



HAL
open science

La Cour internationale de justice face à la situation en Ukraine : la quête de l'équilibre

Julien Ancelin

► **To cite this version:**

Julien Ancelin. La Cour internationale de justice face à la situation en Ukraine : la quête de l'équilibre. *Annuaire français de droit international*, 2017, 63 (1), pp.177-203. 10.3406/afdi.2017.5370 . hal-03910056

HAL Id: hal-03910056

<https://hal.science/hal-03910056v1>

Submitted on 29 Apr 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

LA COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE FACE A LA SITUATION EN UKRAINE : LA QUETE DE L'EQUILIBRE

Observations à propos de l'ordonnance en indication de mesures conservatoires du 19 avril 2017 dans l'Affaire de l'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)

JULIEN ANCELIN

La situation qui déchire l'Ukraine depuis novembre 2013 constitue une crise internationale « multidimensionnelle »¹ de premier plan. À la suite des événements de la Place Maïdan qui ont précipité la chute de l'ancien président ukrainien, un conflit d'ampleur s'est installé. Celui-ci a amené l'Ukraine et la Fédération de Russie à s'opposer à propos, notamment, de l'annexion d'une partie du territoire ukrainien – la péninsule criméenne – et des conditions de l'opposition armée qui s'est installée dans la région du Donbass à l'est de l'État ukrainien. Ces développements ont entraîné de véritables « rupture(s) dans le système des relations internationales »² et constituent un terrain d'affrontements juridiques, économiques et politiques de premier ordre³. Confrontée à un conflit protéiforme, la Cour internationale de Justice a été amenée à répondre à la demande en indication de mesures conservatoires introduite par l'Ukraine. Dans son ordonnance du 19 avril 2017, elle a accepté, partiellement, de faire droit aux sollicitations du demandeur. La Cour s'est ainsi installée comme un acteur central en tant que « canal de discussion de fond, approfondi et technique, entre les protagonistes de la crise internationale la plus grave depuis le début de ce siècle »⁴. La Cour ne sera, par ailleurs, pas la seule à exercer ce rôle et il conviendra de scruter avec attention les décisions de la Grande chambre de la Cour européenne des droits de l'homme dans les contentieux interétatiques qui y opposent les deux Parties⁵.

L'ordonnance rendue fait suite à l'introduction, le 16 janvier 2017 auprès du greffe de la Cour, d'une requête ukrainienne sollicitant la prescription de mesures conservatoires destinées à faire cesser certaines des violations alléguées en vertu de la convention internationale du 21 décembre 1965 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (ci-après CIEDR) et de la convention internationale du 9 décembre 1999 pour la répression du

¹ Régis BISMUTH, « Odysée dans le *conundrum* des réactions décentralisées à l'illicite », *Journal de droit international (Clunet)*, n° 2014/3, Paris, LexisNexis, doct. 7, p.719.

² Philippe LEFORT. « La crise ukrainienne ou le malentendu européen », *Politique étrangère*, vol. été, n° 2, 2014, pp.109-121.

³ Cf. en ce sens les analyses des oppositions politiques consécutives à la crise par Marcelo KOHEN, « L'Ukraine et le respect du droit international », *Le Temps*, Opinions, 12 mars 2014, consultable (en ligne le 10 mai 2018) : < <https://www.letemps.ch/opinions/lukraine-respect-droit-international> >. Cf. également l'étude critique proposée par Olivier CORTEN, Agatha VERDEBOUT, « Les interventions militaires récentes en territoire étranger : vers une remise en cause du *jus contra bellum* », in cet *Annuaire*, 2014, pp.164-167, et par Carlo SANTULLI, « La crise ukrainienne : position du problème », *RGDIP*, t.118, 2014/4, pp.799-820.

⁴ Philippe WECKEL, « CIJ, la Cour prescrit des mesures conservatoires à la Russie dans le différend qui l'oppose à l'Ukraine », *Bulletin Sentinelle* n° 501 du 22 mai 2017 ; cf. en ce qui concerne l'analyse du différend sous l'angle énergétique : Sabrina CUENDET, « Les aspects énergétiques de la crise en Ukraine. Retour sur les relations énergétiques tissées avec la Russie et l'Ukraine et projection sur les conséquences des tensions survenues dans la région en 2014 », *RGDIP*, t.118, 2014/4, pp.841-861.

⁵ Cour EDH, GC, affaires *Ukraine c. Russie*, req. n° 20958/14 et *Ukraine c. Russie (V)*, req. n° 8019/16 ; et GC, affaires *Ukraine c. Russie (IV)*, req. n° 42410/15 et *Ukraine c. Russie (VI)*, req. n° 70856/16. Pour une vue d'ensemble des requêtes introduites dans le cadre de la situation en Ukraine, cf. Cour EDH, « La Grande Chambre est appelée à examiner quatre requêtes de l'Ukraine contre la Russie relatives à la Crimée et à l'est de l'Ukraine », Communiqué de presse, CEDH173(2018), 9 mai 2018.

financement du terrorisme (ci-après CIRFT). Après une première phase conclue dans un climat de fortes tensions⁶, l'ordonnance faisant partiellement droit aux prétentions ukrainiennes laisse augurer un contentieux particulièrement riche. En effet, les questions que recouvre le conflit de sécession en Crimée et dans l'Est de l'Ukraine sont épineuses⁷ et pourront amener la Cour, si sa compétence et la recevabilité de la requête sont établies, à peser sur la résolution du conflit. Toutefois son influence sera limitée par le prisme des conventions internationales dont l'Ukraine invoque la violation. La Cour ne sera ainsi pas amenée à vider l'intégralité du contentieux qui oppose les deux États, sa base de compétence étant strictement bornée aux engagements juridictionnels invoqués par le demandeur.

L'Ukraine, désireuse d'éviter la poursuite des atteintes aux deux conventions qui fondent son recours, a décidé de solliciter auprès de la Cour l'indication de mesures conservatoires. Entendues comme des « mesure[s] prise[s] par la juridiction saisie afin d'éviter que, pendant la durée du procès et en attendant la décision sur le fond, les droits en cause ne soient compromis »⁸, ces dernières présentent l'intérêt de « protéger les droits de fond du demandeur *pendente lite* »⁹. Ces mesures sont définies par l'article 41 du Statut de la Cour¹⁰, et détaillées aux articles 73 à 78 de son Règlement. Dans le cadre du contentieux introduit, le demandeur sollicite l'indication de mesures conservatoires portant sur deux éléments. Le premier vise à imposer au défendeur de s'abstenir de tout acte de discrimination raciale, ce qui comprend la renonciation aux mesures de répression politique et culturelle touchant notamment les Tatars et leurs représentants ou les « Ukrainiens de souche » vivant dans la péninsule criméenne, ainsi que la renonciation aux enlèvements et mise en place d'enquêtes effectives¹¹. Le second aspect concerne l'obligation d'abstention de tout acte de financement du terrorisme, ce qui implique le contrôle des frontières, la cessation des transferts d'argent et de moyens de combat et le contrôle des groupes ukrainiens ayant bénéficié de soutiens¹². Cette demande vise à ce que la situation en Ukraine ne soit pas aggravée par la poursuite du comportement du défendeur et que les droits dont dispose le demandeur ne soient pas irrémédiablement atteints. La Cour doit alors construire une solution d'équilibre destinée à préserver le *droit de chacun* (pour reprendre les termes de l'article 41) en prenant garde d'inscrire son action dans le strict cadre de sa fonction. La position retenue est donc particulièrement délicate à établir, tant « la mise en balance des droits respectifs des parties »¹³ dans cette situation de conflit peut soulever d'épineuses difficultés.

⁶ Cf. en ce sens l'étude de Iryna MARCHUK, à propos de l'invocation de « faits alternatifs », « Ukraine v Russia at the ICJ Hearings on Indication of Provisional Measures : Who Leads ? », *EJIL Talk !*, Blog of the European Journal of International Law, 16 mars 2017, consultable (en ligne le 10 mai 2018) à < <https://www.ejiltalk.org/ukraine-v-russia-at-the-icj-hearings-on-indication-of-provisional-measures-who-leads/> >.

⁷ Cf. en ce sens les analyses de Théodore CHRISTAKIS, « Les conflits de sécession en Crimée et dans l'est de l'Ukraine et le droit international », *Journal de droit international (Clunet)*, n° 2014/3, Paris, LexisNexis, doct. 8, pp.733-764.

⁸ Jean SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, Bruxelles, AUF, 2001, p.698.

⁹ Robert KOLB, *La Cour internationale de Justice*, Pedone, Paris, 2014, p.632. Selon l'auteur : « Dès le moment du jugement, le défendeur ne peut plus aliéner les droits du demandeur. Au contraire, il doit positivement exécuter le jugement rendu. Dans cette obligation positive d'exécuter le jugement est inhérente aussi, à plus forte raison, l'obligation négative de ne pas altérer ou détruire l'objet même de ces droits. Or, tant que l'affaire est pendante, cette obligation positive liée au jugement rendu n'existe pas encore, et dès lors l'obligation négative qui y est inhérente n'est pas non plus assurée ».

¹⁰ Cf. en ce sens l'étude systématique réalisée par Shabtai ROSENNE, *Provisional Measures in International Law, The International Court of Justice and the International Tribunal for the Law of the Sea*, Oxford University Press, 2005, 241p.

¹¹ CIJ, *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)*, demande en indication de mesures conservatoires, ordonnance du 19 avril 2017, §7, p.7.

¹² *Ibidem*, §6, p.6.

¹³ Robert KOLB, *La Cour internationale de Justice*, *op. cit.*, pp.633-634.

Après avoir procédé à l'analyse des conditions jurisprudentielles construites au fil du XX^{ème} siècle à propos de l'application de l'article 41 du Statut, la Cour accepte de faire droit, dans une certaine mesure, aux demandes introduites par l'Ukraine. Elle indique ainsi, à titre provisoire, des mesures conservatoires sur le fondement de la CIEDR. Elle impose au défendeur de « s'abstenir de maintenir ou d'imposer des limitations à la capacité de la communauté des Tatars de Crimée de conserver ses instances représentatives, y compris *le Majlis* » et « faire en sorte de rendre disponible un enseignement en langue ukrainienne »¹⁴. Les demandes introduites sur la base de la CIRFT sont quant à elles rejetées, la Cour n'ayant pu caractériser les conditions nécessaires au prononcé de mesures. On notera par ailleurs que la Cour ne se limitera pas aux sollicitations du demandeur et invitera les deux Parties (en dehors du dispositif) à la mise en œuvre de l'accord de Minsk, conclu le 12 février 2015 entre les belligérants, destiné à parvenir à un règlement pacifique global du conflit¹⁵.

L'ordonnance rendue dans cette affaire soulève l'intérêt à plusieurs titres. D'une part, la demande introduite par l'Ukraine questionne sur le véritable contentieux dont le demandeur cherche la résolution juridictionnelle. Comme la doctrine le constate, « les véritables problématiques sont-elles l'annexion de la Crimée et l'occupation *de facto* de l'Est de l'Ukraine, en d'autres termes les atteintes au territoire d'un État souverain ? Ou s'agit-il d'un différend à propos de la commission de discriminations ethniques à l'égard d'Ukrainiens et de Tatars en Crimée et des souffrances des populations dans la guerre de l'Est de l'Ukraine ? »¹⁶. La Cour a donc été confrontée aux multiples ramifications du conflit ukrainien et l'exercice de sa fonction judiciaire l'a amenée à rechercher la voie la plus équilibrée. La détermination de cet équilibre est apparue délicate car il dépend tant de l'engagement juridictionnel dont peut se prévaloir le demandeur que des particularités de la procédure de l'article 41 du Statut. Lorsque la Cour fait droit aux prétentions d'un État dans ce cadre, la décision est souvent perçue comme « une “victoire” morale et juridique (...) mettant la pression sur l'État adverse »¹⁷. En conséquence, l'adoption d'une ordonnance constitue un acte juridictionnel d'importance. Comme l'évoquait le Juge Abraham « la Cour ne suggère pas : elle ordonne. Or, et c'est là le point essentiel, elle ne peut pas ordonner à un État d'adopter un certain comportement simplement parce qu'un autre État prétend qu'un tel comportement est nécessaire pour préserver ses propres droits, sans exercer un minimum de contrôle sur le point de savoir si les droits ainsi revendiqués existent, et s'ils risquent d'être méconnus »¹⁸. La direction suivie par la Cour pour faire en partie droit aux prétentions ukrainiennes doit donc être étudiée avec attention.

D'autre part, si la Cour ne fait pas ici œuvre créatrice en réaffirmant le régime juridique destiné à connaître des demandes en indication de mesures conservatoires, elle semble néanmoins s'engager sur la voie de quelques évolutions d'ampleur. L'admission restreinte des demandes ukrainiennes sur le fondement de la CIEDR et le rejet de celles sollicitées au titre de la CIRFT interrogent sur la nécessité du renouvellement de l'approche retenue jusqu'alors. En effet, dans

¹⁴ CIJ, *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)*, demande en indication de mesures conservatoires, ordonnance du 19 avril 2017, §106, p.35.

¹⁵ *Ibidem*, §104, p.34.

¹⁶ Anne PETERS, “Vulnerability” versus “Plausibility” : Righting or Wronging the Regime of Provisional Measures? Reflections on ICJ, *Ukraine v. Russian Federation, Order of 19 April 2017*”, *EJIL: Talks!*, Blog of the European Journal of International Law, 5 may 2017, consultable (en ligne le 10 mai 2018) à < <https://www.ejiltalk.org/vulnerability-versus-plausibility-righting-or-wronging-the-regime-of-provisional-measures-reflections-on-icj-ukraine-v-russian-federation-order-of-19-apr/> >. Nous traduisons.

¹⁷ Robert KOLB, *La Cour internationale de Justice*, *op. cit.*, p.635.

