

DÉCLARATION DE M. LE JUGE BENNOUNA

[Texte original en français]

1. L'affaire dont la Cour a été saisie par l'Ukraine contre la Fédération de Russie est exceptionnelle à plus d'un titre. En effet, cette saisine fait suite à l'«opération militaire spéciale» que la Russie a engagée, le 24 février 2022, contre l'Ukraine et qu'elle a présentée comme «des mesures prises en application de l'[a]rticle 51 de la Charte des Nations Unies dans l'exercice du droit de légitime défense» (lettre datée du 24 février 2022, adressée au Secrétaire général par le représentant permanent de la Fédération de Russie auprès de l'Organisation des Nations Unies, Nations Unies, doc. S/2022/154 (24 février 2022)). Le jour même de la saisine de la Cour, soit le 26 février 2022, l'Ukraine s'est référée à des «allégations fausses et insultantes de génocide invoquées par la Russie comme prétexte pour son agression militaire illégale contre l'Ukraine» (déclaration du 26 février 2022, subséquemment distribuée comme document de l'Assemblée générale et du Conseil de sécurité en annexe à la lettre datée du 26 février 2022, adressée au Secrétaire général par le représentant permanent de l'Ukraine auprès de l'Organisation des Nations Unies, Nations Unies, doc. A/76/727-S/2022/161 (28 février 2022)). Elle a invoqué l'article IX de la convention des Nations Unies sur le génocide comme base de compétence de la Cour.

2. Certes, la Cour a déjà eu l'occasion de se prononcer sur la convention de 1948, que ce soit au titre de la compétence consultative (*Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1951*, p. 15) ou contentieuse (*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. 43; *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. 3). Mais c'est la première fois qu'un État lui demande d'exercer cette compétence pour examiner des allégations de génocide proférées par un autre État comme prétexte à un recours à la force et pour en établir l'illicéité.

3. J'ai déjà eu l'occasion, lors de l'adoption par la Cour, le 16 mars 2022, de son ordonnance en indication de mesures conservatoires, de souligner que cette convention n'a pas été conçue et adoptée «pour permettre la saisine de la Cour par un pays, comme l'Ukraine, d'un différend relatif à des allégations de génocide proférées à son encontre par un autre pays, comme la Fédération de Russie, même si ces allégations devaient servir de prétexte à un recours illégal à la force» (*Allégations de génocide au titre de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Ukraine c.*

DECLARATION OF JUDGE BENNOUNA

[Original English text]

1. The case brought before the Court by Ukraine against the Russian Federation is exceptional in more ways than one. These proceedings were instituted further to the “special military operation” launched by Russia on 24 February 2022 against Ukraine, which Russia presented as “measures taken in accordance with Article 51 of the Charter of the United Nations in exercise of the right of self-defence” (letter dated 24 February 2022 from the Permanent Representative of the Russian Federation to the United Nations addressed to the Secretary-General, UN doc. S/2022/154 (24 February 2022)). On the same day that the Court was seised, namely 26 February 2022, Ukraine referred to “Russia’s false and offensive allegations of genocide as a pretext for its unlawful military aggression against Ukraine” (Statement of 26 February 2022, subsequently distributed as a document of the General Assembly and the Security Council as an annex to the letter dated 26 February 2022 from the Permanent Representative of Ukraine to the United Nations addressed to the Secretary-General, UN doc. A/76/727-S/2022/161 (28 February 2022)). Ukraine invoked Article IX of the United Nations Genocide Convention as a basis for the Court’s jurisdiction.

2. The Court has, of course, had occasion to rule on the 1948 Convention, in respect of either its advisory jurisdiction (*Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1951*, p. 15) or its contentious jurisdiction (*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. 43; *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia), Judgment, I.C.J. Reports 2015 (I)*, p. 3). But this is the first time that a State has asked the Court to exercise its jurisdiction to consider allegations of genocide made by another State as a pretext for the use of force and to establish the unlawfulness of such conduct.

