

## DÉCLARATION DE M. LE JUGE *AD HOC* KRESS

[Traduction]

*Représentation du Myanmar — Qualité pour agir de la Gambie — Point de terminologie — Gambie en tant qu'« Etat non lésé » ou en tant qu'« Etat lésé » — Notion de préjudice juridique — Similarité entre la présente espèce et l'affaire relative à des Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal) — Nul besoin de démontrer l'existence d'un intérêt juridique individuel distinct pour établir qu'un Etat contractant à la convention sur le génocide a qualité pour invoquer devant la Cour l'intérêt collectif qui sous-tend les obligations pertinentes de cet instrument — Question de l'adoption de contre-mesures en cas de violation d'une obligation erga omnes (partes) n'étant pas soumise à l'examen de la Cour dans la présente instance — Distinction entre exigence du consentement de l'Etat à la compétence et exigence de recevabilité de la qualité pour agir dans le cas d'obligations erga omnes (partes) étant valable dans les deux sens — Inapplicabilité de l'exigence de nationalité des réclamations dans le cas d'obligations erga omnes (partes) — Bangladesh en tant qu'« Etat spécialement atteint » ou non — Impossibilité pour le Bangladesh en la présente espèce de s'affranchir complètement de l'intérêt collectif protégé par la convention sur le génocide — Nul besoin d'employer la notion d'actio popularis — Nécessité éventuelle de trouver un équilibre entre la protection des intérêts de la communauté et le risque de prolifération des différends — Nécessité de faire montre d'une sensibilité particulière pour assurer l'équité entre toutes les parties à une instance dans laquelle la protection d'intérêts communautaires est invoquée.*

### I. INTRODUCTION

1. J'ai voté en faveur de tous les points énoncés dans le dispositif de l'arrêt. Je souscris également, pour l'essentiel, au raisonnement de la Cour. Dans la présente déclaration, je formulerai tout d'abord quelques observations concernant le changement de représentation du Myanmar dans la présente instance. Je reviendrai ensuite sur le raisonnement de la Cour portant sur la qualité pour agir de la Gambie. Il s'agira, ce faisant, de contribuer à la transparence du raisonnement judiciaire sur une question juridique qui se situe au croisement de la procédure et du fond, et revêt une importance considérable<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Concernant l'importance particulière que revêt la transparence du raisonnement dans des contextes tels que celui de la présente espèce, voir A. Nollkaemper, « International Adjudication of Global Public Goods: The Intersection of Substance and Procedure », *The European Journal of International Law (EJIL)*, vol. 23, 2012, p. 790.

## II. REPRÉSENTATION DU MYANMAR DANS LA PRÉSENTE INSTANCE

2. Au paragraphe 8 de l'arrêt, la Cour relève que le Myanmar a remplacé S. Exc. M<sup>me</sup> Aung San Suu Kyi en qualité d'agente et S. Exc. M. Kyaw Tint Swe en qualité d'agent suppléant. L'arrêt ne décrit toutefois pas le contexte factuel de ce remplacement. Le changement de représentation du Myanmar dans la présente instance est, en fait, l'une des conséquences des événements survenus après la déclaration de l'état d'urgence par les forces armées du Myanmar.

3. Ces événements ont suscité une vive inquiétude au sein de la communauté internationale. Le 4 février 2021, les membres du Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies «ont exprimé leur profonde préoccupation face à l'état d'urgence déclaré au Myanmar par l'armée le 1<sup>er</sup> février et à la détention arbitraire de membres du Gouvernement, notamment la conseillère d'Etat, Aung San Suu Kyi, et le président, Win Myint», et «ont demandé la libération immédiate de toutes les personnes détenues»<sup>2</sup>. Cet appel a été réitéré dans une déclaration faite par le président du Conseil de sécurité le 10 mars 2021<sup>3</sup>.

Dans sa résolution 75/287, adoptée le 18 juin 2021, l'Assemblée générale des Nations Unies,

«*[v]ivement préoccupée* par la déclaration de l'état d'urgence par les forces armées du Myanmar le 1<sup>er</sup> février 2021 et par les mesures prises par la suite contre le gouvernement civil élu, qui ont également des répercussions sur la stabilité régionale, et soulignant qu'elle continue de demander au Myanmar d'agir dans le respect des principes de l'état de droit, de la bonne gouvernance, de la démocratie et d'un gouvernement constitutionnel, des libertés fondamentales et de la promotion et de la protection des droits humains, comme le prévoit également la Charte de l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est,

.....  
*[v]ivement préoccupée* par la détention et l'arrestation arbitraires du Président, Win Myint, de la Conseillère d'Etat, Aung San Suu Kyi, de responsables gouvernementaux et politiques, de défenseurs des droits humains, de journalistes, de membres de la société civile, d'experts étrangers et d'autres personnes,

*[c]ondamnant fermement* la force meurtrière et la violence qui sont exercées contre des manifestants pacifiques, des membres de la société civile, des femmes, des jeunes et des enfants, entre autres, et qui dans de nombreux cas ont fait des blessés et des morts, exprimant sa profonde préoccupation face aux restrictions imposées au personnel médical, à la société civile, aux syndicalistes, aux journa-

<sup>2</sup> Déclaration à la presse faite par le Conseil de sécurité sur la situation au Myanmar, 4 février 2021, communiqué de presse du Conseil de sécurité (SC/14430).

<sup>3</sup> Nations Unies, doc. S/PRST/2021/5.

listes et aux professionnels des médias, et aux personnes qui protègent et défendent les droits humains, et demandant la libération immédiate de toutes les personnes détenues arbitrairement,

1. *[d]emande* aux forces armées du Myanmar de respecter la volonté du peuple librement exprimée par les résultats de l'élection générale du 8 novembre 2020, de mettre fin à l'état d'urgence, de respecter tous les droits humains de l'ensemble de la population du Myanmar et de permettre à la transition démocratique de progresser durablement au Myanmar, y compris avec l'ouverture du parlement démocratiquement élu et des mesures qui placeront toutes les institutions nationales, y compris les forces armées, sous l'autorité d'un gouvernement civil pleinement inclusif et représentatif de la volonté du peuple;

2. *[d]emande également* aux forces armées du Myanmar de libérer immédiatement et sans condition le Président, Win Myint, la Conseillère d'Etat, Aung San Suu Kyi, et d'autres responsables gouvernementaux et politiques, ainsi que tous ceux qui ont été arbitrairement détenus, inculpés ou arrêtés, notamment pour qu'ils puissent accéder à la justice ainsi qu'ils en ont le droit, de collaborer avec l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est et de soutenir celle-ci de façon constructive en vue d'entamer un dialogue inclusif et pacifique entre toutes les parties prenantes dans le cadre d'un processus politique dirigé et pris en main par le peuple du Myanmar afin de restaurer la gouvernance démocratique».

4. A l'ouverture des audiences, le 21 février 2022, la présidente de la Cour a observé que «les parties à une affaire contentieuse portée devant la Cour [étaient] des Etats, et non des gouvernements particuliers», ajoutant que «[[les arrêts et les ordonnances en indication de mesures conservatoires rendus par la Cour [avaient] force obligatoire pour les Etats qui sont parties à une affaire» (CR 2022/1, p. 11). Je n'ai rien à redire à cette déclaration, mais je constate qu'elle n'explique pas les raisons qui ont conduit la Cour à donner suite au remplacement décrit au paragraphe 8 de l'arrêt. Cette absence d'explication pourrait laisser penser que le remplacement allait de soi. Or, tel n'était pas le cas, comme le montre, par exemple, le fait que, le 1<sup>er</sup> février 2022, le «Gouvernement d'unité nationale» a annoncé qu'il avait désigné S. Exc. M. U Kyaw Moe Tun, représentant permanent du Myanmar auprès de l'Organisation des Nations Unies à New York, en qualité d'agent du Myanmar en l'affaire<sup>4</sup>. Le remplacement ne se justifiait pas non plus de lui-même d'un point de vue juridique, comme la formulation laconique du paragraphe 8 de l'arrêt

<sup>4</sup> Annonce (2/2022) — Myanmar withdraws all preliminary objections to the International Court of Justice hearing on the genocide case, 1<sup>er</sup> février 2022, accessible à l'adresse suivante: <https://gov.nugmyanmar.org/2022/02/01/announcement-2-2022-myanmar-withdraws-all-preliminary-objections-to-the-international-court-of-justice-hearing-on-the-genocide-case/>.

pourrait le suggérer ; cela ressort sans doute assez clairement du libellé du sixième alinéa du préambule et du deuxième paragraphe du dispositif de la résolution 75/287 de l'Assemblée générale précitée.