¹⁸ CIJ, Opinion individuelle de M. le juge Abraham, *Usine de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, demande en indication de mesures conservatoires ordonnance du 13 juillet 2006, §§8 et 10, pp.139-140.

un contexte d'augmentation du recours à cette procédure¹⁹, la Cour pourrait être amenée à revoir le régime qu'elle a façonné dans le cadre de son contentieux interétatique classique. La multiplication de l'invocation d'atteinte aux droits individuels pourrait ainsi aboutir à un glissement de l'analyse. En effet, la situation des victimes potentielles de violations du droit international pourrait constituer un élément d'étude primordial. La CIEDR, instrument adopté durant la guerre froide, constitue un support utile pour ces changements. Dans ce cadre, la caractérisation par la Cour de la situation de vulnérabilité de certains groupes nationaux ukrainiens ouvre de nouvelles perspectives de contrôle qui pourraient amener les juges du Palais de la Paix à modifier les conditions d'admission des mesures conservatoires.

L'ordonnance du 19 avril 2017 traduit une tendance contemporaine à un certain volontarisme de la Cour pour garantir le respect des droits individuels, parfois éloigné des habitudes des contentieux interétatiques classiques²⁰. Elle constitue une illustration des tensions qui peuvent exister au sein du régime des mesures conservatoires, entre la dimension étatique qui a façonné l'application de l'article 41 du Statut et la tendance contemporaine du droit international à faire de l'individu l'un des destinataires principaux de ses normes. Elle révèle également les contraintes qu'implique le contentieux international. La Cour doit, en conséquence, emprunter la voie très étroite que lui impose sa fonction pour trancher un différend qui ne constitue, par ailleurs, qu'une facette de la situation qui oppose les deux États. Il conviendra alors d'analyser l'ordonnance en étudiant d'une part les raisons qui ont amené la Cour à faire partiellement droit aux sollicitations du demandeur à propos de la CIEDR (I) et d'autre part les motifs qui entraînent le rejet des prétentions sur le fondement de la CIRFT (2).

I. – L'ADMISSION RESTREINTE DES ATTEINTES PLAUSIBLES A L'APPLICATION DE LA CONVENTION INTERNATIONALE SUR L'ELIMINATION DE TOUTES LES FORMES DE DISCRIMINATION RACIALE

L'ordonnance rendue par la CIJ fait droit à une partie des demandes ukrainiennes fondées sur la CIEDR. Cette admission vise la non-aggravation du différend tout en préservant le droit de l'Ukraine à ce que le défendeur ne procède pas à la dilution de l'identité culturelle et politique de certains de ses groupes nationaux. La Cour saisit ainsi l'opportunité qui lui est donnée de rappeler, dans une certaine mesure, l'importance qu'occupe le respect des droits individuels. Pour parvenir à l'indication des mesures sur ce fondement, elle procède en deux temps. La première étape consiste à vérifier que les conditions procédurales prévues par l'engagement juridictionnel sur lequel s'appuie le demandeur ont vraisemblablement été respectées afin de caractériser sa compétence *prima facie*. Cette démarche classique²¹ fait l'objet d'une analyse sommaire (A). La seconde étape aboutit à l'étude de la plausibilité des atteintes à la protection instituée par la Convention. Dans ce cadre, la Cour reconnaît la nécessaire protection de groupes touchés par les mesures prises par la Fédération de Russie, tout en conservant une distance critique suffisante à l'égard des demandes introduites (B).

A. La caractérisation sommaire de la compétence *prima facie* de la Cour

¹⁹ Cf. en ce sens les analyses de Pierre Michel EISEMANN, « Quelques observations sur les mesures conservatoires indiquées par la Cour de La Haye », in Chiara RAGNI, Cesare PITEA, Nerina BOSCHIERO, Tullio SCOVAZZI (dir.), *International Courts and the Development of International Law, Essays in Honour of Tullio Treves*, La Haye, Springer, 2013, pp.121-136.

²⁰ Cf. en ce sens l'étude menée par Anne PETERS, "Vulnerability" versus "Plausibility" : Righting or Wronging the Regime of Provisional Measures?", *op. cit.*

²¹ A propos de l'historique de la détermination de la compétence *prima facie*, cf. Karin OELLERS FRAHM, « Article 41 », in Andreas ZIMMERMANN, Karin OELLERS-FRAHM, Christian TOMUSCHAT, Christian J. TAMS (dir.), *The Statute of the International Court of Justice, A Commentary*, New-York, Oxford University Press, 2012, §§26-34, pp.1038-1042.

L'analyse de la compétence *prima facie* est opérée avec concision. L'article 22 de la CIEDR, qui constitue la clause compromissoire sur laquelle se fonde le demandeur, prévoit que « tout différend entre deux ou plusieurs États parties touchant l'interprétation ou l'application de la présente Convention qui n'aura pas été réglé par voie de négociation ou au moyen des procédures expressément prévues par ladite Convention sera porté, à la requête de toute Partie au différend, devant la Cour internationale de Justice »²². Cette disposition place les États parties face à une alternative. Elle leur impose explicitement une obligation de négociation ou l'usage de la procédure prévue par la CIEDR dans ses dispositions 11 à 13. La procédure spéciale les invite à user du processus de plainte interétatique devant le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale²³. Moyen destiné à éviter les contentieux et à permettre de trancher les différends susceptibles de naître entre les Parties avant le recours à la juridiction, cette procédure constitue une garantie de règlement pacifique préalable à toute action contentieuse²⁴. Elle ne saurait, néanmoins, se substituer à un recours juridictionnel si les négociations préalables prévues par la clause compromissoire n'aboutissent pas. Afin d'établir sa compétence *prima facie* et ainsi répondre aux principaux arguments avancés par le défendeur, la Cour procède à une analyse positive des éléments susceptibles de constituer une base de compétence suffisante (1) tout en prenant soin d'éviter de se prononcer, à ce stade, sur l'articulation des conditions imposées par l'engagement juridictionnel. Elle limite ainsi son analyse à la stricte applicabilité matérielle vraisemblable de la CIEDR au litige (2).

1. L'étendue de la détermination de la compétence *prima facie*

Dans la détermination de sa compétence *prima facie*, la Cour vérifie l'« absence d'incompétence manifeste et la probabilité prépondérante de compétence »²⁵. Dans les premiers temps de son raisonnement, la Cour précise qu'il lui revient de vérifier si « les dispositions invoquées par le demandeur semblent *prima facie* constituer une base sur laquelle sa compétence pourrait être fondée »²⁶. Cette démarche est justifiée par la nature incidente de la demande en indication de mesures conservatoires. Bien que parfois envisagée de façon autonome, par une lecture dynamique de l'article 41 du Statut²⁷, la demande en indication de mesures conservatoires ne saurait être détachée de la requête introduite au fond. Dans ce cadre, l'analyse de la compétence *prima facie* s'est imposée progressivement, au fil de l'évolution de la jurisprudence et de l'engouement des États pour le recours aux mesures de ce type. Dans l'étude à laquelle la Cour procède à ce stade, il faut distinguer entre la recherche négative d'éléments n'excluant pas, manifestement, la compétence, et la recherche positive de justifications probables de son existence, amenant le juge, dans les deux cas, à étudier sous un

²² Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale du 21 décembre 1965, article 22.

²³ *Ibidem*, article 8.

²⁴ Il faut, ainsi, attirer l'attention sur le rôle dont dispose le Comité en vertu du suivi des obligations conventionnelles de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale du 21 décembre 1965 (article 9). A propos de la situation en Ukraine et des discriminations invoquées à l'encontre des Tatars de Crimée et des Ukrainiens de souche, cf. Nations Unies, Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, « Observations finales concernant les vingt-deuxième et vingt-troisième rapports périodiques de l'Ukraine » du 4 octobre 2016, document CERD/C/UKR/CO/22-23.

²⁵ Robert KOLB, *La Cour internationale de Justice*, *op. cit.*, p.644.

²⁶ CIJ, *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), demande en indication de mesures conservatoires, ordonnance du 19 avril 2017, §17, p.10.

²⁷ Cf. en ce sens les propositions effectuées en direction de l'autonomie de cette procédure (et, en conséquence, de la simple nécessité pour la Cour d'estimer si les circonstances exigent l'adoption de telles mesures, à l'exclusion de toute détermination de sa compétence) : Opinion individuelle du Juge JIMENEZ DE ARECHAGA sous CIJ, *Plateau continental de la Mer Égée* (Grèce c. Turquie), demande en indication de mesures conservatoires, ordonnance du 11 septembre 1976, pp.15-16.

angle spécifique des éléments de fond du litige. L'étude de cette question révèle la particularité de la procédure en indication de mesures conservatoires pour les Parties. Comme le relève C. DOMINICE, « le concept de compétence *prima facie* ne vise pas le pouvoir d'indiquer des mesures conservatoires [en ce qu'elles sont fondées sur l'article 41 du Statut], mais uniquement la compétence à l'égard du fond du litige. (...) Le problème est de savoir jusqu'où, dans une première phase marquée par l'urgence, elle peut et doit aller dans l'examen de sa compétence au fond »²⁸. L'existence de doutes plaide en faveur de l'admission de la compétence *prima facie*, car, dans le cas contraire, un rejet nécessiterait, s'il n'existe pas de chef de compétence alternatif, une décision de radiation de l'affaire du rôle²⁹. À ce stade, le juge procède à l'analyse de la vraisemblance de sa compétence afin d'éviter d'être confronté à une situation dans laquelle il serait amené, au fond, à caractériser son incompetence manifeste après avoir ordonné, dans un premier temps, des mesures conservatoires susceptibles de causer de sérieux préjudices au défendeur.

Dans l'ordonnance de 2017, cette recherche ne déroge pas à la pratique généralement suivie. La Cour s'attache à déterminer positivement si les dispositions pouvant constituer l'engagement juridictionnel pourront constituer une base de compétence future suffisante. Il s'agit donc d'une approche positive qui sera déployée par la recherche de l'existence d'un différend sur l'application ou l'interprétation des accords invoqués. Il faut noter, à ce titre, que le rangement de ces éléments sous le chapeau de la compétence *prima facie* peut appeler quelques remarques. En effet, il est courant de considérer que certaines exigences procédurales préalables à la saisine de la juridiction puissent être traitées sous l'angle de la recevabilité³⁰. Le traitement de questions appartenant à cette catégorie ne constitue pas, par ailleurs, une difficulté à ce stade de la procédure. Comme le reconnaît R. KOLB, l'étude de la recevabilité *prima facie* peut parfois s'avérer nécessaire car « il en va de l'intégrité de la fonction judiciaire »³¹. Les conséquences d'une irrecevabilité *prima facie* divergent toutefois d'une incompetence *prima facie*, les conditions de recevabilité pouvant être régularisées en cours d'instance. La Cour aurait ainsi pu formellement différencier les arguments avancés, comme elle le fera matériellement dans son analyse, lorsqu'elle renverra au fond l'étude des conséquences de l'absence de saisine, par l'Ukraine, du Comité spécialement créé par la CIEDR.

2. L'analyse succincte des conditions procédurales préalables à la saisine

Après avoir sommairement rappelé l'objectif de sa recherche, la Cour connaît de l'argumentation du défendeur tendant à démontrer l'impossibilité de reconnaître sa compétence. Ces éléments amènent ainsi la juridiction à étudier, *prima facie* le respect des conditions imposées pour que l'article 22 soit applicable entre les Parties : l'obligation de négociation et le respect éventuel de conditions procédurales préalables spécifiques. Sur ce dernier point, il sera possible d'observer que la Cour fait preuve d'une grande prudence³², en bornant très strictement son raisonnement et en laissant en suspens (reléguant à l'étape de

²⁸ Christian DOMINICE, « La compétence *prima facie* de la Cour internationale de Justice aux fins d'indication de mesures conservatoires », in *Liber amicorum Judge Shigeru Oda*, Vol.1, éd. Brill, La Haye, 2002, pp.391 et s.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ Cf. en ce sens Carlo SANTULLI, *Droit du contentieux international*, Paris, LGDJ, coll. Domat droit public, 2^e éd., 2015, pp.288-290.

³¹ Robert KOLB, *La Cour internationale de Justice*, op. cit., p.644.

³² Cf. en ce sens les remarques formulées par Pierre-François LAVAL, « Ordonnance en indication de mesures conservatoires du 19 avril 2017, *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)* », Chronique de jurisprudence internationale, *RGDIP*, t.121, 2017/3, p.918. Pour l'auteur : « on peine à comprendre les motifs qui, en l'espèce, auront conduit à évacuer l'une des conditions d'application de la clause juridictionnelle, d'autant que sont ensuite examinées, avec le même niveau habituel d'exigence, les autres conditions subordonnant l'octroi des mesures conservatoires notamment celle tenant à la "plausibilité" des droits allégués par l'Ukraine ».

l'étude des exceptions préliminaires) la question particulière du caractère alternatif ou cumulatif des conditions procédurales imposées par l'engagement juridictionnel³³.

