

OPINION DISSIDENTE DE M. LE JUGE *AD HOC* SKOTNIKOV

[Traduction]

Je suis au regret de ne pouvoir me rallier à la décision de la Cour selon laquelle cette dernière a compétence pour connaître de la présente affaire.

1. Dans l'ordonnance qu'elle a rendue le 19 avril 2017 sur les mesures conservatoires, la Cour est parvenue à la conclusion que les droits dont l'Ukraine sollicitait la protection en vertu de la CIRFT n'étaient pas plausibles. Les droits en soi, tels que prévus par un traité donné, étant *toujours* plausibles, elle avait pour tâche d'examiner, *prima facie*, les actes allégués par le demandeur à l'appui de ses griefs. Aux paragraphes 74 et 75 de cette ordonnance, la Cour a précisé ce qui suit :

«74. [D]ans le contexte d'une demande en indication de mesures conservatoires, un Etat partie à la convention ne peut se fonder sur l'article 18 pour exiger d'un autre Etat partie qu'il coopère avec lui en vue de prévenir un certain type d'*actes* que s'il est plausible que les *actes* en cause puissent constituer des infractions au sens de l'article 2 de la CIRFT.

75. En l'espèce, les *actes* auxquels l'Ukraine se réfère ... ont fait un grand nombre de morts et de blessés dans la population civile. Cela étant, afin de déterminer si les droits dont l'Ukraine recherche la protection sont au moins plausibles, il est nécessaire de rechercher s'il existe des raisons suffisantes pour considérer que les autres éléments figurant au paragraphe 1 de l'article 2, tels que les éléments de l'intention ou de la connaissance qui ont été mentionnés ci-dessus ... et celui relatif au but auquel il est fait référence à l'alinéa *b*) dudit paragraphe, sont réunis. A ce stade de la procédure, l'Ukraine n'a pas soumis à la Cour de *preuves* offrant une base suffisante pour que la réunion de ces éléments puisse être jugée plausible.» (*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 (Ukraine c. Fédération de Russie), mesures conservatoires, ordonnance du 19 avril 2017, C.I.J. Recueil 2017, p. 131-132, par. 74-75; les italiques sont de moi.*)

En conséquence, sans traiter les questions de l'urgence ou du risque qu'un préjudice irréparable soit causé aux droits revendiqués, la Cour a décidé que «les conditions requises pour l'indication de mesures conservatoires relativement aux droits invoqués par l'Ukraine sur le fondement de la CIRFT n[']étaient pas remplies» (*ibid.*, p. 132, par. 76). La conclusion selon laquelle ces droits ne sont pas plausibles est toujours valable.

2. Dans le présent arrêt, la Cour conclut que, «[à] ce stade de la procédure, point n'est généralement besoin pour [elle] de procéder à un examen

des actes illicites allégués ou de la plausibilité des griefs» (arrêt, par. 58). Ce *dictum* laisse entendre que la plausibilité des faits n'est pas pertinente aux fins d'une exception d'incompétence et que la Cour pourrait connaître même de griefs peu plausibles. Au même paragraphe, la Cour précise que sa «tâche ..., telle que reflétée à l'article 79 du Règlement ..., est d'examiner les points de droit et de fait ayant trait à l'exception d'incompétence soulevée» (*ibid.*). L'on voit mal comment ces deux *dicta*, directement juxtaposés, peuvent être compatibles. En tout état de cause, la Cour ne s'est pas penchée sur les questions relatives aux éléments de preuve factuels, ni dans le cas de la CIRFT ni dans celui de la CIEDR.

3. Ainsi que la Cour l'a relevé, «[l]'existence de [s]a compétence ... dans un cas particulier n'est ... pas une question de fait, mais une question de droit qui doit être tranchée à la lumière des faits pertinents. Etablir ces faits peut poser des problèmes de preuve» (*Actions armées frontalières et transfrontalières (Nicaragua c. Honduras), compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 1988, p. 76, par. 16*). S'agissant des exceptions préliminaires, le Règlement de la Cour mentionne à plusieurs reprises la nécessité que soient examinées tant les questions juridiques que les questions factuelles. Les faits allégués en une affaire donnée doivent bien évidemment être vérifiés dans la mesure appropriée au cas d'espèce. Lorsqu'il lui faut apprécier *tous les faits* relevant du fond pour décider si elle a compétence *ratione materiae*, la Cour dit que l'exception en cause n'a pas un caractère exclusivement préliminaire.

4. Dans les circonstances de la présente affaire, où la conclusion susvisée à laquelle la Cour est parvenue en 2017 demeure en vigueur, une prudence particulière s'imposait pour décider si les griefs, qui étaient précisément fondés sur ces mêmes faits allégués, «entr[ai]ent ou non dans les prévisions» (*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*) de la CIRFT, prudence dont la Cour n'a malheureusement pas fait montre. Autrement, elle n'aurait pas conclu que l'argumentation de l'Ukraine satisfait au critère établi en l'affaire des *Plates-formes pétrolières* et qu'elle a compétence *ratione materiae* en l'espèce.

