

DÉCLARATION DE M. LE JUGE KITTICHAISAREE

1. Puisque l'ordonnance est relativement succincte quant à son raisonnement, en particulier sur certains aspects importants de l'affaire, je tiens à expliquer pourquoi j'ai, comme la majorité de mes collègues, voté en sa faveur.

Compétence *prima facie* d'un tribunal prévu à l'annexe VII

2. Dans sa note verbale n° 1733/H du 30 avril 2019 adressée au Tribunal, la Fédération de Russie déclare notamment qu'elle s'inscrit en faux contre la qualification du statut du détroit de Kertch et de la mer territoriale adjacente à la Crimée qui est faite par l'Ukraine et « déclare que des questions comme la souveraineté sur la Crimée ne sauraient faire l'objet d'une quelconque procédure devant le Tribunal. » A l'audience publique tenue le 10 mai 2019, l'Ukraine a affirmé que, sans préjuger du statut juridique du détroit de Kertch et de la Crimée, la conduite de la Russie est une profonde violation de l'immunité des navires de guerre et de leur personnel au regard de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982 (« la Convention ») et du droit international coutumier, même si, *arguendo*, elle a eu pour cadre la mer territoriale ou la zone économique exclusive de la Russie¹. En rendant l'ordonnance aujourd'hui, le Tribunal accepte correctement l'argument de l'Ukraine sur ce point.

3. Je souscris également sans réserve à l'avis de la majorité du Tribunal selon laquelle, *prima facie*, l'exception relative aux activités militaires ne s'applique pas en l'espèce, contrairement à ce que soutient la Russie.

4. Les travaux préparatoires de l'article 298 de la Convention² n'aident pas vraiment à décider de façon catégorique si l'incident survenu le 25 novembre 2018 consistait en une activité militaire ou en un acte d'exécution forcée. Je conçois fort bien que certains exemples typiques d'activités militaires sont des exercices militaires en mer, des activités de collecte de renseignement militaire en mer, la

¹ TIDM/PV.19/A26/1, p. 4, l. 28 à 37 et p. 14, l. 28 à 38.

² Voir Myron Nordquist *et al.* (dir.), *United Nations Convention on the Law of the Sea. A Commentary* (Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff 1989), vol. V, p. 135 à 137, par. 298.33 à 298.38.

confrontation militaire en mer dans le cadre d'un conflit interétatique politique ou militaire³, ainsi que tout acte militaire engagé en mer par un autre Etat pour répondre à de telles activités. Certains incidents peuvent comprendre une combinaison d'aspects militaires et d'aspects d'exécution forcée. Par conséquent, chaque cas doit être examiné de façon objective en prenant en considération au premier chef la nature et l'objet des activités en question, à la lumière des circonstances et du contexte pertinents dans lesquels ces activités s'inscrivent.

5. L'emploi de la force en l'espèce s'inscrivait également dans le cadre d'opérations de police en mer qui ont été mentionnées dans *l'Affaire du navire « SAIGA » (No. 2)* :

La pratique normale à laquelle il est fait recours pour stopper un navire en mer est, tout d'abord, d'émettre un ordre sonore ou visuel de stopper, en utilisant des signaux reconnus internationalement. Lorsque cela s'avère insuffisant, un certain nombre de mesures peuvent être prises, y compris des coups de feu tirés par-dessus l'étrave du navire. C'est uniquement lorsque ces mesures s'avèrent insuffisantes que le navire poursuivant peut, en dernier ressort, faire usage de la force. Même dans un tel cas, un avertissement adéquat doit être émis en direction du navire et tout doit être mis en œuvre pour veiller à ne pas mettre de vie en danger (*affaire du S.S. « I'm Alone » (Canada c. Etats-Unis d'Amérique, 1935), R.S.A.N.U, vol. III, p. 1609; affaire The Red Crusader (Commission d'enquête, Danemark - Royaume Uni, 1962), I.L.R, vol. 35, p. 485*)⁴.

Obligations d'échanger des vues énoncées à l'article 283

6. L'article 283, paragraphe 1, de la Convention, dispose :

Lorsqu'un différend surgit entre des Etats parties à propos de l'interprétation ou de l'application de la convention, les parties en litige procèdent promptement à un échange de vues concernant le règlement du différend par la négociation ou par d'autres moyens pacifiques.

³ Selon un auteur,

Seuls les actes qui constituent une menace ou un emploi de la force au cours d'un passage – par l'Etat côtier ou par l'Etat qui passe par le détroit ou les eaux archipélagiques – doivent être considérés comme entrant dans la catégorie des différends qui pourraient être exclus de la compétence obligatoire d'une cour ou d'un tribunal international. Cette conclusion serait en harmonie avec les exclusions appropriées relatives aux actes militaires en haute mer ou dans la zone économique exclusive (Nathalie Klein, *Dispute Settlement in the UN Convention on the Law of the Sea* (Cambridge: Cambridge University Press 2005), p. 314. Voir également *ibid.*, p. 304 et 312).