L'analyse de la position de la Cour à propos de ces conditions doit se faire à la lumière des cas précédents d'invocation de la CIEDR. Invoquée par la Géorgie contre la même Fédération de Russie devant la Cour à l'occasion de la crise de 2008, cette convention n'avait, à l'époque, pas pu constituer une base de compétence suffisante, la Cour ayant retenu que l'obligation de négociations, préalable procédural à la saisine découlant de l'article 22³⁴, ne pouvait être regardée comme satisfaite³⁵. Critiquée pour la rigidité de son approche, et ce par plusieurs membres de la formation de jugement dans une opinion dissidente commune³⁶, l'arrêt de la Cour avait soulevé des interrogations nourries³⁷. En refusant d'admettre l'application de l'engagement juridictionnel en raison du défaut d'introduction d'une tentative de négociation par la Géorgie, alors sous le joug d'une action militaire russe d'ampleur, la Cour avait mis un terme, qualifié par certains de « fâcheux »³⁸, à la tentative de règlement juridictionnel du différend. Consciente de l'approche rigoureuse suivie en 2008, l'Ukraine a pris soin d'éviter qu'un tel camouflet ne se reproduise en recherchant une solution amiable au conflit qui l'oppose à la Fédération de Russie, conformément au test qui avait été utilisé à l'époque³⁹. Dans ce cadre, la Cour cherche à identifier l'existence d'une tentative de négociation, ce qui implique de vérifier si, avant le dépôt de sa requête, le demandeur avait pris soin de communiquer au futur défendeur l'état de ses prétentions, et de déterminer si le défendeur s'y était opposé⁴⁰. Dans son opinion dissidente à propos de l'arrêt du 5 octobre 2016 dans l'affaire relative aux *Obligations relatives à des négociations concernant la cessation de la course aux armes nucléaires et le désarmement nucléaire* (Iles Marshall c. Royaume-Uni, Inde et Pakistan), le juge Cançado Trindade avait mis en garde contre une vision trop formaliste⁴¹ retenue par la Cour pour ce critère qui aboutirait à méconnaître l'objet et le but des conventions dont elle est amenée à connaître. Dans le cas d'espèce, la Cour a considéré que des négociations avaient été menées. La Cour admet ainsi que les échanges et les trois cycles de négociations initiées par l'Ukraine

³³ Il convient de noter à ce titre que les débats menés lors des plaidoiries ont mis en lumière l'étendue des difficultés liées à la réponse à cette question à la lumière des particularités de l'article 22 de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale du 21 décembre 1965 : cf. en ce sens la position défendue par les conseils de la Fédération de Russie : CIJ, Compte rendu de l'Audience publique tenue le mardi 7 mars 2017 dans l'affaire relative à l'*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), document CR 2017/2, pp.64-66.

³⁴ Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale du 21 décembre 1965, article 22.

³⁵ CIJ, *Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale* (Géorgie c. Fédération de Russie), arrêt du 1^{er} avril 2011, §181, p.139.

³⁶ CIJ, Opinion dissidente commune de M. le juge OWADA, président, et de MM. les juges SIMMA, ABRAHAM, Mme le juge DONOGHUE et M. le juge ad hoc GAJA, arrêt du 1^{er} avril 2011, *Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale* (Géorgie c. Fédération de Russie), arrêt du 1^{er} avril 2011.

³⁷ Mélanie DUBUY, « Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie), exceptions préliminaires : un formalisme excessif au service du classicisme ? », in cet *Annuaire*, 2011, pp.183-212.

³⁸ CIJ, Opinion dissidente commune de M. le juge OWADA, président, et de MM. les juges SIMMA, ABRAHAM, Mme le juge DONOGHUE et M. le juge ad hoc GAJA, *Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale* (Géorgie c. Fédération de Russie), arrêt du 1^{er} avril 2011, §86, p.168.

³⁹ CIJ, *Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale* (Géorgie c. Fédération de Russie), arrêt du 1^{er} avril 2011, §157, p.132.

⁴⁰ *Ibidem*, §31, p.85.

⁴¹ CIJ, Opinion dissidente de M. le Juge CANÇADO TRINDADE, *Obligations relatives à des négociations concernant la cessation de la course aux armes nucléaires et le désarmement nucléaire* (Iles Marshall c. Pakistan), Compétence de la Cour et recevabilité de la requête, arrêt du 5 octobre 2016, §§26-29, pp.10-11.

à propos de la situation en Crimée, ayant eu lieu avant l'introduction de la requête, pouvaient raisonnablement être considérés comme la manifestation de la première exigence fixée par l'article 22⁴².

L'analyse de la Cour à propos de la condition de saisine du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale est plus délicate. Ce cadre, destiné à rapprocher les vues opposées des États parties à la Convention en litige, constitue un moyen non juridictionnel de règlement des différends, qui propose ses *bons offices* afin de faciliter le traitement du différend. Dans sa défense, au-delà de son opposition à la lecture ukrainienne qui vise à établir que le demandeur n'a pas véritablement initié de processus de négociations, la Fédération de Russie met en lumière le caractère cumulatif des conditions prévues à l'article 22. Pour le défendeur, ce caractère nie la faculté d'invoquer la clause de l'article 22 en raison de l'absence de démarche introduite devant le Comité par l'Ukraine, quand bien même une négociation aurait été engagée. La Cour rejette cette argumentation, considérant que le caractère cumulatif ou alternatif des dispositions ne peut être établi au titre de la détermination de la compétence *prima facie*. Une telle position risque de reproduire une situation dans laquelle la compétence pourrait être rejetée pour des motifs liés aux conditions procédurales de l'engagement juridictionnel, malgré l'admission préalable de mesures conservatoires sur la base d'une compétence établie *prima facie* (comme cela avait été le cas lors de l'arrêt de 2011 dans l'affaire opposant la Géorgie à la Fédération de Russie). Toutefois, une telle situation semble difficilement évitable, les désaccords juridiques soulevant des difficultés d'interprétation ne pouvant recevoir de réponse définitive à cette étape. A la différence de la condition de négociation qui fait l'objet d'un désaccord factuel, cette exigence procédurale amène à un désaccord qui ne saurait recevoir de réponse sans une analyse approfondie. Il s'agira donc, pour la Cour, de trancher, au stade de la détermination définitive de sa compétence, le différend préliminaire relatif à l'interprétation de l'engagement juridictionnel.

B. *Le recours inadapté au test de plausibilité de la commission des discriminations*

L'analyse *prima facie* ne se limite pas aux questions de compétence ; la Cour s'intéresse également à l'existence de ce que les anglo-saxons nomment le « *prima facie case* »⁴³, qui pour sa part s'avère bien plus approfondi. Dans ce cadre, la Cour s'interroge sur la plausibilité des atteintes aux droits invoquées en vertu de la CIEDR et sur le lien que les mesures requises par le demandeur entretiennent avec les droits protégés au fond⁴⁴.

Le terme de « plausibilité » renvoie à « ce que l'on peut admettre, ou croire parce que vraisemblable »⁴⁵, son étymologie rappelant ce qui est « digne d'être approuvé ou applaudi »⁴⁶. L'étude de cet aspect amène la Cour à s'interroger sur l'apparence de bien fondé de la requête (*fumus boni juris*) afin de déterminer si les éléments invoqués justifient l'adoption de mesures d'urgence. Il s'agit ici de dissiper les principaux doutes relatifs à l'applicabilité au litige des normes de droit international dont l'exécution est recherchée. Cette exigence permet d'éviter

⁴² *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), demande en indication de mesures conservatoires, ordonnance du 19 avril 2017, §59, pp.20-21.

⁴³ Karin OELLERS FRAHM, « Article 41 », in Andreas ZIMMERMANN, Karin OELLERS-FRAHM, Christian TOMUSCHAT, Christian J. TAMS (dir.), *The Statute of the International Court of Justice, A Commentary, op. cit.*, §§35-37, pp.1042-1044. Selon l'auteure : « provisional measures are designed to preserve the right which might be adjudged on the merits ; thus, as there must be at least a *prima facie* basis for substantive jurisdiction, there must also be some prospect of success on the merits of the case, for otherwise there would not be any necessity to indicate provisional measures ».

⁴⁴ *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), demande en indication de mesures conservatoires, ordonnance du 19 avril 2017, §63, p.21 et §86, p.30.

⁴⁵ Centre national de ressources textuelles et lexicales, CNRS, entrée : *plausibilité* (lexicographie).

⁴⁶ *Ibidem*, entrée : *plausible* (étymologie).

que la procédure spécifique de l'article 41 ne soit dévoyée par une demande manifestement mal fondée. Cette analyse soulève quelques difficultés tant elle entretient, par sa nature même, un « lien avec la substance de l'affaire puisque, comme l'article 41 l'indique expressément, son objet est de protéger le droit de chacun »⁴⁷. Il convient de présenter l'étendue du test de plausibilité pratiqué par la Cour à ce stade (1) avant d'en évoquer les limites, qui pourraient, selon le Juge A. Cançado Trindade, être dépassées par une nouvelle approche, celle du test de vulnérabilité, plus conforme au contenu des droits dont l'atteinte est invoquée (2). Enfin, la Cour caractérise la condition incontournable d'urgence à la lumière de la vulnérabilité des groupes confrontés à la réalisation d'un risque de discrimination, imbriquant ainsi tous les aspects de l'étude (3).

1. La pratique du test de plausibilité dans la détermination du « prima facie case »

L'analyse de la plausibilité ne présente pas le même degré de rigueur que celle de la compétence *prima facie* et n'impose à la Cour qu'une brève revue des prétentions du demandeur. Dans son ordonnance, la Cour y consacre une subdivision spécifique intitulée « Droits dont la protection est recherchée et [aux] mesures demandées »⁴⁸ au titre de laquelle le test est opéré. Cette analyse entretient des liens avec la détermination de la compétence *prima facie*, ce qui amène la Cour à étudier si les droits en litige présentaient un lien juridique suffisant avec l'étendue de la compétence. La doctrine a ainsi relevé que cette opération impliquait « un certain niveau d'appréciation touchant le bien fondé des prétentions respectives, en ce sens que celles-ci doivent de toute manière être suffisamment étayées afin de convaincre la Cour »⁴⁹. Cette porosité entre les étapes de l'étude amène à brouiller la frontière entre les différents temps du raisonnement. Il convient également de noter que le *fumus boni juris* peut être mobilisé lorsqu'il s'agit de s'interroger sur les effets préjudiciables des atteintes potentielles aux droits au fond. En tout état de cause, il faut noter que l'analyse de la plausibilité n'est pas systématiquement opérée formellement. L'étude de la jurisprudence ne permet pas d'identifier clairement « si l'indication de mesures conservatoires exige une appréciation du *fumus* et quels sont les critères à suivre pour son accomplissement »⁵⁰.

Dans le contexte contemporain, qui voit une multiplication des demandes en indication de mesures conservatoires, la généralisation de l'utilisation du critère de plausibilité peut être observée. Explicitement consacré par la jurisprudence de la Cour en 2009, dans une ordonnance rendue dans l'affaire relative aux *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader*⁵¹, le principe est régulièrement réaffirmé par la CIJ. Bien que formulée en 2009, cette analyse n'est toutefois pas nouvelle. On en trouve déjà une trace lointaine, dans la jurisprudence de la CPJI⁵² ou dans l'affaire du *Passage par le Grand-Belt* dont la Cour a eu à

⁴⁷ CIJ, *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran (États-Unis d'Amérique c. Iran)*, demande en indication de mesures conservatoires, ordonnance du 15 décembre 1979, §28, p.16.

⁴⁸ CIJ, *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)*, demande en indication de mesures conservatoires, ordonnance du 19 avril 2017, §63, p.21.

⁴⁹ Andrea SACCUCCI, « Fond du litige et indication de mesures conservatoires, réflexions en marge des ordonnances de la CIJ dans l'affaire des usines de pâte à papier », *RGDIP*, t.112, 2008/4, p.821.

⁵⁰ *Ibidem*, p.819.

⁵¹ CIJ, *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, demande en indication de mesures conservatoires, ordonnance du 28 mai 2009, p.151, §§57-60. Selon la Cour (§60) : « Considérant qu'à ce stade de la procédure la Cour n'a pas à établir de façon définitive l'existence des droits revendiqués par la Belgique ni à examiner la qualité de la Belgique à les faire valoir devant la Cour ; et que ces droits, en tant que fondés sur une interprétation possible de la convention contre la torture, apparaissent en conséquence plausibles ».

⁵² CPJI, *Affaire de la Réforme agraire polonaise et la minorité allemande, Allemagne c. Pologne*, Mesures conservatoires, ordonnance du 29 juillet 1933, p.181.

connaître au début des années 1990⁵³. Il s'agit donc à ce stade de caractériser un lien suffisant entre les mesures requises et les droits du fond, l'invocation de droits autres que ceux en cause dans le litige principal ne pouvant être raisonnablement mobilisée afin de fonder l'adoption de mesures conservatoires. L'évaluation préliminaire et sommaire du bien-fondé des allégations du demandeur s'opère, par ailleurs, sans préjuger du fond du litige⁵⁴, afin de justifier la nécessité pour une situation juridique de faire l'objet de mesures conservatoires⁵⁵. Deux options s'offrent alors au juge : une approche stricte exigeant du demandeur qu'il établisse, avec un certain degré de probabilité, qu'il dispose des droits qu'il invoque et que le défendeur risque de les méconnaître ; et une approche plus souple n'exigeant que la preuve que le droit invoqué n'est pas manifestement exclu dans la situation qui est l'objet du différend⁵⁶. Cette recherche permet au juge de s'assurer que la demande introduite ne risque pas d'avoir pour effet d'empêcher le défendeur de mettre en place des mesures justifiées par le libre exercice de sa souveraineté (cette dernière ne pouvant être contrainte par des règles qui ne peuvent lui être opposées). En effet, dans son analyse, le juge doit garantir que les droits des Parties sont préservés, qu'il s'agisse du demandeur ou du défendeur.

À ce stade de la procédure, comme le juge Owada le rappelle, « la Cour peut et doit se contenter d'établir s'il existe une possibilité – qu'elle soit élevée ou faible – que les droits revendiqués existent, ce qui justifierait l'exercice par elle de son pouvoir d'indiquer des mesures conservatoires »⁵⁷. Dans son ordonnance de 2017, la Cour reprend la nécessité de cette étude en affirmant que la sauvegarde des droits impliqués par la demande en indication de mesures conservatoires nécessite que « les droits allégués par la Partie demanderesse [soient] au moins plausibles ». En l'espèce, l'Ukraine reproche à la Fédération de Russie de porter atteinte aux protections dont elle dispose en vertu, principalement, des articles 2 et 5 de la CIEDR. Le demandeur cite, à ce titre, plusieurs politiques susceptibles d'être attribuées aux autorités russes, tendant à installer des formes de discrimination raciale et d'exclusion (dans leurs dimensions politique et culturelle) de minorités situées sur le territoire ukrainien⁵⁸. L'Ukraine invoque un

⁵³ CIJ, *Passage par le Grand-Belt (Finlande c. Danemark)*, demande en indication de mesures conservatoires, ordonnance du 29 juillet 1991, §21, p.17.

