de négociation ni par les procédures sous les auspices du Comité. Ce n'est que lorsque les négociations et les procédures en question n'ont pas permis de régler un différend qu'il est satisfait à la condition selon le sens ordinaire des termes de l'article 22.

24. Lorsque l'on tient compte du contexte, il convient également, afin de préserver l'efficacité des articles 11 à 13 de la CIEDR et de la commission de conciliation qui y est prévue, de privilégier une lecture cumulative imposant le recours aux procédures de règlement des différends interétatiques sous les auspices du Comité. Conformément à la règle codifiée au paragraphe 2 de l'article 31 de la convention de Vienne sur le droit des traités, le contexte à prendre en considération est le texte intégral de la CIEDR, préambule inclus. Il convient en particulier de tenir compte, aux fins de l'interprétation de l'article 22, du mécanisme de la commission de conciliation établi aux articles 12 et 13.

25. Il serait préjudiciable à l'efficacité des procédures sous les auspices du Comité d'interpréter le recours à celles-ci comme étant facultatif avant la saisine de la Cour. Le principe de l'effet utile «joue ... un rôle important en droit des traités et dans la jurisprudence de cette Cour» (*Compétence en matière de pêcheries (Espagne c. Canada), compétence de la Cour, arrêt, C.I.J. Recueil 1998*, p. 455, par. 52). La nécessité d'une lecture cumulative pour préserver l'effet utile des articles 11 à 13 de la CIEDR est mise en évidence par la différence qui existe entre les procédures sous les auspices du Comité et celle de la Cour. Du point de vue d'un Etat demandeur, il existe plusieurs motifs de préférer la Cour. Tout d'abord, les procédures sous les auspices du Comité ne donnent lieu qu'à un rapport contenant des constatations de fait et des recommandations (art. 13, par. 1), alors qu'un arrêt de la Cour a force obligatoire, conformément au paragraphe 1 de l'article 94 de la Charte des Nations Unies et à l'article 59 du Statut de la Cour. En outre, il n'est pas possible d'obtenir l'indication de mesures conservatoires durant les procédures sous les auspices du Comité, tandis que la Cour a le pouvoir d'indiquer de telles mesures contraignantes en vertu de l'article 41 de son Statut.

¹ «Augustus De Morgan», *Britannica Academic*, Encyclopædia Britannica, 26 octobre 2016, accessible à l'adresse suivante: <https://academic.eb.com/levels/collegiate/article/Augustus-De-Morgan/29609> (dernière consultation le 3 octobre 2019).

26. Cette préférence se trouve confirmée par la pratique des Etats. Ceux-ci ne recourent aux procédures interétatiques devant le Comité que s'ils n'ont pas la possibilité de saisir la Cour. La seule exception est l'affaire opposant le Qatar aux Emirats arabes unis, qui concerne l'*Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale* et qui est également pendante devant la Cour. Compte tenu de ce qui précède, le contexte est clairement en faveur d'une interprétation cumulative des conditions procédurales préalables énoncées à l'article 22 de la CIEDR. Toute autre conclusion reviendrait à dire que les articles 11 à 13 de la CIEDR ont été conçus comme un dispositif supplétif contre les Etats qui émettraient des réserves à l'article 22 et ne reconnaîtraient donc pas la compétence de la Cour. Or rien ne laisse à penser que telle était l'intention des Etats lorsqu'ils ont négocié le texte de la future convention.

27. Les travaux préparatoires de la CIEDR indiquent même le contraire et confirment l'interprétation selon laquelle les conditions préalables sont cumulatives. S'écartant de sa pratique récente — y compris du paragraphe 59 de l'arrêt concernant la CIRFT —, la Cour a refusé de se pencher sur ces travaux. Bien qu'elle «relève que les deux Parties invoquent les travaux préparatoires de la CIEDR à l'appui de leurs arguments respectifs», «la Cour est d'avis que point n'est besoin pour elle [de les] examiner» (arrêt, par. 112). Il s'agit là d'un revirement «spectaculaire» étant donné que, voici tout juste huit ans, lorsqu'elle avait interprété cette même disposition — l'article 22 de la CIEDR —, la Cour n'avait pas négligé les travaux préparatoires. A l'époque, après avoir de même relevé que «les Parties [avaient] présenté de nombreux arguments relatifs aux travaux préparatoires et les [avaient] cités à l'appui de leurs interprétations respectives» de l'article 22, et après avoir cité quatre exemples d'affaires dans lesquelles elle s'était penchée sur les travaux préparatoires, la Cour était parvenue à la conclusion qu'«il *conv[enait]*, en l'espèce, ... [de les] examiner» (*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. 128, par. 142 (les italiques sont de moi)). En matière d'approche et de raisonnement judiciaires, la constance est une vertu et je ne vois donc aucune raison pour la Cour de changer de cap.

