

OPINION DISSIDENTE COMMUNE
DE M^{me} LA JUGE SEBUTINDE ET DE M. LE JUGE ROBINSON

[Traduction]

Absence d'éléments permettant de conclure au défaut de compétence pour connaître des conclusions c) et d) du paragraphe 178 du mémoire de l'Ukraine — Absence de prise en compte du principe de bonne foi dans la détermination de la compétence ratione materiae — Incorporation du principe de bonne foi à la convention sur le génocide.

Essence du principe de bonne foi étant l'obligation d'agir de façon raisonnable — Fédération de Russie n'ayant pas agi de façon raisonnable dans l'exécution de l'obligation que lui impose l'article premier de la convention sur le génocide, car elle n'a pas eu recours aux moyens mis à sa disposition par ses articles VIII et IX.

Obligation d'un État partie à la convention d'agir dans les limites de ce que lui permet la légalité internationale — Fédération de Russie n'ayant pas agi dans les limites de ce que lui permet la légalité internationale en menant son « opération militaire spéciale » — Désaccord avec l'interprétation par la majorité de l'arrêt rendu par la Cour en 2007 en l'affaire relative au Génocide en Bosnie.

INTRODUCTION

1. Nous avons voté avec la majorité en faveur des points 1, 3, 4, 5, 6, 7, 8 et 9 du dispositif (par. 151) de l'arrêt, mais nous nous sommes prononcés contre le point 2. Dans la présente opinion, nous exposons les raisons de notre désaccord avec la conclusion énoncée par la Cour au point 2 du dispositif (par. 151), dans lequel elle retient la deuxième exception préliminaire soulevée par la Fédération de Russie relativement aux conclusions c) et d) du paragraphe 178 du mémoire de l'Ukraine. La Fédération de Russie soutient que la Cour n'est pas compétente *ratione materiae* pour connaître des demandes figurant dans les conclusions en question. Nous concluons, quant à nous, que la Cour est bien compétente *ratione materiae* pour connaître des demandes figurant aux alinéas c) et d) des conclusions présentées par l'Ukraine dans son mémoire et qu'elles sont toutes deux recevables. Au paragraphe 178 de son mémoire, l'Ukraine prie la Cour,

« [p]our les motifs exposés dans [son] mémoire :

.....

- c) de dire et juger que l'emploi de la force auquel la Fédération de Russie recourt depuis le 24 février 2022 en Ukraine et contre celle-ci emporte violation des articles premier et IV de la convention sur le génocide ;
- d) de dire et juger que la reconnaissance des prétendues "République populaire de Donetsk" et "République populaire de Louhansk" le 21 février 2022 emporte violation des articles premier et IV de la convention sur le génocide».

2. Nous constatons malheureusement, et avec tout le respect que nous lui devons, que la majorité a versé dans l'erreur puisqu'elle a mal interprété l'obligation faite à un État partie à la convention sur le génocide (ci-après la «convention») d'agir de bonne foi, raisonnablement et «dans les limites de ce que lui permet la légalité internationale» (*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. 221, par. 430) dans toute action qu'il entreprend pour respecter l'engagement de prévenir et de punir le génocide qu'il a assumé au titre de la convention.

3. Ne pas interpréter la convention de cette manière, c'est faire fi de la portée généralement admise de l'obligation de prévenir et punir le génocide et risquer de causer un préjudice grave à certains États parties. Prenons l'exemple de l'État A, petit pays en développement militairement faible, dont la population est principalement constituée de descendants d'esclaves africains, mais qui compte également une petite minorité de descendants de travailleurs indiens sous contrat. L'État B voisin est un grand pays aux forces armées puissantes qui a des liens ethniques avec la population indienne de l'État A. L'État B accuse l'État A de tuer des membres de sa minorité indienne au cours d'actions constitutives de génocide au regard de la convention. L'État A rejette cette accusation avec véhémence, en la qualifiant de scandaleuse fabrication. L'État B prend toutefois pour prétexte cette allégation de violation par l'État A de la convention sur le génocide pour envahir le territoire de ce dernier ; ce faisant, l'État B affirme agir en vertu de la convention sur le génocide dans le but de prévenir la commission d'actes de génocide par l'État A. Compte tenu de la faiblesse de ses moyens militaires, l'État A n'est pas en mesure de résister à l'invasion, qui fait de nombreuses victimes au sein de sa population et se solde par un préjudice matériel de plusieurs milliards de dollars. L'État A et l'État B sont tous deux parties à la convention sur le génocide.

4. L'État A introduit une instance devant la Cour afin d'obtenir des réparations à raison du préjudice découlant de l'invasion de l'État B, au motif que cette invasion et l'emploi de la force par l'État B emportent violation de l'obligation faite à ce dernier par la convention sur le génocide d'agir de bonne foi, raisonnablement et dans les limites de ce que lui permet la légalité internationale dans toute action qu'il entreprend pour prévenir

ou punir un génocide. La Cour estime que l'invasion menée par l'État B et l'emploi de la force qui l'accompagne ne peuvent constituer des violations de la convention sur le génocide et sortent donc du champ d'application de la clause compromissoire figurant à l'article IX de la convention. En conséquence, la Cour conclut qu'elle n'a pas compétence *ratione materiae*.

5. En rendant une telle conclusion, la Cour expose un petit État militairement faible et partie à la convention sur le génocide à l'arbitraire et à l'emploi de la force par un État partie plus puissant militairement, qui pourrait vraisemblablement agir en toute immunité et justifier son comportement en arguant faussement que, en employant la force, il s'acquitte de l'obligation que lui impose la convention de prévenir et punir le génocide commis par l'État plus faible militairement.