⁵⁴ CIJ, Opinion individuelle de M. le juge ABRAHAM, *Usine de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, demande en indication de mesures conservatoires, ordonnance du 13 juillet 2006, §9, p.31. Pour l'auteur : « Exercer un minimum de contrôle, jeter un regard, ne signifie pas, bien évidemment, se faire une opinion complète et définitive sur le fond du différend qu'elle aura – peut-être – à trancher ultérieurement. Il va de soi qu'il n'est ni possible ni souhaitable que la Cour se forme une conviction sur l'affaire, et encore moins qu'elle l'exprime, dès le premier stade de la procédure. Mais en se livrant à un contrôle, par nature restreint, de l'apparence de bon droit attribuable à la partie demanderesse, elle ne sort pas de sa mission de juge de l'urgence ; elle l'exerce, au contraire, raisonnablement. Le critère du *fumus boni juris* comme condition du prononcé de mesures conservatoires à caractère obligatoire est bien connu de certaines juridictions internationales (par exemple la Cour de Justice des Communautés européennes ; voir entre autres l'intéressante ordonnance du président de la CJCE du 19 juillet 1995, *Commission c. Atlantic Container Line AB e.a.*, C-149/95), ainsi que de nombreux systèmes judiciaires nationaux. Il s'impose, en vérité, comme une sorte de nécessité logique ».

⁵⁵ Cette recherche renvoie à l'étude du *fumus boni juris* (apparence du bien-fondé de la demande). Cf. en ce sens l'étude de SACCUCCI (A.), « Fond du litige et indication de mesures conservatoires, réflexions en marge des ordonnances de la CIJ dans l'affaire des usines de pâte à papier », *op. cit.*, pp.818-825.

⁵⁶ CIJ, Opinion individuelle de M. le juge ABRAHAM, *Usine de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, demande en indication de mesures conservatoires, ordonnance du 13 juillet 2006, §10, pp.31-32. L'auteur distingue ainsi entre le critère du *fumus boni juris* et celui du *fumus non mali juris*.

⁵⁷ CIJ, Opinion individuelle de M. le juge OWADA, *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), demande en indication de mesures conservatoires, ordonnance du 19 avril 2017, §10, p.2.

⁵⁸ CIJ, *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), demande en indication de mesures conservatoires, ordonnance du 19 avril 2017, §78, p.27. L'Ukraine demande à la Russie de « s'abstenir de tout acte de discrimination raciale, de suspendre la décision interdisant le

ensemble assez étendu de faits qu'elle considère comme contraires aux prescriptions de la CIEDR⁵⁹. Dans son analyse de cette prétention, la Cour recherche « s'il est plausible que les actes [allégués] puissent constituer des actes de discrimination raciale au sens de la convention »⁶⁰. Sans expliquer plus avant la méthode employée pour procéder à une telle caractérisation, la Cour conclut que « certains [de ces] actes 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 »⁶¹. La brièveté de cette affirmation interroge car elle exclut une partie des atteintes potentielles qui avaient été invoquées par le demandeur, pour ne retenir que la question de la dissolution du *Majlis* et celle relative à l'usage, dans le cadre éducatif, de la langue pour les « Ukrainiens de souche ». L'approche suivie par le juge est stricte car, après avoir établi que le demandeur semblait disposer des droits en vertu de la CIEDR, la Cour admet que « les actes qu'il allègue [pourraient] constituer des actes de discrimination »⁶². Il ne s'agit donc pas de rechercher la seule preuve de l'inapplicabilité manifeste du droit à la situation, comme l'approche souple se contentait de l'exiger. Si la Cour ne détaille pas avec précision la méthode de son analyse, il est possible de trouver des indices de la démarche poursuivie à l'étape de l'analyse de la corrélation devant exister entre les mesures requises et la protection des droits au fond qui conclut la seconde partie du raisonnement du juge⁶³.

L'étude de la corrélation implique que les mesures pouvant être indiquées participent à l'évitement de l'aggravation du différend et à la protection de la procédure contre des mises en cause extérieures⁶⁴. Il s'agit ainsi pour la Cour de s'assurer qu'elle ne fera droit qu'à des demandes reliées au différend et de réaffirmer que le pouvoir qu'elle tient en vertu de l'article 41 du Statut ne « consiste pas en un pouvoir de police en vue d'assurer le maintien de la paix internationale, ni une compétence générale pour formuler des recommandations en matière de règlement pacifique des différends »⁶⁵. L'ordonnance rendue par la Cour insiste sur la nécessité de ce lien et opère, à cette étape, un tri entre les demandes introduites par l'Ukraine. Les sollicitations liées à la commission potentielle d'actes de discrimination raciale contre des personnes, groupes ou institutions dans la péninsule criméenne ou semblant établir la disparition de Tatars de Crimée sont rejetées, sans que la Cour n'apporte de précision sur les motifs l'ayant amenée à un tel refus⁶⁶. Bien qu'une grande marge de manœuvre lui soit laissée par l'article 41 du Statut, on ne peut que s'étonner de l'absence complète de justification proposée. Les mesures rejetées présentaient-elles un lien trop indirect avec l'objet du différend? Les éléments de preuve apportés par le demandeur étaient-ils insuffisamment

Majlis des Tatars de Crimée, de prendre toutes les mesures nécessaires pour mettre fin aux disparitions de Tatars de Crimée et de lever les restrictions relatives à l'enseignement en langue ukrainienne ».

⁵⁹ *Ibidem*, §§32, 34, p.14. Le demandeur reproche à la Fédération de Russie, la mise en place d'une (§32), « discrimination à l'égard des communautés des Tatars de Crimée et des Ukrainiens de souche vivant dans la péninsule ». Celles-ci sont, ensuite, détaillées au §34. Pour les Tatars de Crimée : privation de dirigeants et d'institutions politiques (par la dissolution du *Majlis*), empêchement de rassemblements culturels, instauration d'un régime de disparitions et de meurtres, d'une campagne de perquisitions et de détentions arbitraires, réduction au silence des médias et privation de droits en matière d'éducation. Pour les Ukrainiens de souche vivant en Crimée : restriction de leurs droits en matière d'éducation et de leur capacité à préserver leur langue et leur culture, restrictions médiatiques.

⁶⁰ *Ibidem*, §82, p.30.

⁶¹ *Ibid.*, §83, p.30.

⁶² *Ibid.*, §82, p.30.

⁶³ *Ibid.*, §81, p.30.

⁶⁴ Robert KOLB, *La Cour internationale de Justice*, op. cit., p.645.

⁶⁵ CIJ, opinion individuelle de M. Président JIMENEZ DE ARECHAGA, *Plateau continental de la mer Egée* (Grèce c. Turquie), demande en indication de mesures conservatoires, ordonnance du 11 septembre 1976, p.16.

⁶⁶ CIJ, *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), demande en indication de mesures conservatoires, ordonnance du 19 avril 2017, §§85-86, p.30.

documentés pour établir le lien ? Ce constat d'insuffisance s'inscrit dans la continuité des observations doctrinales, pour qui « il est difficile de proposer une règle générale et précise quant à la proximité des mesures demandées avec l'objet du litige »⁶⁷, les situations étant variables et l'approche du juge peu prévisible.

2. Les potentialités d'une nouvelle voie, la proposition d'un « test de vulnérabilité »

Si la pratique du test de plausibilité est aujourd'hui installée dans la jurisprudence, son usage reste sujet à des critiques nourries. Le juge Cançado Trindade, membre de la formation de jugement dans la présente affaire, a proposé, dans son opinion individuelle, qu'un test de vulnérabilité lui soit substitué. Le juge part du constat qu'« un droit est un droit, qu'il soit ou non "plausible" ». Il rappelle, par suite, que « c'est aux besoins de protection, et non aux stratégies contentieuses, qu'il convient de s'intéresser avant tout »⁶⁸. Derrière cette affirmation se trouve la volonté de substituer à la plausibilité une approche plus large axée sur la protection (qui est visée par le dispositif conventionnel sur lequel le différend est noué). La place de l'individu dans l'ordre juridique international contemporain est un sujet d'intérêt primordial⁶⁹. L'étude de la plausibilité, spécifiquement centrée sur le risque supporté par l'État, rend invisible l'individu pourtant victime immédiate des comportements étatiques, nonobstant sa qualité de destinataire principal de la règle dont la violation est invoquée. En effet, si l'interdiction des discriminations découlant de la CIEDR astreint exclusivement l'Etat à certaines obligations internationales – en le contraignant à s'abstenir ou à mettre en place des mesures positives – ces dernières ne conservent d'effet utile qu'en ce qu'elles sont destinées à protéger les individus placés sous la juridiction d'un État partie. Or, de l'avis du juge Cançado Trindade, l'emploi du test de plausibilité, au-delà des nombreuses imprécisions qui l'entourent et que l'ordonnance révèle⁷⁰, semble limiter trop drastiquement la Cour dans l'exercice de sa fonction. En effet, cette dernière doit éviter, dans le cadre spécifique de l'article 41 du Statut, que le différend ne s'aggrave et que les droits des Parties ne soient atteints. Selon cette position, le test de vulnérabilité permettrait de concentrer l'attention sur les risques qui pèsent sur les individus ou

⁶⁷ Robert KOLB, *La Cour internationale de Justice*, op. cit., p.648.

⁶⁸ CIJ, opinion individuelle de M. le juge CANÇADO TRINDADE, *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)*, demande en indication de mesures conservatoires, ordonnance du 19 avril 2017, §40, p.14. Le juge cite, au soutien de son affirmation, une position qu'il avait déjà adoptée dans un contentieux précédent : CIJ, opinion individuelle du juge CANÇADO TRINDADE, *Questions concernant la saisie et la détention de certains documents et données (Timor-Leste c. Australie)*, demande en indication de mesures conservatoires, ordonnance du 3 mars 2014, §48, p.186.

⁶⁹ Cf. notamment les débats tenus dans le cadre des Nations Unies, « L'ONU débat du concept de sécurité humaine dans les relations internationales », dépêche du 14 avril 2011, Centre d'actualité de l'ONU, New York ; Cf. notamment les études doctrinales : Christian DOMINICE, *L'ordre juridique international entre tradition et innovation*, nouvelle édition, Genève, Graduate Institute Publications, 1997, consultable (en ligne le 15 mai 2018) à < <http://books.openedition.org/iheid/1341> > ; DUPUY (P.-M.), *L'individu et le droit international, Théorie des droits de l'homme et fondements du droit international*, Paris, L'Harmattan, 1999 ; JOUANNET (E.), *Le droit international libéral-providence, Une histoire du droit international*, coll. de droit international, vol. 69, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp.217 et s.

⁷⁰ CIJ, opinion individuelle de M. le juge CANÇADO TRINDADE, *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)*, demande en indication de mesures conservatoires, ordonnance du 19 avril 2017, §38-39, pp.13-14. Comme le constate le juge : le terme de « 'plausibilité' [est en question] à propos non seulement de droits (par. 63-64, 69, 75, 79 et 82) mais aussi, plus largement, de l'application d'instruments internationaux (par. 70), soit deux éléments distincts. La Cour l'utilise aussi s'agissant de faits (par. 66, 68, 75 et 82-83), renvoyant ainsi à un troisième élément, celui de 'plausibilité' factuelle. C'est même parfois d'intention ou de but (par. 66) qu'il s'agit, ou encore d'arguments ou d'allégations (par. 71) » et plus loin « la Cour entend appliquer la 'plausibilité' non seulement en tant que critère (supra), mais même en tant que 'condition' (par. 83) ».

sur les groupes d'individus vraisemblablement victimes de la violation des protections conventionnelles dont la Cour aura à connaître au fond.

Si séduisante qu'elle puisse paraître, cette proposition appelle plusieurs remarques. L'emploi du terme « vulnérabilité », explicitement mentionné dans l'ordonnance de la Cour⁷¹, n'est pas neutre. La vulnérabilité implique un ensemble conceptuel, dont l'intégration par le droit est susceptible de modifier en profondeur les équilibres normatifs existants⁷². L'emploi de ce terme semble ouvrir la voie à une évolution du rôle de la Cour qui serait ainsi plus résolument tourné vers la protection des individus. Cette option semble être de plus en plus suivie et peut être rapprochée du prononcé d'une ordonnance rendue par la Cour quelques semaines après celle faisant l'objet de cette étude dans l'affaire *Jadhav*⁷³. À l'occasion de ce contentieux, la doctrine a pu identifier dans la position de la Cour la « recherche (...) d'une certaine "humanisation" du droit international »⁷⁴. Le juge Cançado Trindade a, une nouvelle fois, réitéré ses remarques, évoquant le fait que « dans le droit international contemporain, les droits des États et des individus doivent être envisagés comme un tout, et ne peuvent être dissociés l'un de l'autre [ce qui implique l'existence d'une] *conscience juridique universelle*, trouvant son origine dans l'idée d'une justice objective »⁷⁵.

Toutefois, comme le remarque A. Peters, bien que la substitution d'un test à l'autre amènerait la Cour à plus de générosité dans l'indication de mesures conservatoires, une approche combinée pourrait être plus pertinente⁷⁶. Dans le cadre de l'examen de la plausibilité des atteintes à la protection conventionnelle applicable, la vulnérabilité particulière des victimes pourrait constituer un élément d'analyse supplémentaire susceptible d'abaisser le seuil de déclenchement des mesures pouvant être adoptées. Une approche envisageant la vulnérabilité comme un élément aggravant a déjà été mobilisée par d'autres juridictions internationales. L'exemple de la Cour interaméricaine des droits de l'homme (qui fut présidée par le juge Cançado Trindade)⁷⁷ et, dans sa lignée, de la Cour européenne des droits de l'homme, est ici particulièrement éclairant. Bien que ces juridictions n'aient pas le même office que celui de la Cour, le recours au qualificatif « vulnérable » a pu être employé, par les juges de Strasbourg notamment afin de moduler le seuil de gravité exigé pour constater la violation de certaines dispositions conventionnelles⁷⁸. Un tel mouvement participerait à éclairer la position retenue par la CIJ, la vulnérabilité venant au soutien de l'analyse de plausibilité.

⁷¹ CIJ, *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)*, demande en indication de mesures conservatoires, ordonnance du 19 avril 2017, §96, p.33.

