

OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE LUCKY

1. J'ai voté en faveur de l'ordonnance prescrivant que les navires militaires soient libérés et restitués à l'Ukraine et que les 24 militaires ukrainiens détenus soient libérés et autorisés à rentrer en Ukraine.

2. L'Ukraine a sollicité les mesures conservatoires suivantes :
 1. L'Ukraine prie le Tribunal de prescrire des mesures conservatoires enjoignant à la Fédération de Russie de promptement :
 - a) Libérer les navires militaires ukrainiens « Berdyansk », « Nikopol » et « Yani Kapu », et les remettre sous la garde de l'Ukraine ;
 - b) Suspendre les poursuites pénales engagées contre les vingt-quatre membres d'équipage ukrainiens détenus et s'abstenir d'engager de nouvelles poursuites ; et
 - c) Libérer les vingt-quatre membres d'équipage ukrainiens détenus et les autoriser à rentrer en Ukraine.

Les noms des membres d'équipage sont indiqués au paragraphe 2 des conclusions finales.

3. La décision statuant sur la demande a été rendue complexe par le fait que, bien qu'elle ait participé à des consultations avec le Président du Tribunal et l'agent de l'Ukraine le 23 avril 2019 sur les questions de procédure, la Fédération de Russie a informé le Tribunal, par note verbale en date du 30 avril 2019, de sa décision de ne pas participer aux audiences sur les mesures conservatoires dans l'affaire introduite par l'Ukraine. Cette note indique ce qui suit :

La Fédération de Russie estime que le tribunal arbitral qui sera constitué sous le régime de l'annexe VII de la CNUDM n'aura pas compétence, y compris *prima facie*, pour statuer sur la demande de l'Ukraine compte tenu des réserves faites par la Fédération de Russie et l'Ukraine au titre de l'article 298 de la CNUDM, où elles déclarent notamment ne pas accepter les procédures obligatoires aboutissant à des décisions contraignantes de l'article 2, partie XV de la Convention, pour les différends relatifs aux activités militaires. De plus, la Fédération de Russie a expressément déclaré ne pas accepter lesdites procédures en ce qui concerne les différends relatifs aux activités militaires menées par des navires et aéronefs de l'Etat. Pour cette raison évidente, la Fédération de Russie est donc d'avis que la compétence du Tribunal international du droit de la mer

sur la question des mesures conservatoires demandées par l'Ukraine est dénuée de fondement.

[...]

[L]a Fédération de Russie a l'honneur d'informer le Tribunal international du droit de la mer qu'elle a décidé de ne pas participer aux audiences sur les mesures conservatoires dans l'affaire introduite par l'Ukraine, sans que cela préjuge de sa participation à l'arbitrage subséquent si, malgré l'absence manifeste de compétence du tribunal dont la constitution est réclamée par l'Ukraine sur le fondement de l'annexe VII, l'affaire devait se poursuivre.

Cela dit, afin d'aider le Tribunal international du droit de la mer et conformément à l'article 90, paragraphe 3, du Règlement, la Fédération de Russie compte présenter en temps utile des observations écrites plus précises exposant sa position sur les circonstances de l'affaire.

4. A la lumière du contenu de cette note verbale, la Fédération de Russie soutient qu'il n'y a aucune urgence en l'espèce. Au vu des réserves faites par la Fédération de Russie et par l'Ukraine, déclarant notamment qu'elles n'acceptent pas « les procédures obligatoires aboutissant à des décisions contraignantes de l'article 2, partie XV [de la Convention], pour les différends relatifs aux activités militaires », la Fédération de Russie soutient que le Tribunal n'a pas compétence pour statuer sur la demande en prescription de mesures conservatoires. En conséquence, les deux facteurs saillants et décisifs en l'espèce sont respectivement l'effet du défaut de participation à l'audience et la question de savoir si le différend concerne des « activités militaires » ou des actes d'exécution forcée.