6. Cette conclusion relative à l'incompétence de la Cour est dénuée de tout fondement juridique. Elle est en outre paradoxale et contraire au sens commun puisque la Cour a rejeté la convention sur le génocide, à savoir l'instrument même qui est exploité par la Fédération de Russie pour régler ses différends avec l'Ukraine; c'est un peu comme si A utilisait une arme pour blesser B et que le tribunal décide qu'il n'est pas compétent pour connaître du crime commis au moyen de cette arme. Dans cet exemple, le droit se dissocie de la réalité et c'est également ce à quoi nous assistons en l'espèce.

7. Il est admis que la Cour ne peut exercer sa juridiction à l'égard d'un État sans le consentement de ce dernier. Ce consentement à la compétence de la Cour figure le plus souvent dans l'article d'un traité (une clause compromissoire) dans lequel les États parties conviennent de soumettre à la Cour internationale de Justice tout différend concernant l'interprétation ou l'application du traité. En l'espèce, la clause compromissoire est l'article IX de la convention sur le génocide, qui se lit comme suit :

«Les différends entre les Parties contractantes relatifs à l'interprétation, l'application ou l'exécution de la présente Convention, y compris ceux relatifs à la responsabilité d'un État en matière de génocide ou de l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article III, seront soumis à la Cour internationale de Justice, à la requête d'une partie au différend.»

8. Dans bien des affaires, il n'est pas difficile de déterminer si un État a consenti à la compétence de la Cour. Il arrive toutefois, comme dans le cas d'espèce, que cet exercice présente des difficultés considérables. La question qui se pose donc est de savoir si la Cour est saisie d'un différend entre l'Ukraine et la Fédération de Russie relatif à l'interprétation, l'application ou l'exécution de la convention sur le génocide. La majorité conclut qu'il n'existe aucun différend de cette nature découlant des conclusions *c)* et *d)* que l'Ukraine formule au paragraphe 178 de son mémoire. Nous ne souscrivons pas, quant à nous, à cette conclusion.

PREMIÈRE PARTIE

*Incorporation du principe de bonne foi à la convention sur le génocide :
absence de prise en compte du principe de bonne foi
dans la détermination de la compétence ratione materiae*

9. Il ressort de l'arrêt que la majorité ne saisit pas toute l'importance du principe de bonne foi en droit international en général et de son application aux circonstances de l'espèce, en particulier. Or, la jurisprudence de la Cour fait apparaître une interprétation très claire et dénuée d'ambiguïté de ce principe fondamental.

10. Dans les affaires des *Essais nucléaires*, la Cour a considéré que « [l]'un des principes de base qui président à la création et à l'exécution d'obligations juridiques, quelle qu'en soit la source, est celui de la bonne foi » (*Essais nucléaires (Australie c. France)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 268, par. 46 ; *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 473, par. 49). L'expression « quelle qu'en soit la source » signifie qu'indépendamment de la source des obligations juridiques, qu'il s'agisse d'un traité, de droit coutumier ou des principes généraux du droit, le principe de bonne foi s'applique et joue un rôle dans la création et l'exercice de ces obligations. Bien qu'il soit applicable dans tous les domaines du droit international, ce principe occupe une fonction très spécifique et caractéristique dans le droit des traités, en vertu de l'article 26 de la convention de Vienne sur le droit des traités (ci-après la « convention de Vienne »), selon lequel « [t]out traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi ».

11. La jurisprudence de la Cour confirme la validité du principe de bonne foi dans l'interprétation et l'application de la convention sur le génocide. En l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, la Cour décrit dans les termes suivants l'effet juridique du principe de bonne foi dans l'exécution des obligations découlant du traité en vigueur entre la Hongrie et la Slovaquie (ci-après le « traité ») :

« L'article 26 associe deux éléments, qui sont d'égale importance. Il dispose que : "Tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi." De l'avis de la Cour, ce dernier élément implique qu'au cas particulier c'est le but du traité, et l'intention dans laquelle les parties ont conclu celui-ci, qui doivent prévaloir sur son application littérale. Le principe de bonne foi oblige les Parties à l'appliquer de façon raisonnable et de telle sorte que son but puisse être atteint. » (*Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1997, p. 78-79, par. 142.)

12. En l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, la Cour n'explique pas pourquoi, en l'absence de toute référence expresse dans le traité au principe de bonne foi, ce dernier impose aux parties au traité l'obligation de l'appliquer de façon raisonnable et de telle sorte que son but puisse être

atteint. Il est manifeste en revanche que, de l'avis de la Cour, la nature du principe de bonne foi est telle qu'il pourrait imposer pareille obligation aux parties au traité de 1977.

13. En l'affaire citée ci-dessus, la Cour a considéré que le principe de bonne foi énoncé à l'article 26 de la convention de Vienne avait été incorporé au traité de 1977. Toutefois, le terme «incorporation» n'a rien d'une formule magique et il peut même être judicieux de ne pas y avoir recours. En l'affaire relative aux *Immunités et procédures pénales*, la Cour a conclu expressément que le principe de l'égalité souveraine n'était pas incorporé au traité entre la Guinée équatoriale et la France (*Immunités et procédures pénales (Guinée équatoriale c. France), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2018 (I)*, p. 322, par. 96). La démarche de la Cour dans cette affaire diffère de celle qu'elle a adoptée en l'espèce puisqu'elle hésite à se pencher sur la question de savoir si le principe de bonne foi a bien été incorporé à la convention sur le génocide.