5. Selon moi, en pareilles circonstances, la façon dont la Cour a procédé est loin d'être satisfaisante. D'un point de vue plus général, j'en suis venu à me demander s'il ne conviendrait pas que la Cour réfléchisse à la manière de faire face aux difficultés factuelles et juridiques soulevées par l'identification du gouvernement d'un Etat donné à des fins de représentation dans les affaires dont elle est saisie, afin d'étudier les améliorations qui pourraient être apportées à cet égard à l'avenir.

### III. QUALITÉ POUR AGIR DE LA GAMBIE

6. Aux paragraphes 106 à 113 de l'arrêt, la Cour applique la notion d'obligations *erga omnes partes* aux obligations pertinentes découlant de la convention sur le génocide afin d'expliquer la qualité pour agir de la Gambie en l'espèce. Là encore, je souscris, pour l'essentiel, à son raisonnement. Toutefois, compte tenu de l'importance considérable que revêt cet aspect de l'arrêt, je tiens à m'y arrêter quelque peu.

#### 1. Point de terminologie

7. Je commencerai par un point de terminologie. En l'espèce, la Gambie invoque la violation d'une obligation *erga omnes partes*, mais ne prétend pas avoir été spécialement atteinte par cette violation. Alors que le Myanmar la qualifie d'Etat non lésé (CR 2022/1, p. 28, par. 7-8 (Talmon)), elle se décrit elle-même comme un Etat lésé (mais non spécialement lésé) (exposé écrit de la République de Gambie sur les exceptions préliminaires soulevées par la République de l'Union du Myanmar (ci-après «exposé écrit de la Gambie»), par. 3.9 et 3.52). Pour mieux comprendre les utilisations divergentes de l'expression «Etat lésé» par les Parties, il est utile de se reporter aux articles de la Commission du droit international sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite (ci-après «articles de la CDI sur la responsabilité de l'Etat»). Les articles 42 et 48 de la CDI sur la responsabilité de l'Etat font la distinction entre un «Etat lésé», d'une part, et, d'autre part, un «Etat autre qu'un Etat lésé» qui est en droit d'invoquer la responsabilité d'un autre Etat résultant de la violation par celui-ci d'une obligation *erga omnes (partes)*.

8. La qualification de la Gambie par le Myanmar d'Etat «non lésé» est conforme à l'utilisation de ce terme par la CDI : selon les articles de la CDI sur la responsabilité de l'Etat, la Gambie est un Etat non lésé parce que les obligations dont elle invoque la violation ne relèvent d'aucun des cas énumérés à l'article 42 desdits articles, et, en particulier, parce que la Gambie n'est pas spécialement atteinte au sens de l'alinéa i) du *litt. b)* de l'article 42.

9. La Gambie, pour sa part, considère que la violation d'une obligation *erga omnes partes* «porte nécessairement atteinte à toutes les parties

— *omnes partes*» (exposé écrit de la Gambie, par. 3.9). Elle attribue donc également à la notion de préjudice un sens purement normatif. Cette acception plus large a aussi été mentionnée dans les travaux de la CDI sur la responsabilité de l'Etat, mais c'est sans doute dans une étude publiée par Brigitte Stern peu après l'adoption des articles de la CDI que les raisons en faveur de l'acceptation de la notion de *préjudice juridique* ont été le plus clairement exposées. Comme la Gambie dans la présente instance, Stern avance ce qui suit :

«Il nous paraît à tout le moins curieux que certains Etats puissent invoquer la responsabilité d'un Etat s'ils ne sont pas lésés. Si un Etat est bénéficiaire d'une obligation qui a été violée, je ne vois pas comment on pourrait considérer qu'il n'est pas un Etat lésé.»<sup>5</sup>

10. Dans sa jurisprudence à ce jour, la Cour n'a pas fait sienne la distinction établie par la CDI entre un «Etat lésé» et un «Etat autre qu'un Etat lésé» qui est en droit d'invoquer la responsabilité d'un autre Etat résultant de la violation par celui-ci d'une obligation *erga omnes (partes)*. Elle a en revanche étendu la notion d'«intérêt juridique» aux cas dans lesquels l'intérêt de l'Etat concerné découle exclusivement de l'intérêt commun (ou collectif) à ce qu'une obligation *erga omnes partes* soit respectée (*Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2012 (II)*, p. 449, par. 68)<sup>6</sup>. Stern a utilement précisé ce qui suit au sujet d'une interprétation de l'expression «intérêt juridique» englobant tous les cas couverts par les articles 42 et 48 de la CDI sur la responsabilité de l'Etat : «Simplement, l'intérêt juridique des uns n'est pas le même que l'intérêt juridique des autres : dans un cas il s'agit de l'intérêt juridique à ce que ses droits ne soient pas violés, dans l'autre de l'intérêt juridique à ce que le droit soit respecté.»<sup>7</sup>

11. Dans le présent arrêt, la Cour a employé des termes conformes à sa jurisprudence : elle n'a toujours pas adopté la distinction établie par la CDI entre un «Etat lésé» et un «Etat autre qu'un Etat lésé» qui est en droit d'invoquer la responsabilité d'un autre Etat résultant de la violation

<sup>5</sup> B. Stern, «Et si on utilisait la notion de préjudice juridique? Retour sur une notion délaissée à l'occasion de la fin des travaux de la CDI sur la responsabilité des Etats», *Annuaire français de droit international (AFDI)*, vol. 47, 2001, p. 24.

<sup>6</sup> La CDI reconnaît expressément la différence entre l'utilisation par la Cour de l'expression «intérêt juridique» et sa propre utilisation de celle-ci au paragraphe 2 de son commentaire sur le projet d'article 48 :

«Bien que la Cour ait dit [dans l'affaire de la *Barcelona Traction*] que «tous les Etats peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique» à ce que les droits en cause soient respectés, l'article 48 s'abstient de qualifier la position des Etats qu'il vise, et de parler, par exemple, des «Etats intéressés». Faire référence à un «intérêt juridique» ne permettrait pas d'établir une distinction entre les articles 42 et 48 : en effet, les Etats lésés au sens de l'article 42 ont eux aussi un intérêt juridique.» (*Annuaire de la Commission du droit international (ACDI)*, 2001, vol. II, deuxième partie, p. 135.)

<sup>7</sup> B. Stern, *op. cit.*, p. 24.

par celui-ci d'une obligation *erga omnes (partes)* ; de fait, elle s'est abstenue d'utiliser la notion d'« Etat lésé » (voir arrêt, par. 106). Cette approche n'est pas seulement judicieuse pour des raisons d'économie judiciaire. Elle est également bienvenue car l'utilisation par la Cour de l'expression « intérêt juridique » dans un sens plus large rend compte de la dimension communautaire de la notion d'obligation *erga omnes (partes)*, de la même manière, pour l'essentiel, que la notion de « préjudice juridique ». Pour reprendre les termes de Stern :

« reconnaître le préjudice juridique aurait été une avancée encore plus significative vers une vision communautaire que l'approche qui a été retenue, les Etats n'ayant pas seulement le droit d'agir au nom de la communauté internationale, mais *agissant en leur nom propre comme fondamentalement concernés par le devenir de la collectivité*, c'est-à-dire concernés dans leurs intérêts juridiques du fait de leur participation intime à la communauté internationale, par toute violation d'une norme essentielle pour cette communauté »<sup>8</sup>.

