

DECLARATION OF JUDGE TOMKA

Declaratory judgment — Request for a declaration that the Applicant did not breach its obligations under the Genocide Convention — Burden of proof.

1. In its submission (*b*), as formulated in its Memorial, Ukraine requests the Court to

“[a]djudge and declare that there is no credible evidence that Ukraine is responsible for committing genocide in violation of the Genocide Convention in the Donetsk and Luhansk oblasts of Ukraine” (Memorial of Ukraine, para. 178, quoted in Judgment, para. 25).

The Court finds that it has jurisdiction to entertain this submission (Judgment, para. 151, subpara. (8)) and that it is admissible (*ibid.*, para. 151, subpara. (9)).

2. While the Court’s conclusion on its jurisdiction is almost unanimous, the conclusion on the admissibility of this submission attracted three negative votes. I admit that the issue of the admissibility of this submission is a delicate one. It also raises the issue of the burden of proof. In this declaration, I wish to offer two remarks on Ukraine’s submission.

I. UKRAINE’S SUBMISSION

3. The jurisprudence of the Court and that of its predecessor confirms that “the Court may, in an appropriate case, make a declaratory judgment”¹. In its *Interpretation of Judgments Nos. 7 and 8 (Factory at Chorzów)*, the Permanent Court of International Justice (PCIJ) said that the purpose of a declaratory judgment

“is to ensure recognition of a situation at law, once and for all and with binding force as between the [p]arties; so that the legal position thus

¹ *Application of the Interim Accord of 13 September 1995 (the former Yugoslav Republic of Macedonia v. Greece)*, Judgment, I.C.J. Reports 2011 (II), p. 662, para. 49, citing *Northern Cameroons (Cameroon v. United Kingdom)*, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1963, p. 37.

DÉCLARATION DE M. LE JUGE TOMKA

[Traduction]

Jugement déclaratoire — Demande tendant à ce qu'il soit déclaré que la demanderesse n'a pas violé les obligations qui lui incombent en vertu de la convention sur le génocide — Charge de la preuve.

1. Au chef de conclusions présenté au point *b)* de son mémoire, l'Ukraine prie la Cour

«de dire et juger qu'il n'y a pas d'élément crédible prouvant qu'[elle] est responsable de la commission d'un génocide en violation de la convention sur le génocide dans les oblasts ukrainiens de Donetsk et de Louhansk» (mémoire de l'Ukraine, par. 178, cité au paragraphe 25 de l'arrêt).

La Cour estime qu'elle a compétence pour connaître de ce chef de conclusions (arrêt, par. 151, point 8 du dispositif) et le juge recevable (*ibid.*, par. 151, point 9 du dispositif).

2. Si la conclusion de la Cour sur sa compétence a recueilli la quasi-unanimité, sa conclusion sur la recevabilité du chef de conclusions en cause s'est heurtée à trois votes négatifs. J'admets que la question de la recevabilité de ce chef de conclusions est délicate. Se pose également la question de la charge de la preuve. Dans la présente déclaration, je souhaite formuler deux observations sur le chef de conclusions présenté par l'Ukraine.

I. LE CHEF DE CONCLUSIONS PRÉSENTÉ PAR L'UKRAINE

3. La jurisprudence de la Cour et de sa devancière confirme que «la Cour peut, dans des cas appropriés, prononcer un jugement déclaratoire»¹. En l'affaire relative à l'*Interprétation des arrêts nos 7 et 8 (usine de Chorzów)*, la Cour permanente de Justice internationale (CPJI) a dit qu'un jugement déclaratoire a pour but de

«faire reconnaître une situation de droit une fois pour toutes et avec effet obligatoire entre les [p]arties, en sorte que la situation juridique ainsi

¹ *Application de l'accord intérimaire du 13 septembre 1995 (ex-République yougoslave de Macédoine c. Grèce)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2011 (II), p. 662, par. 49, citant *Cameroun septentrional (Cameroun c. Royaume-Uni), exceptions préliminaires, arrêt*, C.I.J. Recueil 1963, p. 37.

established cannot again be called in question in so far as the legal effects ensuing therefrom are concerned”².

With its submission (*b*), Ukraine asks the Court to make just such a declaratory judgment (Judgment, para. 79). The question is whether or not the present case is an “appropriate case” for the Court to make a declaratory judgment.

4. While I agree with much of the Court’s reasoning set out in paragraphs 93 to 109 of the Judgment, I nevertheless believe it necessary to make a few observations.

5. Let it be observed first that the Parties spent some time discussing a distinct — and arguably antecedent or preliminary — issue: namely whether Ukraine’s submission (*b*), because of its particular features, is inadmissible *per se*. The Russian Federation has put forward several arguments in support of such a view under the heading of its fifth preliminary objection, which the Court examines and rejects in paragraphs 93 to 109 of the present Judgment. The Russian Federation has focused in particular on two admittedly curious features of Ukraine’s submission. One such feature is that the Applicant seeks a declaration by the Court that *it* — *the Applicant* — did not breach its obligations under the Genocide Convention. For the Respondent, the question whether Ukraine did or did not breach the Convention may be considered only in the framework of an application “brought *against* Ukraine [by another State], not *by* Ukraine”³. Another feature identified by the Respondent is that submission (*b*) seeks a “negative declaration” or “negative finding” — namely a declaration by the Court that “the genocide *did not* take place”⁴. For the Russian Federation, this feature alone militates in favour of finding that submission (*b*) is inadmissible.

