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.

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).

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.

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.)

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.

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. 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.

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).