14. De la même manière que le principe de bonne foi a obligé les parties à appliquer le traité de 1977 en vigueur entre la Hongrie et la Slovaquie «de façon raisonnable et de telle sorte que son but puisse être atteint», il contraint également les États parties à la convention sur le génocide à appliquer cette dernière de façon raisonnable et de telle sorte que son but puisse être atteint. Nous parvenons à cette conclusion en ayant pleinement conscience de la différence qui existe entre les faits de l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* et ceux de la présente espèce. Nous estimons toutefois que le *dictum* figurant au paragraphe 142 de l'arrêt et cité au paragraphe 11 de la présente opinion est susceptible d'une application générale. La première phrase — indiquant que les deux éléments sont «d'égale importance» — s'applique indéniablement de manière générale. La troisième phrase mentionne expressément le «cas particulier»; cela signifie que la conclusion selon laquelle le but du traité et les intentions des parties prévalent sur son application littérale ne vaut que pour l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*. Nous sommes toutefois d'avis que dans les circonstances de l'espèce, et conformément à la règle coutumière d'interprétation énoncée à l'article 31 de la convention de Vienne, le but et l'intention des parties doivent également prévaloir sur l'application littérale de la convention sur le génocide. La quatrième et dernière phrase est la plus importante du paragraphe. Elle dénote l'effet de l'application du principe de bonne foi sur les droits et les obligations des parties au traité. Cela est indéniablement d'application générale. Il s'ensuit donc selon nous que le principe de bonne foi oblige les parties à la convention sur le génocide à appliquer celle-ci de façon raisonnable et de telle sorte que son but puisse être atteint.

15. Nous souhaitons également mettre l'accent sur le fait que, dans son *dictum* en l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, la Cour a conclu que les deux éléments de l'article 26 de la convention de Vienne étaient d'«égale importance». Il convient de résister à la tentation de simplifier ou de sous-estimer le second élément. Il ressort clairement du *dictum* de

la Cour que l'obligation d'exécuter un traité de bonne foi est tout aussi importante au titre de la jouissance des droits et de l'exécution des obligations des parties à un traité que de son effet obligatoire à l'égard de celles-ci. Le fait que les conventions internationales soient mentionnées à l'article 38 du Statut de la Cour comme l'une des sources du droit que cette dernière doit appliquer renvoie non pas uniquement au caractère contraignant d'un traité, mais aussi à l'obligation des parties à un traité de l'appliquer de bonne foi. Il est étrange à nos yeux que la majorité fasse si peu de cas du principe de bonne foi, étant donné que, dans son ordonnance en indication de mesures conservatoires en l'espèce, la Cour a fait observer que les parties contractantes à la convention sur le génocide devaient exécuter l'obligation de prévenir et de punir le génocide découlant de son article premier «de bonne foi, en tenant compte d'autres parties de la convention, en particulier ses articles VIII et IX, ainsi que son préambule» (*Allégations de génocide au titre de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Ukraine c. Fédération de Russie), mesures conservatoires, ordonnance du 16 mars 2022, C.I.J. Recueil 2022 (I), p. 224, par. 56*). Bien que les conclusions rendues dans le cadre d'une procédure relative à des mesures conservatoires ne lient pas la Cour lors de procédures ultérieures, il y a lieu de noter que la majorité n'a pas expliqué pourquoi elle s'écarterait de cette jurisprudence.

16. Le noble but de la convention sur le génocide est mis en évidence dans des *dicta* bien connus figurant dans l'avis consultatif rendu par la Cour en 1951 sur les *Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*. La Cour a dit que «les principes qui sont à la base de la Convention [étaient] des principes reconnus par les nations civilisées comme obligeant les États même en dehors de tout lien conventionnel» et qu'elle avait été adoptée «dans un but purement humain et civilisateur» (*avis consultatif, C.I.J. Recueil 1951, p. 23*). Dans ces constatations, la Cour montre clairement que la convention se fonde sur les droits de l'homme et que son but est collectif et communautaire. L'interprétation par trop restrictive et littérale de la convention sur le génocide par la majorité est totalement incompatible avec les «fins supérieures» (*ibid.*) de cet instrument, qui, conformément au principe de bonne foi, font obligation de l'appliquer de façon raisonnable. L'absence de référence expresse au principe de bonne foi dans la convention ne constitue pas un obstacle juridique à son application dans les relations entre les États parties. La Cour doit interpréter et appliquer la convention sur le génocide conformément à ses fins généreuses, purement humaines et civilisatrices.

17. Nous concluons qu'une interprétation des termes de l'article premier de la convention sur le génocide selon leur sens ordinaire, dans leur contexte et à la lumière de l'objet et du but de la convention, amène à conclure qu'un État partie est tenu d'agir de bonne foi dans toute action qu'il entreprend pour satisfaire à l'obligation que lui impose l'article premier de prévenir le génocide.

18. Nous allons maintenant examiner plus avant le principe de bonne foi, tel qu'il trouve son expression à l'article 26 de la convention de Vienne.

19. Pour une bonne part, la présente espèce concerne la relation entre un traité et le droit international général, et en particulier les circonstances dans lesquelles une règle de droit international général devient partie intégrante d'un traité. On ne peut que remarquer l'absence de tout examen de cette problématique dans le présent arrêt. La majorité semble d'avis que la violation d'une règle de droit international général ne peut dans le même temps constituer une violation de la convention sur le génocide.