6. It is true that Ukraine’s submission is at first sight a bit unusual. But does this justify finding it inadmissible? Upon reflection, I am convinced that Ukraine’s submission is admissible. What at first sight appears unusual, unprecedented or precluded is in reality not so unusual, in line with precedent, and within the Court’s judicial function, which is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it (Statute, Art. 38, para. 1).

7. The Respondent asserts that the Court may not make a “negative declaration”. The Respondent does not explain why this is so. In reality, the Court and its predecessor have found on numerous occasions, in the operative parts of their Judgments, that a party appearing before it had not breached the obligations at issue. In the “*Lotus*” case, the PCIJ held in the operative part of its Judgment that, in assuming jurisdiction over a French subject with

² *Interpretation of Judgments Nos. 7 and 8 (Factory at Chorzów), Judgment No. 11, 1927, P.C.I.J., Series A, No. 13, p. 20.*

³ Preliminary Objections of the Russian Federation, para. 280 (emphasis in original).

⁴ CR 2023/13, p. 95, para. 28 (Udovichenko) (emphasis in original).

fixée ne puisse plus être mise en discussion, pour ce qui est des conséquences juridiques qui en découlent»².

Au chef de conclusions *b*), l'Ukraine prie la Cour de prononcer un tel jugement déclaratoire (arrêt, par. 79). La question est de savoir si l'agit ici d'un « cas approprié » à cet effet.

4. Si je souscris dans une large mesure au raisonnement de la Cour tel qu'exposé aux paragraphes 93 à 109 de l'arrêt, il m'apparaît néanmoins nécessaire de formuler quelques observations.

5. Premièrement, il convient de relever que les Parties ont passé un certain temps à discuter d'une question distincte, et peut-être prioritaire ou préliminaire, qui est celle de savoir si le chef de conclusions *b*) de l'Ukraine, du fait de ses particularités, est en soi irrecevable. La Fédération de Russie, par sa cinquième exception préliminaire, a avancé plusieurs arguments en ce sens, que la Cour examine et rejette aux paragraphes 93 à 109 du présent arrêt. La Fédération de Russie a porté son attention en particulier sur deux caractéristiques certes curieuses du chef de conclusions de l'Ukraine. Une de ces caractéristiques est le fait que la demanderesse prie la Cour de déclarer qu'elle — *la demanderesse* — n'a pas violé ses obligations au titre de la convention sur le génocide. Pour la défenderesse, la question de savoir si l'Ukraine a ou non violé la convention ne peut être examinée que dans le cadre d'une requête « présentée *contre* l'Ukraine [par un autre État], et non *par* celle-ci »³. Une autre caractéristique relevée par la défenderesse est le fait qu'il est demandé à la Cour, au chef de conclusions *b*), de prononcer un « jugement déclaratoire négatif » ou un « constat négatif », c'est-à-dire de déclarer que « le génocide *n'a pas* eu lieu »⁴. Pour la Fédération de Russie, cette caractéristique plaide, à elle seule, pour que le chef de conclusions *b*) soit déclaré irrecevable.

6. Il est vrai que le chef de conclusions de l'Ukraine est, à première vue, quelque peu inhabituel. Mais cela justifie-t-il de le déclarer irrecevable ? À la réflexion, je suis convaincu du contraire. Ce qui apparaît de prime abord inhabituel, inédit ou voué à l'échec n'est en réalité pas si inhabituel, connaît des précédents et relève de la mission judiciaire de la Cour, qui consiste à régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis (Statut, art. 38, par. 1).

7. La défenderesse affirme que la Cour ne peut pas prononcer de « déclaration négative ». Elle n'explique cependant pas pourquoi il en est ainsi. En réalité, la Cour et sa devancière ont maintes fois estimé, dans le dispositif de leurs arrêts, que des parties n'avaient pas manqué aux obligations en cause. En l'affaire du *Lotus*, la CPJI a estimé, dans le dispositif de son arrêt, que, en se déclarant compétente pour juger un ressortissant français concernant

² *Interprétation des arrêts nos 7 et 8 (usine de Chorzów), arrêt n° 11, 1927, C.P.J.I. série A n° 13*, p. 20.

³ Exceptions préliminaires de la Fédération de Russie, par. 280 (les italiques sont dans l'original).

