

DÉCLARATION DE M^{me} LA JUGE DONOGHUE

[Traduction]

1. Dans la présente déclaration, j'entends formuler des observations sur la décision de la Cour de rejeter les exceptions préliminaires que la partie défenderesse a soulevées à l'égard de sa compétence *ratione materiae*, tout en souscrivant à cette décision.

2. Dès lors que le demandeur s'appuie sur un traité pour fonder la compétence de la Cour, le défendeur qui soulève une exception préliminaire d'incompétence *ratione materiae* est censé fonder cette exception non seulement sur des dispositions juridictionnelles, mais aussi sur des dispositions de fond du traité en question, telles que les définitions et les dispositions définissant les droits et obligations des parties. Les dispositions de fond sont, bien entendu, également interprétées par la Cour lors de l'examen de l'affaire au fond. Dans le cadre des exceptions préliminaires, la distinction entre les questions relatives à la compétence et celles qui intéressent le fond a des conséquences importantes. Le dépôt de l'acte introductif de l'exception préliminaire vient suspendre la procédure sur le fond (article 79, paragraphe 5, du Règlement de la Cour du 14 avril 1978 tel que modifié le 1^{er} février 2001). La Cour peut alors statuer sur une question de compétence, mais pas sur une question de fond.

3. Malgré l'intérêt que revêt la distinction entre les questions relatives à l'interprétation des traités qui déterminent l'étendue de la compétence *ratione materiae* de la Cour et celles qui relèvent plutôt du fond, je ne connais pas d'énoncé unique définissant clairement la limite entre les deux catégories. La distinction est établie au cas par cas par la Cour, inspirée par les positions des parties sur la question et fondée sur les circonstances particulières de l'espèce.

4. Si la Cour estime qu'une exception préliminaire intéresse une question relative à l'interprétation des traités qui relève du fond, elle doit rejeter cette exception et réserver sa décision au stade de l'examen au fond.

5. Si, en revanche, la Cour constate qu'une exception préliminaire soulève une question concernant sa compétence *ratione materiae*, trois options lui sont ouvertes: rejeter l'exception, l'accueillir ou renvoyer la question de sa compétence au stade de l'examen au fond au motif que l'exception ne présente pas, dans les circonstances de l'espèce, un caractère exclusivement préliminaire (article 79, paragraphe 9, du Règlement de la Cour du 14 avril 1978 tel que modifié le 1^{er} février 2001). Les parties invoquent souvent cette troisième option comme solution intermédiaire de repli pour le cas où leurs positions principales sur l'exception préliminaire ne seraient pas retenues. Toutefois, pour les motifs exposés par deux de ses membres dans une opinion individuelle récente, la Cour devrait en principe accueillir ou rejeter les exceptions préliminaires et ne devrait

choisir la troisième option que lorsqu'il existe des raisons manifestes de le faire. (Voir *Certains actifs iraniens (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2019, opinion individuelle commune de MM. les juges Tomka et Crawford.) La Cour a suivi cette approche aujourd'hui.

6. La Cour a déjà utilisé diverses formules pour énoncer le critère qu'elle applique pour décider d'accueillir ou de rejeter les exceptions concernant sa compétence *ratione materiae*. En 1996, lorsqu'elle a été saisie de la question de savoir si un traité bilatéral lui donnait compétence pour statuer sur les prétentions du demandeur, elle a déclaré qu'elle

«ne p[ouvai]t se borner à constater que l'une des Parties soutient qu'il existe un ... différend et que l'autre le nie. Elle doit rechercher si les violations du traité ... alléguées par [le demandeur] entrent ou non dans les prévisions de ce traité et si, par suite, le différend est de ceux dont la Cour est compétente pour connaître *ratione materiae*.» (*Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique)*, exception préliminaire, arrêt, C.I.J. Recueil 1996 (II), p. 810, par. 16; les italiques sont de moi.)

7. La Cour a rappelé cette formule dans l'affaire relative aux *Immunités et procédures pénales (Guinée équatoriale c. France)* (exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2018 (I), p. 308, par. 46), où elle a déclaré qu'elle

«d[evai]t rechercher si les violations du traité ... alléguées ... entrent ou non dans les prévisions de ce traité et si, par suite, le différend est de ceux dont la Cour est compétente pour connaître *ratione materiae*» (*Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique)*, exception préliminaire, arrêt, C.I.J. Recueil 1996 (II), p. 810, par. 16)».