⁴ *Navire « SAIGA » (No. 2) (Saint-Vincent-et-les Grenadines c. Guinée), arrêt, TIDM Recueil 1999, p. 62, par. 156.*

7. La présente affaire est la huitième affaire soumise au Tribunal au titre de l'article 290, paragraphe 5, de la Convention. Dans sa demande en prescription de mesures conservatoires déposée auprès du Tribunal le 16 avril 2019, l'Ukraine affirme qu'elle a répondu à l'obligation énoncée à l'article 283 de la Convention en prenant « des mesures raisonnables et promptes pour avoir un échange de vues avec la Fédération de Russie en vue de régler le différend par la négociation ou d'autres moyens pacifiques », mais « [l]e différend n'a pu être réglé »⁵. La Russie est en profond désaccord avec l'argument de l'Ukraine. Dans sa note verbale n° 1733/H du 30 avril 2019 adressée au Tribunal, la Russie déclare notamment que l'Ukraine a choisi de soumettre sa demande en prescription de mesures conservatoires au Tribunal avant de s'engager dans de nouvelles consultations bilatérales avec la Russie en sus de celle qui s'est tenue à La Haye le 23 avril 2019, alors que la Russie s'était déclarée prête à poursuivre le dialogue avec l'Ukraine sur la question.

8. Comme énoncé dans le mémorandum de la Russie du 7 mai 2019 :

Dans sa note du 15 mars 2019, l'Ukraine a indiqué que les navires militaires ukrainiens et leur équipage jouissaient de l'immunité, invoquant les articles 32, 58 et 95 de la CNUDM. Au dernier paragraphe de cette note, l'Ukraine a déclaré que « [c]onformément à l'article 283 de la Convention, la partie ukrainienne exige que la Fédération de Russie procède promptement à un échange de vues sur le règlement de ce différend par la négociation ou d'autres moyens », imposant de façon arbitraire « un délai de dix jours ». Dans les dix jours, c'est-à-dire le 25 mars 2019, la Russie a fourni par écrit une réponse d'attente. L'Ukraine n'a pas attendu de recevoir de réponse au fond et déposé ses conclusions dans la semaine, le 31 mars 2019. La Russie a accepté de tenir des consultations avec l'Ukraine sur le fondement de l'article 283 de la CNUDM. Des consultations se sont tenues le 23 avril 2019, mais l'Ukraine n'y a pas participé de façon sérieuse ; la Russie a déclaré qu'elle était disposée à poursuivre un dialogue sur le règlement des différends par des moyens pacifiques, mais l'Ukraine a déclaré qu'elle ne souhaitait pas poursuivre dans cette voie et choisi de demander la tenue d'une audience sur les mesures conservatoires⁶. Les conditions prévues à l'article 283, paragraphe 1, de la CNUDM n'ont pas été remplies et la compétence *prima facie* fait donc défaut.

9. A l'audience publique qui s'est tenue le 10 mai 2019, l'Ukraine a réfuté oralement l'argument de la Russie énoncé au paragraphe 8 ci-dessus, disant qu'il

⁵ Par. 17 de la demande de l'Ukraine.

⁶ Par. 37 du mémorandum de la Russie du 7 mai 2019 (notes de bas de page omises).

était « tout simplement incorrect ». Selon l'Ukraine, le 15 mars 2019, elle a adressé une note verbale à la Fédération de Russie indiquant qu'elle préférerait que le différend soit réglé au moyen de la procédure d'arbitrage prévue à l'annexe VII et demandant un échange de vues en application de l'article 283. Compte tenu de l'urgence de la situation, l'Ukraine a insisté pour que cet échange de vues ait lieu dans un délai de 10 jours. Contrairement à l'argument de la Russie, ce délai de 10 jours n'était pas « arbitraire » – il tient compte du fait que chaque jour qui passe aggrave encore les dommages causés aux droits de l'Ukraine et que l'Ukraine avait déjà, au cours d'une période de plusieurs mois, protesté à plusieurs reprises contre l'immobilisation de ses navires et militaires et cherché à obtenir leur libération. L'Ukraine a alors conclu que le 25 mars 2019 elle s'était acquittée de son obligation d'échanger des vues. Puisque l'article 283 dispose que les parties doivent procéder à un échange de vues « promptement », l'Ukraine considère que la Russie, en se bornant à ignorer le calendrier qu'elle lui avait proposé, n'a pas observé cette obligation. Lorsque l'Ukraine a reçu la note verbale de la Russie datée du 25 mars 2019, elle ne pouvait pas prévoir que la Russie – plusieurs semaines plus tard – accepterait sa demande tendant à tenir une réunion et elle était en droit de considérer que de nouvelles tentatives qu'elle ferait en vue de tenir des négociations ne seraient pas fructueuses. L'Ukraine estimait ne pas être tenue de reporter indéfiniment l'examen de sa cause et de permettre ce faisant un préjudice continu à ses droits⁷. Le 16 avril 2019, après l'expiration du délai de deux semaines prévu à l'article 290, paragraphe 5, de la Convention, et en attendant la constitution du tribunal arbitral prévu à l'annexe VII, l'Ukraine a déposé la demande en prescription de mesures conservatoires au Tribunal.