⁴ CR 2023/13, p. 95, par. 28 (Udovichenko) (les italiques sont dans l'original).

respect to a collision which occurred on the high seas, Turkey “ha[d] not acted in conflict with the principles of international law”⁵. In the *Corfu Channel* case, the Court found that “the United Kingdom did not violate the sovereignty of the People’s Republic of Albania by reason of the acts of the British Navy in Albanian waters on October 22nd, 1946”⁶. In the *Anglo-Norwegian Fisheries* case, the Court found in the operative part of its judgment that “the method employed [by Norway] for the delimitation of the fisheries zone by the Royal Norwegian Decree of July 12th, 1935, is not contrary to international law” and that “the base-lines fixed by the said Decree in application of this method are not contrary to international law”⁷. These formulations in the Judgment mirrored those employed by Norway, the respondent, in its submissions. In the case concerning *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, the Court notably declared, again in the operative part of its Judgment, that Serbia “ha[d] not committed genocide” through its organs or persons whose acts engaged its responsibility under customary international law in violation of its obligations under the Genocide Convention⁸. And, in the *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)* case, the Court found that Uruguay had not breached its substantive obligations under the treaty at issue⁹.

8. These are but a few examples taken from the jurisprudence. They show that the Court may, if it deems it appropriate in a particular case, make a declaration to the effect that a party has *not* breached its obligations under international law¹⁰.

9. In other words, the Court has on several occasions rendered a declaratory judgment of the kind sought today by Ukraine. It is immaterial that some of the declarations just mentioned formed replies to questions put to the Court by way of a special agreement. When deciding a dispute submitted to it by way of a special agreement, the Court must always ensure that the task entrusted to it is compatible with its judicial function¹¹. A special agreement could not have empowered the Court to make a judgment that would

⁵ “*Lotus*”, Judgment No. 9, 1927, P.C.I.J., Series A, No. 10, p. 32.

⁶ *Corfu Channel (United Kingdom v. Albania)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1949, p. 36.

⁷ *Fisheries (United Kingdom v. Norway)*, Judgment, I.C.J. Reports 1951, p. 143.

⁸ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment, I.C.J. Reports 2007 (I), p. 237, para. 471 (2) (emphasis added).

⁹ *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Judgment, I.C.J. Reports 2010 (I), p. 106, para. 282 (2).

¹⁰ See Pierre d’Argent, “Les déclarations de non-violation du droit international dans les arrêts de la Cour internationale de Justice” in Maurice Kamga and Makane Moïse Mbengue (eds), *L’Afrique et le droit international: Variations sur l’Organisation internationale: Liber Amicorum Raymond Ranjeva* (Paris: Pedone, 2013), p. 477.

¹¹ *Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex*, Judgment, 1932, P.C.I.J., Series A/B, No. 46, p. 161.

une collision survenue en haute mer, la Turquie n'avait pas «agi en contradiction des principes du droit international»⁵. En l'affaire du *Détroit de Corfou*, la Cour a dit que, «par les actions de sa marine de guerre dans les eaux albanaises le 22 octobre 1946, le Royaume-Uni n'a[vait] pas violé la souveraineté de la République populaire d'Albanie»⁶. En l'affaire des *Pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)*, la Cour a estimé dans le dispositif de son arrêt que «la méthode employée [par la Norvège] pour la délimitation de la zone de pêche par le décret royal norvégien du 12 juillet 1935 n'[était] pas contraire au droit international» et que «les lignes de base fixées par ledit décret en application de cette méthode [n'étaient] pas contraires au droit international»⁷. Ces formulations, dans l'arrêt, étaient identiques à celles utilisées par la Norvège, la défenderesse, dans ses chefs de conclusions. En l'affaire relative à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, la Cour a notamment dit, dans le dispositif de son arrêt, que la Serbie «n'a[vait] pas commis de génocide» par l'intermédiaire de ses organes ou de personnes dont les actes engageaient sa responsabilité au regard du droit international coutumier, en violation des obligations qui lui incombaient en vertu de la convention sur le génocide⁸. Enfin, en l'affaire relative à des *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, la Cour a dit que l'Uruguay n'avait pas manqué aux obligations de fond lui incombant en vertu du traité en cause⁹.

8. Ce ne sont là que quelques exemples tirés de la jurisprudence. Ils montrent que la Cour peut, si elle l'estime opportun dans une affaire particulière, déclarer qu'une partie n'a pas manqué aux obligations que lui fait le droit international¹⁰.

9. Autrement dit, la Cour a, à plusieurs occasions, rendu un jugement déclaratoire tel que celui sollicité aujourd'hui par l'Ukraine. Il est sans incidence que certaines des déclarations ne mentionnaient que des réponses formelles à des questions soumises à la Cour par voie de compromis. Lorsqu'elle règle un différend soumis à elle par voie de compromis, la Cour doit toujours veiller à ce que la tâche qui lui est confiée soit compatible avec sa fonction judiciaire¹¹. Un compromis n'aurait pas conféré à la Cour le

⁵ *Lotus, arrêt n° 9, 1927, C.P.J.I. série A n° 10, p. 32.*

⁶ *Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1949, p. 36.*

⁷ *Pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège), arrêt, C.I.J. Recueil 1951, p. 143.*

⁸ *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. 237, par. 471, point 2 du dispositif (les italiques sont de moi).*

⁹ *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay), arrêt, C.I.J. Recueil 2010 (I), p. 106, par. 282, point 2.*

¹⁰ Voir Pierre d'Argent, «Les déclarations de non-violation du droit international dans les arrêts de la Cour internationale de Justice», dans Maurice Kamga et Makane Moïse Mbengue (sous la dir. de), *L'Afrique et le droit international: Variations sur l'Organisation internationale: Liber Amicorum Raymond Ranjeva*, Paris, Pedone, 2013, p. 477.