⁷² Cf. en ce sens les travaux menés par Marion BLONDEL, *La personne vulnérable en droit international*, Thèse, Université de Bordeaux, 2015, dactyl., pp.366-473. Pour l'auteure (*spéc.*, p.366) : « L'accent mis sur la vulnérabilité peut être révélateur d'une volonté de renouvellement des fondements de la prise en considération des personnes à protéger sur la scène juridique internationale ».

⁷³ CIJ, *Jadhav (Inde c. Pakistan)* demande en indication de mesures conservatoires, ordonnance du 18 mai 2017.

⁷⁴ Marion BLONDEL, « Chronique de jurisprudence internationale : Cour internationale de Justice, ordonnance en indication de mesures conservatoires du 18 mai 2017, *Affaire Jadhav (Inde c. Pakistan)* », in *RGDIP*, t.121, 2017/3, pp.918-919.

⁷⁵ CIJ, Opinion individuelle de M. le juge CANÇADO TRINDADE, *Jadhav (Inde c. Pakistan)* demande en indication de mesures conservatoires, ordonnance du 18 mai 2017, §§7-8, p.3. Nous traduisons.

⁷⁶ Anne PETERS, "Vulnerability" versus "Plausibility": Righting or Wronging the Regime of Provisional Measures? Reflections on ICJ, *Ukraine v. Russian Federation*, Order of 19 April 2017", *op. cit.*

⁷⁷ A propos de l'influence de la pensée du Juge CANÇADO TRINDADE, cf. Hélène TIGROUDJA, « La Cour interaméricaine des droits de l'homme au service de 'l'humanisation du droit international public', propos autour des récents arrêts et avis », in *cet Annuaire*, 2006, p.618.

⁷⁸ Pour la Cour interaméricaine des droits de l'homme cf. en ce sens CIDH, arrêt du 11 mars 2005, *Caesar c. Trinidad and Tobago*, série C, n° 123 ; pour la Cour européenne des droits de l'homme : à propos de la question de la torture cf. CourEDH, arrêt du 22 juin 2004, *Aydın et Yunus c. Turquie*, req. n° 32572/96, 33366/96 ; CourEDH, arrêt du 16 octobre 2008, *Renolde c. France*, req. n° 5608/05 ; à propos du traitement inhumain et dégradant cf. CourEDH, arrêt du 4 décembre 1995, *Ribitsch c. Autriche*, req. n° 18896/91.

3. La caractérisation de l'urgence à la lumière de la vulnérabilité

La détermination de l'urgence du risque de préjudice irréparable constitue le dernier aspect de l'étude de la recevabilité de la requête. La Cour y consacre la dernière partie de son raisonnement (strictement bornée par la CIEDR dont la plausibilité des violations a été préalablement caractérisée)⁷⁹. Cette condition dérive de l'application de l'article 41 du Statut et « présume qu'un préjudice irréparable ne doit pas être causé aux droits en litige dans une procédure judiciaire »⁸⁰. Dans ce cadre, la Cour doit s'assurer qu'il existe « un réel risque qu'une action préjudiciable aux droits de l'une ou de l'autre Partie ne soit commise avant que la Cour n'ait rendu sa décision définitive »⁸¹. Ce dommage doit présenter un caractère irréparable qui peut renvoyer à plusieurs situations identifiées par la doctrine : l'incapacité de procéder à une réparation par le paiement d'une indemnité ou par une compensation ou une restitution ou encore le risque de disparition du droit⁸². Il s'agit ainsi d'étudier les effets préjudiciables probables que pourrait engendrer une atteinte potentielle aux protections dont les violations sont invoquées et étudiées au fond. Le risque d'irréparable justifie, en conséquence, l'urgence à indiquer des mesures conservatoires. Ces éléments conditionnels amènent le juge à approfondir son analyse des allégations du demandeur afin de s'assurer que les éventuels dommages liés à un fait internationalement illicite plausible pourront être réparés au stade du fond.

Au soutien de sa demande, l'Ukraine invoque plusieurs atteintes à l'article 5 de la CIEDR. L'invocation de l'atteinte à ce droit dans le cadre d'une procédure en indication de mesures conservatoires n'est pas nouvelle et a déjà reçu une analyse spécifique à l'occasion d'un contentieux antérieur. Dans l'affaire opposant la Géorgie à la Fédération de Russie à propos de la même convention, la Cour a eu l'occasion de considérer que les droits dérivant de la CIEDR « sont de nature telle que le préjudice qui leur serait porté pourrait être irréparable »⁸³ ; qu'il s'agisse du droit à la sûreté, du droit à la protection contre les voies de fait ou les sévices ou du droit de choisir sa résidence. Le simple risque suffirait, dans ce cas, pour que le seuil de l'irréparable soit caractérisé en raison des conséquences engendrées sur les vies humaines. Cette analyse est courante et la doctrine a déjà pu systématiser le fait qu'il n'était pas nécessaire d'approfondir l'étude lorsque la demande était introduite dans un contexte impliquant des activités armées mettant nécessairement en jeu la vie et l'intégrité physique⁸⁴. Un tel constat peut être opéré à propos de l'ordonnance de 2017, dans lequel la Cour note que « les droits politiques, civils, économiques, sociaux et culturels établis aux alinéas c), d) et e) de l'article 5 de la CIEDR sont de nature telle que le préjudice qui leur serait porté pourrait se révéler

⁷⁹ CIJ, *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)*, demande en indication de mesures conservatoires, ordonnance du 19 avril 2017, §§87 et s., pp.31-33.

⁸⁰ CIJ, *Lagrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique)*, demande en indication de mesures conservatoires, ordonnance du 3 mars 1999, §128, p.43.

⁸¹ CIJ, *Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie)*, demande en indications de mesures conservatoires, ordonnance du 15 octobre 2008, §129, p.43.

⁸² Cf. en ce sens l'étude menée par Karin OELLERS FRAHM, « Article 41 », in Andreas ZIMMERMANN, Karin OELLERS-FRAHM, Christian TOMUSCHAT, Christian J. TAMS (dir.), *The Statute of the International Court of Justice, A Commentary*, op. cit., §§39-40, p.1045.

⁸³ CIJ, *Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie)*, demande en indications de mesures conservatoires, ordonnance du 15 octobre 2008, §142, p.47.

⁸⁴ Karin OELLERS FRAHM, « Article 41 », in Andreas ZIMMERMANN, Karin OELLERS-FRAHM, Christian TOMUSCHAT, Christian J. TAMS (dir.), *The Statute of the International Court of Justice, A Commentary*, §42, pp.1046-1047.

irréparable »⁸⁵. La Cour considère par suite que les Tatars (en raison de la dissolution du Majlis) et les « Ukrainiens de souche » sont placés dans une « situation de vulnérabilité »⁸⁶ sans expliciter les motifs du choix de ce qualificatif. Si la doctrine a pu définir cette notion comme renvoyant à la « prédisposition à la réalisation d'un risque grave »⁸⁷, un éclairage de la Cour aurait été utile. La pratique semble établir que cette notion est souvent employée dans sa dimension fonctionnelle afin d'accorder ou améliorer une protection⁸⁸. Pour justifier ce constat, la Cour s'appuie sur des rapports émis par le Haut-commissariat des Nations Unies aux droits de l'Homme (HCDH) et l'OSCE⁸⁹. La référence à la vulnérabilité pour caractériser le risque de préjudice irréparable plaide par ailleurs en faveur du changement de référentiel du test de plausibilité, tel que le juge Cançado Trindade a pu le proposer. Cette qualification semble être l'élément exclusif de la détermination de la nature du risque pesant sur les individus destinataires des obligations internationales en débat. Il peut apparaître étonnant que la Cour se contente d'évoquer la vulnérabilité au stade de l'urgence, sans lui donner plus d'effet au stade antérieur de l'examen de plausibilité. Cette différence est d'importance, car elle aurait probablement modifié la décision retenue à propos de la CIRFT, renversant le raisonnement suivi et admettant une plausibilité plus étendue des atteintes invoquées.

II. – LE REJET INEVITABLE DES ATTEINTES INVOQUEES A L'APPLICATION DE LA CONVENTION INTERNATIONALE POUR LA REPRESSION DU FINANCEMENT DU TERRORISME

Si la Cour accepte de faire droit aux demandes introduites par l'Ukraine à propos de discriminations plausibles, elle rejette l'argumentation développée par le demandeur à propos d'atteintes supposées à la Convention internationale sur la répression du financement du terrorisme. Ce traité, conclu à New York le 9 décembre 1999 et entré en vigueur le 6 décembre 2002 pour l'Ukraine et le 27 novembre 2002 pour la Fédération de Russie, prévoit un cadre de coopération exigeant en faveur de la lutte contre le financement du terrorisme. L'Ukraine ne parvient pas à convaincre la Cour de la pertinence de son invocation à ce stade. Ne développant réellement de position que sur le fondement de l'article 18 de la Convention (qui prévoit une obligation de coopération interétatique et d'adaptation du droit interne en matière de répression), le demandeur reprochait à la Fédération de Russie son financement d'intermédiaires s'étant rendus coupables d'actes qu'il qualifie de terroristes sur son territoire⁹⁰. Bien que rejetant les mesures sollicitées, la Cour admet l'existence de sa compétence *prima facie*. Son acceptation soulève de nombreuses réserves qui sont l'écho de la fragilité du

⁸⁵ CIJ, *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)*, demande en indication de mesures conservatoires, ordonnance du 19 avril 2017, §96, p.33.

⁸⁶ *Ibidem*.

⁸⁷ Marion BLONDEL, *La personne vulnérable en droit international*, op. cit., p.147.

⁸⁸ *Ibidem*, p.60.

⁸⁹ CIJ, *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)*, demande en indication de mesures conservatoires, ordonnance du 19 avril 2017, §97, p.33. L'utilisation des rapports des organisations internationales pour caractériser les faits, et justifier la vulnérabilité particulière dans laquelle sont placés les groupes dont l'Ukraine réclame la protection, présente un intérêt certain car elle donne à des déclarations, n'ayant qu'une normativité relative, une capacité probante de premier ordre à ce stade. Malgré la réplique formulée par le défendeur à l'encontre de ces deux documents, la Cour se contente de *prendre note* et déclare qu'ils suffisent à attester « *prima facie*, l'existence de restrictions ».

⁹⁰ *Ibidem*, §66, p.22. Selon la Cour : « A titre d'exemples de tels actes commis sur son territoire, l'Ukraine mentionne en particulier : a) l'attentat à la bombe perpétré contre des manifestants pacifiques à Kharkiv ; b) le bombardement de Marioupol ; c) les attaques contre Volnovakha et Kramatorsk ; et d) la destruction de l'avion de la Malaysia Airlines assurant le vol MH17 ».

fondement sur lequel l'Ukraine a décidé d'engager le débat contentieux, faute de pouvoir attirer la Fédération de Russie sur la base d'autres engagements juridictionnels (A). Toutefois, c'est à l'étape de l'étude de la plausibilité des atteintes que la Cour décidera de rejeter la demande introduite en raison de l'insuffisance des preuves apportées pour établir l'implication de la Fédération de Russie dans les atteintes potentielles à la CIFRT (B).

A. *La caractérisation fragile de la compétence prima facie de la Cour*

Les conditions fixées par l'engagement juridictionnel ne sont pas originales. Selon l'article 24 : « Tout différend entre des États Parties concernant l'interprétation ou l'application de la présente Convention qui ne peut pas être réglé par voie de négociation dans un délai raisonnable est soumis à l'arbitrage, à la demande de l'un de ces États. Si, dans les six mois qui suivent la date de la demande d'arbitrage, les Parties ne parviennent pas à se mettre d'accord sur l'organisation de l'arbitrage, l'une quelconque d'entre elles peut soumettre le différend à la Cour internationale de Justice ». Cette disposition se contente d'exiger des Parties en différend qu'elles tentent un règlement amiable de leur litige et offre la possibilité de saisir la CIJ en cas d'échec dans la mise en place d'un arbitrage. C'est sur ce dernier point que les discussions vont achopper et que le raisonnement retenu par la Cour soulève l'intérêt. Il semble s'éloigner de la solution qui avait été choisie en 2011 dans le litige qui opposait alors la Géorgie au même défendeur. Après avoir sommairement traité la question de l'existence de négociations à propos d'un différend né sur l'application ou l'interprétation de la CIRFT (1), la Cour adopte une position souple sur les autres exigences procédurales prévues par l'engagement juridictionnel (2).

1. *L'existence de négociations à propos d'un différend sur la qualification d'actes terroristes*
Le domaine matériel du différend qui oppose les Parties soulève d'importantes difficultés, car il est susceptible d'empêcher la Cour de déclarer sa compétence *prima facie*. Pour le demandeur, ce domaine est clairement déterminé par les négociations qui se sont tenues avant la saisine de la Cour à propos de l'application de la CIRFT. La Fédération de Russie, de son côté, rejette l'argumentation du demandeur en rappelant que s'il « a été fait état, dans le cadre du conflit [...] de violations alléguées du droit international humanitaire »⁹¹, l'opposition née entre les Parties ne peut être analysée en un différend relatif à l'application du droit de l'antiterrorisme. L'objectif d'un tel argument est de déplacer matériellement le contentieux afin d'obliger la Cour à rejeter sa compétence *prima facie*. La position du demandeur cacherait ainsi une opposition bien plus étendue, relative à des questions d'interdiction du recours à la force. S'il apparaît peu discutable que la situation en Ukraine soulève de nombreuses questions de ce point de vue, ce constat n'exclut toutefois pas l'existence d'une opposition plus restreinte centrée sur la seule Convention semblant offrir au demandeur un moyen d'engager l'action internationale.

À titre préalable, il faut rappeler que la Cour a établi par le passé que « pour que soit remplie la condition préalable de négociation (...), ladite négociation doit porter sur l'objet de l'instrument qui la renferme »⁹². Cela nécessite donc de vérifier que le différend qui oppose les Parties s'inscrit dans le cadre de l'application ou de l'interprétation de la CIRFT. L'argumentation avancée par le défendeur semble indiquer que les deux domaines du droit international invoqués ne peuvent saisir des situations identiques et s'appliquer corrélativement. Or, rien n'empêche qu'un même fait puisse connaître différentes qualifications, les dispositifs conventionnels étant

⁹¹ *Ibidem*, §26, pp.12-13.