2. *Quelques réflexions sur la notion d'obligation erga omnes (partes) et son application dans la présente affaire*

12. Après avoir évoqué ces questions terminologiques, j'en viens à présent au fond. L'un des arguments avancés par le Myanmar pour contester la qualité pour agir de la Gambie consiste à tenter d'établir une distinction entre l'intérêt « commun » à ce que soient préservées les fins supérieures de la convention sur le génocide, d'une part, et, d'autre part, l'« intérêt juridique individuel » de chaque Etat partie à ce que soient respectées les obligations pertinentes découlant de la convention (CR 2022/1, p. 28-29, par. 8-13 (Talmon)). La Cour répond à cet argument au paragraphe 108 de l'arrêt et, ce faisant, se fonde sur l'arrêt qu'elle a rendu dans l'affaire relative aux *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)* (arrêt, C.I.J. Recueil 2012 (II), p. 449, par. 68).

13. De fait, le Myanmar tente en vain de distinguer la présente affaire de celle qui a opposé la Belgique et le Sénégal. S'il est vrai, comme le soutient le défendeur, que le contenu de l'obligation en cause dans l'affaire *Belgique c. Sénégal* est différent de celui de l'obligation à l'examen en la présente espèce (CR 2022/1, p. 36, par. 49 (Talmon)), cela n'a cependant aucune incidence sur leur aspect essentiel — la structure de la relation juridique qu'elles établissent —, lesdites obligations ne différant pas de manière significative. Toutes deux ont été établies pour défendre un intérêt commun (ou collectif) et peuvent donc être qualifiées d'obligations collectives. En outre, contrairement aux affirmations du Myanmar (exceptions préliminaires de la République de l'Union du Myanmar (ci-après « exceptions préliminaires du Myanmar »), par. 242), l'arrêt que la Cour a rendu en l'affaire *Belgique c. Sénégal* ne peut être écarté au motif que

<sup>8</sup> B. Stern, *op. cit.*, p. 29 (les italiques sont de moi).

la Belgique prétendait également avoir un intérêt particulier, comme la Cour le rappelle au paragraphe 108 de l'arrêt. En effet, la Cour a expressément indiqué dans l'arrêt qu'elle a rendu en l'affaire *Belgique c. Sénégal* qu'il n'y avait pas lieu pour elle de se prononcer sur la question de savoir si la Belgique avait aussi un intérêt particulier (*Questions relatives à l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal), arrêt, C.I.J. Recueil 2012 (II)*, p. 450, par. 70).

14. En outre, le fait d'établir une distinction entre «intérêt commun» et «intérêt individuel» de la manière dont la Cour était invitée à le faire par le Myanmar reviendrait à ne pas tenir dûment compte de ce que la communauté internationale n'est pas pleinement institutionnalisée et que, partant, les Etats ont, à titre individuel, un rôle important à jouer pour permettre à l'«intérêt commun» de bénéficier d'une protection judiciaire<sup>9</sup>. Comme l'a judicieusement observé Brigitte Stern,

«[s]i l'on reconnaît en effet l'existence d'intérêts collectifs en l'absence de personnification de la communauté internationale, il est possible de considérer que chacun de ses éléments constitutifs de base — à savoir chacun des Etats qui composent cette communauté — est dépositaire de ces intérêts collectifs et comptable de leur respect par tous les autres Etats. Après tout, on parle d'obligations *erga omnes* et non d'obligations *erga totum!*»<sup>10</sup>

15. Les Etats peuvent bien sûr décider de ne pas conférer de protection judiciaire à la réalisation ou à la préservation d'un intérêt commun lorsqu'ils rédigent une convention à l'une de ces fins. Une telle décision ne peut cependant être présumée. Une fois qu'il a été déterminé qu'une obligation a été établie aux fins de la protection d'un intérêt commun, tel que celui énoncé par la convention sur le génocide, il n'est plus nécessaire de démontrer, sur la base de considérations supplémentaires, l'existence d'un «intérêt juridique individuel» distinct pour justifier la qualité pour agir devant la Cour. La qualité de chaque Etat contractant pour invoquer devant la Cour un intérêt commun tel que celui établi par la convention sur le génocide doit au contraire être tenue pour acquise, sauf si les dispositions de l'instrument en cause prévoient le contraire. L'approche de la question de la qualité pour agir que la Cour a retenue dans l'arrêt qu'elle a rendu en 1966 dans les affaires du *Sud-Ouest africain* a été considérée par un observateur avisé comme équivalant à une «présomption contre l'existence de droits d'exécution conventionnels indépendamment d'un préjudice individuel»<sup>11</sup>. Si cette présomption excessivement large était effectivement le message judiciaire de

<sup>9</sup> On peut mentionner ici l'idée initiale de G. Scelle d'un dédoublement fonctionnel de l'organe de l'Etat concerné; G. Scelle, «Règles générales du droit de la paix», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye (RCADI)*, vol. 46, 1933-IV, p. 358.

<sup>10</sup> B. Stern, *op. cit.*, p. 16.

<sup>11</sup> C. J. Tams, *Enforcing Obligations Erga Omnes in International Law*, Cambridge University Press (CUP), 2005, p. 69.

ladite décision, l'arrêt qui a été rendu en la présente espèce confirme encore que la Cour s'est écartée de la position qu'elle avait adoptée en 1966.

16. Cela ne signifie pas — et la Cour, en employant, au paragraphe 108 de l'arrêt, le mot « pertinentes », veille bien à ne pas le laisser accroire — que, une fois qu'il a été établi qu'une convention a été conclue pour servir un intérêt commun, il s'ensuit que chacune des obligations qu'elle contient constitue nécessairement une obligation *erga omnes partes*. Etant donné que les obligations qui, selon la Gambie, ont été violées par le Myanmar sont centrales à la réalisation de l'intérêt commun qui sous-tend la convention sur le génocide, la Cour n'était pas tenue d'examiner la question de savoir s'il pouvait être justifié de contester le caractère *erga omnes partes* d'une obligation nettement périphérique par rapport à la réalisation de l'intérêt commun. En particulier, la Cour n'avait pas à se pencher sur la question, soulevée par le Myanmar (CR 2022/1, p. 30, par. 22 (Talmont)), de savoir si l'obligation de prévoir des sanctions pénales efficaces frappant les personnes coupables de génocide, consacrée par l'article V de la convention sur le génocide, revêtait un caractère *erga omnes partes*. Il convient toutefois d'ajouter ici que le point de savoir si une obligation consacrée par la convention sur le génocide pouvait ne pas avoir un caractère *erga omnes partes* devrait être abordé avec une grande prudence.

17. Afin d'établir la qualité pour agir de la Gambie en la présente espèce, la Cour n'était pas non plus tenue de préciser davantage les conditions nécessaires pour qu'une obligation, consacrée par une convention, « transcende[] la sphère des relations bilatérales des Etats parties »<sup>12</sup> afin d'acquérir un caractère *erga omnes partes*. Plus précisément, il n'était pas nécessaire qu'elle examine de plus près la notion d'« intérêt commun » (ou intérêt collectif) en tant que condition préalable à la présomption mentionnée au paragraphe 15 ci-dessus, selon laquelle une obligation possède un caractère *erga omnes partes*<sup>13</sup>. Dans cette optique, l'intérêt commun doit aller au-delà de l'intérêt partagé que tous les Etats parties ont à ce que le régime juridique établi par un traité multilatéral soit préservé, car un tel intérêt existe également dans le cas de ce que M. le juge Simma, dans un ouvrage de doctrine, a appelé un « traité multilatéral d'application bilatérale »<sup>14</sup>. La Cour a, par exemple, évoqué un intérêt commun de ce type dans l'affaire du *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran (Etats-Unis d'Amérique c. Iran)* (arrêt, C.I.J. Recueil 1980, p. 42-43, par. 92)<sup>15</sup>. Or, elle a déjà indiqué de manière

<sup>12</sup> Commission du droit international, « Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite », *ACDI*, 2001, vol. II, deuxième partie, p. 135-136, commentaire de l'article 48, par. 7.

<sup>13</sup> Pour une typologie utile, voir I. Feichtner, « Community Interest », dans R. Wolfrum (dir. publ.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. II, Oxford University Press (OUP), 2012, p. 479-481, par. 13-25.

<sup>14</sup> B. Simma, « From Bilateralism to Community Interest in International Law », *RCADI*, vol. 250, 1994, p. 336, par. 92.