3. When the Court adopted its Order of 16 March 2022 indicating provisional measures, I observed at the time that this Convention was not conceived and adopted “to enable a State, such as Ukraine, to seise the Court of a dispute concerning allegations of genocide made against it by another State, such as the Russian Federation, even if those allegations were to serve as a pretext for an unlawful use of force” (*Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation), Provisional Measures, Order of 16 March*

Fédération de Russie), mesures conservatoires, ordonnance du 16 mars 2022, C.I.J. Recueil 2022 (I), déclaration du juge Bennouna, p. 236). Mais il s'agissait à ce stade d'apprécier la compétence *prima facie* de la Cour.

4. Dans son arrêt sur les exceptions d'incompétence et de recevabilité soulevées par la Russie, la Cour a conclu à l'existence d'un différend entre les Parties relatif à la convention sur le génocide. Elle a considéré que ce différend comporte deux aspects. Le premier aspect vise «à faire constater judiciairement qu[e l'Ukraine] n'a pas commis elle-même les actes illicites que la Fédération de Russie, de façon mensongère selon elle, lui a imputés par des déclarations publiques» (arrêt, par. 54). Le second aspect vise à invoquer la responsabilité internationale de la Russie en lui imputant des comportements internationalement illicites (*ibid.*, par. 55). Il s'agit de la reconnaissance de l'indépendance des deux «républiques» de Donetsk et de Louhansk et de l'emploi de la force par la Russie en violation des articles premier et IV de la convention (*ibid.*).

5. Alors que j'ai voté avec la majorité pour l'incompétence de la Cour concernant ce dernier aspect du différend (le second aspect), j'ai cependant voté contre la décision de la Cour de déclarer recevable la demande de l'Ukraine, relative au premier aspect du différend concernant la constatation de la non-violation par l'Ukraine de la convention sur le génocide (arrêt, par. 151, point 9 du dispositif).

6. Ce premier aspect se rapporte à ce que la Russie a considéré comme des «demandes inversées en constatation de conformité». En l'occurrence, l'Ukraine a demandé à 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» (arrêt, par. 78).

7. Je considère que de telles déclarations ne relèvent pas de la fonction judiciaire de la Cour, qui est de régler des différends juridiques entre États relatifs à l'interprétation ou à l'application du droit international. Or, le seul différend dans cette affaire qui oppose les deux Parties concerne la légalité du recours à la force par la Russie, lequel serait fondé, selon l'Ukraine, sur des allégations de génocide. C'est le cœur de la controverse juridique qui a opposé les deux Parties et la Cour a estimé qu'elle n'était pas compétente pour connaître d'un tel différend.

8. Quant à la question de la déclaration de conformité, elle n'est qu'une étape dans le raisonnement visant en réalité la proclamation par la Cour de l'illicéité du recours à la force par la Russie.

9. Le fait d'avoir scindé le différend en deux aspects autonomes s'avère être, à mon avis, un exercice artificiel et même dangereux dans la mesure où il amène la Cour à créer un précédent pour connaître des déclarations de conformité, ce qui va à l'encontre de la fonction judiciaire qui lui est dévolue par son Statut et son Règlement.

10. Le caractère artificiel de cette séparation est d'ailleurs mis en évidence par la Cour elle-même, lorsqu'elle définit l'intérêt juridique de l'Ukraine à

2022, *I.C.J. Reports 2022 (I)*, declaration of Judge Bennouna, p. 236). However, it was the Court's prima facie jurisdiction that was under consideration at that stage.

4. In its Judgment on the objections to jurisdiction and admissibility raised by Russia, the Court has found that a dispute exists between the Parties under the Genocide Convention. It considers that there are two aspects to this dispute. The first "seeks a judicial finding that [Ukraine] has itself not committed the wrongful acts that the Russian Federation has, falsely in Ukraine's view, imputed to it in public statements" (Judgment, para. 54). The second seeks to invoke Russia's international responsibility by imputing internationally wrongful conduct to it (*ibid.*, para. 55). This conduct consists in Russia's recognition of the independence of the two "republics" of Donetsk and Luhansk and its use of force in violation of Articles I and IV of the Convention (*ibid.*).

5. While I voted with the majority with regard to the Court's lack of jurisdiction over the latter aspect of the dispute (the second aspect), I nevertheless voted against the Court's finding that Ukraine's claim relating to the first aspect of the dispute concerning a declaration of non-violation by Ukraine of the Genocide Convention is admissible (Judgment, para. 151, subpara. 9 (operative part)).