⁹² CIJ, *Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie)*, exceptions préliminaires, arrêt du 1^{er} avril 2011, §161, p.67.

autonomes l'un de l'autre⁹³. Toutefois, l'arrêt au fond pourra révéler la nature des relations qui peuvent être nouées entre ces deux corpus normatifs⁹⁴, comme cela avait déjà pu être le cas à propos du droit international humanitaire et du droit international des droits de l'homme⁹⁵. Il conviendra alors de déterminer si les règles de l'antiterrorisme sont susceptibles d'être suspendues ou si elles demeurent applicables, quelles que soient les circonstances des conflits armés. En tout état de cause, la Cour rejette l'argument russe considérant que le différend sur lequel portaient les négociations pouvait être relatif à l'application de la CIRFT, l'applicabilité potentielle du droit international humanitaire étant indifférente.

Il faut ensuite rappeler que les mesures requises doivent présenter un lien suffisant avec les droits dont la violation est invoquée au fond pour que la compétence *prima facie* puisse être établie. Cette compétence, dans le cadre de procédure conservatoire, présente, comme nous l'avons préalablement évoqué, des particularismes liés aux conditions spécifiques de l'intervention du juge. La doctrine a observé que la Cour se contentait d'établir que « les droits disputés présentent un "lien juridique suffisant" avec l'étendue de sa compétence à la lumière des arguments en fait et droit formulés par les parties »⁹⁶. À l'étape préalable, il s'agit donc pour le juge d'opérer une analyse très relative, sans qu'il soit nécessaire de déterminer la portée des droits revendiqués par l'État demandeur. Néanmoins, l'appréciation que le juge porte à cette étape suppose l'étude du « bien fondé des prétentions (...), en ce sens que celles-ci doivent de toute manière être suffisamment étayées afin de convaincre la Cour que la situation alléguée par l'État demandeur peut être juridiquement encadrée dans la prescription normative sur laquelle elle est appelée à se prononcer »⁹⁷. Dans son ordonnance, la CIJ précise ainsi que les « actes dont l'Ukraine tire grief sont, *prima facie*, susceptibles d'entrer dans les prévisions de la convention »⁹⁸. Cette mention établit la suffisance des éléments apportés par le demandeur pour justifier sa requête.

L'appréciation retenue par la Cour reste ici très sommaire. Elle se contente de renvoyer au fond les questions restées en suspens (et notamment l'épineuse question de l'existence, au sein de la Convention, d'une interdiction autonome du financement direct du terrorisme par l'État)⁹⁹. Une option assez différente avait été suivie par la Cour en 1999 dans l'affaire de la *Licéité de l'emploi de la force*. La CIJ avait alors été plus loquace, et avait considéré, dans le cadre de l'application de la Convention sur l'interdiction et la répression du crime de génocide, que l'élément d'intentionnalité requis dans le cadre de la qualification du crime devait être analysé aux fins de l'établissement de la compétence *prima facie*¹⁰⁰. Cette différence de traitement peut

⁹³ Cf. en ce sens l'étude menée par Marco SASSOLI, « La 'guerre contre le terrorisme', le droit international humanitaire et le statut de prisonnier de guerre », *Annuaire canadien de droit international*, Cambridge, Vol. 39, 2002, pp.211-252.

⁹⁴ Cf. en ce sens l'étude menée par Kimberley TRAPP, « Ukraine v Russia (Provisional Measures) : State 'Terrorism' and IHL », in *EJIL :Talk !*, 2 mai 2017, consultable (en ligne le 10 mai 2018) à < <https://www.ejiltalk.org/ukraine-v-russia-provisional-measures-state-terrorism-and-ihl/> >.

⁹⁵ CIJ, avis consultatif du 9 juillet 2004, *Affaire des Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, *CIJ Rec. 2004*, §§106-113, pp.178-181.

⁹⁶ Andrea SACCUCCI, « Fond du litige et indication de mesures conservatoires, réflexions en marge des ordonnances de la CIJ dans l'affaire des usines de pâte à papier », *op. cit.*, p.821.

⁹⁷ *Ibidem*.

⁹⁸ CIJ, *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)*, demande en indication de mesures conservatoires, ordonnance du 19 avril 2017, §30, p.14.

⁹⁹ *Ibidem*, §31, p.14.

¹⁰⁰ CIJ, *Licéité de l'emploi de la force (Serbie-et-Monténégro c. France)*, demande en indication de mesures conservatoires, ordonnance du 2 juin 1999, §§27-28, p.373. Selon la Cour : « il apparaît (...) d'après cette définition, 'que la caractéristique essentielle du génocide est la destruction intentionnelle d'un 'groupe national, ethnique, racial ou religieux'' (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, mesures conservatoires, ordonnance du 13 septembre 1993, C.I.J. Recueil 1993*, p.345, par. 42); que le recours ou la menace du recours à l'emploi de la force contre un État ne saurait en soi constituer un acte de génocide

interroger, car aucune mention de l'intentionnalité n'apparaît à ce stade dans l'ordonnance de 2017. Toutefois, on observe que cet élément n'est pas complètement absent du raisonnement du juge, car il sera étudié au stade de l'analyse de la plausibilité des atteintes à la protection invoquée. L'absence d'éléments suffisants prouvant une intention de la Fédération de Russie de soutenir les actes commis contre des civils permettra le rejet des demandes introduites par l'Ukraine. Examinées parallèlement, ces deux appréciations révèlent une différence d'intensité dans l'analyse pouvant se justifier dans l'intérêt que présente l'étude de la plausibilité. La déclaration d'incompétence *prima facie* opérant en bloc, elle aurait empêché toute analyse complémentaire relative à la nécessité de sauvegarder les droits en vertu de la CIRFT.

2. L'appréciation discutable de l'existence de négociations à propos de la mise en place d'un compromis d'arbitrage

Une deuxième question apparaît à l'étape de la détermination de la compétence ; elle a trait à la nécessaire tentative de construction d'un compromis d'arbitrage préalable à la saisine de la Cour. La Convention institue une préférence pour le recours à l'arbitrage en obligeant les Parties à tenter d'instituer un tribunal arbitral avant toute saisine de la Cour, celle-ci ne pouvant intervenir qu'en dernier lieu. Dans les faits, la discussion s'est engagée entre les Parties sur la mise en place d'un mode arbitral de règlement des différends à compter du début de l'année 2016 à l'initiative du demandeur. Considérant que la volonté manifestée par l'Ukraine dans le cadre de ces négociations d'introduire le litige, non pas devant un tribunal arbitral proprement dit, mais devant une chambre *ad hoc* de la Cour ne pouvait constituer une tentative de mise en place d'un arbitrage concerté, la Fédération de Russie a plaidé en faveur du rejet de la compétence en raison du défaut d'observation des exigences de l'article 24. La Cour n'accorde qu'une attention réduite à cet argument, considérant que ces exigences ont été respectées *prima facie* par le demandeur et que la Cour avait compétence *prima facie* pour connaître de la demande¹⁰¹. Bien que sommaire, cette réponse soulève quelques remarques. Tout d'abord, l'absence de justification (et de réponse à l'argument soulevé par le défendeur) semble établir (tout au moins *prima facie*) que la recherche d'un compromis visant à saisir une formation *ad hoc* de la Cour internationale de Justice suffit à caractériser la recherche d'un compromis d'arbitrage à ce stade. Une telle approche peut se justifier, car l'arbitrage, dans le contentieux international, recouvre des réalités diverses, ce mode de règlement des différends connaissant une définition davantage finaliste que formaliste. Le juge ODA s'était, par ailleurs, prononcé en faveur de la nature arbitrale de ce type de formation de jugement, à l'occasion d'une ordonnance rendue par la Cour en 2002¹⁰².

au sens de l'article II de la convention sur le génocide ; et que, de l'avis de la Cour, il n'apparaît pas au présent stade de la procédure que les bombardements qui constituent l'objet de la requête yougoslave 'comporte[nt] effectivement l'élément d'intentionnalité, dirigé contre un groupe comme tel, que requiert la disposition suscitée' (*Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996 (I), p.240, par. 26*) ; (...) la Cour n'est dès lors pas en mesure de conclure, à ce stade de la procédure, que les actes que la Yougoslavie impute au défendeur seraient susceptibles d'entrer dans les prévisions de la convention sur le génocide ; et que l'article IX de la convention, invoqué par la Yougoslavie, ne constitue partant pas une base sur laquelle la compétence de la Cour pourrait *prima facie* être fondée dans le cas d'espèce ».

¹⁰¹ CIJ, *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)*, demande en indication de mesures conservatoires, ordonnance du 19 avril 2017, §53-54, p.19.

¹⁰² CIJ, Déclaration individuelle de M. le Juge ODA, *Demande en révision de l'arrêt du 11 septembre 1992 en l'affaire du Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador c. Honduras ; Nicaragua (intervenants))*, constitution de chambre ; fixation de délai ; observation écrites, ordonnance du 27 novembre 2002, §5, pp.622-623. Pour le juge : « Une chambre *ad hoc* formée en vertu de l'article 26 du Statut est essentiellement un tribunal d'arbitrage. Pour qu'une telle chambre soit constituée, un accord doit intervenir entre les parties, avant que la Cour ne se prononce à cet égard, non seulement sur le nombre de juges qui composeront la chambre, mais également sur leurs noms. En outre, les parties doivent conjointement exprimer cet accord lorsque le président,

Néanmoins, pour la doctrine, la distinction entre ces deux modes juridictionnels peut se fonder « sur la vocation à la permanence dont bénéficieraient les seuls organes judiciaires »¹⁰³. Elle tiendrait ainsi dans « la possibilité de reconnaître une différence entre la création d'un tribunal (arbitral) à partir d'une liste d'arbitres et la désignation d'une formation de jugement à partir d'une liste de juges d'un tribunal (judiciaire) déjà créé »¹⁰⁴. Dans le cas d'espèce, si la chambre *ad hoc* de la CIJ avait été constituée entre les parties, elle aurait été amenée à disparaître une fois le contentieux traité. Les juges l'ayant composée (à l'exception du juge *ad hoc*) seraient toutefois restés membres de la Cour, ce qui interroge sur la nature du mode juridictionnel envisagé.

L'approche retenue par la Cour, qui prend soin d'éviter de trancher cette question à ce stade en se contentant d'admettre sa compétence *prima facie* peut soulever des critiques tant les réserves à propos de la nature du recours à la chambre *ad hoc* sont sérieuses. Dans son étude sur cette formation particulière de chambre à la Cour, le juge S. Schwebel considérait que le manque de liberté des Parties concernant la composition de la Chambre et ses règles de fonctionnement empêchait de classer ce mode parmi les modes arbitraux¹⁰⁵. Si, depuis, les modes juridictionnels ont connu d'importantes hybridations, la distinction demeure, notamment, quant aux conditions de l'exécution de la décision. En effet, les décisions rendues par les Chambres *ad hoc* de la Cour constituées en vertu de l'article 26 du Statut sont considérées comme des arrêts rendus par la Cour¹⁰⁶. La possibilité pour ces arrêts (fussent-ils qualifiables de sentences arbitrales, si on en croit la position de la Cour en l'affaire) de bénéficier des garanties de l'article 94, § 2, de la Charte des Nations Unies¹⁰⁷ soulève de sérieuses difficultés. En effet, aucune sentence ne dispose de telles garanties d'exécution – à l'exception de celles prévues en particulier par la Convention de Washington qui bénéficient de garanties d'exécution particulières destinées à éviter les vicissitudes de procédures d'exécutifs aléatoires¹⁰⁸. La question de la nature arbitrale de l'organe juridictionnel qui rend de telles décisions peut donc légitimement réapparaître. On observe également que peut être invoquée la référence à la fonction judiciaire, laquelle comprend une « fonction de police juridique, offr[ant] un “service public” juridictionnel, garanti[ssant] la cohérence et la constance des solutions, organis[ant] une politique juridique par la motivation »¹⁰⁹. Les garanties de l'article 94, § 2, du Statut s'inscrivent pleinement dans le cadre de cette police juridique et plaident donc en faveur de la nature judiciaire des chambres *ad hoc* de la Cour. Toutefois, la Cour a semblé préférer, par sa réponse laconique aux réserves formulées par le défendeur¹¹⁰, éviter de trancher cette question

agissant en application de l'article 17 du Règlement de la Cour, s'informe de leurs vues au sujet de la composition de la chambre ».

¹⁰³ Carlo SANTULLI, *Droit du contentieux international*, 2^e éd., LGDJ, 2015, p.88.

¹⁰⁴ *Ibidem*.

¹⁰⁵ Stephen SCHWEBEL, « Ad Hoc Chambers of the International Court of Justice », *American Journal of International Law*, 1987, vol.81, Washington, American society of international law, p.854.

¹⁰⁶ Statut de la Cour internationale de Justice du 26 juin 1945, article 27.

¹⁰⁷ Selon cet article : « Si une partie à un litige ne satisfait pas aux obligations qui lui incombent en vertu d'un arrêt rendu par la Cour, l'autre partie peut recourir au Conseil de sécurité et celui-ci, s'il le juge nécessaire, peut faire des recommandations ou décider des mesures à prendre pour faire exécuter l'arrêt ».

¹⁰⁸ Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États (CIRDI) conclue à Washington le 18 mars 1966, article 54, §1. Selon cet article : « Chaque Etat contractant reconnaît toute sentence rendue dans le cadre de la présente Convention comme obligatoire et assure l'exécution sur son territoire des obligations pécuniaires que la sentence impose comme s'il s'agissait d'un jugement définitif d'un tribunal fonctionnant sur le territoire dudit État ».

¹⁰⁹ Carlo SANTULLI, *Droit du contentieux international*, *op. cit.*, p.89.