<sup>15</sup> P. d'Argent, « Les obligations internationales », *RCADI*, vol. 417, 2021, p. 61-62, par. 77.

tout à fait claire que la convention sur le génocide servait un intérêt commun beaucoup plus marqué en ce qu'elle reconnaissait et protégeait une valeur commune d'une importance fondamentale<sup>16</sup>, affirmant en particulier que la convention sur le génocide «a[vait] été manifestement adoptée dans un but purement humain et civilisateur» et qu'«elle vis[ait], d'une part, à sauvegarder l'existence même de certains groupes humains et, d'autre part, à confirmer et à sanctionner les principes de morale les plus élémentaires» (*Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1951*, p. 23). En outre, la Cour a déjà déterminé que la mise hors la loi du génocide avait donné lieu non seulement à des obligations *erga omnes partes* mais à des obligations envers la communauté internationale dans son ensemble, c'est-à-dire des obligations *erga omnes* (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (nouvelle requête: 1962) (Belgique c. Espagne), deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1970*, p. 32, par. 33-34). A cet égard, on peut ajouter que l'intérêt de la communauté internationale dans son ensemble est tel que l'interdiction du génocide constitue une norme impérative du droit international général (*Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête: 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda), compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 2006*, p. 32, par. 64). De surcroît, la commission d'un génocide engage directement la responsabilité pénale de l'individu concerné au regard du droit international coutumier<sup>17</sup>. Ainsi, la mise hors la loi du génocide, en plus d'établir des obligations incombant aux Etats envers la communauté internationale dans son ensemble, a créé des obligations pour les individus, dont le respect est sanctionné en vertu d'un *jus puniendi* qui sert, lui aussi, l'intérêt de la communauté internationale dans son ensemble. Dans ce contexte, la Cour n'était pas tenue, en la présente espèce, de s'intéresser aux limites de la notion d'«intérêt commun» aux fins de la reconnaissance d'obligations *erga omnes (partes)*.

18. Le fait que la convention sur le génocide prévoit elle-même plusieurs modalités d'action différentes dans la poursuite de l'intérêt commun et que le droit international, de manière plus générale, en envisage encore davantage, illustre le poids particulier de l'intérêt commun en question et ne constitue pas un argument contre la qualité pour agir de la Gambie en la présente affaire. Le droit d'un Etat partie d'invoquer la responsabilité d'un autre Etat partie pour manquement allégué à une obligation *erga omnes partes* au regard de la convention sur le génocide n'est pas le seul moyen d'agir dans l'intérêt commun en question et, pour défendre cet intérêt, une autre modalité d'action importante à la disposition d'un Etat consiste à faire valoir son droit de solliciter une protection judiciaire devant la Cour.

<sup>16</sup> A cet égard, voir I. Feichtner, *op. cit.*, p. 481, par. 22.

<sup>17</sup> Voir Nations Unies, résolution 96 (I) du 11 décembre 1946 de l'Assemblée générale, intitulée «Le crime de génocide», par. 1.

### 3. Introduction d'une instance et adoption de contre-mesures

19. Un autre argument avancé par le Myanmar pour contester la qualité pour agir de la Gambie consistait à soutenir que le droit d'invoquer la responsabilité d'un autre Etat ne devait pas être confondu avec le droit «fondamentalement différent[]» de faire exécuter une telle responsabilité «en portant une affaire devant la Cour» (exceptions préliminaires du Myanmar, par. 218). En réponse à cet argument, la Cour observe, au paragraphe 108 de l'arrêt, que «[l]a responsabilité à l'égard d'un manquement allégué à des obligations *erga omnes partes* découlant de la convention sur le génocide peut être invoquée par l'introduction d'une instance devant la Cour». On peut ajouter à cela que les tentatives du Myanmar d'assimiler, aux fins de son argumentation, l'introduction d'une instance devant la Cour à l'adoption de contre-mesures (exceptions préliminaires du Myanmar, par. 228) sont malvenues, compte tenu du caractère clairement distinct de ces deux modalités d'action. Il est vrai qu'il n'est ni inhabituel ni erroné de dire, comme le fait le Myanmar (*ibid.*, par. 218), que le fait de «porter une affaire devant la Cour» constitue une façon de «faire exécuter» l'obligation internationale prétendument violée par l'Etat défendeur. Dans le présent contexte, toutefois, l'utilisation de l'expression «faire exécuter» dans un sens si large qu'il englobe le recours à la voie juridictionnelle risque de donner lieu à des malentendus si l'on ne souligne pas en même temps les différences importantes qui existent entre règlement judiciaire et mesures coercitives<sup>18</sup>. A cet égard, il convient de souligner que la Cour n'avait pas été saisie en l'espèce de la question de l'adoption de contre-mesures en cas de manquement à une obligation *erga omnes (partes)*.

### 4. Exigence du consentement à la compétence et exigence de recevabilité de la qualité pour agir

20. A ce stade de l'analyse, il est utile de rappeler que, selon la jurisprudence de la Cour, la distinction entre l'exigence du consentement de l'Etat à la compétence et l'exigence de recevabilité de la qualité pour agir s'applique également dans le cas d'une obligation *erga omnes (partes)* (voir, par exemple, *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête: 2002)* (*République démocratique du Congo c. Rwanda*), compétence et recevabilité, arrêt, *C.I.J. Recueil 2006*, p. 32, par. 64). Cette distinction est valable dans les deux sens: de même que l'existence d'obligations *erga omnes partes* n'exclut pas la formulation d'une réserve à une clause compromissoire contenue dans une convention, de même, la

<sup>18</sup> Pour une utilisation aussi large de l'expression «faire exécuter», mais tenant dûment compte des différences importantes entre le «contentieux d'intérêt public» et les «réponses coercitives», voir C. J. Tams, «Individual States as Guardians of Community Interests», dans U. Fastenrath *et al.* (dir. publ.), *From Bilateralism to Community Interest. Essays in Honour of Judge Bruno Simma*, OUP, 2011, p. 382-392.

possibilité de formuler une telle réserve n'exclut pas que les obligations contenues dans la même convention soient considérées comme s'appliquant *erga omnes partes*<sup>19</sup>.

21. Dans ce dernier cas, la possibilité de formuler une réserve signifie simplement que chaque Etat partie à la convention concernée est en mesure d'empêcher, par le biais d'une réserve, que sa responsabilité pour manquement à une obligation *erga omnes partes* soit invoquée par l'introduction d'une instance devant la Cour, sans que cela ne contredise en rien le caractère *erga omnes partes* de l'obligation en question (*Questions relatives à l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012 (II), déclaration de M<sup>me</sup> la juge Donoghue, p. 588-589, par. 16-17; mais voir *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Gambie c. Myanmar)*, mesures conservatoires, ordonnance du 23 janvier 2020, C.I.J. Recueil 2020, opinion individuelle de M<sup>me</sup> la juge Xue, p. 34, par. 6).

22. En reconnaissant la qualité pour agir de la Gambie, l'arrêt ne s'écarte en rien de cette jurisprudence. Par conséquent, la référence du Myanmar à l'observation antérieure de la Cour selon laquelle «l'opposabilité *erga omnes* d'une norme et la règle du consentement à la juridiction sont deux choses différentes» (*Timor oriental (Portugal c. Australie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1995, p. 102, par. 29, citée dans les exceptions préliminaires du Myanmar, par. 219), bien que correcte en soi, est sans pertinence aux fins de la question de la qualité pour agir de la Gambie.

##### 5. Quelques réflexions sur la référence faite par le Myanmar au paragraphe 91 de l'arrêt rendu dans l'affaire de la Barcelona Traction

23. Au paragraphe 109 de l'arrêt, la Cour indique à juste titre que, «[a]ux fins de l'introduction d'une instance devant [elle], un Etat n'est pas tenu de démontrer que les victimes éventuelles d'une violation alléguée d'obligations *erga omnes partes* découlant de la convention sur le génocide sont ses ressortissants».

24. Le Myanmar, qui soutenait le contraire, renvoyait à l'observation antérieure de la Cour selon laquelle, «sur le plan universel, les instruments qui consacrent les droits de l'homme ne reconnaissent pas qualité aux Etats pour protéger les victimes de violations de ces droits indépendamment de leur nationalité» (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (nouvelle requête: 1962) (Belgique c. Espagne)*, deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1970, p. 47, par. 91).