6. This first aspect relates to what Russia considers to be "reverse compliance requests", whereby Ukraine has requested the Court to "[a]djudge and declare that there is no credible evidence that [it] is responsible for committing genocide in violation of the Genocide Convention in the Donetsk and Luhansk oblasts of Ukraine" (Judgment, para. 78).

7. In my view, such declarations are not part of the Court's judicial function, which is to settle legal disputes between States concerning the interpretation or application of international law. Yet the only dispute between the Parties in this case concerns the legality of the use of force by Russia, which, according to Ukraine, is based on false allegations of genocide. This is the heart of the legal controversy between the Parties and the Court considered that it lacked jurisdiction to entertain such a dispute.

8. As regards the question of a declaration of compliance, it is just one step in a line of reasoning that, in fact, seeks a proclamation by the Court that the use of force by Russia is unlawful.

9. Dividing the dispute into two separate aspects has, in my opinion, proved to be an artificial and even hazardous exercise in so far as it has led the Court to set a precedent for it to entertain requests for declarations of compliance, which is contrary to the Court's judicial function under its Statute and Rules.

10. The artificiality of this separation is, moreover, highlighted by the Court itself, when it defines Ukraine's legal interest in requesting such a

présenter une telle déclaration de conformité. La Cour introduit, à ce stade, un nouveau principe selon lequel la question de la recevabilité de la demande d'un État tendant à obtenir une déclaration de conformité est fonction des « circonstances » dans lesquelles une telle demande est formulée (arrêt, par. 107). Elle indique ensuite que les circonstances particulières en l'espèce se rapportent au conflit armé ayant débuté le 24 février 2022 sur le territoire ukrainien en vue de prévenir ou de punir un génocide. Ainsi, bien que la Cour ait affirmé que les deux aspects du différend étaient de nature « fondamentalement distincte » (*ibid.*, par. 56), elle justifie l'intérêt juridique de l'Ukraine par référence à des faits qui caractérisent le second aspect du différend, à savoir l'emploi de la force.

11. Bien qu'il existe effectivement des « circonstances » particulières liées à la guerre qui oppose les deux Parties depuis bientôt deux ans, la Cour n'a pas démontré, à mon avis, que l'Ukraine avait un intérêt pour agir à l'encontre des allégations de la Fédération de Russie. D'une part, de telles allégations sont fréquentes dans les polémiques de caractère politique proférées par des représentants d'États et elles sont souvent démenties au même niveau. Dès lors, elles ne peuvent pas faire l'objet d'un recours devant la Cour internationale de Justice, dans la mesure où elles ne concernent pas le respect des obligations prévues par la convention sur le génocide. Même s'il s'agit d'une fausse accusation de génocide, le droit international n'autorise pas, contrairement au droit interne, les États à engager de simples recours en diffamation. D'autre part, la demande de conformité déposée par l'Ukraine ne peut avoir aucun effet pratique, même si elle est accueillie par la Cour au stade du fond de l'affaire.

(Signé) Mohamed BENNOUNA.

declaration of compliance. The Court, at this point, introduces a new principle whereby the question of the admissibility of a State's request for a declaration of compliance depends on the "circumstances" in which such a request is made (Judgment, para. 107). The Court goes on to state that the particular circumstances in this case relate to the armed conflict that began on 24 February 2022 on Ukrainian territory with a view to preventing or punishing genocide. Thus, although the Court stated that the two aspects of the dispute were "fundamentally different" (*ibid.*, para. 56), it justifies Ukraine's legal interest by referring to facts that characterize the second aspect of the dispute, namely the use of force.

11. Although there are indeed particular "circumstances" relating to the war that began nearly two years ago between the two Parties, the Court has not, in my view, shown that Ukraine had standing before the Court to challenge the allegations of the Russian Federation. First, such allegations are commonplace in political discourse uttered by State representatives and they are often refuted at the same level. Consequently, they cannot form the subject-matter of proceedings before the International Court of Justice in so far as they do not concern compliance with obligations under the Genocide Convention. Even if an accusation of genocide is false, international law — unlike domestic law — does not allow States to institute what are simply defamation proceedings. Second, the compliance request submitted by Ukraine could not have any practical effect, even if it were upheld by the Court at the merits stage of the case.

(Signed) Mohamed BENNOUNA.