10. En application de la jurisprudence bien établie du Tribunal, l'obligation de « procéder promptement à un échange de vues » en application de l'article 283 de la Convention s'applique de la même manière aux deux parties au différend⁸. Habituellement, la partie demandant au Tribunal de prescrire des mesures conservatoires en vertu de l'article 290, paragraphe 5, avait à plusieurs occasions

⁷ TIDM/PV.19/A26/1, p. 17 à 19.

⁸ Par exemple, *Travaux de poldérisation à l'intérieur et à proximité du détroit de Johor (Malaisie c. Singapour), mesures conservatoires, ordonnance du 8 octobre 2003, TIDM Recueil 2003, p. 19, par. 38.*

avant l'ouverture de la procédure prévue à l'annexe VII de la Convention adressé des notes diplomatiques pour informer le défendeur de ses préoccupations au sujet de la conduite de celui-ci en violation of the Convention et lui demander qu'une réunion se tienne d'urgence pour examiner ces préoccupations en vue de résoudre le différend à l'amiable⁹.

11. Avec tout le respect qui est dû au Tribunal, l'ordonnance qu'il a rendue aujourd'hui ne semble pas avoir examiné le sens ordinaire de l'article 283, paragraphe 1, qui dispose que les parties en litige procèdent promptement à un échange de vues concernant le règlement du différend par la négociation ou par d'autres moyens pacifiques, « [!]orsqu'un différend surgit entre des Etats Parties à propos de l'interprétation ou de l'application de la Convention ». Les paragraphes 86 à 90 de l'ordonnance traitent de la note verbale de l'Ukraine du 15 mars 2019 et du fait qu'il était inutile que tout autre échange de vues se tienne entre l'Ukraine et la Russie pour que le Tribunal conclue à ce stade que les conditions de l'article 283 étaient remplies avant que l'Ukraine n'institue la procédure arbitrale et que le tribunal arbitral prévu à l'annexe VII aurait *prima facie* compétence pour statuer sur le différend qui lui est soumis.

12. Il ressort de l'ensemble des documents soumis au Tribunal que si l'Ukraine a protesté avec persistance contre la conduite de la Russie à l'égard des trois navires militaires et des 24 militaires à leur bord, c'est dans sa note verbale n° 72/22-188/3-682 datée du 15 mars 2019 que l'Ukraine a mentionné pour la première fois l'article 283 de la Convention et a exigé que la Fédération de Russie « procède promptement à un échange de vues sur le règlement de ce différend par la négociation ou d'autres moyens » et a demandé à la Fédération de Russie d'exprimer immédiatement ses vues sur les moyens propres à régler ce différend et de tenir des consultations avec la partie ukrainienne sur la question ». Une question juridique pertinente est la suivante : l'obligation pour les parties en litige, énoncée à l'article 283, de procéder « promptement » à un échange de vues concernant le règlement du différend par la négociation ou par d'autres moyens pacifiques n'existe-t-elle pas depuis la date où le différend a surgi, le 25 novembre 2018 ?

⁹ Voir, par exemple, *ibid.*, par. 39.

Autrement dit, est-ce que l'initiative prise par l'Ukraine le 15 mars 2019 ne s'est pas conformée à l'exigence de « promptitude » de l'article 283 ?

13. Les travaux préparatoires relatifs à l'article 283 montrent que l'obligation de procéder « promptement » à un échange de vues ne se limite pas seulement à un échange de vues initial au commencement du différend ; il s'agit d'une obligation continue qui est applicable à chaque étape du différend, durant lequel les parties sont entièrement libres d'utiliser la méthode de règlement du différend de leur choix, y compris la négociation directe, les bons offices, la médiation, l'établissement des faits, la conciliation, l'arbitrage ou le règlement judiciaire. En conséquence, si les parties décidaient de sauter l'étape des négociations directes et de passer directement à d'autres moyens, l'article 283 n'empêcherait pas de parvenir ainsi à un accord¹⁰. La raison d'être de l'article 283 semble être de garantir que le recours à des mécanismes prévus à la section 2 de la partie XV ou à d'autres procédures obligatoires prévues par la Convention ne soit pas prématuré ou automatique, mais n'ait lieu que lorsqu'il apparaît clairement que le différend ne peut être réglé par des moyens moins contradictoires, tandis que l'obligation de commencer l'échange de vues promptement vise à empêcher qu'il ne soit utilisé comme une tactique dilatoire¹¹.

14. Selon une opinion, exprimée par le juge ad hoc Anderson dans la déclaration qu'il a faite dans l'*Affaire de l'« Arctic Sunrise »* :

L'accent, ici, est mis davantage sur l'expression de vues concernant *le moyen de règlement pacifique le plus approprié* que sur l'épuisement de négociations diplomatiques sur les questions de fond qui opposent les parties. s. Le principal objectif visé implicitement par l'article 283 est d'éviter une situation où un Etat serait pris complètement par surprise par l'introduction d'une instance contre lui. Le Tribunal a noté à juste titre, aux paragraphes 73 et 74 de son ordonnance [dans l'*Affaire de l'« Arctic Sunrise »*], qu'il y avait eu plusieurs échanges diplomatiques entre les Parties avant l'ouverture de la procédure.¹² (Je souligne)

¹⁰ Nordquist *et al.* (dir.), op. cit., p. 29, note 2, par. 283.1 et 283.2.