¹¹⁰ CIJ, *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)*, demande en indication de mesures conservatoires, ordonnance du 19 avril 2017, §54, p.19. Pour la Cour : « Les éléments susmentionnés suffisent à ce stade pour établir *prima facie* qu'il a été satisfait aux conditions procédurales préalables ».

afin de caractériser sa compétence *prima facie*. Bien que construite dans le but d'éviter d'avoir à rejeter la demande, une telle option installe quelques doutes. Il est donc à souhaiter que cette question réapparaisse lors de l'étude des exceptions préliminaires qui devraient être soulevées par le défendeur à propos de la compétence de la Cour pour connaître du fond, afin qu'une position claire soit retenue.

B. *Le rejet critiquable du test de plausibilité de la commission d'actes de financement du terrorisme*

Après avoir retenu sa compétence *prima facie*, la Cour en vient à l'analyse de la plausibilité. Toutefois, à la différence de la CIEDR, ce caractère n'est pas reconnu et aucune mention de la vulnérabilité n'est observable dans le raisonnement de la Cour. L'utilisation de ce terme aurait pu avoir des conséquences étendues, mais l'argumentation présentée par l'Ukraine ne semblait pas ouvrir la voie, pour la Cour, à une telle évolution de sa jurisprudence. Au soutien de sa requête, le demandeur considérait que la Fédération de Russie n'avait pas coopéré à la prévention du financement du terrorisme, portant ainsi atteinte aux règles fixées par la CIRFT. Selon cette position, les actes litigieux évoqués (l'attentat à la bombe perpétré contre des manifestants pacifiques à Kharkiv ; le bombardement de Marioupol ; les attaques contre Volnovakha et Kramatorsk ; la destruction de l'avion de la Malaysia Airlines assurant le vol MH17)¹¹¹ auraient été « commis dans "l'intention de tuer ou de blesser grièvement des civils" et [étaient] tous plausiblement destinés "à intimider une population" »¹¹². Il s'agirait en conséquence d'actes terroristes. Pour s'opposer à cette argumentation, la Fédération de Russie rejette l'invocation de la Convention de 1999 et reprend l'argument pré-évoqué selon lequel les faits relèvent plus du droit international humanitaire que d'un instrument de lutte contre le terrorisme. Elle considère par ailleurs que la CIRFT a pour objet de prévenir et réprimer le financement par des personnes privées d'activités terroristes et non par des personnes publiques. Ce dernier argument ne manque pas de soulever l'intérêt, car il fait écho aux critiques formulées lors de l'adoption de la Convention à propos de ses insuffisances matérielles. L'approche retenue par la Cour apparaît ici particulièrement rigoureuse. Elle cherche à trouver une voie d'équilibre entre les arguments des Parties, qui s'opposent résolument à propos de la qualification des faits et de l'articulation des droits prétendument atteints (1). Afin de rejeter les prétentions du demandeur, la Cour caractérise l'insuffisance des preuves apportées, ouvrant ainsi la voie à une position différente au stade du fond (2).

1. L'examen de l'articulation des droits prétendument atteints

Dans son examen de la plausibilité des atteintes à la CIRFT, la Cour débute par un rappel des articulations du dispositif conventionnel invoqué. Cette démarche s'inscrit dans le processus nécessaire à l'identification du *fumus boni juris*, car elle permet de vérifier que le demandeur dispose des droits dont il invoque la violation et qu'il existe un risque manifeste que le défendeur y ait porté atteinte (reprenant alors l'approche restrictive préalablement évoquée). Cette étude présente toutefois d'autres particularités que celles rencontrées pour la CIEDR qui faisait des individus les destinataires des normes. Comme le soulève A. PETERS, la question qui se pose ici est celle de la nature des droits : la CIRFT génère-t-elle des droits, au profit des victimes du terrorisme et de leurs ayants droit, qui seraient opposables à l'encontre d'un État soutenant le terrorisme¹¹³ (en l'espèce les passagers du vol commercial MH17 de la Malaysian airlines abattu dans le ciel ukrainien) ?

¹¹¹ *Ibidem*, §66, p.22.

¹¹² *Ibid.*

¹¹³ Anne PETERS, "Vulnerability" versus "Plausibility": Righting or Wronging the Regime of Provisional Measures ? Reflections on ICJ, Ukraine v. Russian Federation, Order of 19 April 2017", *op. cit.*

La Cour n'apporte logiquement pas de réponse précise à ce stade du contentieux. Elle se borne à rappeler les exigences de l'article 2 de la Convention qui conditionnent l'application de l'article 18 (à savoir que l'atteinte à l'obligation de coopération de l'article 18 n'est possible que si l'infraction de financement du terrorisme de l'article 2 est caractérisée). La question de l'étendue de l'article 18 reste toutefois ouverte : serait-il possible d'y déceler, par une interprétation dynamique, une disposition prohibant le financement par l'État, et non pas par des personnes privées, de tels actes ? Les États étant astreints à coopérer pour prévenir les infractions visées à l'article 2, cette coopération implique-t-elle qu'ils s'abstiennent de soutenir directement le terrorisme en le finançant ? Une réponse positive à cette question apparaît délicate car le traité a pour objet principal la répression, quels qu'en soient les auteurs, des actes de financement du terrorisme ; l'État pouvant exercer à leur encontre son pouvoir de contrainte. Malgré tout, dans le cas d'un État finançant le terrorisme, serait-il envisageable de rechercher sa responsabilité internationale par la caractérisation d'un manquement commis à l'obligation de coopération ? Comme l'évoque Y. Bannifatehi, « le "terrorisme d'État" n'est pas un concept dont on tire aisément des conséquences juridiques : les instruments internationaux récents, et en premier lieu la Convention de 1999, visent plutôt les actes commis par des "personnes" »¹¹⁴. Le financement étatique du terrorisme peut, malgré tout, être saisi par d'autres obligations internationales (extérieures au traité) auxquelles l'État est astreint – le droit international humanitaire, la protection des droits de la personne notamment¹¹⁵. On observe enfin que l'extension du champ matériel du traité aux actes de financement étatique du terrorisme (par des transferts de fonds ou des transferts d'armes notamment) aurait probablement complexifié l'émergence de l'accord de 1999. Bien qu'il ne vise qu'à prévenir et à réprimer le financement du terrorisme, et non à lutter de façon générale contre un phénomène qui connaît de très lourdes difficultés de définition¹¹⁶, les États auraient pu voir dans une telle extension du champ d'application du traité, de nombreux motifs politiques d'opposition¹¹⁷. Néanmoins, les arguments en faveur d'une lecture dynamique de la CIRFT captant le financement étatique du terrorisme existent. Pour fonder une réponse positive à la question d'interprétation préalablement posée, l'Ukraine invoquait, *mutatis mutandis*, la jurisprudence de la Cour en 2007 dans l'affaire de l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*¹¹⁸. A cette occasion, la Cour avait interprété la convention en faveur de l'existence d'une obligation autonome interdisant la commission du crime de génocide appuyée sur l'obligation de prévention de ce même crime. Selon la Cour, « il serait paradoxal que les États soient (...) tenus d'empêcher, dans la mesure de leurs moyens, des

¹¹⁴ Yas BANIFATEMI, « La lutte contre le financement du terrorisme international », *Cet annuaire*, 2002, vol.48, p.107.

¹¹⁵ Marcelo KOHEN, « Les controverses sur la question du "terrorisme d'Etat" », in Karine BANNELIER, Théodore CHRISTAKIS, Olivier CORTEN, Barbara DELCOURT, *Le droit international face au terrorisme*, CEDIN Paris I, Cahiers internationaux n°17, Paris, Pedone, 2002, p.91.

¹¹⁶ Cf. notamment Pierre KLEIN, « Le droit international à l'épreuve du terrorisme », *RCADI*, t. 321, 2008, pp.227 et s ; Anne-Laure CHAUMETTE, « Les problèmes de qualification du terrorisme international », in Sylvain JACOPIN, Aurélie TARDIEU, *La lutte contre le terrorisme*, Paris, Pedone, 2017, pp.133-142.

¹¹⁷ Cf. en ce sens Pierre KLEIN, « Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme », *United Nations Audiovisual Library of International Law*, 2009. Pour l'auteur, les Etats ont pris soin d'éviter « que les actes des mouvements de libération nationale ou liés à la résistance à l'occupation étrangère ne puissent être qualifiés de terroristes au sens de la Convention (voy. e.a., pour les déclarations ou réserves, l'état des ratifications des traités déposés auprès du Secrétaire général) ».

¹¹⁸ CIJ, Audience publique tenue le lundi 6 mars 2017, à 10 heures, au Palais de la Paix, sous la présidence de M. Abraham, président, *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)*, document CR 2017/1§§15-20, pp.38-39. Pour le demandeur : "It would be equally antithetical to the text and purpose of the Terrorism Financing Convention if a State that has an obligation to co-operate to prevent the financing of terrorism, was considered free to finance terrorism directly".

personnes sur lesquelles ils peuvent exercer une certaine influence de commettre le génocide, mais qu'il ne leur soit pas interdit de commettre eux-mêmes de tels actes par l'intermédiaire de leurs propres organes (...). En somme, l'obligation de prévenir le génocide implique nécessairement l'interdiction de le commettre»¹¹⁹. S'appuyant sur cette interprétation, l'Ukraine considérait ainsi que « de la même manière, il serait totalement contraire au texte et au but de la convention contre le financement du terrorisme qu'un État ayant une obligation de coopération en la matière soit considéré comme libre de financer directement le terrorisme ». La solution retenue par la Cour en 2007 avait fait l'objet de critiques tant elle pouvait être porteuse de confusion dans le contenu du dispositif conventionnel. On note par ailleurs que le raisonnement adopté à propos de l'interdiction du génocide d'État ne peut être strictement transposable à la question du financement étatique du terrorisme. En effet, bien que ces deux conventions constituent des instruments de coopération, la CIRFT ne s'inscrit pas dans un processus coutumier plus large susceptible d'être mobilisé au soutien des dispositions conventionnelles. En effet, l'état du droit coutumier sur la question du financement du terrorisme ne connaît pas un tel niveau de précision. Si, à la suite de l'arrêt de 2007, O. Corten avait pu trouver dans l'approche de la Cour une « volonté de “conventionnaliser” l'interdiction de commettre un génocide » porteuse de conséquences étendues, notamment en ce qu'elle conférait à la Cour une « compétence générale de principe pour juger de tous les différends relatifs à un crime de ce type, sans limitation »¹²⁰, le domaine de la lutte contre le terrorisme connaît une réalité tout autre. L'état du droit coutumier n'y est pas si étendu et les difficultés liées à la définition du terrorisme¹²¹ empêchent le développement d'un corpus coutumier conséquent. En tout état de cause, il est possible que la position de la Cour à propos de cette autonomie évolue à l'étape du jugement au fond. En effet, l'insuffisance des preuves fournies par l'Ukraine a pu inciter la Cour à la prudence, mais elle pourrait s'engager sur la voie d'un dynamisme interprétatif plus résolu à la condition que des éléments factuels plus probants appuient la position du demandeur.

2. *L'insuffisance des preuves dans l'examen de la plausibilité des atteintes*

L'échec au test de la plausibilité de la demande ukrainienne s'explique par le défaut des preuves apportées. L'insuffisance des éléments prouvant l'intention de la Fédération de Russie dans l'atteinte plausible aux obligations de la CIRFT entraîne, au-delà de conséquences déjà évoquées au titre de l'interprétation dynamique du texte, le rejet des mesures conservatoires sollicitées. Pour la Cour, « l'Ukraine n'a pas soumis (...) de preuves offrant une base suffisante pour que la réunion de[s] éléments [tels qu'ils sont exigés par l'article 2, §1 : intention ou connaissance et but] puisse être jugée plausible »¹²². Ce constat s'appuie sur les défauts de motivation de l'argumentation présentée par le demandeur. Si la charge de la preuve pèse sur celui qui sollicite les mesures conservatoires, l'étendue d'une telle charge reste posée : s'agit-il d'une obligation atténuée par l'objet spécifique de la demande, ou faut-il y voir un commandement similaire à celui rencontré à l'étape du fond ? Cette question a déjà fait l'objet de remarques. Comme le précise le juge GREENWOOD, le raisonnement suivi par la Cour « ne sauraient être aussi rigoureux que ceux qui doivent être appliqués dans les phases ultérieures

¹¹⁹ CIJ, *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt du 26 février 2007, §166, p.113.

¹²⁰ Olivier CORTEN, « L'arrêt rendu par la CIJ dans l'affaire du *Crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie)* : vers un assouplissement des conditions permettant d'engager la responsabilité d'un Etat pour génocide ? », in *cet Annuaire*, 2007, p.271.

¹²¹ Nations Unies, Assemblée générale, « Rapport du Groupe de personnalités de haut niveau sur les menaces, les défis et le changement, Un monde plus sûr : notre affaire à tous », document A/59/565, §§157-164.

¹²² CIJ, *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)*, demande en indication de mesures conservatoires, ordonnance du 19 avril 2017, §75, p.26.

de l'examen d'une affaire. La nature de la procédure (...) ne permet pas aux Parties de présenter, ni à la Cour d'examiner, les éléments de preuve ou arguments détaillés relatifs aux questions juridiques qui seront requis au stade de la compétence ou du fond »¹²³. Pourtant, l'approche retenue par la Cour dans l'ordonnance de 2017 semble exiger du demandeur un niveau de preuve proche de celui pratiqué aux étapes ultérieures de la procédure.