8. Dans l'affaire relative aux *Immunités et procédures pénales (Guinée équatoriale c. France)*, la Cour a ensuite utilisé d'autres formules pour indiquer comment elle statuait sur sa compétence *ratione materiae*. Elle a dit, par exemple, qu'elle rechercherait si les deux «aspect[s] du différend» opposant les parties à cette affaire étaient «susceptible[s] d'entrer dans les prévisions» des deux traités invoqués par le demandeur (C.I.J. Recueil 2018 (II), p. 315, par. 69 et 70; les italiques sont de moi) et si «les actes accomplis par [le défendeur] dont [le demandeur] tir[ait] grief [étaient] susceptibles d'entrer dans les prévisions» du traité en question (*ibid.*, p. 319, par. 85; les italiques sont de moi).

9. La plus récente formule par laquelle la Cour a énoncé le critère qu'elle utilise pour statuer sur sa compétence *ratione materiae* figure dans l'affaire relative à *Certains actifs iraniens (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique)* (exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2019, p. 23, par. 36), où la Cour a déclaré qu'elle

«d[evai]t rechercher si les actes dont [le demandeur] tire grief entrent dans les prévisions du traité ... et si, par suite, le différend est de ceux

dont elle est compétente pour connaître *ratione materiae*... (*Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique)*, exception préliminaire, arrêt, *C.I.J. Recueil 1996 (II)*, p. 809-810, par. 16).» (Les italiques sont de moi.)

La Cour a de nouveau utilisé cette formule aujourd'hui (arrêt, par. 57).

10. Je ne considère pas que la diversité de ces formules dénote l'existence d'incohérences dans la définition des critères que la Cour applique pour statuer sur les exceptions d'incompétence *ratione materiae*. Selon l'approche énoncée pour la première fois dans l'affaire des *Plates-formes pétrolières*, dès lors que la Cour constate l'existence d'un différend entre les parties, elle doit examiner les actes dont le demandeur tire grief (en d'autres termes, les faits qu'il allègue) à la lumière des droits et obligations prévus par le traité. La Cour n'a pas besoin de déterminer si les faits allégués par le demandeur sont établis ni même si ces faits sont plausibles pour trancher une question intéressant sa compétence *ratione materiae*. L'appréciation des éléments de preuve est renvoyée au stade de l'examen au fond. En revanche, la Cour doit se forger une opinion sur la mesure dans laquelle les prévisions du traité s'appliquent aux actes allégués par le demandeur avant d'accueillir ou de rejeter toute exception d'incompétence *ratione materiae*. La manière dont elle exprime les conclusions qu'elle tire de l'interprétation du traité varie inéluctablement en fonction des circonstances particulières de l'espèce.

11. L'arrêt rendu récemment en l'affaire relative aux *Immunités et procédures pénales (Guinée équatoriale c. France)* est un cas où la Cour a accueilli une des exceptions préliminaires du défendeur concernant sa compétence *ratione materiae*. Pour parvenir à cette décision qui portait sur des prétentions formulées au titre de la convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, la Cour a analysé les interprétations respectives données à cette convention par les parties (*Immunités et procédures pénales (Guinée équatoriale c. France)*, exceptions préliminaires, arrêt, *C.I.J. Recueil 2018 (I)*, p. 323, par. 102, et p. 328, par. 117-118). C'est un des cas où l'on peut dire que les actes dont le demandeur tire grief ne sont pas susceptibles d'entrer dans les prévisions du traité, à supposer même que les faits allégués par l'intéressé soient établis. En pareil cas, la Cour donne une réponse définitive à la question litigieuse intéressant l'interprétation du traité, qui ne peut être rouverte dans l'affaire.

12. La situation est plus compliquée et plus délicate lorsque l'exception d'incompétence *ratione materiae* est rejetée, de sorte que les prétentions en cause doivent être examinées au fond. Tel est le cas aujourd'hui. La Cour a rejeté chacun des trois moyens que la partie défenderesse avait invoqués pour soulever ses exceptions d'incompétence *ratione materiae*. Je parlerai ci-dessous des deux moyens tirés de la convention internationale pour la répression du financement du terrorisme (ci-après la «CIRFT»), à savoir l'existence des «éléments moraux» requis et la signification de l'expression «toute personne», avant d'aborder le moyen tiré

de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (ci-après la «CIEDR»).

13. Comme la Cour l'explique au paragraphe 63 de l'arrêt, elle a rejeté la branche de la première exception préliminaire fondée sur l'interprétation que la partie défenderesse donnait aux dispositions du paragraphe 1 de l'article 2 de la CIRFT qui traitent de l'intention, de la connaissance et du but (que la Cour qualifie d'«éléments moraux»). Elle a décidé que les interprétations divergentes données par les Parties à ces éléments du paragraphe 1 de l'article 2 ne présentaient pas d'intérêt pour sa compétence *ratione materiae*, ces questions devant plutôt être tranchées au stade de l'examen au fond. Il en va de même de l'interprétation des éléments constitutifs de l'intention qui sont nécessaires pour conclure à l'existence d'un génocide au sens de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, que la Cour a traitée comme un élément de fond et non comme une question intéressant sa compétence *ratione materiae* (*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. 121, par. 186-187; *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. 62, par. 132). L'arrêt rendu aujourd'hui sur les exceptions préliminaires ne dit pas comment la Cour interprète les dispositions du paragraphe 1 de l'article 2 relatives aux «éléments moraux».

