

Déclaration de Mme la juge Lijnzaad

(Traduction du Greffe)

1. J'ai voté en faveur de l'ordonnance en prescription de mesures conservatoires, mais avec une certaine réticence à l'égard des considérations du Tribunal relatives au droit qui peut être applicable en l'espèce.
2. Aux termes de l'article 290, paragraphe 5, le Tribunal doit examiner s'il considère que, *prima facie*, « le tribunal devant être constitué aurait compétence [...] ». Ce critère est compris comme se référant à l'existence d'un différend relatif à l'interprétation et à l'application de la Convention. Comme l'information présentée au Tribunal l'a montré, les positions de l'Ukraine et de la Fédération de Russie montrent très clairement qu'une divergence d'opinions existe quant à l'interprétation et à l'applicabilité des dispositions de la Convention au passage des trois navires militaires ukrainiens par le détroit de Kertch, le 25 novembre 2018.
3. Au début, c'est le demandeur qui donne forme à une affaire, non seulement en élaborant sa demande, mais aussi en exposant les motifs sur lesquels cette demande est fondée. Dans sa notification et son exposé des conclusions, l'Ukraine se réfère à la violation par la Russie des droits qui lui sont reconnus par les articles 32, 58, 95 et 96 de la Convention du fait qu'elle a saisi et immobilisé les trois navires militaires ukrainiens, le *Berdyansk*, le *Nikopol* et le *Yani Kapu*, et mis en détention l'équipage de ces navires. Cela est mentionné de nouveau dans sa demande en prescription de mesures conservatoires et a été développé plus en détail durant l'audience tenue le 10 mai 2019.
4. Dans son mémorandum, le Gouvernement de la Fédération de Russie énonce les raisons pour lesquelles il considère que le Tribunal ne devrait pas considérer que le tribunal arbitral aurait compétence *prima facie*. Le fondement est constitué par l'exception relative aux activités militaires prévue à l'article 298, paragraphe 1 b). Par conséquent, selon lui, le Tribunal devrait rejeter la demande en prescription de mesures conservatoires. Sur des aspects juridiques qui ont plus trait au fond, le communiqué de presse du 26 novembre 2018 du Service fédéral de sécurité de la Fédération de Russie concernant l'incident dans le détroit de Kertch se réfère notamment aux articles 19, 25, paragraphe 3, et 30 de la Convention comme étant pertinents s'agissant des mesures prises par la Fédération de Russie le 25 novembre 2018.

5. Ce qui me préoccupe est de savoir si en l'espèce il s'agit véritablement d'un différend relatif à l'interprétation et à l'application de la Convention ou si d'autres règles de droit international, pour lesquelles le Tribunal pourrait ne pas avoir compétence, sont en jeu. Les notes diplomatiques que l'Ukraine a adressées à la Fédération de Russie donnent une indication des autres règles juridiques susceptibles d'être applicables à la situation. Tout en se référant à divers articles de la Convention, dans une note verbale datée du 26 novembre 2019, l'Ukraine se réfère à une « violation flagrante de l'Article 33 de la Charte des Nations Unies » et « se réserve le droit d'appliquer l'Article 51 de la Charte des Nations Unies concernant le droit de légitime défense ». Elle se réfère ensuite à l'applicabilité de la troisième Convention de Genève en date du 12 août 1949 « relative au traitement des prisonniers de guerre » aux membres des équipages détenus. Dans une note verbale du 27 novembre 2018, il est fait référence aux membres des équipages détenus comme ayant été « faits prisonniers de guerre ». D'autres notes verbales ont été adressées par l'Ukraine, mais elles n'ont pas toutes été partagées avec le Tribunal¹.

6. La Fédération de Russie, dans son mémorandum, lorsqu'elle traite des activités militaires en tant qu'exception à la compétence du Tribunal, se réfère, au paragraphe 33 b), à son refus de traiter les membres des équipages détenus comme des prisonniers de guerre comme tenant à « la qualification de la situation comme conflit armé pour les besoins du droit international humanitaire ». Ce paragraphe vise à établir une distinction entre le fait que la Russie s'appuie sur l'exception relative aux activités militaires prévue à l'article 298, paragraphe 1 b), et son refus d'accepter l'applicabilité du droit humanitaire international à la présente affaire.

7. Cette information donne à penser que l'examen du droit potentiellement applicable à la présente affaire, dans le cadre d'une évaluation *prima facie* de la compétence d'un tribunal arbitral prévu à l'annexe VII, a été opéré de façon trop succincte par le Tribunal au paragraphe 44 de l'ordonnance. On ne saurait comprendre la dernière phrase du paragraphe en question sans se référer également aux vues sur les dispositions juridiques pertinentes que l'Ukraine a exprimées dans ses précédentes communications adressées à la Fédération de Russie.

1 Voir note verbale du 15 mars 2019, 1^{er} paragraphe.

8. Les vues exprimées par les Parties dans le présent différend pourraient montrer une divergence d'opinions quant à l'interprétation et à l'application du droit des conflits armés, pour lesquelles le Tribunal n'a pas compétence. Je ne doute pas que ces questions touchant au droit applicable (un sujet qui va bien au-delà de l'analyse *prima facie* d'une demande en prescription de mesures conservatoires) et au fait de savoir si les questions soulevées ne doivent être considérées que comme concernant l'interprétation et l'application de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer peuvent être traitées par un tribunal arbitral prévu à l'annexe VII à une étape ultérieure.

(signé) Liesbeth Lijnzaad