¹¹ Alexander Proelß (dir.), *United Nations Convention on the Law of the Sea. A Commentary* (Oxford: Hart 2017), p. 1831.

¹² « Arctic Sunrise » (*Royaume des Pays-Bas c. Fédération de Russie*), mesures conservatoires, ordonnance du 22 novembre 2013, *TIDM Recueil 2013*, p. 230, par. 3.

15. Le tribunal arbitral qui sera constitué en vertu de l'annexe VII devra statuer définitivement sur la question de savoir si l'Ukraine a rempli toutes les conditions énoncées à l'article 283. A ce stade de l'affaire soumise au Tribunal de céans, j'accorderais le bénéfice du doute à l'Ukraine, bien que je craigne quelque peu que le délai de 10 jours qu'elle a imposé dans sa note verbale du 15 mars 2019 à la Russie pour répondre pourrait ne pas être raisonnable pour nombre d'Etats dont les procédures bureaucratiques internes nécessitent des consultations entre divers organismes pour qu'ils soient en mesure de répondre officiellement à une requête émanant d'un Etat étranger.

16. Le fait que l'Ukraine ait déposé un projet de résolution de l'Assemblée Générale des Nations Unies le 5 décembre 2018 – qui, notamment, demandait à la Fédération de Russie de restituer les trois navires et le matériel et de libérer les membres d'équipage sans retard et sans condition ; lui demandait également de faire preuve de la plus grande retenue afin d'apaiser immédiatement les tensions ; et engageait la Fédération de Russie à « s'abstenir de faire obstacle à l'exercice légitime des droits et de la liberté de navigation dans la mer Noire, la mer d'Azov et le détroit de Kertch, conformément au droit international applicable, notamment aux dispositions de la Convention des Nations Unies de 1982 sur le droit de la mer¹³ » – pourrait, à ce stade, être considéré, *prima facie*, comme un moyen par lequel l'Ukraine a procédé « promptement à un échange de vues sur le règlement de ce différend par la négociation ou d'autres moyens » peu après l'incident du 25 novembre 2018. La Russie elle-même s'employait à tenter de bloquer l'adoption du projet de résolution ou du moins de l'amender, en particulier par le biais de ses alliés à l'Assemblée générale des Nations Unies¹⁴. Il y a eu, peut-on dire, un échange de vues, bref bien qu'indirect, entre les parties, en utilisant l'Assemblée générale des Nations Unies comme instance pour régler le différend en question au

¹³ Projet de résolution intitulé « Problème de la militarisation de la République autonome de Crimée et de la ville de Sébastopol (Ukraine), ainsi que de certaines parties de la mer Noire et de la mer d'Azov, document A/73/L. 47 de l'Assemblée générale des Nations Unies (5 décembre 2018). Les auteurs du projet de résolution étaient les suivants : Allemagne, Australie, Autriche, Bulgarie, Canada, Croatie, Danemark, Estonie, Etats-Unis d'Amérique, Finlande, France, Géorgie, Irlande, Islande, Italie, Lettonie, Lituanie, Luxembourg, Monténégro, Norvège, Pays-Bas, Pologne, Portugal, République de Moldova, Roumanie, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Slovénie, Suède, Tchéquie, Turquie et Ukraine.

¹⁴ Voir compte-rendu analytique de l'Assemblée générale daté du 17 décembre 2018 (A/73/PV.56), p. 11 à 23.

moyen d'un projet de résolution de l'Assemblée, qui a finalement été adopté, sans amendement, en tant que résolution 73/194 du 17 décembre 2018 par 66 voix contre 19, et 72 abstentions¹⁵. Il conviendrait peut-être également de considérer cette conclusion *prima facie* en tenant compte du fait que les relations bilatérales de l'Ukraine et de la Russie ne sont pas normales depuis le 18 mars 2014.

Plausibilité des droits

17. Depuis 2015, le Tribunal, suivant en cela la pratique de la Cour internationale de Justice en 2009¹⁶, a exigé que les droits pour la protection desquels le demandeur sollicite la prescription de mesures conservatoires apparaissent plausibles ou sont au moins plausibles¹⁷. Je suis heureux de constater que dans l'affaire qui lui a été soumise, le Tribunal a scrupuleusement examiné si les droits allégués étaient plausibles et n'a pas assimilé le seuil de plausibilité à un seuil inférieur tel que celui de la possibilité¹⁸.

18. S'agissant de l'immunité des 24 militaires ukrainiens, l'Ukraine soutient, au paragraphe 25 de sa demande :

Comme le Tribunal l'a dit précédemment, « la Convention considère un navire comme constituant une unité » comprenant le navire lui-même, son équipage, toute autre personne à bord ou d'une manière ou d'une autre « impliquée dans son activité ou ayant des intérêts liés à cette activité » et la cargaison du navire. Ainsi, les passagers et l'équipage d'un navire militaire bénéficient d'une immunité au même titre que le navire. Les militaires ukrainiens détenus par la Fédération de Russie jouissent eux aussi de

¹⁵ A/RES/73/194, par. 5 et 6.