25. Selon moi, cette observation figurant dans l'affaire de la *Barcelona Traction* n'était pas très heureuse: en raison de sa formulation générale, elle pouvait donner à penser que les obligations en matière de droits de

<sup>19</sup> Pour une présentation utile de la situation juridique, voir P. Urs, «Obligations *erga omnes* and the question of standing before the International Court of Justice», *Leiden Journal of International Law*, CUP, vol. 34, n° 2, 2021, p. 518-520.

l'homme consacrées par des instruments universels ne possédaient pas un caractère *erga omnes partes*. S'il était interprété de cette manière, ce passage de l'arrêt *Barcelona Traction* pourrait difficilement être concilié avec le prononcé antérieur de la Cour dans le même arrêt selon lequel «les principes et les règles concernant les droits fondamentaux de la personne humaine» sont des obligations *erga omnes* (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (nouvelle requête : 1962)* (*Belgique c. Espagne*), deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1970, p. 32, par. 33-34)<sup>20</sup>. En outre, il serait contraire à la position adoptée par le Comité des droits de l'homme de l'Organisation des Nations Unies dans son observation générale n° 31, qui se lit comme suit :

«Si l'article 2 est formulé en termes d'obligations des Etats parties envers les individus en tant que titulaires de droits en vertu du Pacte, tout Etat partie a un intérêt juridique à ce que tout autre Etat partie s'acquitte de ses obligations. Cela découle du fait que les «règles concernant les droits fondamentaux de la personne humaine» sont des obligations *erga omnes* et que, comme l'indique le quatrième alinéa du préambule du Pacte, la Charte des Nations Unies impose l'obligation de promouvoir le respect universel et effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales. En outre, la dimension contractuelle du traité implique que tout Etat partie à un traité est obligé envers tout autre Etat partie de respecter ses engagements en vertu du traité. A cet égard, le Comité rappelle aux Etats parties l'opportunité de faire la déclaration prévue à l'article 41. Il rappelle également aux Etats parties qui ont déjà fait cette déclaration l'intérêt qu'ils pourraient avoir à se prévaloir de la procédure prévue par cet article. Cependant, le simple fait qu'il existe un mécanisme interétatique formel de plaintes auprès du Comité des droits de l'homme pour les Etats parties qui ont fait la déclaration prévue à l'article 41 ne signifie pas que cette procédure est la seule méthode par laquelle les Etats parties peuvent faire valoir leur intérêt pour la performance des autres Etats parties. Au contraire, la procédure de l'article 41 doit être considérée comme un complément, et non comme une diminution, de l'intérêt des Etats parties à ce que les autres Etats parties s'acquittent de leurs obligations. En conséquence, le Comité recommande aux Etats parties de considérer que les violations des droits énoncés dans le Pacte par tout Etat partie méritent leur attention. Le fait d'attirer l'attention sur d'éventuelles violations des obligations découlant du Pacte par d'autres Etats parties et de leur demander de s'acquitter de leurs obligations au titre du Pacte devrait, loin d'être considéré comme un acte inamical, être considéré comme le reflet de l'intérêt légitime de la communauté.»<sup>21</sup>

<sup>20</sup> B. Bollecker-Stern, *Le préjudice dans la théorie de la responsabilité internationale*, A. Pedone, 1973, p. 85-87.

<sup>21</sup> Nations Unies, Comité des droits de l'homme, quatre-vingtième session, obser-

Le paragraphe 91 de l'arrêt rendu en l'affaire de la *Barcelona Traction* ne doit donc pas être interprété comme signifiant que les obligations relatives aux droits de l'homme consacrées par des instruments universels ne peuvent pas revêtir un caractère *erga omnes partes*. Il doit plutôt être compris comme une référence imparfaitement formulée aux limites qui existent en vertu de certains instruments universels relatifs aux droits de l'homme concernant la possibilité d'introduire une instance pour un manquement allégué<sup>22</sup>. Vu sous cet angle, il apparaît clairement que la référence faite par le Myanmar au paragraphe 91 de l'arrêt rendu en l'affaire de la *Barcelona Traction* ne tient pas compte de ce que la convention sur le génocide est différente de deux des principaux instruments universels auxquels la Cour faisait allusion, à savoir le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, sur au moins un point important. L'article IX de la convention sur le génocide prévoit une clause compromissaire. De ce fait, ladite convention est, aux fins identifiées par le Myanmar, bien plus comparable, pour ce qui est de l'inapplicabilité de la règle de la nationalité des réclamations, à l'instrument régional des droits de l'homme expressément mentionné par la Cour dans l'affaire de la *Barcelona Traction*:

«C'est donc encore sur le plan régional qu'il a fallu chercher une solution à ce problème. Ainsi, au sein du Conseil de l'Europe, dont l'Espagne n'est pas membre, le problème de la recevabilité, auquel se heurte la requête en la présente affaire, est résolu par la Convention européenne des droits de l'homme qui autorise chaque Etat partie à la convention à porter plainte contre tout autre Etat contractant à raison d'une violation de la convention sans égard à la nationalité de la victime.» (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (nouvelle requête: 1962) (Belgique c. Espagne), deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1970, p. 47, par. 91.*)

Notons au passage que, s'agissant des obligations relatives aux droits de l'homme consacrées par la convention européenne des droits de l'homme, Henri Rolin a parlé d'obligations *erga omnes* dès 1956<sup>23</sup>.

---

vation générale n° 31 intitulée «La nature de l'obligation juridique générale imposée aux Etats parties au Pacte», adoptée le 29 mars 2004, 2187<sup>e</sup> séance, doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 mai 2004, p. 1-2, par. 2.

<sup>22</sup> F. Voefray, *L'actio popularis ou la défense de l'intérêt collectif devant les juridictions internationales*, Presses universitaires de France (PUF), 2004, p. 77-78; dans le même ordre d'idées, voir «Fragmentation du droit international: difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international», rapport du groupe d'étude de la CDI, établi sous sa forme définitive par M. Martti Koskenniemi, 13 avril 2006, Nations Unies, doc. A/CN.4/L.682 et Add. 1, *ACDI*, 2006, vol. II, additif 2, p. 82, par. 399-400.

<sup>23</sup> H. Rolin, «Le rôle du requérant dans la procédure prévue par la Commission européenne des droits de l'Homme», *Revue hellénique de droit international*, vol. 9, 1956, p. 8.

6. *Quelques réflexions sur le paragraphe 113 de l'arrêt (argument du Myanmar fondé sur la réserve du Bangladesh à l'article IX de la convention sur le génocide)*

26. S'agissant de l'argument du Myanmar fondé sur la réserve du Bangladesh à l'article IX de la convention sur le génocide, la Cour relève, au paragraphe 113 de l'arrêt, que le Bangladesh a été confronté à un important afflux de réfugiés. Elle indique également que «[c]ela ne saurait toutefois affecter le droit de toutes les autres parties contractantes de faire valoir l'intérêt commun à ce qu'il soit satisfait aux obligations *erga omnes partes* énoncées dans la convention ni, en conséquence, exclure la qualité de la Gambie pour engager la présente instance». Cette phrase est aussi correcte que concise.

27. Il y a trois explications possibles à cette phrase. La première est que le Bangladesh, bien qu'il ait été confronté à un afflux important de réfugiés, n'a pas d'intérêt juridique particulier lui permettant d'invoquer la responsabilité du Myanmar pour des manquements allégués à la convention sur le génocide et que la question de la priorité de la qualité pour agir du Bangladesh sur celle de la Gambie ne se pose donc pas. La deuxième explication est que le Bangladesh a bien un intérêt juridique particulier, mais que la qualité pour agir de la Gambie ne dépend pas de celle du Bangladesh. La troisième explication englobe les deux précédentes, c'est-à-dire que le Bangladesh n'a pas d'intérêt juridique particulier, mais que, même s'il en avait un, la qualité pour agir de la Gambie ne dépendrait pas de celle du Bangladesh. L'arrêt ne dit rien de ces trois explications possibles. Etant donné que les questions juridiques sous-jacentes sont, de mon point de vue, importantes, je tiens cependant à présenter mes vues à leur sujet.