5. Il me semble que l'ordonnance a correctement traité les facteurs précités et j'approuve les motifs sur lesquels elle s'est fondée. Toutefois, je développerai et exprimerai également, dans la présente opinion, mes vues sur la non-comparution de la Fédération de Russie à l'audience, et exposerai les motifs pour lesquels je n'approuve pas la demande de l'Ukraine visant à « [s]uspendre les poursuites pénales engagées contre les vingt-quatre militaires ukrainiens détenus et s'abstenir d'engager de nouvelles poursuites ».

6. J'exposerai mes vues de la manière suivante : premièrement, sur la non-comparution de la Fédération de Russie à l'audience et, deuxièmement, sur la suspension des poursuites pénales engagées contre les 24 militaires ukrainiens.

7. L'historique de la procédure et les faits de la cause sont retracés aux paragraphes 30-32 de l'ordonnance. Je ne les rappellerai donc pas ici, mais pourrai m'y référer dans le contexte des vues que j'exprime sur les questions évoquées.

Défaut de participation de la Fédération de Russie à l'audience

Procédure par défaut

8. L'article 28 du Statut du Tribunal international du droit de la mer (« le Tribunal ») se lit comme suit :

Lorsqu'une des parties au différend ne se présente pas ou ne fait pas valoir ses moyens, l'autre partie peut demander au Tribunal de continuer la procédure et de rendre sa décision. L'absence d'une partie ou le fait, pour une partie, de ne pas faire valoir ses moyens ne fait pas obstacle au déroulement de la procédure. Avant de rendre sa décision, le Tribunal doit s'assurer non seulement qu'il a compétence pour connaître du différend, **mais que la demande est fondée en fait et en droit.** (Je souligne)

9. Par note verbale datée du 30 avril 2019, la Fédération de Russie a informé le Tribunal de sa décision « de ne pas participer aux audiences sur les mesures conservatoires dans l'affaire introduite par l'Ukraine » (voir paragraphe 3 de la présente opinion).

10. Bien que la Fédération de Russie n'ait pas comparu à l'audience aux dates fixées et n'ait produit aucune preuve à l'appui de ses déclarations, tous les documents pertinents ont été examinés en tenant compte du contexte. J'estime que le Tribunal a fait preuve d'impartialité dans ces circonstances.

11. Il est regrettable que le Tribunal n'ait pas pu entendre les observations de la Fédération de Russie à l'appui de sa position, laquelle peut être déduite du contenu du mémorandum présenté le 7 mai 2019. L'Ukraine a fait valoir ses moyens de manière claire et les pièces qu'elle a produites étaient suffisantes. Toutefois, j'estime que l'absence d'arguments oraux et de dépositions de témoins à l'appui de ces moyens, en tant que de besoin, a rendu la tâche du Tribunal difficile. Il s'y est ajouté l'absence de la Fédération de Russie à l'audience.

12. Je considère que le fait que la Fédération de Russie n'ait pas comparu à l'audience et n'ait produit aucune preuve admissible a privé le Tribunal d'une contribution précieuse qui aurait pu rendre sa tâche plus facile. Néanmoins, le Tribunal est parvenu à tirer ses conclusions.

13. Le fait qu'une partie ne compareisse pas ne conduit pas automatiquement à un traitement raisonnable de la partie demanderesse. En effet, la procédure doit se dérouler de manière normale. (T.M. Ndiaye, « Non-Appearance before the International Tribunal for the Law of the Sea », *Indian Journal of International Law*, vol. 53, p. 546).

14. Les motifs articulés dans l'ordonnance expliquent que la demande est bien fondée, en fait et en droit.

Demande de suspension des poursuites pénales

15. J'approuve la décision du Tribunal sur la demande visant à enjoindre à la Fédération de Russie de *suspendre les poursuites pénales engagées contre les vingt-quatre militaires ukrainiens détenus et s'abstenir d'engager de nouvelles poursuites*. Je souhaite toutefois ajouter les raisons qui me conduisent personnellement à l'approuver.