¹⁶ *Affaire relative à des questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal), mesures conservatoires, ordonnance du 28 mai 2009, C.I.J. Recueil 2009*, p. 151, par. 57 et p. 152, par. 60. Voir également la discussion sur le seuil de plausibilité en matière de mesures conservatoires dans le rapport final sur les mesures provisoires (23 décembre 2016) de l'Institut de droit international, *passim*, disponible en anglais à l'adresse http://www.idi-iiil.org/app/uploads/2017/06/3eme_com.pdf (consulté le 24 mai 2019).

¹⁷ *Délimitation de la frontière maritime dans l'océan Atlantique (Ghana/Côte d'Ivoire), mesures conservatoires, ordonnance du 25 avril 2015, TIDM Recueil 2015*, p. 158 et 159, par. 58 à 62 ; *Incident de l'« Enrica Lexie » (Italie c. Inde), mesures conservatoires, ordonnance du 24 août 2015, TIDM Recueil 2015*, p. 197, par. 84 et 85.

¹⁸ *Violations alléguées du Traité d'amitié, de commerce et de droits consulaires de 1955 République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique), mesures conservatoires, CIJ, ordonnance du 3 octobre 2018*, par.67 à 70, dans lesquels la Cour internationale de Justice relève que « que l'Iran semble fonder les droits qu'il souhaite voir préservés sur une interprétation possible du traité de 1955 et sur l'établissement *prima facie* des faits pertinents... [et que] compte tenu de ce qui précède, la Cour conclut que, à ce stade de la procédure, certains des droits revendiqués par l'Iran au titre du traité de 1955 sont *plausibles*... » (Je souligne).

l'immunité coutumière accordée aux agents de l'Etat exerçant des fonctions officielles¹⁹.

19. Je ne suis pas convaincu que la situation juridique d'un navire, y compris de son équipage et des passagers, qui constituent un tout au regard de la nationalité des demandes, signifie nécessairement ou automatiquement que si le navire en question est un navire de guerre jouissant de l'immunité, son équipage et ses passagers à bord jouissent automatiquement de la même immunité que celle accordée au navire de guerre.

20. Le paragraphe 98 de l'ordonnance rendue aujourd'hui se lit comme suit :

Le Tribunal note également que les 24 militaires à bord des navires sont des membres des forces armées et des services de sécurité ukrainiens. La nature et la portée de leur immunité peuvent nécessiter un examen plus approfondi, mais le Tribunal considère que les droits à l'immunité des 24 militaires que revendique l'Ukraine sont plausibles.

21. Le Tribunal n'explique pas le fondement de cette plausibilité de l'immunité des 24 militaires. Je souscris personnellement à l'opinion selon laquelle les 24 militaires ukrainiens, *prima facie*, jouissent de l'immunité pour les raisons indiquées ci-après.

22. Premièrement, en vertu de l'article 293, paragraphe 1, de la Convention, le Tribunal de céans applique les dispositions de la Convention « et les autres règles du droit international qui ne sont pas incompatibles avec celle-ci ». A cet égard, les règles du droit international relatives à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'Etat sont applicables dans la mesure où elles ne sont pas incompatibles avec la Convention.

23. Les dispositions pertinentes des projets d'article de la Commission du droit international sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, tels que provisoirement adoptés²⁰, se lisent comme suit :

Projet d'article 2. Définitions

Aux fins du présent projet d'articles :
[...]

¹⁹ Notes de bas de page omises. Voir également TIDM/PV.19/A26/1, p. 13, l. 8 à 38.

²⁰ A/CN.4/722 (12 juin 2018), annexe.

- e) On entend par « représentant de l'Etat » tout individu qui représente l'Etat ou qui exerce des fonctions étatiques ;
 f) « Acte accompli à titre officiel » s'entend de tout acte accompli par un représentant de l'Etat dans l'exercice de l'autorité étatique.

Troisième partie **Immunité *ratione materiae***

Projet d'article 5. Bénéficiaires de l'immunité *ratione materiae*

Les représentants de l'Etat agissant à ce titre bénéficient de l'immunité *ratione materiae* à l'égard de l'exercice de la juridiction pénale étrangère.

Projet d'article 6. Portée de l'immunité *ratione materiae*

1. Les représentants de l'Etat bénéficient de l'immunité *ratione materiae* uniquement en ce qui concerne les actes accomplis à titre officiel.
2. L'immunité *ratione materiae* en ce qui concerne les actes accomplis à titre officiel subsiste après que les individus concernés ont cessé d'être des représentants de l'Etat.
3. Les individus ayant bénéficié de l'immunité *ratione personae* conformément au projet d'article 4, dont le mandat a pris fin, continuent de bénéficier de l'immunité en ce qui concerne les actes accomplis à titre officiel au cours dudit mandat.