¹¹ *Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex, arrêt, 1932, C.P.J.I. série A/B n° 46, p. 161.*

have been contrary to its function. It must also not be overlooked that, in *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, the Court made three declarations stating that the respondent had not breached its obligations under the Genocide Convention¹². This was not specifically requested by the respondent. The foregoing leads me to conclude that Ukraine's submission (*b*) asking the Court to declare that "there is no credible evidence that Ukraine is responsible for committing genocide . . . in the Donetsk and Luhansk oblasts of Ukraine" is in line with precedent and not incompatible with the Court's judicial function.

10. The question to be addressed next is whether the conclusion just reached is altered in any way by the fact that Ukraine is the one making the request for a declaratory judgment. In my opinion, the fact that Ukraine's request for a declaratory judgment concerns its own conduct is immaterial for purposes of the admissibility of its request. The Court's function is to decide such disputes as are submitted to it. Neither the Statute nor the Rules of the Court require that disputes be brought to the Court under a certain "party configuration"¹³. In this sense, the character of a dispute and of the issue to be decided is essentially the same whether it is presented by an applicant or by a respondent¹⁴. Nor does the Genocide Convention preclude either scenario (Judgment, para. 99).

11. I would also note that applicants have sometimes asked the Court to make a declaratory judgment concerning their own conduct¹⁵. Some instances are noted in the Judgment (Judgment, para. 101). By way of illustration, as recently as in *Dispute over the Status and Use of the Waters of the Silala (Chile v. Bolivia)*, the applicant in the case requested a declaration that

¹² *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment, *I.C.J. Reports 2007 (I)*, pp. 237-238, para. 471 (2)-(4).

¹³ Written Observations of France, para. 16; CR 2023/15, p. 66, para. 6 (Alabrune).

¹⁴ See *Aetna Life Ins. Co. v. Haworth*, 300 U.S. 227 (1937). See also Edwin Borchard, *Declaratory Judgments*, Banks-Baldwin Law Publishing Co., 1941, p. 21.

¹⁵ See *I.C.J. Pleadings, Rights of Nationals of the United States of America in Morocco (France v. United States of America)*, Vol. I, Memorial of the French Republic, pp. 29-30, where France noted that

"[t]he internal difficulties that arose in the United States prevented its Government from negotiating a special agreement, and the Government of the French Republic agreed to seize the Court by way of application even though, in law and in fact, the position of the Government of the French Republic is that of a respondent and not an applicant. It could not be accepted that an organ of the United States might consider that it had the power to decide whether or not France was responsible for a violation of an international commitment. Consequently, the Government of the French Republic, in order to seize the Court, has disregarded logic and has abandoned the position of respondent that a special agreement would have accorded to it, since the question to be decided is whether or not regulatory measures taken by the Sharifian authorities in the exercise of State authority are consistent with international law." (Emphasis added.)

pouvoir de rendre un arrêt contraire à sa fonction. Il faut également garder à l'esprit que, en l'affaire relative à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, la Cour a déclaré par trois fois que la défenderesse n'avait pas manqué aux obligations lui incombant en vertu de la convention sur le génocide¹². Or ces déclarations n'étaient pas explicitement sollicitées par cette dernière. J'en conclus que le chef de conclusions *b)* de l'Ukraine, par lequel celle-ci prie la Cour de déclarer qu'«il n'y a pas d'élément crédible prouvant qu[']elle est responsable de la commission d'un génocide ... dans les oblasts ukrainiens de Donetsk et de Louhansk», connaît des précédents et n'est pas incompatible avec la fonction judiciaire de la Cour.

10. Se pose ensuite la question de savoir si cette conclusion est faussée de quelque manière que ce soit par le fait que la demande de jugement déclaratoire émane de l'Ukraine. De mon point de vue, le fait que la demande de jugement déclaratoire de l'Ukraine concerne son propre comportement est sans incidence sur sa recevabilité. La mission de la Cour est de régler les différends qui lui sont soumis. Ni le Statut ni le Règlement de la Cour n'exige que les différends soient soumis à la Cour selon une «configuration contentieuse» particulière¹³. En ce sens, la nature d'un différend et de la question à trancher est essentiellement la même selon que la requête émane du demandeur ou du défendeur¹⁴. La convention sur le génocide n'exclut, elle non plus, ni l'un ni l'autre scénario (arrêt, par. 99).