28. Lorsque l'on s'interroge sur le point de savoir si le Bangladesh a un intérêt juridique particulier lui permettant d'invoquer la responsabilité du Myanmar pour des manquements allégués à la convention sur le génocide, il est utile d'examiner la notion d'«Etat spécialement atteint», même si la Cour n'en fait pas usage dans le présent arrêt. M. le juge Simma a précisé par le passé, à propos de l'alinéa *a*) du paragraphe 2 de l'article 60 de la convention de Vienne sur le droit des traités — où cette notion apparaît —, que «l'emploi de l'expression «une partie spécialement atteinte par la violation» donn[ait] lieu à des problèmes très complexes qui [avaie]nt été de nouveau examinés par la Commission du droit international au cours de ses travaux sur la responsabilité de l'Etat»<sup>24</sup>. Une lecture attentive du commentaire de la CDI sur la notion d'«Etat spécialement atteint» au sens du sous-alinéa *i*) de l'alinéa *b*) de l'article 42 de ses articles sur la responsabilité de l'Etat met en effet au jour les difficultés que soulève l'application de l'expression susmentionnée en la présente espèce. La CDI indique ce qui suit concernant le sens de la notion d'«Etat spécialement atteint» :

«Pas plus que l'alinéa *b*) du paragraphe 2 de l'article 60 de la Convention de Vienne de 1969, le sous-alinéa *i*) de l'alinéa *b*) ne définit

<sup>24</sup> B. Simma, *op. cit.*, p. 350, par. 101.

la nature ou la portée du préjudice spécial que l'Etat doit avoir subi pour être considéré comme «lésé». Celles-ci seront évaluées au cas par cas, en tenant compte de l'objet et du but de l'obligation primaire violée, ainsi que des faits de chaque espèce. Pour qu'un Etat puisse être considéré comme lésé, il doit être atteint par la violation d'une manière qui le distingue des autres Etats auxquels l'obligation est due.»<sup>25</sup>

La prise en compte des circonstances factuelles de chaque espèce, préconisée dans le passage précité, n'est guère utile en l'absence de critères permettant de déterminer les faits pertinents. Le seul critère que la CDI propose est celui «de l'objet et du but de l'obligation primaire violée», et il est effectivement utile. Appliqué à la présente espèce, il soulève la question de savoir si l'afflux de réfugiés au Bangladesh est une conséquence du type de celles que l'interdiction du génocide vise expressément à prévenir. Cette même question peut aussi être formulée en des termes quelque peu différents: la fuite d'un grand nombre d'êtres humains soumis à une attaque génocidaire vers un Etat particulier fait-elle de cet Etat d'asile une victime directe du génocide? La réponse est loin d'être évidente. Si l'objet et le but de l'interdiction du génocide sont simplement d'empêcher la destruction de groupes d'êtres humains protégés, la réponse doit être négative. Dans ce cas, seuls ces groupes et les êtres humains qui les composent pourraient être des victimes directes du génocide<sup>26</sup>. Qu'en serait-il cependant si l'on allait plus loin en estimant que la protection de l'intérêt souverain des Etats, en particulier ceux qui sont limitrophes de l'Etat où le génocide est commis, à ne pas être confrontés aux besoins humanitaires causés par l'afflux d'un grand nombre de réfugiés est également un objet et un but de l'interdiction du génocide<sup>27</sup>? Dans ce cas, le Bangladesh devrait être considéré comme une victime directe et, partant, comme un Etat spécialement atteint par le génocide allégué commis par le Myanmar. Je suis très réticent à franchir ce pas, compte tenu de la décision antérieure de la Cour selon laquelle la convention sur le génocide «a été adoptée dans un but *purement* humanitaire et civilisateur» et que, «[d]ans une telle convention, les Etats contractants n'ont *pas* d'intérêts *propres*» (*Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1951, p. 23* (les italiques sont de moi))<sup>28</sup>. Je doute

<sup>25</sup> ACIDI, 2001, vol. II, deuxième partie, p. 127, par. 12.

<sup>26</sup> Au sujet de la proposition selon laquelle «toutes les obligations d'intérêt collectif» n'auront pas une victime primaire, voir J. Crawford, *State Responsibility: The General Part*, CUP, 2013, p. 546.

<sup>27</sup> On pourrait également se demander, bien que cela ne soit pas pertinent ici, si, dans le cas où un Etat commet un génocide au détriment d'un groupe protégé de personnes de nationalité étrangère, l'Etat national du groupe visé doit être considéré comme une victime directe du génocide, en plus du groupe visé lui-même et des êtres humains qui le composent.

<sup>28</sup> Je devrais peut-être souligner que l'hésitation que je viens d'exprimer ne concerne que la question de savoir si un ou plusieurs Etats confrontés à un afflux important de réfugiés à la suite de la commission d'un génocide sont de ce fait spécialement atteints par le non-respect de l'interdiction de génocide. Même s'il s'agit d'une question différente, qui ne sera pas abordée ici, on peut se demander si les Etats qui font face à un afflux important de

donc fort que le Bangladesh doit être considéré comme un « Etat spécialement atteint » au sens du sous-alinéa i) de l'alinéa b) de l'article 42 des articles de la CDI. Pour les mêmes raisons, je doute que le Bangladesh — pour reprendre la terminologie de l'arrêt — ait un intérêt juridique particulier à invoquer la responsabilité du Myanmar pour un génocide allégué.

29. Toutefois, même si le Bangladesh possédait un tel intérêt juridique particulier du fait de l'afflux de réfugiés auquel il fait face, cela ne ferait pas, de mon point de vue, dépendre la qualité pour agir de la Gambie en la présente affaire de la sienne, et c'est finalement sur la base de cette considération que je souscris à la conclusion énoncée par la Cour au paragraphe 113 de l'arrêt. En cas de violation d'une obligation *erga omnes (partes)*, il est, à mon sens, généralement peu probable qu'un Etat ayant un intérêt juridique particulier — ou, pour utiliser la terminologie contenue au sous-alinéa i) de l'alinéa b) de l'article 42 des articles de la CDI, un Etat spécialement atteint — puisse jamais, de son propre chef, s'affranchir totalement de l'intérêt collectif pertinent<sup>29</sup>. En l'espèce, cependant, une déclaration aussi générale ne s'imposait pas. Il existe en effet deux catégories différentes d'obligations *erga omnes (partes)*<sup>30</sup>. La première se caractérise par le fait que l'intérêt collectif en cause s'exerce à travers l'intérêt juridique particu-

---

réfugiés à la suite de la commission d'un génocide par un autre Etat peuvent être en mesure d'invoquer la responsabilité de cet Etat pour la violation d'une autre obligation internationale afin de demander réparation à cet Etat et de recouvrer les frais encourus pour l'accueil et la prise en charge des êtres humains concernés. Cette dernière question a fait l'objet d'une attention bienvenue dans la doctrine juridique internationale; voir, par exemple, C. Tomuschat, « State Responsibility and the Country of Origin », dans V. Gowlland-Debbas (dir. publ.), *The Problem of Refugees in the Light of Contemporary International Legal Issues*, Martinus Nijhoff Publishers, 1996, p. 71; W. Czapliński et P. Sturma, « La responsabilité des Etats pour les flux de réfugiés provoqués par eux », *AFDI*, vol. 40, 1994, p. 160-162; H. R. Garry, « The Right to Compensation and Refugee Flows: A Preventative Mechanism in International Law? », *International Journal of Refugee Law*, vol. 10, 1998, p. 103-106; L. T. Lee, « The Right to Compensation: Refugees and Countries of Asylum », *The American Journal of International Law (AJIL)*, vol. 80, 1986, p. 553-560. On ajoutera qu'une distinction analogue doit être gardée à l'esprit en ce qui concerne la situation mentionnée dans la note précédente, où un Etat commet un génocide au détriment d'un groupe protégé de personnes de nationalité étrangère. Si l'Etat national du groupe visé n'est pas considéré comme une victime directe du génocide, en plus du groupe lui-même et des êtres humains qui le composent, cela ne l'empêcherait pas d'invoquer, par l'exercice de la protection diplomatique, la responsabilité de l'autre Etat pour les mauvais traitements infligés aux étrangers.