Projet d'article 7. Crimes de droit international à l'égard desquels l'immunité *ratione materiae* ne s'applique pas

1. L'immunité *ratione materiae* à l'égard de l'exercice de la juridiction pénale étrangère ne s'applique pas en ce qui concerne les crimes de droit international suivants :
 - a) Crime de génocide ;
 - b) Crimes contre l'humanité ;
 - c) Crimes de guerre ;
 - d) Crime d'apartheid ;
 - e) Torture ;
 - f) Disparitions forcées.

Aux fins du présent projet d'article, les crimes de droit international visés ci-dessus doivent s'entendre conformément à la définition qu'en donnent les traités énumérés à l'annexe du présent projet d'articles.

24. Le commentaire de l'article 2 e) de la Commission du droit international contient une énumération de certains exemples de « représentants de l'Etat » couverts par la définition de ce terme, y compris « militaires de rangs et divers membres des services ou forces de sécurité de l'Etat, quel que soit le rang hiérarchique occupé par ces personnes au sein de l'Etat²¹. Le commentaire relatif au

²¹ *Rapport de la Commission du droit international, soixante-sixième session (5 mai – 6 juin et 7 juillet – 8 août 2014)*, Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-neuvième session, Supplément n° 10 (A/69/10), p. 241, par. 7 et p. 244, par. 14.

projet d'article 2 f) précise que pour qu'un représentant de l'Etat jouisse de l'immunité *ratione materiae* il faut qu'il y ait également un lien direct entre l'acte accompli par le représentant de l'Etat et l'exercice de fonctions et de prérogatives de l'Etat, car c'est ce lien même qui justifie la reconnaissance de l'immunité aux fins du respect du principe de l'égalité souveraine des Etats²².

25. Comme les 24 militaires à bord des trois navires militaires ukrainiens n'ont pas été accusés d'avoir commis une infraction quelconque à laquelle l'immunité *ratione materiae* ne s'applique pas, ils sont, du moins *prima facie*, des représentants de l'Etat qui jouissent de l'immunité *ratione materiae*.

Droit de la guerre navale

26. Dans plusieurs notes diplomatiques adressées à la Russie, l'Ukraine a également affirmé que les militaires ukrainiens ont été « faits prisonniers de guerre » et a exigé « que la partie russe garantisse immédiatement et pleinement tous les droits légitimes des militaires des Forces armées ukrainiennes capturés, comme l'exige la Convention de Genève du 12 août 1949 relative au traitement des prisonniers de guerre »²³. La Russie réfute simplement cette affirmation en déclarant :

Bien que l'Ukraine semble vouloir tirer parti du fait que la Russie a nié que les militaires étaient des prisonniers de guerre (et donc traite cette question comme relevant des tribunaux civils), ce refus tient à la qualification de la situation comme conflit armé pour les besoins du droit international humanitaire et ne signifie pas que l'incident ne concerne pas des activités militaires pour les besoins de l'article 298 de la CNUDM, ce qui est une question complètement différente. La position de la Russie est parfaitement conforme à la position prise par le Tribunal dans l'affaire *Philippines c. Chine* citée précédemment²⁴.

27. La Russie ne semble pas accepter qu'il existe une situation de conflit armé entre elle et l'Ukraine. Par conséquent, il n'y a pas lieu dans la présente procédure

²² *Rapport de la Commission du droit international, soixante-huitième session (2 mai – 10 juin et 4 juillet – 12 août 2016)*, Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-et-onzième session, Supplément n° 10 (A/71/10), p. 371, par. 3.

²³ Exposé des conclusions de l'Ukraine, Appendice E.

²⁴ Par. 33 b) du mémorandum de la Fédération de Russie du 7 mai 2019. Cela est dûment noté au paragraphe 44 de l'ordonnance rendue par le Tribunal aujourd'hui.

devant le Tribunal d'appliquer le droit de la guerre navale en tant que *lex specialis* qui remplacerait le droit de la mer tel que constitué par la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer et autoriserait de viser des objectifs militaires tels que des navires de guerre ennemis, qui ne sont pas à l'abri de captures, d'attaques ou de destructions, afin d'obtenir un avantage militaire pour la Russie²⁵.

28. Bien que l'Ukraine se soit référée à plusieurs reprises aux 24 militaires ukrainiens comme étant des « prisonniers de guerre », la règle de l'*estoppel* n'empêche pas l'Ukraine de recourir à l'application du droit de la mer au lieu du droit de la guerre navale, dans le cadre de la procédure devant le Tribunal de céans. Selon la jurisprudence établie du Tribunal,

Le Tribunal fait observer qu'en droit international, une situation d'*estoppel* existe lorsqu'un Etat, par sa conduite, a créé l'apparence d'une situation particulière, et qu'un autre Etat, se fondant en toute bonne foi sur cette conduite, a agi ou s'est abstenu d'agir à son détriment. La notion d'*estoppel* a pour effet qu'un Etat sera empêché, en raison de sa conduite, d'affirmer qu'il n'accepte pas ou ne reconnaît pas une situation donnée. A cet égard le Tribunal rappelle les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord* (arrêt, C.I.J. Recueil 1969, p. 26, par. 30), et de la *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine* (arrêt, C.I.J. Recueil 1984, p. 309, par. 145)²⁶.