11. Je rappellerai également qu'il est déjà arrivé que des demandeurs prient la Cour de rendre un jugement déclaratoire concernant leur propre comportement¹⁵. Certains cas sont cités dans l'arrêt (par. 101). À titre d'illustration, dans la récente affaire relative au *Différend concernant le statut et l'utilisation des eaux du Silala (Chili c. Bolivie)*, le demandeur a prié la Cour de

¹² *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. 237-238, par. 471, points 2-4 du dispositif.

¹³ Observations écrites de la France, par. 16; CR 2023/15, p. 66, par. 6 (Alabrune).

¹⁴ Voir *Aetna Life Ins. Co. v. Haworth*, 300 U.S. 227, 1937. Voir aussi Edwin Borchart, *Declaratory Judgments*, Banks-Baldwin Law Publishing Co., 1941, p. 21.

¹⁵ Voir C.I.J. *Mémoires, Droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc (France c. États-Unis d'Amérique)*, vol. I, mémoire de la République française, p. 29-30, dans lequel la France a noté que

«[I]es difficultés d'ordre intérieur qui s'élevèrent aux États-Unis ont empêché le Gouvernement de ce pays de négocier un compromis et le Gouvernement de la République française a accepté de saisir la Cour par requête bien que, en droit comme en fait, la position du Gouvernement de la République française soit celle de défendeur et non pas de demandeur. Il n'était pas possible d'admettre qu'un organe des États-Unis se croie maître de décider si la France était ou non responsable d'une violation d'un engagement international. Le Gouvernement de la République française, pour saisir le juge, a donc passé outre à la logique et abandonné la position de défendeur qu'un compromis lui eût reconnue, puisqu'il s'agit de décider si des mesures réglementaires prises par les autorités chérifiennes dans l'exercice de la compétence étatique sont ou non conformes au droit international.» (Les italiques sont de moi.)

it did not breach its obligations under international law¹⁶. True, the Court has not formulated a specific legal criterion concerning the admissibility of such requests (*ibid.*). In the end, when there is a clear opposition of views, it is immaterial which party institutes the proceedings to settle the dispute¹⁷.

12. The Parties have spent much time debating the proper characterization of submission (*b*). The Applicant has described its submission (*b*) as seeking a “declaration of conformity”, that is, a declaration by the Court that it has acted in conformity with its obligations under the Genocide Convention. The Respondent, for its part, has used the term “reverse compliance request”. Intervening States have used yet other terms. In paragraph 93 of the Judgment, the Court does not find it necessary to pick and choose from amongst the various terms employed by the Parties and the intervening States. It notes simply that Ukraine’s submission (*b*) is a request for a declaration that the Applicant did not breach its obligations under the Convention. I agree. Other terms could always be employed, and the Court is quite right to focus on substance. As early as 1935, Borchard described the kind of judgment sought by Ukraine as a “judgment of non-liability”¹⁸. Another publicist has described it as a “*jugement déclaratoire négatoire*”¹⁹. What matters is whether the Court may, in the circumstances, render a declaratory judgment of the kind sought by Ukraine (see paragraph 3 above). This is essentially an issue of admissibility which cannot be determined on any *a priori* basis, but must be considered in light of the circumstances of the particular case.

13. Is Ukraine’s submission admissible in the present case?

The Court concludes that, “[i]n the particular circumstances of the present case”, Ukraine’s request for a declaration that it did not breach its obligations under the Convention is admissible (Judgment, para. 109). The somewhat elliptical reference to the “particular circumstances of the present case” should not be read in isolation. In Parts II and III of the Judgment, the Court, after a careful examination of the arguments of the Parties, concludes notably: (*a*) that a dispute exists between the Parties on the question whether acts

¹⁶ *Dispute over the Status and Use of the Waters of the Silala (Chile v. Bolivia)*, Judgment, *I.C.J. Reports 2022 (II)*, p. 642, para. 72.

¹⁷ Similarly, when determining whether a dispute exists as a condition of the Court’s jurisdiction, “[i]t does not matter which one of [the parties] advances a claim and which one opposes it” (*Alleged Violations of Sovereign Rights and Maritime Spaces in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Colombia)*, Preliminary Objections, Judgment, *I.C.J. Reports 2016 (I)*, p. 26, para. 50).

¹⁸ Edwin Borchard, “Declaratory Judgments in International Law”, *American Journal of International Law*, 1935, Vol. 29 (3), pp. 489-490 (stating that a judgment of non-liability enables “a party[,] normally the defendant[,] to initiate an action for a declaration that he or it is not liable as charged”).

¹⁹ Nicolas Scandamis, *Le jugement déclaratoire entre États: la séparabilité du contentieux international*, Paris: Pedone, 1975, p. 221.

déclarer qu'il n'avait pas manqué aux obligations lui incombant en vertu du droit international¹⁶. La Cour n'a pas, il est vrai, institué de critère juridique spécifique concernant la recevabilité de telles demandes (*ibid.*). En fin de compte, lorsqu'il y a divergence de vues manifeste, peu importe quelle est la partie qui introduit l'instance pour régler le différend¹⁷.