<sup>29</sup> Voir également G. Gaja, « The Protection of General Interests in the International Community: General Course on Public International Law (2011) » (cours général de droit international public), *RCADI*, vol. 364, 2012, p. 104; Pok Yin S. Chow, « On Obligations *Erga Omnes Partes* », *Georgetown Journal of International Law*, vol. 52, 2021, p. 501.

<sup>30</sup> Il n'est pas rare qu'il soit aussi fait référence à une troisième catégorie d'obligations *erga omnes (partes)*, les obligations en question étant appelées « interdépendantes ». Ce type d'obligations *erga omnes (partes)* ne peut par définition donner lieu à la question de priorité car, dans le cas d'une violation, tous les Etats auxquels l'obligation est due sont matériellement atteints. Pour une analyse plus détaillée de ce type d'obligation internationale, voir P. d'Argent, *op. cit.*, p. 82-84.

lier d'au moins un Etat. L'interdiction du recours à la force en est un exemple<sup>31</sup>. Si elle est violée, l'intérêt collectif entre en jeu du fait de la violation de l'intérêt juridique particulier d'au moins un Etat directement victime. Dans cette hypothèse, il n'est pas tout à fait inopportun de se demander si l'Etat dont l'intérêt juridique particulier est en cause peut être en mesure de s'affranchir totalement de l'intérêt collectif visé. Cela n'a cependant aucune incidence en la présente affaire. En effet, l'obligation *erga omnes partes* dont il est question ici est d'une autre nature : dans le cas de l'interdiction du génocide, l'intérêt collectif à ce que soient protégés le groupe faisant l'objet d'une attaque génocidaire et les êtres humains composant ce groupe ne s'exerce pas à travers l'intérêt juridique particulier d'un Etat. Aucun Etat n'est donc en mesure de s'affranchir totalement de l'intérêt collectif en question. Pour cette seule raison, la qualité pour agir de la Gambie en l'espèce ne dépend pas de celle du Bangladesh.

30. Compte tenu de ce qui précède, c'est à juste titre que la Cour a conclu, au paragraphe 113 de l'arrêt, qu'elle n'avait pas à se prononcer sur la question de savoir si la réserve à sa compétence émise par le Bangladesh pouvait être assimilée à une renonciation à une réclamation pertinente, question à laquelle je serais fortement enclin à répondre par la négative. Il était encore moins nécessaire que la Cour détermine s'il est seulement possible, en cas de violation d'une règle à caractère impératif, de renoncer à invoquer la responsabilité<sup>32</sup>.

7. *En réponse aux préoccupations du Myanmar quant à d'éventuelles incidences plus larges de la reconnaissance de la qualité pour agir de la Gambie en la présente affaire*

31. Le Myanmar s'est également dit préoccupé par les incidences plus larges que pourrait avoir la reconnaissance de la qualité pour agir de la Gambie en la présente affaire. Il a ainsi évoqué le danger d'«une éventuelle prolifération incontrôlable des différends» qui résulterait de l'admission par la Cour de ce qu'il a appelé «une forme pure et simple d'*actio popularis*» de la Gambie (exceptions préliminaires du Myanmar, par. 214). Le Myanmar a en outre signalé d'éventuelles conséquences fâcheuses du point de vue procédural, soulignant en particulier la possibilité, en raison de l'effet *inter partes*, du principe de l'autorité de la chose jugée consacré par l'article 59 du Statut de la Cour, que des requêtes répétées soient introduites contre le même Etat (*ibid.*, par. 344-347).

a) *Au sujet de la notion d'*actio popularis**

32. Sur le plan terminologique, je relèverai la référence faite par le

<sup>31</sup> J. Crawford, *op. cit.*, p. 546.

<sup>32</sup> Sur cette question, voir *ACDI*, 1966, vol. II, p. 240, par. 5; C. J. Tams, «Waiver, Acquiescence and Extinctive Prescription», dans J. Crawford, A. Pellet et S. Olleson (dir. publ), *The Law of International Responsibility*, OUP, 2010, p. 1042.

Myanmar à la notion d'*actio popularis*. La Cour a mentionné cette notion dans un *dictum* bien connu figurant au paragraphe 88 de l'arrêt qu'elle a rendu dans les affaires du *Sud-Ouest africain (Ethiopie c. Afrique du Sud; Libéria c. Afrique du Sud)* (arrêt, *C.I.J. Recueil 1966*, p. 47, par. 88), et il n'est pas rare que la notion soit également utilisée par certains auteurs en relation avec l'introduction d'une instance relative au manquement allégué à une obligation *erga omnes (partes)*<sup>33</sup>. De fait, il n'est pas exagéré — et peut même se révéler utile — de s'intéresser à l'acquis du droit romain en matière d'*actio popularis*<sup>34</sup> lorsqu'il s'agit de l'introduction d'une instance pour manquement allégué à une obligation *erga omnes (partes)*<sup>35</sup>. Il a cependant aussi été observé qu'il était difficile de définir un principe général régissant les différentes *actiones popularis* en droit romain<sup>36</sup> et l'on s'est demandé si l'introduction d'une instance pour manquement allégué à une obligation *erga omnes (partes)* reflétait de manière suffisamment fidèle un tel principe pour justifier l'utilisation de la notion dans ce contexte<sup>37</sup>. La Cour devrait donc rester prudente quant à l'utilisation de la notion d'*actio popularis* en relation avec l'introduction d'une instance pour manquement allégué à une obligation *erga omnes (partes)*. Cette dernière notion étant désormais bien ancrée dans la jurisprudence de la Cour, il n'est pas nécessaire de faire de l'expression *actio popularis* une expression consacrée<sup>38</sup>. Une analyse très similaire semble sous-tendre l'observation suivante, formulée par M. le juge Jessup dans le fort

<sup>33</sup> Pour quelques exemples, voir F. Ahmadov, *The Right of Actio Popularis before International Courts and Tribunals*, Brill/Nijhoff, 2018, p. 199-201; G. Gaja, *op. cit.*, p. 110-112; C. J. Tams, «Individual States as Guardians of Community Interests», dans U. Fastenrath *et al.* (dir. publ.), *op. cit.*, p. 384 et 387; G. Abi-Saab «Que reste-t-il du «crime international»?», dans N. Angelet *et al.* (dir. publ.), *Droit du pouvoir, pouvoir du droit. Mélanges offerts à Jean Salmon*, Bruylant, 2007, p. 83 (observant que le concept d'*actio popularis* ressemble à celui de *da'awa al hisbah* en droit islamique); W. J. Aceves, «*Actio Popularis* — The Class Action in International Law», *University of Chicago Legal Forum*, vol. 2003, p. 357.

<sup>34</sup> Au sujet de cet acquis, voir A. Halfmeier, *Popularklagen im Privatrecht*, Tubingue, Mohr Siebeck, 2006, p. 29-42; F. Voefray, *op. cit.*, p. 6-12; M. Wlassak, «Actio», dans G. Wissowa (dir. publ.), *Pauly's Real-Encyclopädie der Classischen Altertumswissenschaft. Neue Bearbeitung*, J. B. Metzlerscher Verlag, 1894, colonnes 318-320.

<sup>35</sup> F. Voefray, *op. cit.*, p. 5.

<sup>36</sup> A. Halfmeier, *op. cit.*, p. 43. Il n'est pas non plus évident que l'évolution juridique qui s'est produite au niveau des juridictions nationales après la période romaine ait pu susciter une compréhension commune suffisamment claire de l'*actio popularis* en tant que notion juridique; voir F. Voefray, *op. cit.*, p. 384.

<sup>37</sup> Pour un point de vue négatif, voir A. Vermeer-Kunzli, «A Matter of Interest: Diplomatic Protection and State Responsibility *Erga Omnes*», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 56, n° 3, 2007, p. 571; pour un point de vue plus positif, voir F. Voefray, *op. cit.*, p. 386.