29. Au moins un élément principal de l'*estoppel* fait défaut en l'espèce – la Russie n'a pas présenté d'élément prouvant qu'elle a été incitée à agir à son détriment en raison de la conduite de l'Ukraine. Au contraire, les pièces soumises au Tribunal par la Russie et l'Ukraine traitent de l'interprétation ou de l'application des dispositions de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer qu'elles considèrent pertinentes pour le différend dont le Tribunal est saisi.

²⁵ Voir James Kraska, « The Kerch Strait Incident: Law of the Sea or Law of Naval Warfare? », *EJIL Talk!* (3 décembre 2018), accessible à l'adresse <https://www.ejiltalk.org/the-kerch-strait-incident-law-of-the-sea-or-law-of-naval-warfare/> (consulté le 24 mai 2019).

²⁶ *Délimitation de la frontière maritime dans le golfe du Bengale (Bangladesh/Myanmar)*, arrêt, TIDM Recueil 2012, p. 45, par. 124, également cité dans *Navire « Norstar » (Panama c. Italie)*, exceptions préliminaires, arrêt, TIDM Recueil 2016, p. 70, par. 306.

Opportunité de la prescription de mesures conservatoires par le Tribunal en l'espèce

30. L'Ukraine a également saisi la Cour européenne des droits de l'homme pour demander la protection des droits de l'homme des 24 militaires ukrainiens. Le 4 décembre 2018, la Cour européenne des droits de l'homme a décidé d'indiquer une mesure provisoire au Gouvernement russe, « dans l'intérêt des parties et du bon déroulement de la procédure conduite devant elle, et l'a invitée à veiller à ce que les membres de la marine ukrainienne capturés dont l'état de santé le requiert, notamment ceux qui auraient été blessés au cours de l'incident naval survenu le 25 novembre 2018 [...], reçoivent un traitement médical approprié »²⁷.

31. Les paragraphes 108 à 109 de l'ordonnance rendue aujourd'hui mentionnent cette voie empruntée par l'Ukraine, et à l'audience publique tenue le 10 mai 2019, l'Ukraine a essayé de réfuter l'argument de la Russie sur ce point²⁸, mais l'ordonnance du Tribunal ne dit pas si la procédure ouverte devant la Cour européenne des droits de l'homme est pertinente ou non pour la requête en prescription de mesures conservatoires déposée par l'Ukraine devant le Tribunal de céans.

32. J'estime que la procédure devant la Cour européenne des droits de l'homme est complètement différente de la présente affaire devant le Tribunal de céans. Selon les informations disponibles, la requête interétatique de l'Ukraine contre la Russie devant la Cour européenne des droits de l'homme allègue des violations par cette dernière des articles 2 (droit à la vie), 3 (interdiction de la torture), 5 (droit à la liberté et à la sûreté), 6 (droit à un procès équitable) et 38 (examen contradictoire de l'affaire) de la Convention européenne des droits de l'homme, à laquelle l'Ukraine et la Russie sont toutes deux parties²⁹. Aucune de ces violations alléguées n'est une question soulevée devant le Tribunal et le Tribunal peut prescrire des mesures

²⁷ Cour européenne des droits de l'homme, communiqué de presse [ECHR 421 (2018)] du 4 décembre 2018.

²⁸ TIDM/PV.19/A26/1, p. 35, l. 14 à 46 et p. 36, l. 2 à 6.

²⁹ Requête n° 55855/18 ; voir également « Russia seizure of Ukrainian sailors: what important step did the Ukraine ... », *true-news.info* (8 janvier 2019), accessible à l'adresse <http://all.true-news.info/russias-seizure-of-ukrainian-sailors-what-important-step-did-the-ukraine/>, consulté le 24 mai 2019.

conservatoires dans les limites de sa compétence, telle qu'elle est déterminée par l'article 290, paragraphe 5, de la Convention de 1982.

Mesures conservatoires prescrites par le Tribunal

33. Au paragraphe 119 de l'ordonnance qu'il a rendue aujourd'hui, le Tribunal se borne à déclarer qu'il « n'estime pas nécessaire d'enjoindre à la Fédération de Russie de suspendre les poursuites pénales engagées contre les 24 militaires ukrainiens détenus et de s'abstenir d'engager de nouvelles poursuites » comme demandé par l'Ukraine. Le Tribunal ne précise pas plus en détail, comme il aurait dû le faire, pourquoi une mesure conservatoire de ce type n'est pas nécessaire à ce stade. A mon humble avis, le demandeur qui sollicite la prescription de mesures conservatoires devrait être informé de la ou des raisons de la non-prescription d'une ou de plusieurs mesures conservatoires qu'il a demandées.

Respect et exécution de l'ordonnance

34. L'article 290, paragraphe 6, de la Convention dispose sans ambiguïté que les « parties au différend se conforment sans retard à toutes mesures conservatoires prescrites en vertu du présent article ».

35. Le respect des obligations juridiques internationales, y compris des arrêts et ordonnances des cours et tribunaux internationaux a fait l'objet de débats académiques approfondis³⁰.