5. S'agissant des points de droit, la Cour a pour tâche, au stade des exceptions préliminaires, de trancher les questions relatives au champ d'application du traité en cause et de déterminer ainsi les limites de la compétence *ratione materiae* qui est la sienne. Cet impératif est bien établi dans sa jurisprudence, selon laquelle elle «doit ... toujours s'assurer de sa compétence et ... doit, s'il y a lieu, l'examiner d'office» (*Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant)), arrêt, C.I.J. Recueil 2012 (I), p. 118, par. 40*).

6. Malheureusement, la Cour ne suit pas cette jurisprudence bien établie lorsqu'elle indique qu'«il n'est nul besoin de traiter de [la] question [relative à la portée du terme «fonds»] au stade actuel de la procédure» (arrêt, par. 62). A la phrase suivante, elle conclut que «[l]'interprétation de la définition de ce terme pourrait ... être pertinente, le cas échéant, lors

de l'examen au fond» (arrêt, par. 62). Cette question préliminaire touchant au champ d'application de la CIRFT est ainsi transformée, sans la moindre justification, en une question de fond.

7. Au paragraphe 59 de l'arrêt, la Cour précise à raison que le financement par un Etat d'actes de terrorisme n'est pas traité par la CIRFT et déborde le cadre de cet instrument. Au paragraphe 61, elle conclut que la commission par l'agent d'un Etat d'une infraction visée à l'article 2 n'engage pas la responsabilité de l'Etat concerné au titre de la CIRFT. L'Etat étant une entité abstraite, qui agit par le truchement de ses représentants, les conclusions qui précèdent s'accordent mal avec celle que la Cour tire au même paragraphe, selon laquelle la convention s'applique aussi bien aux personnes qui agissent à titre privé qu'à celles qui sont des agents de l'Etat. Cette conclusion va également à l'encontre de la logique des Articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite adoptés par la Commission du droit international (rapport de la Commission du droit international, cinquante-troisième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale*, supplément n° 10 (A/56/10)).

8. Dans son ordonnance du 19 avril 2017, la Cour a précisé qu'«un Etat partie à la convention ne peut se prévaloir des droits que lui confèrent les articles 2 et 5 que s'il est plausible que les *actes* qu'il allègue puissent constituer des *actes* de discrimination raciale au sens de la convention» (*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 (Ukraine c. Fédération de Russie), mesures conservatoires, ordonnance du 19 avril 2017, C.I.J. Recueil 2017*, p. 135, par. 82; les italiques sont de moi). Et la Cour de conclure ceci :

«En l'espèce, sur la base des *éléments* que les Parties ont produits devant la Cour, il apparaît que *certaines des actes* allégués par l'Ukraine remplissent cette condition de plausibilité. Tel est le cas de l'interdiction du *Majlis* et des restrictions invoquées par l'Ukraine s'agissant des droits des Ukrainiens de souche en matière d'éducation.» (*Ibid.*, par. 83; les italiques sont de moi.)

Il convient de noter que, outre ces deux questions, la Cour n'a pas considéré en 2017 que d'autres griefs de l'Ukraine étaient plausibles, ce qui a son importance pour déterminer comment elle devrait examiner les éléments de preuve factuels susceptibles d'être pertinents aux fins de la question de sa compétence. Autrement dit, un examen supplémentaire s'impose. Or, l'arrêt ne mentionne par exemple nullement que les actes allégués par l'Ukraine, selon les propres écritures de celle-ci, sont intervenus soit avant le référendum concernant la question du statut de la Crimée soit peu après, ni que les mesures alléguées par ce même Etat visaient des militants opposés au référendum. Cela soulève bien évidemment une question de compétence *ratione temporis* et sape, par ailleurs, le propre argument du demandeur selon lequel ces actions seraient couvertes par la CIEDR. Si elle avait examiné comme il se doit les éléments de preuve

factuels pertinents, la Cour serait sans doute parvenue à des conclusions différentes. Elle a cependant décidé de ne pas le faire (voir arrêt, par. 94). Après s'être contentée de résumer les arguments des Parties relatifs aux questions de droit et de fait, la Cour tire la conclusion radicale selon laquelle, «compte [tenu] des droits et obligations formulés en termes généraux dans la convention, y compris les obligations énoncées au paragraphe 1 de l'article 2 et la liste non exhaustive de droits figurant à l'article 5, ... les mesures dont l'Ukraine tire grief ... entrent ... dans les prévisions de cet instrument» (*ibid.*, par. 96). Fruit d'un raisonnement sommaire, cette conclusion n'est guère satisfaisante.

9. Plus haut dans l'arrêt, la Cour a rappelé que, pour appliquer le critère établi en l'affaire des *Plates-formes pétrolières*, «[il] p[ouvai]t ... se révéler nécessaire d'interpréter les dispositions qui définiss[ai]ent le champ d'application du traité» (*ibid.*, par. 57). Il est regrettable qu'elle n'ait pas examiné certaines questions relatives à celui de la CIEDR.