<sup>38</sup> Pour la même conclusion, voir «Troisième question: La protection des droits de l'homme et le principe de non-intervention dans les affaires intérieures des Etats, treizième séance plénière: mardi 12 septembre 1989 (après-midi)», Institut de droit international, *Annuaire*, vol. 63, deuxième partie, 1990, délibérations, p. 256 (Roberto Ago).

convaincant exposé de son opinion dissidente qui a été joint à l'arrêt rendu par la Cour en 1966 dans les affaires du *Sud-Ouest africain* :

« Il n'y a pas d'*actio popularis* généralement établie en droit international. Mais le droit international a accepté et créé des situations telles que les Etats ont un droit d'action sans avoir à prouver un préjudice individuel ou à démontrer un intérêt individuel touchant au fond, distinct de l'intérêt général. » (*Ethiopie c. Afrique du Sud; Libéria c. Afrique du Sud*), deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1966, opinion dissidente de M. le juge Jessup, p. 387-388.)

C'est donc à juste titre que la Cour s'est abstenue de qualifier la démarche de la Gambie d'*actio popularis*.

b) *Au sujet d'une éventuelle prolifération des différends*

33. La préoccupation du Myanmar quant à « une éventuelle prolifération incontrôlable des différends » est trop abstraite et hypothétique pour se prêter à un véritable traitement judiciaire. Je formulerai néanmoins quelques observations à cet égard. Tout d'abord, ainsi que l'ont relevé d'éminents observateurs, les Etats se sont jusqu'à présent montrés plutôt réticents à introduire une instance pour manquement allégué à une obligation *erga omnes (partes)* en l'absence d'intérêt particulier<sup>39</sup>. Dans la présente procédure, le Myanmar a lui-même indiqué que, « [a]u cours des 71 années qui se sont écoulées depuis que la convention sur le génocide est entrée en vigueur, aucun Etat n'a[vait] jamais cherché à présenter à la Cour une demande relative à une violation de la convention sans incidence sur ses propres intérêts en tant qu'Etat ou sur ceux de ses ressortissants » (CR 2022/1, p. 31, par. 24 (Talmon)). Contrairement à ce qu'avance le Myanmar, cela n'indique toutefois pas, sauf plus amples éléments de preuve, « que les parties ne considèrent généralement pas avoir qualité pour demander à la Cour de déclarer qu'un autre Etat contractant est responsable de violations de la convention lorsqu'aucun préjudice individuel ne leur a été causé » (*ibid.*). Selon moi, il est probable que des considérations non juridiques expliquent, au moins en partie, la retenue des Etats à cet égard et le fait qu'ils ne saisissent que rarement la Cour. Le Myanmar a naturellement raison de dire que la situation pourrait changer à l'avenir. Cependant, la Cour aurait eu tort, par crainte d'une multiplication des différends, de renoncer à assurer à l'intérêt communautaire fondamental en cause en la présente espèce la protection judiciaire qui lui est due au regard du droit applicable<sup>40</sup>. Il n'en faut pas pour autant ignorer la possibilité que, comme l'a estimé M. le juge Crawford en sa qualité

<sup>39</sup> A. Nollkaemper, *op. cit.*, p. 791; C. J. Tams, « Individual States as Guardians of Community Interests », dans U. Fastenrath *et al.* (dir. publ.), *op. cit.*, p. 387-388.

<sup>40</sup> Pour une critique éclairée de ce qu'il appelle « la procédure d'évitement », voir A. Nollkaemper, *op. cit.*, p. 789.

d'auteur de doctrine, il puisse se révéler nécessaire à l'avenir de «trouver un équilibre entre l'intérêt collectif consistant à garantir le respect des valeurs communautaires fondamentales et la volonté de ne pas encourager la prolifération des différends»<sup>41</sup>. De fait, il est même permis de penser, comme l'a suggéré un éminent auteur<sup>42</sup>, que le caractère consensuel de la compétence de la Cour pourrait constituer l'un des éléments d'une architecture juridique visant à établir un tel équilibre lorsqu'il s'agit de protéger une valeur communautaire (voir par. 20-22 ci-dessus).

c) *Au sujet de la nécessité éventuelle de procéder à des ajustements de procédure et d'assurer l'équité procédurale de toutes les parties à l'instance*

34. Enfin, la référence faite par le Myanmar à l'article 59 du Statut de la Cour, bien qu'étant également trop éloignée de la question juridique de la qualité pour agir de la Gambie pour justifier une réponse dans l'arrêt, met utilement en évidence les difficultés que pourrait rencontrer la Cour pour intégrer la protection des intérêts communautaires dans le cadre de ses procédures. La principale raison pour laquelle de tels problèmes pourraient se poser, ou ont déjà commencé à se manifester<sup>43</sup>, réside dans le fait que le droit régissant les procédures de la Cour a été formulé uniquement en vue du règlement des différends bilatéraux traditionnels entre Etats et reflète donc, pour emprunter un terme à l'intitulé des remarquables cours que M. le juge Simma a dispensés à l'Académie de La Haye<sup>44</sup>, le «bilatéralisme» d'une configuration antérieure de l'ordre juridique international<sup>45</sup>.

35. Quant à la nécessité éventuelle de procéder à des ajustements procéduraux afin de résoudre les problèmes résultant des tensions qui viennent d'être soulignées, M. le juge Weeramantry a formulé, dès 1997, l'intéressante réflexion suivante :

«Nous sommes entrés dans une ère du droit international où celui-ci ne se contente pas de servir les intérêts des Etats à titre individuel, mais projette son regard au-delà de ceux-ci et de leurs querelles de clocher pour considérer les intérêts majeurs de l'humanité et le bien-être de la planète. Pour examiner de tels problèmes, qui dépassent les droits et obligations propres des Etats en litige, le droit international devra voir plus loin que les règles de procédure élaborées

<sup>41</sup> J. Crawford, *op. cit.*, p. 553.

<sup>42</sup> S. Villalpando, «The Legal Dimension of the International Community: How Community Interests Are Protected in International Law», *EJIL*, vol. 21, n° 2, 2010, p. 414.

<sup>43</sup> F. I. Paddeu, «Multilateral Disputes in Bilateral Settings: International Practice Lags behind Theory», *The Cambridge Law Journal*, vol. 76, n° 1, 2017, p. 4.

<sup>44</sup> B. Simma, *op. cit.* ; pour une autre étude offrant une utile vue d'ensemble de la reconnaissance progressive des intérêts communautaires et de la nécessité de les protéger dans l'ordre juridique international, voir S. Villalpando, *op. cit.*, p. 387-419.

<sup>45</sup> A. Nollkaemper, *op. cit.*, p. 771.

rées aux seules fins du contentieux *inter partes*.» (*Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie), arrêt, C.I.J. Recueil 1997*, opinion individuelle de M. le juge Weeramantry, vice-président, p. 118.)

L'article 59 du Statut de la Cour peut être considéré comme une règle de procédure à cet égard<sup>46</sup>, et la meilleure façon de faire face à un grand nombre de demandes d'intervention dans des procédures de protection des intérêts communautaires est une autre question potentiellement pertinente<sup>47</sup>. Un examen plus approfondi de ces questions ne serait pas opportun ici. Je conclurai donc en observant seulement de manière générale qu'il importe de faire preuve d'une sensibilité particulière pour pouvoir assurer l'équité procédurale à toutes les parties à une instance introduite pour protéger des intérêts communautaires. Il est, à n'en pas douter, important de faire en sorte que les intérêts collectifs, et en particulier les intérêts fondamentaux de la communauté internationale dans son ensemble, bénéficient d'une protection judiciaire internationale. Cependant, il convient également de ne jamais perdre de vue que l'Etat défendeur, dont la responsabilité pour manquement à une obligation *erga omnes (partes)* a été invoquée dans le cadre d'une instance devant la Cour, peut ne pas être responsable de la violation alléguée.

(Signé) Claus KRESS.

---

<sup>46</sup> Pour quelques premières réflexions, voir P. Urs, *op. cit.*, p. 522. Il peut être utile de rappeler que, en droit romain, il semblerait qu'une *exceptio rei iudicatae* empêche un *quibus ex populo* ultérieur de lancer une deuxième *actio popularis* portant sur le même sujet; voir A. Halfmeier, *op. cit.*, p. 38.

<sup>47</sup> Pour une suggestion, voir G. Gaja, *op. cit.*, p. 121-122.