20. La majorité sous-estime l'importance du principe de bonne foi lorsque, au paragraphe 142, elle cite un *dictum* de la Cour le qualifiant de « principe bien établi du droit international ». Or, le principe de bonne foi est beaucoup plus que cela : il constitue la disposition principale, centrale et fondamentale de la convention de Vienne.

21. L'importance spécifique et capitale du principe de bonne foi au regard du droit des traités en général et de la convention sur le génocide en particulier apporte une réponse à la Fédération de Russie quand elle soutient que, si l'on interprète la convention comme incluant ce principe, cela « aurait pour effet d'incorporer à [celle-ci] un nombre indéterminé d'autres règles de droit international » (voir arrêt, par. 131). Or, il est bien certain qu'aucun « déferlement » de cette nature n'en résulterait, puisque toutes les règles de droit international ne revêtent pas la spécificité et l'importance particulière du principe de bonne foi. L'article 26 se distingue des autres dispositions de la convention de Vienne non seulement parce qu'il énonce la règle *pacta sunt servanda* — l'obligation la plus fondamentale du droit des traités — mais aussi par sa formulation. Le membre de phrase placé au début de l'article — « [t]out traité » — ne se retrouve nulle part ailleurs dans la convention de Vienne. Il souligne le fait que toute partie à un traité est tenue de mettre en œuvre l'obligation imposée par l'article 26 de la convention de Vienne de s'acquitter de bonne foi des obligations découlant d'un traité, que ce dernier fasse ou non expressément référence à la règle *pacta sunt servanda*. Cette obligation n'est pas extérieure à la convention sur le génocide, elle lui est inhérente et en fait partie intrinsèque, étant donné que, selon l'article 26, tout traité doit être interprété et appliqué comme incluant cette obligation ; elle se distingue en outre de toute obligation analogue en droit international général. L'article 26 de la convention de Vienne est la *Grundnorm* du droit des traités et il n'est pas difficile de comprendre pourquoi l'on part généralement du principe que les États parties à un traité ont convenu de s'acquitter de bonne foi des obligations qui en résultent. En conséquence, un État partie qui n'agit pas de bonne foi en exécutant l'engagement conventionnel qu'il a pris de prévenir et de punir le génocide commet une violation de la convention. Cette conclusion est confortée par la constatation de la Cour en l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*.

22. Comme on peut le déduire de l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, l'essence du principe de bonne foi est l'obligation d'agir de

façon raisonnable. En s'acquittant de l'obligation de prévenir et de punir le génocide que lui impose l'article premier de la convention, la Fédération de Russie n'a pas agi de façon raisonnable, puisqu'elle a choisi de procéder à une invasion armée de l'Ukraine alors qu'elle pouvait avoir recours aux moyens prévus par les articles VIII et IX de la convention.

23. En vertu de l'article VIII, la Fédération de Russie aurait pu saisir le Conseil de sécurité et l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies « afin que ceux-ci prennent, conformément à la Charte des Nations Unies, les mesures qu'ils jugent appropriées pour la prévention et la répression des actes de génocide ou de l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article III ». Ces mesures n'impliquent pas nécessairement l'emploi de la force. À cet égard, la Fédération de Russie a violé l'article premier de la convention sur le génocide. Elle a en outre agi de façon déraisonnable en procédant à une invasion armée de l'Ukraine alors qu'il lui était possible, en vertu de l'article IX, d'introduire une instance contre cette dernière pour acte de génocide constituant une violation de l'article premier de la convention. Il s'agit là indéniablement d'un moyen pacifique. Dans les deux cas, en employant en premier recours une mesure extrême — à savoir une « opération militaire spéciale » —, la Fédération de Russie a manqué à son obligation d'agir de bonne foi en prenant des mesures pour prévenir et punir le génocide.

24. C'est dans ce contexte que nous allons maintenant procéder à l'examen de l'analyse par la majorité du principe de bonne foi énoncé aux paragraphes 142 et 143 de l'arrêt ; nous souhaitons souligner en particulier que la majorité n'a pas abordé le fond des griefs de l'Ukraine.

1. Paragraphe 142

25. On ne voit pas très bien ce qu'apporte la citation par la majorité du *dictum* de la Cour selon lequel « le principe de la bonne foi “n'est pas en soi une source d'obligation quand il n'en existerait pas autrement” (*Actions armées frontalières et transfrontalières (Nicaragua c. Honduras)*, compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 1988, p. 105, par. 94) ». En l'espèce, en effet, le principe de bonne foi précise l'obligation existante claire et autonome de prévenir et punir le génocide qui découle de l'article premier de la convention sur le génocide.

26. Plus loin dans le même paragraphe, la majorité observe que ce qui importe aux fins d'établir la compétence *ratione materiae*, c'est de savoir si un « État défendeur peut avoir méconnu une obligation spécifique s'imposant à lui et si la violation alléguée entre dans le champ de la compétence de la Cour ». Cette observation n'a selon nous rien d'inhabituel ni de surprenant s'il est entendu qu'il n'est pas nécessaire que l'« obligation spécifique » qui a été méconnue — telle que le principe de bonne foi — figure expressément dans le traité en question. C'était le cas en l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*. L'Ukraine soutient que le principe de bonne foi est

devenu une partie intégrante de la convention sur le génocide et que, en conséquence, le manquement de la Fédération de Russie à son obligation de prévenir et de punir le génocide de bonne foi emporte violation de la convention. Si la référence à «une obligation spécifique» signifie que cette dernière doit être mentionnée expressément, cela irait à l'encontre de la jurisprudence de la Cour en l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* et reviendrait à tomber dans le piège de la littéralité.