28. Le projet de convention soumis par le Conseil économique et social à l'Assemblée générale sur la base du rapport de la Commission des droits de l'homme ne contenait ni dispositions institutionnelles établissant le Comité ni disposition relative au règlement des différends (Projet de convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, Nations Unies, doc. E/RES/1015 B (XXXVII)). En fait, celles-ci ont été ajoutées au cours des débats de la Troisième Commission (rapport de la Troisième Commission: Projet de convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, Nations Unies, doc. A/6181). Outre ce projet, le Conseil a soumis à l'Assemblée un document de travail préparé par le Secrétaire général conte-

nant un projet de clauses finales, dont une relative au règlement des différends (Nations Unies, doc. E/CN.4/L.679; voir également doc. A/6181, par. 4 *d*). Dans ce document, le Secrétaire général donnait l'exemple de quatre clauses compromissoires tirées de traités multilatéraux existants (Nations Unies, doc. E/CN.4/L.679, p. 15-16). La Troisième Commission a examiné la question d'une clause compromissoire le 7 décembre 1965, lors de sa 1367^e séance (voir Nations Unies, doc. A/C.3/SR.1367). Comme base de discussion, le Bureau de la Commission avait proposé un texte similaire :

«Tout différend entre deux ou plusieurs Etats contractants touchant l'interprétation ou l'application de la présente Convention, qui n'aura pas été réglé par voie de négociation, sera porté, à la requête de toute partie au différend, devant la Cour internationale de Justice pour qu'elle statue à son sujet, à moins que les parties au différend ne conviennent d'un autre mode de règlement.» (Nations Unies, doc. A/C.3/L.1237, p. 4; voir aussi doc. A/6181, par. 197.)

29. L'ajout, après le terme «négociation», de la formule «ou au moyen des procédures expressément prévues par ladite Convention» a été proposé conjointement par le Ghana, la Mauritanie et les Philippines (Nations Unies, doc. A/C.3/L.1313; voir aussi doc. A/6181, par. 199) et a été approuvé à l'unanimité par la Troisième Commission (Nations Unies, doc. A/C.3/SR.1367, par. 41). Au cours des débats, seul le Ghana a exposé ses vues à ce sujet, son représentant ayant

«estim[é] que l'amendement ... s'expliqu[ait] de lui-même. Le projet de convention prévoit certains dispositifs qu'il convient d'utiliser pour le règlement des différends *avant de saisir* la Cour internationale de Justice. L'amendement se réfère simplement aux procédures prévues par la convention.» (Nations Unies, doc. A/C.3/SR.1367, par. 29; les italiques sont de nous.)

Cet amendement n'a pas fait l'objet d'autres discussions avant l'adoption de la convention par l'Assemblée générale en formation plénière lors de sa 1406^e séance, le 21 décembre 1965 (Nations Unies, doc. A/PV.1406).

30. Je reconnais que, dans l'affaire qui nous occupe, compte tenu de leurs relations extrêmement tendues pendant la période allant de 2014 à 2017, les deux Parties n'auraient eu aucune chance de régler leur différend même si elles l'avaient porté devant le Comité. C'eût été peine perdue. C'est pour cette raison que, tout en maintenant mon interprétation de l'article 22 de la convention, je n'ai pas voté contre la déclaration par la Cour de sa compétence. Dans les circonstances de la présente affaire, insister sur le renvoi du différend devant le Comité aurait été pécher par un excès de formalisme. Même à supposer la requête prématurée, l'Ukraine aurait pu y remédier et il serait absurde de lui demander d'introduire une nouvelle procédure (voir *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise, compétence, arrêt n° 6, 1925, C.P.J.I., série A n° 6*, p. 14; *Concessions Mavrommatis en Palestine, arrêt n° 2, 1924,*

C.P.J.I., série A n° 2, p. 34; *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, compétence et recevabilité, arrêt, *C.I.J. Recueil 1984*, p. 428-429, par. 83).

III. VIOLATIONS D'UNE «OBLIGATION INTERNATIONALE»

31. Un dernier point mérite d'être soulevé quant à la précision du langage utilisé. La Cour fait quelquefois référence à des «violations» de la «convention», de ses «articles» ou de «plusieurs dispositions de la CIRFT et de la CIEDR» (voir, par exemple, arrêt, par. 30, 79, 90 et 93). Je trouve assez regrettable que l'organe judiciaire principal de l'Organisation des Nations Unies ne prête pas davantage attention à la justesse des termes qu'il emploie. En droit international, pour être qualifié d'illicite, le fait d'un Etat, qu'il s'agisse d'une action ou d'une omission, doit à la fois être attribuable à cet Etat et constituer une violation d'une *obligation internationale* lui incombant (article 3 du projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite). La Commission du droit international a choisi cette qualification à dessein parce que celle-ci était «établie de longue date» (*Annuaire de la Commission du droit international*, 2001, vol. II, 2^e partie, p. 35, par. 7 du commentaire de l'article 2). Ainsi que la Commission l'avait déclaré à juste titre dans son commentaire de ce qui était alors l'article 3 du projet d'articles, qui fut adopté en première lecture, il est «plus approprié de parler ... de «violation d'une *obligation internationale*» que de violation «d'une *règle*» ou «d'une *norme*» de droit international» (*Annuaire de la Commission du droit international*, 1973, vol. II, p. 187, par. 15 du commentaire de l'article 3, les italiques sont dans l'original). Selon les termes de la Commission, cette expression est

«la plus exacte. La règle est le droit au sens objectif; l'obligation est une situation juridique subjective, et c'est par rapport à cette situation qu'intervient le comportement du sujet, soit qu'il se conforme à l'obligation, soit qu'il la transgresse.» (*Ibid.*)

Et, comme la Commission l'a fait observer, l'expression «violation d'une obligation internationale» correspond à celle («violation d'un engagement international») employée à l'alinéa *c*) du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut de la Cour (*Annuaire de la Commission du droit international*, 2001, vol. II, 2^e partie, p. 36, par. 7 du commentaire de l'article 2). La Cour aurait pu s'inspirer des termes de son propre instrument constitutif.

(Signé) Peter TOMKA.