14. La Cour a également rejeté la branche de la première exception préliminaire fondée sur l'interprétation que la partie défenderesse donnait à l'expression «toute personne» figurant au paragraphe 1 de l'article 2 de la CIRFT.

15. Selon la partie défenderesse, l'expression «toute personne» doit être interprétée comme excluant les représentants de l'Etat. Sous l'empire de cette interprétation de la CIRFT, les violations de celle-ci que les représentants de l'Etat commettraient par des actes de financement du terrorisme échapperaient à la compétence *ratione materiae* de la Cour.

16. La partie requérante soutient que l'interprétation de cette expression est une question de fond. Certes, l'exception soulevée par la partie défenderesse concerne la compétence de la Cour, mais la partie requérante fait valoir qu'elle ne présente pas un caractère exclusivement préliminaire et que, en tout état de cause, l'interprétation que la partie défenderesse donne à l'expression «toute personne» est erronée. Selon la partie requérante, cette expression s'applique à toutes les personnes, qu'il s'agisse de personnes privées ou de représentants de l'Etat.

17. C'est à juste titre que la Cour a traité l'interprétation de l'expression «toute personne» comme une question tendant à éclairer l'étendue de sa compétence *ratione materiae* et non comme une question à trancher au stade du fond. Sa décision sur cette branche de la première exception préliminaire soulevée par la partie défenderesse revêt une importance considérable pour les points de l'affaire qui seront examinés au fond. Une grande partie du comportement que la partie requérante qualifie d'actes

de financement du terrorisme semble être l'œuvre de personnes qui (selon la partie requérante) étaient des fonctionnaires de l'Etat défendeur. Si la Cour avait accueilli la première exception d'incompétence soulevée par la partie défenderesse sur la base de son interprétation de l'expression « toute personne », l'affaire à examiner sur le fond aurait été beaucoup plus limitée. L'interprétation de cette expression est purement une question de droit. Les Parties l'ont débattue de façon exhaustive dans leurs écritures. Rien ne permet de conclure que l'exception d'incompétence soulevée ne revêt pas un caractère exclusivement préliminaire. Il est donc opportun que la Cour décide aujourd'hui s'il y a lieu d'accueillir ou de rejeter ce volet des exceptions préliminaires de la partie défenderesse.

18. Je souscris à la décision rendue par la Cour aujourd'hui qui considère que l'expression « toute personne » employée au paragraphe 1 de l'article 2 de la CIRFT n'exclut pas les représentants de l'Etat.

19. Comme le souligne la partie défenderesse, la CIRFT ne contient pas de dispositions interdisant le financement du terrorisme par les Etats. Toutefois, l'Etat ne peut agir que par l'intermédiaire d'individus. Si les fonctionnaires dont le comportement peut être imputé à un Etat entrent dans le champ d'application de l'expression « toute personne », tout Etat partie a l'obligation de punir ou de prévenir certains comportements dont feraient montre ses fonctionnaires dans l'exercice de leurs fonctions. Il s'ensuit que, même si les Etats ayant participé aux négociations se sont abstenus d'inclure dans la convention des dispositions interdisant le financement du terrorisme par les Etats, ils ont néanmoins adopté un texte ayant au fond des conséquences analogues pour les Etats parties à la CIRFT. Comme l'a fait remarquer la partie défenderesse, il s'agit là d'un résultat étrange.

20. Quoi qu'il en soit, au sens ordinaire, l'expression « toute personne » ne souffre aucune limitation. La partie défenderesse demande à la Cour de présumer une exception qui ne figure pas dans le texte. Lorsque les termes mêmes d'une disposition conventionnelle sont sans équivoque, comme c'est le cas en l'espèce, l'existence d'une exception à cette disposition ne peut être présumée que si les règles d'interprétation des traités permettent de la mettre en évidence de façon convaincante. Ayant étudié les exposés détaillés faits par la partie défenderesse sur l'interprétation de l'expression « toute personne », je ne vois aucune raison de présumer l'existence d'une exception qui serait incompatible avec le sens ordinaire de cette expression.

21. Dans l'arrêt rendu aujourd'hui, la Cour rejette l'interprétation donnée par la partie défenderesse à l'expression « toute personne » et retient celle avancée par la partie requérante, tranchant ainsi la question de l'interprétation du traité dans le cadre de la présente affaire.