27. Dans ce même paragraphe, la majorité déclare que,

«[e]n l'espèce, quand bien même la Fédération de Russie aurait été de mauvaise foi en alléguant un génocide que l'Ukraine n'a pas commis et en prenant certaines mesures contre l'Ukraine sur la base d'un tel prétexte — ce que la défenderesse conteste — cela ne constituerait pas en soi la violation d'obligations au titre des articles premier et IV de la convention».

Cet argument ne répond en rien aux griefs de l'Ukraine. Il pose la question de savoir si le principe de bonne foi a bien été intégré à la convention. La majorité n'explique en rien pourquoi — si le principe de bonne foi fait partie intégrante de la convention, en d'autres termes s'il y a été incorporé — l'invasion armée ne constituerait pas une violation de ladite convention. Ce qui est manifeste, c'est que la majorité n'a pas examiné le fond du grief de l'Ukraine selon lequel l'engagement de prévenir et de punir le génocide énoncé à l'article premier implique aussi l'engagement d'agir de bonne foi.

28. Il est à noter que, dans l'examen de la compétence *ratione materiae* de la Cour aux paragraphes 142 et 143 de l'arrêt, la majorité ne tente à aucun moment d'expliquer pourquoi le principe de bonne foi en droit international général ne doit pas être considéré comme une obligation à respecter par les parties à la convention sur le génocide lorsqu'elles entreprennent de s'acquitter de l'engagement conventionnel de prévenir et de punir le génocide. Ce manquement met à mal le raisonnement de la majorité.

29. La seule manière de répondre à l'argument de l'Ukraine est de le réfuter en montrant, comme l'a fait la Cour en l'affaire relative aux *Immunités et procédures pénales*, que le principe de bonne foi n'est pas devenu une partie intégrante de la convention sur le génocide, en d'autres termes qu'il n'y a pas été incorporé. Or, la majorité n'a rien fait de tel. Il semblerait qu'elle s'accommode de voir la Fédération de Russie instrumentaliser la convention dans la lutte qui l'oppose à l'Ukraine au sujet des oblasts de Donetsk et de Louhansk, tout en jouissant d'une immunité de juridiction devant la Cour. On ne trouve dans l'analyse de la majorité strictement aucun élément indiquant pourquoi une telle action de la part de la Fédération de Russie ne constituerait pas une violation de l'article premier sur la base des griefs présentés par l'Ukraine. C'est la raison pour laquelle nous estimons que la majorité a fait fausse route en adoptant cette démarche qui ne répond en aucune manière à l'argumentation de l'Ukraine.

2. Paragraphe 143

30. La réponse hésitante et malavisée de la majorité constatée au paragraphe 142 ressort tout aussi clairement du paragraphe 143, dans lequel elle soutient que,

«si une telle invocation abusive a pour conséquence que les arguments qui s'appuient sur elle devront être écartés, il n'en résulte pas pour autant qu'elle constitue par elle-même une violation du traité. En l'espèce, même s'il était démontré que la Fédération de Russie a invoqué de manière abusive la convention (ce qui n'est pas établi à ce stade), il n'en résulterait pas qu'elle a violé ses obligations au titre de la convention, et en particulier qu'elle ait méconnu les obligations de prévenir et de punir découlant des articles premier et IV.»

Ici encore, on constate que la majorité ne s'est pas sérieusement penchée sur la thèse présentée par l'Ukraine. Le principe de bonne foi est tout aussi pertinent pour l'interprétation et l'application de la convention sur le génocide qu'il l'était au regard du traité entre la Hongrie et la Slovaquie en l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*. En conséquence, s'il était démontré que la Fédération de Russie n'avait pas invoqué la convention sur le génocide de bonne foi lorsqu'elle a lancé son «opération militaire spéciale» — question qui serait abordée au stade du fond —, il en résulterait, contrairement à la conclusion de la majorité, que la Fédération de Russie avait violé ses obligations au titre de la convention, et en particulier qu'elle avait méconnu les obligations de prévenir et de punir découlant de ses articles premier et IV. Par suite, l'invocation de mauvaise foi de la convention et l'adoption de certaines mesures sous un tel prétexte entraîneraient non seulement le rejet des arguments ainsi fondés, mais déboucheraient également sur la constatation d'une violation de la convention.

31. On peut donc en conclure que l'engagement pris par les États parties de prévenir et de punir le génocide au titre de l'article premier leur impose forcément l'obligation d'agir de bonne foi dans toutes les mesures qu'ils prennent pour s'acquitter de cet engagement. L'Ukraine fait valoir que la Fédération de Russie a manqué à cette obligation conventionnelle lorsqu'elle a affirmé que l'Ukraine commettait un génocide et pris ce prétexte pour lancer une invasion armée contre ce pays. La Fédération de Russie réfute cette allégation. Elle fait notamment valoir à cet égard que le différend dont est saisie la Cour concerne le droit de légitime défense que lui reconnaît l'article 51 de la Charte des Nations Unies — prétention à l'égard de laquelle la Cour n'est pas compétente. Toutefois, le fait qu'un comportement donné puisse donner naissance à un différend qui tombe sous le coup de plus d'un traité ne constitue pas un obstacle à la compétence de la Cour au titre du traité invoqué par le demandeur. La Cour était donc saisie d'un différend concernant l'interprétation, l'application et l'exécution de la convention sur le génocide. Partant, elle était compétente pour connaître de l'allégation de

l'Ukraine selon laquelle l'emploi de la force dans le cadre de l'«opération militaire spéciale» constituait une violation de l'article premier de la convention sur le génocide. La Cour aurait dû parvenir à cette conclusion, en reportant au stade du fond l'examen des questions idoines.