10. Je conviens que la liste des droits recensés à l'article 5 de la CIEDR n'est pas exhaustive. Il n'en reste pas moins qu'il y a toujours lieu de démontrer qu'une violation alléguée répond à tous les critères énoncés au paragraphe 1 de l'article premier, qui est ainsi libellé :

«Dans la présente Convention, l'expression «discrimination raciale» vise toute distinction, exclusion, restriction ou préférence fondée sur la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique, qui a pour but ou pour effet de détruire ou de compromettre la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice, *dans des conditions d'égalité*, des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans les domaines politique, économique, social et culturel ou dans tout autre domaine de la vie publique.» (Les italiques sont de moi.)

Il s'ensuit que la CIEDR ne pourrait entrer en jeu que si un traitement discriminatoire était réservé à un groupe de la population par rapport à un ou plusieurs autres groupes. J'estime dès lors que la question de savoir si la communauté tatare de Crimée a le droit de conserver les instances représentatives qui lui sont propres n'est pas couverte par le paragraphe 1 de l'article premier. La Cour aurait dû se prononcer sur cette question, qui se rapporte clairement au champ d'application de la convention.

11. De même, la Cour aurait dû traiter en tant que question préliminaire le point de savoir si le droit à l'enseignement dans sa langue maternelle relevait de la CIEDR. A ce propos, je ferai observer que les Etats parties ont la faculté de *créer* des droits qui ne sont pas expressément énumérés dans cet instrument et de néanmoins les faire entrer dans le champ d'application de celui-ci. La responsabilité d'un Etat partie ne peut toutefois être engagée que s'il est porté atteinte au principe général de non-discrimination pour les motifs visés au paragraphe 1 de l'article premier.

12. Il est évident qu'aucun droit à l'enseignement dans sa langue maternelle n'est mentionné au point v) de l'alinéa e) de l'article 5 de la CIEDR, mais si un tel droit découle des dispositions constitutionnelles ou

d'autres dispositions légales en vigueur dans un pays donné, ou sur une partie de son territoire (et l'ukrainien est l'une des trois langues officielles en Crimée), le fait d'en priver un groupe particulier et de l'accorder à un ou plusieurs autres groupes pourrait entrer dans le champ d'application de la CIEDR. Pour qu'il en aille ainsi, ce traitement *doit* cependant être manifeste et prendre, par exemple, la forme de mesures législatives ou administratives, ce qui n'est clairement pas le cas. Les fluctuations éventuelles du nombre d'élèves ou d'établissements scolaires (telles que celles invoquées par l'Ukraine en l'espèce) ne sont pas pertinentes, car elles pourraient résulter de facteurs autres qu'une discrimination pour les motifs spécifiés dans la CIEDR. La Cour doit se montrer particulièrement prudente, aucun droit à l'enseignement dans sa propre langue n'étant établi en tant que tel par cet instrument.

13. Enfin, je ne suis pas convaincu par le raisonnement que la Cour a suivi pour déterminer si les conditions préalables énoncées à l'article 22 de la CIEDR étaient cumulatives ou alternatives, puisqu'elle a fait l'amalgame entre les négociations et la conciliation, qui constituent des modes distincts de règlement des différends. Cela est reflété au paragraphe 133 de son arrêt en l'affaire relative à l'*Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie)* (C.I.J. Recueil 2011 (I), p. 125) où était interprété l'article 22. Au surplus, bien que le terme «rapidement» figure dans le préambule de la CIEDR, le contexte de l'article précité n'indique nullement que, selon les Etats parties, c'était le règlement des différends sous les auspices du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, plutôt que l'exécution de l'obligation primaire d'éliminer le racisme, qui devait intervenir dans les meilleurs délais. Dans le présent arrêt, la Cour applique le terme «rapidement» à l'article 22, à rebours de sa conclusion en l'affaire *Géorgie c. Fédération de Russie*, où elle a jugé que cette disposition imposait certaines conditions préalables (*ibid.*, par. 141). En refusant de manière singulière d'examiner les travaux préparatoires de l'article 22, la Cour s'écarte de l'approche qu'elle avait adoptée au paragraphe 142 de son arrêt en l'affaire *Géorgie c. Fédération de Russie*, où elle s'était penchée sur ces mêmes travaux du fait que les parties en avaient abondamment débattu (*ibid.*, p. 128). La meilleure explication à cette incongruité est que, en l'espèce, le recours aux travaux préparatoires compromettrait la conclusion de la Cour plus qu'il ne la corroborerait.

14. Le présent arrêt laisse quasiment entendre qu'il suffit qu'un demandeur affirme qu'il existe un lien, aussi ténu ou artificiel soit-il, entre ses allégations factuelles et le traité qu'il invoque pour convaincre la Cour que l'instrument en cause lui donne compétence *ratione materiae* pour connaître de l'affaire. Selon moi, ce revirement de jurisprudence ne constitue pas une évolution positive.

(Signé) Leonid SKOTNIKOV.