22. La Cour rejette également l'exception d'incompétence *ratione materiae* soulevée par la partie défenderesse au titre de la CIEDR, mais pour des motifs différents de ceux qui l'ont amenée à rejeter l'exception tirée de l'expression « toute personne » dans le cadre de la CIRFT. Cette différence de motifs emporte des conséquences différentes pour la suite de la procédure en l'espèce.

23. La partie requérante a formulé un large éventail de prétentions, résumées dans l'arrêt (par. 88-90), qui découleraient de la CIEDR. Pour l'essentiel, elle ne tire pas grief de l'existence d'une discrimination de droit pratiquée à l'encontre de groupes protégés. Elle fait plutôt état d'une «discrimination qui se manifeste par le fait que des lois ou règlements neutres à première vue produisent des incidences ou des effets distincts» (mémoire de l'Ukraine, par. 566), affirmant que la partie défenderesse a appliqué des mesures «ayant pour but ou pour effet de créer la discrimination raciale» (*ibid.*, par. 587). La Cour fait observer à juste titre que les droits et obligations prévus par la CIEDR que la partie requérante invoque sont formulés en termes généraux et que la liste des droits visés à l'article 5 n'est pas exhaustive. Pour rejeter l'exception d'incompétence *ratione materiae* soulevée par la partie défenderesse au titre de la CIEDR, elle se fonde sur la portée de ces prévisions de la convention ainsi que sur la nécessité d'évaluer les éléments de preuve tendant à établir l'objet et les effets des mesures dont la partie requérante tire grief (arrêt, par. 94-96). Elle en conclut que ces mesures sont «susceptibles de porter atteinte à la jouissance de certains droits protégés par la CIEDR» (*ibid.*, par. 96).

24. Je conviens avec la Cour que ces éléments de la thèse de la partie requérante concourent à expliquer pourquoi il y a lieu de rejeter l'exception préliminaire d'incompétence *ratione materiae* soulevée au titre de la CIEDR. Un motif supplémentaire en est la manière dont la partie défenderesse a choisi de formuler cette exception. La partie défenderesse soutient d'une manière générale que la partie requérante invoque des droits et obligations qui n'entrent pas dans les prévisions de la CIEDR (exceptions préliminaires, chap. VIII, sect. II). Elle déclare qu'«un certain nombre de droits invoqués par l'Ukraine» ne sont pas protégés par cet instrument (*ibid.*, par. 327). A titre d'exemple, elle évoque l'alinéa e) v) de l'article 5 de la CIEDR, qui vise le «droit à l'éducation et à la formation professionnelle». Elle fait valoir à cet égard que cette disposition «ne prévoit pas, contrairement à ce que prétend l'Ukraine, de droit absolu à un enseignement «dans la langue maternelle»». Selon elle, la disposition a plutôt pour objectif principal d'assurer à toute personne, quelle que soit son origine ethnique, un droit d'accès au système national d'enseignement sans discrimination (*ibid.*, par. 329). Toutefois, elle n'examine pas les mesures relatives à l'éducation dont la partie requérante tire grief pour étayer sa thèse selon laquelle ces actes ne tombent pas sous le coup de l'alinéa e) v) de l'article 5 de la CIEDR tel qu'elle l'interprète.

25. Lorsque l'on examine les mesures relatives à l'éducation dont la partie requérante tire grief à la lumière des observations respectives faites par les Parties au sujet du champ d'application de l'alinéa e) v) de l'article 5, il est permis de dire que ces mesures sont «susceptibles» d'entrer dans les prévisions du traité (ou, selon les termes employés par la Cour aujourd'hui, «susceptibles de porter atteinte à la jouissance de certains droits protégés par la CIEDR») (arrêt, par. 96). Je parviens à une conclusion analogue s'agissant des autres mesures dont la partie requérante tire grief, compte tenu de l'interprétation donnée par chacune des Parties aux

dispositions pertinentes de la CIEDR. J'en conclus donc que les actes dont la partie requérante tire grief entrent dans les prévisions de la CIEDR.

26. L'arrêt rendu aujourd'hui ne dit pas comment la Cour interprète les prévisions de la CIEDR invoquées par la partie requérante. Le rejet de l'exception préliminaire tirée de la convention ne signifie pas que la Cour a retenu les interprétations avancées par la partie requérante. La réponse à la question de savoir si les actes dont la partie requérante tire grief constituent des violations de la CIEDR dépendra des interprétations que la Cour donnera aux prévisions de cette convention lors de l'examen de l'affaire au fond, ainsi que de ses conclusions concernant les éléments de preuve.

27. Ayant examiné l'exception d'incompétence *ratione materiae* tirée de la CIEDR par la partie défenderesse, la Cour l'a rejetée. Son arrêt vient trancher la question de sa compétence *ratione materiae* au titre de la CIEDR dans le cadre de la présente affaire.

(Signé) Joan E. DONOGHUE.