DEUXIÈME PARTIE

Absence de prise en compte par la majorité de l'obligation faite aux États parties à la convention sur le génocide d'agir de façon raisonnable et dans les limites de ce que leur permet la légalité internationale

32. Nous allons maintenant aborder notre deuxième motif de dissentiment résultant du fait que la majorité n'a pas pris en compte l'obligation faite aux États parties à la convention sur le génocide d'agir de façon raisonnable et dans les limites de ce que leur permet la légalité internationale dans toutes les mesures qu'ils mettent en œuvre pour respecter leur obligation de prévenir et de punir le génocide.

33. À aucun moment dans son analyse, la majorité ne s'est penchée sur le fond de la thèse de l'Ukraine, qui peut se résumer comme suit : la Fédération de Russie a manqué à l'obligation que lui impose l'article premier d'agir de façon raisonnable et dans les limites de ce que lui permet la légalité internationale dans toutes les mesures qu'elle met en œuvre pour s'acquitter de son engagement de prévenir et de punir le génocide. Avec tout le respect que nous devons à la majorité, son analyse est peu convaincante, vague, incertaine et, pour l'essentiel, elle fait fausse route. Nous allons maintenant examiner la manière dont la majorité a analysé le paragraphe 146 de l'arrêt.

1. Paragraphe 146

34. La majorité est également hésitante et incertaine lorsqu'elle aborde l'argument de l'Ukraine selon lequel — en l'affaire relative au *Génocide en Bosnie (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)* — la Cour a conclu que, selon la convention sur le génocide, les États parties étaient tenus d'agir de façon raisonnable et dans les limites de ce que leur permet la légalité internationale lorsqu'ils adoptent des mesures pour prévenir et punir le génocide.

35. Au paragraphe 146 du présent arrêt, la majorité s'emploie à réfuter les arguments de l'Ukraine fondés sur l'analyse qu'expose la Cour au paragraphe 430 de l'arrêt rendu en l'affaire relative au *Génocide en Bosnie*. Il est remarquable que, ce faisant, la majorité n'ait pas tenu compte de la prudence manifestée par la Cour au paragraphe 429 du même arrêt, dans lequel elle décrit l'analyse qu'elle s'apprête à mener au paragraphe 430. La Cour prend bien soin de souligner au paragraphe 429 qu'elle ne traite pas des situations générales dans lesquelles un traité, comme la convention contre la torture

par exemple, impose une obligation de prévenir la commission d'un acte prohibé, mais qu'elle «se borne[] ... à déterminer la portée spécifique de l'obligation de prévention figurant dans la convention sur le génocide» (*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. 220-221, par. 429). Elle reconnaît toutefois que, ce faisant, il lui faudra peut-être tout de même «se référer, en tant que de besoin, à des règles de droit dont la portée dépasse le seul domaine couvert par la Convention» (*ibid.*, p. 221, par. 429).

36. Au paragraphe 430 de l'arrêt rendu en l'affaire relative au *Génocide en Bosnie*, la Cour a conclu que l'obligation de prévenir le génocide impose aux États parties de mettre en œuvre tous les moyens qui sont raisonnablement à leur disposition en vue d'empêcher, dans la mesure du possible, qu'un génocide ne soit commis. Elle a ajouté que, dans certains cas précis, la notion de *due diligence* était importante pour déterminer si un État avait «manqué manifestement de mettre en œuvre les mesures de prévention du génocide qui étaient à sa portée» et elle a estimé que, pour établir si un État s'était acquitté de l'obligation de prévenir le génocide découlant de l'article premier de la convention, elle devait tenir compte de sa «capacité ... à influencer effectivement l'action des personnes susceptibles de commettre, ou qui sont en train de commettre, un génocide». Sur ce point, elle a également conclu que «la capacité d'influence de l'État d[é]vait être évaluée ... selon des critères juridiques, puisqu'il est clair que chaque État ne peut déployer son action que dans les limites de ce que lui permet la légalité internationale». Selon nous, le deuxième de ces *dicta* n'est pas pertinent en l'espèce.

37. Nous allons maintenant aborder les premier et troisième *dicta*.

38. Nous estimons que, en lançant en Ukraine son «opération militaire spéciale», la Fédération de Russie n'a pas mis en œuvre tous les moyens raisonnablement à sa disposition en vue de prévenir et de punir un génocide. Nous parvenons à cette conclusion parce que, au lieu de lancer l'invasion armée de l'Ukraine, la Fédération de Russie pouvait raisonnablement avoir recours aux moyens prévus par les articles VIII et IX de la convention sur le génocide. En vertu de l'article VIII, elle aurait raisonnablement pu saisir le Conseil de sécurité et l'Assemblée générale des Nations Unies afin que ceux-ci prennent, conformément à la Charte des Nations Unies, les mesures qu'ils jugent appropriées pour la prévention et la répression des actes de génocide. Ces mesures n'impliquent pas nécessairement l'emploi de la force. La Fédération de Russie aurait en outre raisonnablement pu engager la procédure de règlement des différends prévue par l'article IX en introduisant devant la Cour une requête alléguant du manquement par l'Ukraine à l'obligation que lui impose la convention de ne pas commettre de génocide. Il s'agit là indéniablement d'un moyen pacifique. En se limitant à la mesure extrême consistant à lancer une invasion armée de l'Ukraine et en faisant fi des mesures prévues par les articles VIII et IX de la convention, la Fédération de Russie a manqué à l'obligation de mettre en œuvre tous les moyens

raisonnablement à sa disposition en vue de prévenir et de punir le génocide. Selon nous, ce sont là justement les arguments et les considérations qui ont été présentés à juste titre par l'Ukraine pour démontrer que le différend opposant les Parties entrerait dans les prévisions de l'article IX de la convention sur le génocide. La Cour elle-même a précédemment conclu que l'allégation de la Fédération de Russie — selon laquelle son « opération militaire spéciale » en Ukraine se fondait sur son droit de légitime défense tel que consacré par l'article 51 de la Charte des Nations Unies — ne faisait pas obstacle à la validité des griefs soulevés par l'Ukraine au titre de la convention sur le génocide.