12. Les Parties ont longuement débattu de la qualification qu'il convient de donner au chef de conclusions *b*). La demanderesse a qualifié ce chef de conclusions de demande de «déclaration de conformité» tendant à ce que la Cour déclare qu'elle a agi en conformité avec ses obligations au titre de la convention sur le génocide. La défenderesse, pour sa part, a préféré l'expression «demande inversée en constatation de conformité». Les États intervenants ont utilisé d'autres termes encore. Au paragraphe 93 de l'arrêt, la Cour ne juge pas nécessaire de choisir entre les différentes formulations retenues par les Parties et les États intervenants. Elle relève simplement que le chef de conclusions formulé par l'Ukraine au point *b*) est une demande tendant à faire constater que la demanderesse n'a pas violé ses obligations au titre de la convention. Je partage ce point de vue. D'autres termes pourraient encore être utilisés, et la Cour a raison de se concentrer sur le fond. Dès 1935, Borchard a qualifié le type de jugement sollicité par l'Ukraine de «jugement de non-responsabilité» («*judgment of non-liability*»)¹⁸. Un autre auteur a parlé de «jugement déclaratoire négatoire»¹⁹. Ce qui importe est de savoir si la Cour peut, dans ces conditions, rendre un jugement déclaratoire du type sollicité par l'Ukraine (voir le paragraphe 3 ci-dessus). Il s'agit essentiellement d'une question de recevabilité qui ne saurait être tranchée *a priori*, mais doit être examinée à la lumière des circonstances de l'espèce.

13. Le chef de conclusions de l'Ukraine est-il recevable en la présente espèce ?

La Cour conclut que, «[d]ans les circonstances particulières de l'espèce», la demande de l'Ukraine tendant à faire constater qu'elle n'a pas violé les obligations qui lui incombent en vertu de la convention est recevable (arrêt, par. 109). La référence quelque peu elliptique aux «circonstances particulières de l'espèce» ne doit pas être lue de manière isolée. Dans les parties II et III de l'arrêt, la Cour, après avoir soigneusement examiné les arguments des Parties, conclut notamment : *a*) qu'il existe un différend entre les Parties

¹⁶ *Différend concernant le statut et l'utilisation des eaux du Silala (Chili c. Bolivie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2022 (II), p. 642, par. 72.

¹⁷ De même, lorsqu'il s'agit d'établir l'existence d'un différend comme condition à l'exercice par la Cour de sa compétence, «[i]l importe peu de savoir laquelle [des parties] est à l'origine de la réclamation, et laquelle s'y oppose» (*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, par. 50).

¹⁸ Edwin Borchard, «Declaratory Judgments in International Law», *American Journal of International Law*, 1935, vol. 29 (3), p. 489-490 (où il est dit qu'un jugement de non-responsabilité permet à «une partie, normalement la défenderesse, d'introduire une action tendant à ce qu'elle soit déclarée non responsable de ce dont elle est accusée»).

¹⁹ Nicolas Scandamis, *Le jugement déclaratoire entre États : la séparabilité du contentieux international*, Paris, Pedone, 1975, p. 221.

of genocide attributable to Ukraine have been committed in the Donbas region (*ibid.*, para. 51); (b) that a declaratory judgment on whether there exists credible evidence that Ukraine is responsible for committing genocide in violation of its obligations under the Convention would have the effect of clarifying whether the Applicant acted in accordance with its obligations under Article I of the Convention (*ibid.*, para. 79); (c) that Ukraine has a legal interest under the Convention to resolve the dispute regarding its submission (*ibid.*, para. 108); and (d) that Ukraine's submission does not contradict the principles of judicial propriety and the equality of the parties (*ibid.*, para. 106). With regard to Ukraine's legal interest, I would add that, in the presence of a dispute, which is the relevant condition, there is no doubt in my mind that a State may institute proceedings before the Court against an accuser "to establish the truth of such charges instead of permitting them to fester into open conflict without any adjudication or of permitting an ostensible legal ground to be used as a cover for political designs"²⁰.

14. The present case thus may provide an opportunity for the Respondent to prove the most serious allegation made publicly against the Applicant by the President of the Russian Federation very shortly before it launched the "special military operation", which raises the most serious questions of international law.

II. THE BURDEN OF PROOF

15. This brings me to my next remark, which concerns the proper allocation of the burden of proof at the merits stage. According to the "well-established principle of *onus probandi incumbit actori*, it is the duty of the party which asserts certain facts to establish the existence of such facts"²¹. As the Court proceeds to the next stage of the case, should it be for the Russian Federation therefore to shoulder the burden of proving that Ukraine has committed genocide in the Donbas, given that it has — repeatedly and at the highest level — asserted that Ukraine is responsible for such an act? Or should it be for Ukraine, as the Applicant, to make good on its submission (b) by disproving the allegations that it has committed genocide? These questions take on a particular salience given the specific formulation of Ukraine's submission (b), which essentially asks the Court to make a negative finding, i.e. that there is no evidence that Ukraine is responsible for committing genocide.