36. Dans l'*Affaire de l'« Arctic Sunrise »*, la Russie a informé les Pays-Bas qu'elle n'acceptait pas la procédure d'arbitrage prévue à l'annexe VII de la Convention engagée par les Pays-Bas. En conséquence, la Russie n'a pas participé à la

³⁰ Voir par exemple, Oscar Schachter, *International Law in Theory and Practice* (Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff 1991), p. 184 à 249 et 389 à 417 ; Joseph Sinde Warioba, « Monitoring Compliance with and Enforcement of Binding Decisions of International Courts » (2001) 5 *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 41 ; Karen J. Alter, « Do International Courts Enhance Compliance with International Law? » (2002) 25 *Review of Asian and Pacific Studies* 51 ; Andrew T. Guzman, « A Compliance-Based Theory of International Law » (2002) 90 *California Law Review* 1823 ; Carmela Lutmar, Cristiane L. Carneiro, et Sarah McLaughlin Mitchell, « Formal Commitments and States' Interests: Compliance in International Relations » (2016) 42 *International Interactions* 559.

procédure devant le Tribunal en ce qui concerne la demande en prescription de mesures conservatoires soumise par les Pays-Bas au titre de l'article 290, paragraphe 5, de la Convention. De même, la Russie n'a pas participé à la procédure devant le tribunal constitué conformément à l'annexe VII qui, par la suite, le 14 août 2015, a rendu, à l'unanimité, sa sentence sur le fond, dans laquelle il a conclu qu'en arraisonnant, perquisitionnant, inspectant, arrêtant, saisissant et immobilisant l'*Arctic Sunrise*, un navire de Greenpeace battant pavillon néerlandais, sans le consentement préalable des Pays-Bas, et en arrêtant et détenant les trente personnes qui se trouvaient à bord du navire (« les 30 de l'Arctic ») et en engageant une procédure judiciaire à leur encontre, la Russie avait manqué à ses obligations contenues dans la Convention. Le tribunal constitué conformément à l'annexe VII a également conclu que la Russie avait violé la Convention en ne se conformant pas à l'ordonnance prescrivant des mesures conservatoires rendue par le Tribunal international du droit de la mer en relation avec cet arbitrage et en ne versant pas la consignation requise par le tribunal dans cet arbitrage. Dans sa sentence sur la compensation en date du 10 juillet 2017, le tribunal constitué conformément à l'annexe VII a déterminé à l'unanimité le montant des dommages-intérêts dus par la Russie aux Pays-Bas. Le tribunal a décidé que la Russie devait payer aux Pays-Bas les sommes suivantes, plus intérêts : i) 1 695 126,18 euros en tant que dommages-intérêts en réparation du dommage causé à l'*Arctic Sunrise* ; ii) 600 000 euros en tant que dommages-intérêts en réparation du préjudice moral causé aux 30 de l'Arctic du fait de leur arrestation, poursuite et détention injustifiées en Russie ; iii) 2 461 935,43 euros en tant que dommages-intérêts en réparation du préjudice matériel résultant des mesures prises par la Russie contre les 30 de l'Arctic ; iv) 13 500 euros en tant que dommages-intérêts en réparation des coûts encourus par les Pays-Bas liés à la constitution d'une garantie bancaire conformément à l'Ordonnance du TIDM ; et v) 625 000 euros en tant que remboursement de la part des consignations dues par la Russie et avancée par les Pays-Bas dans l'arbitrage.

37. Malgré la non-participation de la Russie à la procédure devant le Tribunal de céans et devant le tribunal constitué conformément à l'annexe VII dans l'*Affaire de l'« Arctic Sunrise »*, un règlement complet et définitif du différend dans cette affaire serait intervenu entre les Pays-Bas et la Russie le 17 mai 2019, en vertu duquel la

Russie verserait la somme de 2,7 millions d'euros à Greenpeace³¹. Ce règlement définitif fait partie de l'accord conclu entre les Pays-Bas et la Russie sur la prévention de tout incident et d'intervention en cas d'incident similaire à celui de l'*Affaire de l'« Arctic Sunrise »*³².

38. Par conséquent, j'ai bon espoir que les mesures conservatoires que le Tribunal a prescrites aujourd'hui auront une portée concrète dans le règlement pacifique éventuel du présent différend entre les parties.

(signé) Kriangsak Kittichaisaree

³¹ « Russia to Award \$3M to Greenpeace in Settlement », *Moscow Times* (17 mai 2019), accessible à l'adresse <https://www.themoscowtimes.com/2019/05/17/russia-to-award-3mln-to-greenpeace-in-settlement-a65632>, consulté le 24 mai 2019.

³² « Joint statement by the Russian Federation and the Kingdom of the Netherlands on cooperation in the Arctic zone of the Russian Federation and dispute settlement », daté du 17 mai 2019, accessible à l'adresse http://www.mid.ru/ru/foreign_policy/news/-/asset_publisher/cKNonkJE02Bw/content/id/3651941?p_p_id=101_INSTANCE_cKNonkJE02Bw&_101_INSTANCE_cKNonkJE02Bw_languageId=en_GB, consulté le 24 mai 2019.