39. Nous abordons maintenant le troisième *dictum* de la Cour figurant dans le paragraphe 430 de l'arrêt rendu en l'affaire relative au *Génocide en Bosnie*, selon lequel « il est clair que chaque État ne peut déployer son action que dans les limites de ce que lui permet la légalité internationale ».

40. Au paragraphe 146 du présent arrêt, la Cour conclut que la portée de l'obligation de prévenir le génocide, définie à l'article premier de la convention sur le génocide, recouvre l'obligation des États parties à ladite convention d'agir dans les limites de ce que leur permet la légalité internationale. La question de savoir si la Fédération de Russie a agi de cette manière en lançant une invasion armée de l'Ukraine relève du stade de l'examen du fond.

41. Au paragraphe 430 de l'arrêt rendu en l'affaire relative au *Génocide en Bosnie*, la Cour a procédé à une analyse interprétative de la portée de l'obligation de prévenir le génocide au titre de l'article premier de la convention. Dans cette analyse, elle a exposé la signification de l'article premier de la convention pour les États parties. Ce *dictum* a pour effet d'encadrer toute mesure mise en œuvre par un État partie pour s'acquitter de l'obligation que lui impose l'article premier de prévenir et de punir le génocide ; il montre clairement que pareille mesure doit être conforme aux limites définies par le droit international.

42. C'est dans ce contexte que nous allons maintenant examiner la manière dont la Cour a traité le paragraphe 430 de l'arrêt rendu en l'affaire relative au *Génocide en Bosnie*. Pour commencer, la majorité ne fait aucune mention de la prudence affichée par la Cour dans l'introduction figurant au paragraphe 429, où elle déclare qu'elle se concentre sur la portée de l'obligation de prévention du génocide visée à l'article premier de la convention.

43. Au paragraphe 146, la majorité fait trois déclarations dont chacune est problématique et appelle des observations.

44. Dans ce paragraphe, la majorité affirme que « [l]a Cour n'a pas entendu, par son prononcé de 2007, interpréter la convention comme incorporant des règles de droit international qui lui sont étrangères, notamment celles qui régissent le recours à la force ». Or, nous n'avons pas à nous lancer dans des conjectures sur ce que la Cour entendait par son prononcé de 2007, puisqu'elle a expliqué sans équivoque aucune ce qu'elle faisait : en définissant la portée de l'obligation de prévenir imposée par la convention sur le génocide, la Cour a conclu que les États parties à la convention « ne p[ouvaie]nt déployer

[leur] action que dans les limites de ce que [leur] permet la légalité internationale» dans toutes les mesures qu'ils mettaient en œuvre pour prévenir et punir le génocide (*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. 221, par. 430). La formulation par la Cour — «ne p[ouvaie]nt que déployer [leur] action» — de l'instruction qu'elle donne aux États parties à la convention sur le génocide est précise, décisive, catégorique et injonctive. La conjecture émise par la majorité au sujet de l'intention de la Cour en l'affaire relative au *Génocide en Bosnie* est donc totalement injustifiée. Dans ce paragraphe, par conséquent, la Cour examine ce qu'un État partie peut ou ne peut pas faire pour s'acquitter de son obligation de prévenir et de punir le génocide. Il est remarquable que la majorité ne fasse aucune mention dans le présent arrêt de la déclaration explicative figurant au paragraphe 429 de l'arrêt rendu par la Cour en l'affaire relative au *Génocide en Bosnie*. Ladite déclaration indique clairement que, au paragraphe 430, la Cour a défini la portée de l'obligation de prévenir le génocide énoncée à l'article premier de la convention sur le génocide.

45. Au paragraphe 146 du présent arrêt, la majorité soutient également que, par son prononcé en l'affaire relative au *Génocide en Bosnie*, la Cour «a entendu préciser qu'un État ne saurait être tenu, en vertu de la convention, d'agir en méconnaissance d'autres règles de droit international». Une fois encore, cette conclusion est hors de propos. L'Ukraine n'a pas fait valoir que la Fédération de Russie était tenue par la convention d'agir en méconnaissance d'autres règles du droit international. Elle soutient que, en vertu de la convention, la Fédération de Russie a l'obligation d'agir dans les limites de ce que lui permet la légalité internationale. Selon l'Ukraine, l'«opération militaire spéciale» lancée par la Fédération de Russie emporte violation de cette obligation. Contrairement à ce qu'affirme la majorité, cette obligation n'est pas étrangère à la convention : elle lui est au contraire inhérente et en fait partie intégrante puisqu'elle découle d'une interprétation de l'obligation qu'un État partie tient de l'article premier de la convention de prévenir le génocide.

