

DÉCLARATION DE M. LE JUGE *AD HOC* KRESS

[Traduction]

Critère de plausibilité — Intention génocidaire — Groupe protégé au titre de la convention sur le génocide.

1. J'ai voté en faveur de tous les points énoncés dans le dispositif de l'ordonnance. Je souscris également, pour l'essentiel, au raisonnement de la Cour. Aussi me contenterai-je de formuler quelques observations au sujet du critère de plausibilité et, en particulier, du lien qui existe entre celui-ci et les questions de l'intention génocidaire et des groupes protégés au titre de la convention sur le génocide.

2. La plausibilité des droits invoqués, en tant que condition préalable à l'indication de mesures conservatoires, apparaît désormais assez solidement ancrée dans la jurisprudence de la Cour. Toutefois, il semblerait que certaines questions subsistent quant à la portée exacte de cette condition et qu'il demeure difficile de définir précisément le critère appliqué par la Cour en la matière¹.

3. Le fait que certains droits revendiqués dans l'affaire *Ukraine c. Fédération de Russie* n'aient pas été jugés plausibles ((*Application de la convention internationale pour la répression du financement du terrorisme et de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*), *mesures conservatoires, ordonnance du 19 avril 2017, C.I.J. Recueil 2017*, p. 131-132, par. 75) a donné lieu à l'interprétation selon laquelle la Cour a élargi la portée de la condition à l'examen, de sorte que celle-ci s'applique aussi, au moins partiellement, à la violation de droits². Se pose en outre la question de savoir si l'ordonnance rendue par la Cour dans l'affaire précitée pourrait avoir établi un critère de plausibilité relativement exigeant pour ce qui concerne les éléments moraux des crimes en cause (voir notamment l'exposé de l'opinion individuelle de M. le juge Owada qui a été joint à ladite décision, *ibid.*, p. 147-148, par. 21-23). C'est dans ce contexte que le Myanmar, en la présente procédure, a pris soin de mettre en avant l'affaire *Ukraine c. Fédération de Russie* pour faire valoir que le critère de plausibilité s'étendait à la question de l'intention génocidaire et qu'il n'y était pas satisfait (CR 2019/19, p. 24-25, par. 9-11 (Schabas)). A cet égard, le défendeur a par ailleurs estimé que, «[d]ans une affaire telle que la présente espèce, dans laquelle sont formulées des allégations d'une exceptionnelle gravité», la Cour

¹ Pour une analyse pertinente publiée récemment, voir Cameron Miles, «Provisional Measures and the «New» Plausibility in the Jurisprudence of the International Court of Justice», *British Yearbook of International Law* (2018, à paraître), accessible à l'adresse suivante: <https://doi.org/10.1093/bybil/bry011>.

² *Ibid.*, p. 32-39 (pagination provisoire).

devrait appliquer «un critère de plausibilité plus strict» (CR 2019/19, p. 25, par. 13 (Schabas)).

4. Au paragraphe 56 de son ordonnance, la Cour rejette cette idée d'un critère plus rigoureux. Je souscris à cette conclusion et tiens à ajouter que, alors que le Myanmar a soutenu que le strict critère appliqué au stade de l'examen au fond en cas d'allégations d'une exceptionnelle gravité devrait être appliqué «*a fortiori*» «au stade des mesures conservatoires» (*ibid.*), il est permis de se demander si la fonction particulière des mesures conservatoires — à savoir leur fonction protectrice —, ne va pas à l'encontre de cette position, et ce, précisément parce que des valeurs fondamentales sont en cause.

5. Indépendamment de cette dernière considération, il appert du paragraphe 56 de l'ordonnance, lu dans son contexte immédiat, que la Cour a appliqué à la question de l'existence d'une intention génocidaire un critère peu strict. En effet, quelle que soit l'interprétation correcte de celui qui a été appliqué dans l'ordonnance rendue en l'affaire *Ukraine c. Fédération de Russie*, la Cour est loin, en la présente espèce, d'avoir procédé à un examen approfondi de cette question. A cet égard, il n'est sans doute pas inutile de rappeler que, dans l'exposé de son opinion individuelle qui a été joint à l'ordonnance rendue en l'affaire relative à des *Usines de pâte à papier*, M. le juge Abraham a établi une distinction entre *fumus boni juris* et *fumus non mali juris* (*Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, mesures conservatoires, ordonnance du 13 juillet 2006, C.I.J. Recueil 2006, p. 140-141, par. 10). A mon sens, c'est cette dernière expression qui rend le mieux compte de l'approche adoptée par la Cour dans la présente ordonnance en ce qui concerne la question de l'intention génocidaire. Si, comme le précise M. le juge Abraham dans son exposé, la distinction entre les termes «*boni*» et «*non mali*» est affaire de «nuances», il peut toutefois s'agir, et tel est au moins le cas en l'espèce, de nuances importantes. Je formule également cette observation parce que, même sur la base du critère de plausibilité peu strict qui a été appliqué dans l'ordonnance, ce n'est pas sans quelque hésitation que je suis parvenu à la conclusion que les éléments produits jusqu'à présent par la Gambie suffisaient à permettre à la Cour de juger qu'il avait été satisfait audit critère s'agissant de l'intention génocidaire.

6. Quoiqu'elle ne justifie pas l'application d'un critère de plausibilité strict en tant que condition préalable à l'indication de mesures conservatoires, l'exceptionnelle gravité des violations alléguées en la présente affaire justifie en revanche, voire exige, qu'il soit souligné que la conclusion énoncée en ce qui concerne la plausibilité ne préjuge en rien le fond de l'affaire.

7. Ceci vaut aussi bien pour la question de l'intention génocidaire que pour celle de savoir si les Rohingya au Myanmar constituent un groupe protégé au titre de la convention sur le génocide. La Cour ne fait allusion à ce second point que dans une seule phrase de son ordonnance, au paragraphe 52, indiquant que «les Rohingya au Myanmar semblent constituer un groupe protégé au sens de l'article II de la convention». J'aurais

préféré la voir exprimer d'une manière plus claire que par le seul emploi du terme «semblent» qu'elle ne pouvait, à ce stade de la procédure, aller au-delà de l'élément de plausibilité dans son examen de la question, ne serait-ce que parce que celle-ci n'a guère été abordée au cours de la procédure.

(Signé) Claus KRESS.