²⁰ Edwin Borchard, "Declaratory Judgments in International Law", *American Journal of International Law*, 1935, Vol. 29 (3), p. 490.

²¹ *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Judgment, *I.C.J. Reports* 2010 (I), p. 71, para. 162.

sur la question de savoir si un génocide attribuable à l'Ukraine a été commis dans la région du Donbas (*ibid.*, par. 51), *b*) qu'un jugement déclaratoire sur la question de savoir s'il existe des éléments crédibles prouvant que l'Ukraine est responsable de la commission d'un génocide en violation des obligations lui incombant au titre de la convention aurait pour effet d'établir clairement si la demanderesse a agi conformément aux obligations auxquelles elle est tenue par l'article premier de cet instrument (*ibid.*, par. 79), *c*) que l'Ukraine a un intérêt juridique, au regard de la convention sur le génocide, de régler le différend relatif à son chef de conclusions (*ibid.*, par. 108), et *d*) que le chef de conclusions formulé par l'Ukraine n'est pas contraire aux principes d'«opportunité judiciaire» et d'égalité des parties (*ibid.*, par. 106). S'agissant de l'intérêt juridique de l'Ukraine, j'ajouterai que, en présence d'un différend — condition *sine qua non* —, il ne fait aucun doute, à mon sens, qu'un État peut introduire devant la Cour une instance contre un État qui porte des accusations à son encontre «pour établir la vérité de ces accusations plutôt que de les laisser dégénérer en conflit ouvert sans y apporter un quelconque règlement, ou de permettre qu'un prétendu fondement juridique serve de paravent à des motifs politiques»²⁰.

14. La présente affaire peut donc offrir à la défenderesse la possibilité de prouver l'allégation la plus grave formulée publiquement contre la demanderesse par le président de la Fédération de Russie peu avant que ce dernier ne lance l'«opération militaire spéciale», laquelle soulève des questions de droit international éminemment importantes.

II. LA CHARGE DE LA PREUVE

15. J'en viens à mon observation suivante, qui concerne la juste attribution de la charge de la preuve au stade du fond. Selon le «principe bien établi *onus probandi incumbit actori*, c'est à la partie qui avance certains faits d'en démontrer l'existence»²¹. À l'heure où la Cour s'apprête à aborder la suite de la procédure, est-ce donc à la Fédération de Russie que doit revenir la charge de prouver que l'Ukraine a commis un génocide dans le Donbas, étant donné qu'elle a affirmé — de façon répétée et au plus haut niveau — que l'Ukraine était responsable d'un tel acte ? Ou est-ce à l'Ukraine, en tant que demanderesse, d'étayer son chef de conclusions *b*) en réfutant les allégations de génocide portées contre elle ? Ces questions revêtent une importance particulière du fait de la formulation précise du chef de conclusions *b*) de l'Ukraine, par lequel celle-ci prie essentiellement la Cour de faire un constat négatif en déclarant qu'il n'y a pas d'élément prouvant qu'elle a commis un génocide.

²⁰ Edwin Borchard, «Declaratory Judgments in International Law», *American Journal of International Law*, 1935, vol. 29 (3), p. 490.

²¹ *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2010 (I), p. 71, par. 162.

16. The Russian Federation has expressed, already at this stage, some concerns about the burden of proof being placed on it alone. Ukraine, for its part, has expressed its readiness to present relevant evidence at the merits to substantiate its submission (*b*).

17. The Court has recognized that the principle of *onus probandi incumbit actori* is not an absolute one applicable in all circumstances. It has underlined that “[t]he determination of the burden of proof is in reality dependent on the subject-matter and the nature of each dispute brought before the Court; it varies according to the type of facts which it is necessary to establish for the purposes of the decision of the case”²². In particular, when faced with a submission or claim concerning a negative fact, the Court has shown some flexibility in its approach, and, on occasion, reversed or partly reversed the burden of proof such that the applicant would not be alone in shouldering it²³.

18. A brief overview of the Court’s case law shows that approaches vary greatly.

19. The Court has recognized that there may be circumstances in which the applicant should be allowed a more liberal recourse to inferences of fact in order to prove a negative. In the *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)* case, the Court had before it an allegation by the United States that Nicaragua was involved in arms supply, an allegation which the latter sought to refute. In this context, the Court observed that the evidence offered by Nicaragua had to be assessed “bearing in mind the fact that, in responding to that allegation, Nicaragua has to prove a negative”²⁴. The Court has also recognized that there may be circumstances in which the applicant cannot be required to prove a negative fact. This was the case in *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, where the Court had before it a claim by Guinea that its citizen had not been afforded, by a public authority of the Democratic Republic of the Congo (DRC), certain procedural guarantees to which he was entitled. In this context, the Court found it appropriate that neither party be alone in bearing the burden of proof²⁵. By contrast, in the case concerning *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*, the Court did not find it appropriate to contemplate a reversal of the burden of proof²⁶. It considered that it was not for Serbia, as the respondent, to prove a negative fact, such as the absence of facts constituting the *actus reus* of

²² *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 2010 (II), pp. 660-661, paras. 54-55.