16. Le paragraphe 119 de l'ordonnance se lit comme suit : « Le Tribunal 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. »

17. Les militaires ont été accusés et inculpés pour avoir commis un délit prévu et réprimé par la section 3 de l'article 322 du Code pénal de la Fédération de Russie, à savoir le délit de franchissement illégal de la frontière étatique de la Fédération de Russie.

18. La procédure concernant les délits dont sont inculpés les militaires se déroule actuellement devant un tribunal pénal russe. Les militaires ont comparu devant ce

tribunal et l'affaire a été reportée. La procédure est toujours pendante. Je ne pense pas qu'une cour ou un tribunal international puisse accéder à une demande de suspension de la procédure. Cela équivaudrait à interférer dans la procédure judiciaire d'un Etat et de l'un de ses tribunaux. Or, l'autorité judiciaire d'un Etat est une institution indépendante conformément au principe de la séparation des pouvoirs. Seule une juridiction supérieure ou le ministère public peut ordonner la suspension d'une procédure dans la plupart des Etats. Les cours et tribunaux internationaux ne sont pas des juridictions supérieures aux tribunaux nationaux et le droit international n'est pas supérieur au droit interne ou national. Je souscris à l'opinion selon laquelle le système juridique régi par le droit international n'est pas supérieur au système juridique régi par le droit national, étant donné que chaque système ou ordre est supérieur dans sa propre sphère (G. Fitzmaurice, « The General Principles of International Law », *92 H R 1957 II* pp. 5, 70-80; Borchard, « The Relations between International Law and Municipal Law », *27 Virginia Law Review* 1940, p. 137).

19. J'approuve la demande de libération des navires. Il s'agit de navires de guerre et un navire de guerre ne peut pas être saisi et immobilisé (voir *Affaire de l'« ARA Libertad » (Argentine c. Ghana), mesures conservatoires, ordonnance du 15 décembre 2012, TIDM Recueil 2012*, p. 332). Un navire de guerre jouit d'une immunité en vertu de l'article 32 de la Convention. Je souhaiterais ajouter que les navires, bien qu'ils soient mentionnés dans les actes d'accusation, ne sont pas désignés ou détenus comme des pièces à conviction ou en tant que corps du délit (*corpus delicti*) dans le cadre des procédures judiciaires russes.

20. La Fédération de Russie soutient dans son mémorandum que l'incident du 25 novembre concerne des « activités militaires », de telle sorte qu'elle n'accepte pas, sur la base des déclarations des deux Parties, les procédures prévues à l'article 2 de la partie XV de la Convention aboutissant à des décisions contraignantes pour les différends relatifs aux activités militaires menées par des navires et aéronefs de l'Etat. L'Ukraine soutient pour sa part que le différend ne concerne pas des activités militaires mais des actes d'exécution forcée, de telle sorte que les déclarations ne font pas échapper le présent différend à la compétence du tribunal arbitral qui sera constitué en application de l'annexe VII.

21. Le Tribunal a jugé, sur la base des faits dont il disposait, que « ce différend n'est pas de nature militaire. » Il appartiendra au tribunal arbitral constitué sous le régime de l'annexe VII de se prononcer sur le caractère définitif de cette conclusion. J'estime difficile de souscrire à une conclusion définitive dans cette procédure étant donné que la Fédération de Russie n'a fourni aucune preuve concrète, documentaire ou autre, au soutien de ses affirmations. Le différend en cause pourrait concerner des actes d'exécution forcée ou des activités militaires. À ce stade, je pense qu'il pourrait combiner à la fois ces actes et ces activités, mais, à la lumière des preuves produites au Tribunal, il me semble que les événements du 25 novembre révèlent un exercice d'exécution forcée.

(signé) Anthony Lucky