Dans le cas d'espèce, l'Ukraine s'est contentée de renvoyer à la connaissance générale dont devait disposer la Fédération de Russie de l'usage fait des armes dont elle avait la propriété¹²⁴. Un tel choix argumentaire interroge, car l'article 2 de la CIRFT évoque explicitement l'intention, ou la connaissance de l'usage qui sera fait des fonds fournis¹²⁵. Ces termes ne visent pas une connaissance générale hypothétique, mais exigent que le financement ait été réalisé en toute connaissance de cause¹²⁶. Cette exigence a fait l'objet d'analyses répétées en droit international à propos d'obligations de prévention ou de questions de complicité et d'aide ou assistance à la commission de faits illicites¹²⁷. Bien que ces deux configurations puissent connaître des divergences en termes de régime juridique, les conditions de leur déclenchement restent strictes et ne reposent pas sur une connaissance lointaine de la situation aboutissant au fait illicite¹²⁸. Dans le cas d'espèce, les juges du Palais de la Paix ont retenu que le demandeur « n'a pas soumis à la Cour de preuves offrant une base suffisante pour que la réunion [des] éléments [figurant au paragraphe 1 de l'article 2 – à savoir la fourniture réalisée dans l'intention de voir les fonds utilisés ou sachant qu'ils seront utilisés pour commettre des actes illicites] puisse être jugée plausible »¹²⁹. Si cette position ne surprend pas sur le fond, elle

¹²³ CIJ, Déclaration de M. le Juge GREENWOOD, , *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua)*, demande en indication de mesures conservatoires, ordonnance du 8 mars 2011, §2, p.46.

¹²⁴ CIJ, Audience publique tenue le lundi 6 mars 2017, à 10 heures, au Palais de la Paix, sous la présidence de M. Abraham, président, *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)*, document CR 2017/1, §§49-50, pp.40-41. Pour le demandeur « Il est tout à fait évident que la Russie savait de quelle manière ces groupes employaient son aide », sans que l'intention de commettre les actes accomplis ne soit caractérisée.

¹²⁵ Convention internationale du 9 décembre 1999 pour la répression du financement du terrorisme, article 2.

¹²⁶ Cf. à titre d'illustration : les travaux menés par la Commission du droit international à propos de la responsabilité internationale de l'État pour fait internationalement illicite : Nations Unies, CDI, « Rapport de la Commission à l'Assemblée générale sur les travaux de sa 53^e session », *ACDI de l'année 2001*, vol. II (II), New York, Nations Unies, 2007, pp.70 et s. Pour le rapporteur spécial, J. CRAWFORD, l'État ne serait pas responsable de l'aide financière et matérielle qu'il apporte, car « normalement un État [...] n'a pas à se demander si son aide ou assistance sera utilisée pour perpétrer un fait internationalement illicite (...). Les circonstances de chaque espèce doivent être examinées soigneusement en vue de déterminer si l'État concerné, en apportant son aide, savait qu'il facilitait la commission d'un fait internationalement illicite et entendait la faciliter ».

¹²⁷ A propos de la preuve exigée dans le cadre de l'aide ou l'assistance à la commission d'un fait internationalement illicite, cf. Kate NAHAPETIAN, "Confronting State Complicity in International Law", *Journal of International Law and Foreign Affairs*, 2002-2003, Los Angeles, University of California, pp.99-127 ; Bernhard GRAEFRATH, "Complicity in the Law of International Responsibility", *RBDI*, 1996/2, pp.371-380. Spécifiquement sur l'aide ou l'assistance à la commission de violations du droit international par le transfert d'armes : ANCELIN (J.), *La lutte contre la prolifération des armes légères et de petit calibre*, Bruxelles, Bruylant, coll. de droit international, vol. 84, 2017, pp.476-488.

¹²⁸ Julien ANCELIN, *La lutte contre la prolifération des armes légères et de petit calibre*, op. cit., §§500-501, pp.419-421.

¹²⁹ CIJ, *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)*, demande en indication de mesures conservatoires, ordonnance du 19 avril 2017, §75. Dans le cadre de son analyse, la Cour précise « 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 (voir le paragraphe 74), et celui relatif au but auquel il est fait référence à l'alinéa b) dudit paragraphe, sont réunis ». Les raisons suffisantes recherchées n'étant ici pas établies.

interroge tout de même à l'étape de la détermination de la plausibilité des atteintes aux droits invoqués. Elle fait peser sur le demandeur un standard de preuve exigeant – proche de celui prévu à l'étape de la détermination de la responsabilité. En effet, si l'Ukraine n'a pas opté pour une démonstration stricte, elle avait tout de même présenté certains liens semblant étayer la thèse selon laquelle le financement de l'action des partisans de Kharkiv (impliqué dans plusieurs activités criminelles et qualifiées de terroristes par le demandeur) provenait de Russie. Un tel argument visait à établir la défaillance de l'État russe dans sa prévention du financement du terrorisme¹³⁰. Au surplus, l'Ukraine apportait des éléments relatifs à la propriété de l'arme (la batterie BOUK) qui semble avoir été à l'origine de la destruction du vol commercial de la Malaysian Airlines MH17 et au soutien financier des auteurs présumés de l'attaque. Malgré ces démonstrations, la Cour n'a pas considéré que le standard de preuve minimal était atteint, obligeant le demandeur, comme la doctrine a pu le qualifier, « à l'impossible »¹³¹. Dans le contexte d'un régime conventionnel ne faisant pas directement de l'individu le destinataire des normes adoptées – à la différence de la CIEDR – la caractérisation du risque d'atteinte à la protection invoquée apparaît donc particulièrement exigeante.

Il faut enfin noter que, si la position de la Cour est particulièrement stricte à ce stade, une telle approche ne saurait toutefois étonner. Ce degré d'exigence a déjà été requis, *mutatis mutandis*, dans le contentieux sur l'application de la Convention pour la répression du crime de génocide entre la Serbie-et-Monténégro et la Belgique (pour ne citer qu'elle parmi les États ayant été attirés par le demandeur). Dans cette affaire, dite de la *Licéité de l'emploi de la force*, la Cour avait refusé de faire droit aux demandes de mesures conservatoires introduites. Elle se fondait sur l'insuffisance des éléments fournis par la Serbie-et-Monténégro destinés à établir l'intention nécessaire à la caractérisation de l'application du traité fondant la demande¹³². À l'époque, les juges avaient conclu à l'absence de compétence *prima facie*, ne se plaçant pas à l'étape du test de plausibilité. Dans l'ordonnance de 2017, l'approche diffère : l'intention visée par la CIRFT, qui précise que l'acte prohibé doit avoir pour objectif d'« intimider une population »¹³³, a été considérée comme faisant défaut empêchant ainsi la caractérisation de la plausibilité de la violation. Bien que le stade auquel l'analyse a été opérée ne soit pas le même, l'approche retenue en 2017 peut être reliée à la solution adoptée en 1999. En effet, le critère imposé par le traité ne saurait se confondre avec la connaissance, même lointaine, des actes accomplis – comme a tenté de l'établir l'Ukraine. La volonté d'intimider une population est nécessaire, au même titre que la volonté de détruire un groupe en tout ou partie l'est pour le crime de génocide¹³⁴. L'absence d'élément de preuve suffisantes permettant de caractériser la plausibilité de cette volonté spéciale a ainsi abouti au rejet de la demande, et par conséquent à toutes les sollicitations ukrainiennes à propos de la CIRFT.

La conclusion à laquelle parvient la Cour aurait pu être différente, si, comme le propose le juge Cançado Trindade, un test de vulnérabilité avait été opéré, dépassant les contingences du test de plausibilité. Comme cela a pu être évoqué à l'occasion de la CIEDR, la volonté de replacer

¹³⁰ CIJ, Audience publique tenue le lundi 6 mars 2017, à 10 heures, au Palais de la Paix, sous la présidence de M. Abraham, président, *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)*, document CR 2017/1, §§45-48, pp.39-40.

¹³¹ Anne PETERS, “Vulnerability” versus “Plausibility” : Righting or Wronging the Regime of Provisional Measures? Reflections on ICJ, *Ukraine v. Russian Federation*, Order of 19 April 2017”, *op. cit.*

¹³² CIJ, *Licéité de l'emploi de la force (Serbie-et-Monténégro c. Belgique)*, demande en indication de mesures conservatoires, ordonnance du 2 juin 1999, §§40-41, p.18.

¹³³ Convention internationale du 9 décembre 1999 pour la répression du financement du terrorisme, article 2, §1, b.

¹³⁴ Cf. en ce sens l'analyse du dol spécial requis parmi les éléments constitutifs du crime de génocide : Florian JESSBERGER, “The Definition and the Elements of the Crime of Genocide”, in Paola GAETA (dir.), *The UN Genocide Convention, A Commentary*, Oxford Commentaries on International Law, Oxford University Press, 2009, pp.105-110.

l'individu au centre de l'attention aurait amené le débat sur la nature et les effets des obligations issues de la CIRFT vers une dimension nouvelle, qui aurait pu aboutir *in fine* à la modulation du standard de preuve exigé. Une telle option dépend toutefois de l'existence, même indirecte, de droits individuels au sein de la CIRFT et notamment au profit des victimes du terrorisme. Si une telle détermination ne peut être opérée au stade conservatoire, une position médiane aurait pu être adoptée. Comme le propose A. Peters « la vulnérabilité des victimes du terrorisme international plausiblement commis dans les régions de l'est de l'Ukraine, pourrait et devrait être prise en compte lorsqu'il est question de déterminer si la violation des dispositions de la CIRFT est plausible et qu'il existe un danger que ces populations ne soient victimes d'un préjudice irréparable (ce dernier ne pesant pas uniquement sur l'État) »¹³⁵. Une telle prise en compte, au travers du prisme de la plausibilité, aurait permis d'aboutir à l'admission facilitée du risque d'atteinte à la protection de la CIRFT. Toutefois, la voie d'une solution équilibrée en la matière apparaît particulièrement délicate à trouver. Elle nécessite de faire la part entre la rigidité de l'examen de la plausibilité qui place les populations victimes en retrait de l'analyse et la plasticité de l'examen de la vulnérabilité qui pourrait aboutir à une solution inadaptée au régime conventionnel de la CIRFT qui n'a pas pour objet principal de consacrer des droits individuels.

¹³⁵ Anne PETERS, "Vulnerability" versus "Plausibility": Righting or Wronging the Regime of Provisional Measures ? Reflections on ICJ, Ukraine v. Russian Federation, Order of 19 April 2017", *op. cit.* Nous traduisons.

CONCLUSION

L'ordonnance du 19 avril 2017 a permis à la Cour d'affirmer l'impérieuse nécessité qu'ont les Parties d'exécuter leurs obligations internationales afin de s'engager sur la voie d'un règlement pacifique de leur différend. Bien qu'il ne s'agisse que d'une première phase, en admettant sa compétence *prima facie* à propos des deux conventions invoquées, la Cour ouvre des possibilités contentieuses certaines pour les prochaines étapes du règlement judiciaire de l'affaire, notamment au profit du demandeur¹³⁶. Toutefois, si la Cour s'est rigoureusement attachée à éviter tout dépassement du champ de son intervention, son raisonnement n'est pas exempt de critiques. Le test de plausibilité des atteintes à la protection mobilisé reste encore ancré dans un contexte qui ne donne pas une pleine effectivité à la protection des droits humains.

Le raisonnement suivi par la Cour témoigne néanmoins d'un mouvement en faveur de la prise en compte des droits individuels en droit international. Si une telle approche ne constituait qu'une « innovation » à l'époque de l'affaire du *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*¹³⁷, elle en est aujourd'hui devenue un aspect classique du procès en indication de mesures conservatoires. Toutefois, certaines évolutions apparaissent nettement envisageables et les atteintes aux droits individuels invoquées pourraient faire l'objet d'une analyse plus approfondie lorsqu'une situation de vulnérabilité est caractérisable. Cette situation constatée, les conditions de l'application de l'article 41 du Statut pourraient ainsi être assouplies, dans la limite d'un strict équilibre déterminé par la Cour. Il s'agirait alors pour les juges du Palais de la Paix, face à des situations de violence produisant des effets immédiats sur les populations, de renforcer leur contribution au maintien de la paix par la prévention de toute aggravation significative des différends dont ils sont saisis du règlement pacifique¹³⁸.

¹³⁶ Cf. en ce sens, Karin OELLERS FRAHM, « Article 41 », in Andreas ZIMMERMANN, Karin OELLERS-FRAHM, Christian TOMUSCHAT, Christian J. TAMS (dir.), *The Statute of the International Court of Justice, A Commentary*, op. cit., §104, p.1072. Pour l'auteur, le succès à l'occasion de cette phase contentieuse est susceptible d'accorder au demandeur « une sorte d'avantage psychologique dans le procès ».

¹³⁷ Shabtai ROSENNE, *Provisional Measures in International Law, The International Court of Justice and the International Tribunal for the Law of the Sea*, op. cit., pp.201-202. L'auteur cite au soutien de son observation les §§38-44 (pp.19-20) de l'ordonnance en indication de mesures conservatoires du 15 décembre 1979 de la CIJ dans l'*Affaire du Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, États-Unis d'Amérique c. Iran.

¹³⁸ Robert KOLB, *La Cour internationale de Justice*, op. cit., p.638 ; ROSENNE (S.), *Provisional Measures in International Law, The International Court of Justice and the International Tribunal for the Law of the Sea*, op. cit., p.222.

RESUME

Saisie d'une demande en indication de mesures conservatoires par l'Ukraine dans le différend qui l'oppose à la Fédération de Russie à propos des événements dans le Donbass et en Crimée, la Cour internationale de justice s'est affirmée comme un acteur capable d'influer sur la résolution du conflit. En condamnant la Fédération de Russie en raison d'atteintes plausibles à la Convention internationale du 21 décembre 1965 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, mais en rejetant les demandes fondées sur la Convention internationale du 9 décembre 1999 pour la répression du financement du terrorisme, la Cour a recherché la construction d'une solution équilibrée. L'ordonnance adoptée interroge sur l'évolution du régime des mesures conservatoires lorsque des atteintes aux droits individuels sont invoquées.

SUMMARY

Ukraine requested the indication of provisional measures in the dispute opposing it to the Russian Federation related to the events in Donbass and Crimea. The Order delivered by the International Court of Justice proves the latter can influence the resolution of this conflict. By condemning the Russian Federation for plausible violations of the International Convention of 21 December 1965 on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, but rejecting the claims based on the International Convention of 9 December 1999 for the suppression of the financing of terrorism, the Court sought the construction of a balanced solution. The Order it delivered questions the evolution of the regime of provisional measures when violations of individual rights are invoked.