²³ See Robert Kolb, *The International Court of Justice*, Hart Publishing, 2013, p. 938.

²⁴ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 80, para. 147.

²⁵ *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 2010 (II), p. 660, para. 54.

²⁶ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*, Judgment, I.C.J. Reports 2015 (I), pp. 73-74, para. 174.

16. La Fédération de Russie a déjà exprimé à ce stade certaines inquiétudes à l'idée de porter seule la charge de la preuve. L'Ukraine, pour sa part, s'est dite prête à produire au stade du fond les éléments de preuve voulus à l'appui de son chef de conclusions *b*).

17. La Cour a reconnu que le principe *onus probandi incumbit actori* n'est pas une règle absolue applicable en toutes circonstances. Elle a souligné que « [l']établissement de la charge de la preuve dépend, en réalité, de l'objet et de la nature de chaque différend soumis à la Cour ; il varie en fonction de la nature des faits qu'il est nécessaire d'établir pour les besoins du jugement de l'affaire »²². En particulier, lorsqu'elle a dû examiner un chef de conclusions ou une demande concernant un fait négatif, la Cour a montré une certaine souplesse dans son approche et a parfois renversé, entièrement ou partiellement, la charge de la preuve de telle sorte que le demandeur ne soit pas le seul à la porter²³.

18. Un bref survol de la jurisprudence de la Cour montre que les approches varient grandement.

19. La Cour a reconnu qu'il peut y avoir des circonstances dans lesquelles le demandeur doit pouvoir recourir plus largement aux présomptions de fait pour apporter la preuve d'un fait négatif. En l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, la Cour devait examiner une allégation des États-Unis selon laquelle le Nicaragua était impliqué dans la fourniture d'armes, ce que ce dernier entendait réfuter. Dans ce contexte, la Cour a fait observer que les éléments produits par le demandeur devaient être appréciés « en tenant compte du fait que, pour répondre à cette allégation, le Nicaragua a [avait] la charge d'administrer une preuve négative »²⁴. La Cour a également reconnu qu'il est des circonstances dans lesquelles on ne peut exiger du demandeur d'apporter la preuve d'un fait négatif. Tel a été le cas en l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, dans laquelle la Cour était saisie d'une requête de la Guinée alléguant qu'un de ses ressortissants n'avait pas bénéficié, de la part d'une autorité publique de la République démocratique du Congo (RDC), de certaines garanties procédurales auxquelles il avait droit. Dans ce contexte, la Cour a jugé approprié qu'aucune des parties ne supporte seule la charge de la preuve²⁵. En revanche, en l'affaire relative à *l'Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*, la Cour n'a pas jugé opportun d'envisager un renversement de la charge de la preuve²⁶.

²² *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 2010 (II), p. 660-661, par. 54-55.

²³ Voir Robert Kolb, *The International Court of Justice*, Hart Publishing, 2013, p. 938.

²⁴ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 80, par. 147.

²⁵ *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 2010 (II), p. 660, par. 54.

²⁶ *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2015 (I), p. 73-74, par. 174.

genocide. More recently, in *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, the Court considered that it was for Uganda to establish, at the reparations phase of the case, that a particular injury alleged by the DRC in Ituri “was *not* caused by Uganda’s failure to meet its obligations as an occupying Power”²⁷. In other words, the Court in that case placed the burden of proving a negative squarely on the respondent.

20. I take no position at this time on the question of how the burden of proof should be allocated in the present case concerning the question whether Ukraine is responsible for committing genocide in violation of the Genocide Convention in the Donetsk and Luhansk oblasts. I would only point out that it would be useful for the Parties to address this fundamental question as the case proceeds to the merits.

(Signed) Peter TOMKA.

²⁷ *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), Reparations, Judgment, I.C.J. Reports 2022 (I)*, pp. 44-45, para. 78 (emphasis added).

Elle a considéré qu'il n'incombait pas à la Serbie, en sa qualité de défenderesse, d'apporter la preuve d'un fait négatif tel que l'absence de faits constituant l'élément matériel du génocide. Plus récemment, en l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, la Cour a considéré qu'il incombait à l'Ouganda d'établir, au stade des réparations, que « tel ou tel préjudice en Ituri, allégué par la RDC, n'a[vait] pas été causé par son manquement à ses obligations de puissance occupante »²⁷. Autrement dit, dans cette affaire, la Cour a fait peser sur le défendeur, et sur lui seul, la charge d'apporter la preuve d'un fait négatif.

20. Pour l'heure, je ne me prononce pas sur la question de l'attribution de la charge de la preuve concernant le point de savoir si l'Ukraine est responsable de la commission d'un génocide, en violation de la convention sur le génocide, dans les oblasts de Donetsk et de Louhansk. Je me bornerai à dire qu'il serait utile que les Parties abordent cette question fondamentale au stade du fond.

(Signé) Peter TOMKA.

²⁷ *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda), réparations, arrêt, C.I.J. Recueil 2022 (I)*, p. 44-45, par. 78 (les italiques sont de moi).