46. Au paragraphe 146, la majorité soutient également que, même à supposer que l'«opération militaire spéciale» menée par la Fédération de Russie soit «contraire[] au droit international, ce n'est pas la convention que la Fédération de Russie aurait violée, ce sont les règles pertinentes du droit international applicables à ... l'emploi de la force». Aucune raison n'est donnée pour justifier cette conclusion. Si l'obligation de prévenir et de punir le génocide découlant de l'article premier de la convention recouvre le devoir d'agir dans les limites de ce que permet la légalité internationale, la Fédération de Russie aurait manqué à l'obligation imposée par la convention à un État partie d'agir dans les limites de ce que lui permet la légalité internationale en s'acquittant de son obligation conventionnelle de prévenir le génocide.

47. En résumé, la portée de l'obligation de prévenir et de punir le génocide, énoncée à l'article premier de la convention sur le génocide, recouvre le devoir d'agir dans les limites de ce que permet la légalité internationale. Selon la thèse de l'Ukraine, en menant son « opération militaire spéciale », la Fédération de Russie n'a pas agi dans les limites de ce que lui permet la légalité internationale. La Cour est donc compétente pour connaître de l'allégation de l'Ukraine selon laquelle la Fédération de Russie a manqué à l'obligation que lui fait l'article premier d'agir dans les limites de ce que lui permet la légalité internationale dans toute mesure mise en œuvre pour prévenir ou punir le génocide. La majorité aurait donc dû conclure que la Cour était compétente pour connaître de la demande de l'Ukraine et réserver au stade du fond l'examen de la question de savoir si, en menant son « opération militaire spéciale », la Fédération de Russie avait agi dans les limites de ce que lui permet la légalité internationale.

48. Cette conclusion ne devrait pas créer la surprise étant donné que, dans l'ordonnance en indication de mesures conservatoires rendue en l'espèce, la Cour a conclu que « l'Ukraine a[vait] un droit plausible de ne pas faire l'objet d'opérations militaires par la Fédération de Russie aux fins de prévenir et punir un génocide allégué sur le territoire ukrainien » (*Allégations de génocide au titre de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Ukraine c. Fédération de Russie), mesures conservatoires, ordonnance du 16 mars 2022, C.I.J. Recueil 2022 (I), p. 225, par. 60*).

CONCLUSION

49. Si la présente affaire était portée devant un tribunal du Commonwealth dans les Caraïbes, nous serions tenus d'éviter ce que Lord Wilberforce a appelé l'« austérité d'un légalisme systématique » (*Minister of Home Affairs v. Fisher* [1980] A.C. 319, 328). Or, la démarche suivie par la Cour pour interpréter des conventions relatives aux droits de l'homme n'est pas très éloignée de celle de Lord Wilberforce. Nous sommes sommés d'attribuer aux termes d'un traité leur sens ordinaire dans leur contexte et à la lumière de l'objet et du but du traité. S'agissant de ce deuxième élément, des années avant le *dictum* de Lord Wilberforce, la Cour avait dit que la convention sur le génocide avait été adoptée « dans un but purement humain et civilisateur » et pour « confirmer et ... sanctionner les principes de morale les plus élémentaires ». La Cour aurait dû interpréter et appliquer la convention conformément à ses « fins supérieures ».

50. L'une des conséquences stupéfiantes du présent arrêt est de voir l'Ukraine privée de toute réparation pour les pertes en vies humaines et dommages corporels et matériels résultant de l'invasion. Nous estimons que cela est éminemment regrettable.

51. C'est à l'Ukraine qu'il incombe de démontrer que la Fédération de Russie n'a pas agi de bonne foi, raisonnablement et dans les limites de ce que

lui permet la légalité internationale en s'acquittant de son obligation conventionnelle de prévenir et de punir le génocide. Selon nous, l'Ukraine s'est bien acquittée de cette tâche.

52. La présente affaire a été portée devant la Cour à un moment où son rôle n'a jamais compté autant d'affaires, soit vingt-deux au total, dont trois demandes d'avis consultatif. On peut raisonnablement en déduire que la Cour jouit de la confiance de la communauté internationale. Or, nous craignons que le présent arrêt n'ébranle cette confiance. En tant qu'organe judiciaire principal de l'Organisation des Nations Unies, la Cour devrait répondre présente et exercer sa compétence lorsque des actes tels que l'invasion sont commis par un État défendeur sous prétexte de prévenir ou de punir un prétendu génocide. La Cour est, à juste titre, très soucieuse de s'assurer que, dans toute affaire, les États parties au litige ont consenti à sa compétence. C'est le cas en l'espèce, aussi bien pour l'Ukraine que pour la Fédération de Russie. La Cour a analysé de manière trop restrictive sa compétence au regard des conclusions figurant aux alinéas *c)* et *d)* du paragraphe 178 du mémoire de l'Ukraine.

53. Nous n'avons pas abordé dans la présente opinion, la demande énoncée à l'alinéa *d)* des conclusions figurant dans le paragraphe 178 du mémoire de l'Ukraine, dans lequel elle priait la Cour de dire et juger que la reconnaissance des prétendues « République populaire de Donetsk » et « République populaire de Louhansk » le 21 février 2022 emportait violation des articles premier et IV de la convention sur le génocide. Nous avons en effet mis l'accent sur l'alinéa *c)* des conclusions de l'Ukraine, dans lequel elle demande à la Cour de dire et juger que l'emploi de la force auquel la Fédération de Russie recourt contre l'Ukraine emporte violation des articles premier et IV de la convention sur le génocide. Nous sommes convaincus qu'il s'agit de loin de la demande la plus urgente et la plus pressante, et c'est la raison pour laquelle nous y avons prêté une attention particulière.

(Signé) Julia SEBUTINDE.

(Signé) Patrick L. ROBINSON.
