

OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE *AD HOC* POCAR

[Traduction]

Compétence ratione materiae de la Cour au titre de la CIRFT — Interprétation de l'article 2 de la CIRFT — Responsabilité encourue par l'Etat au regard de la CIRFT faute d'avoir pris des mesures efficaces pour prévenir et réprimer l'infraction visée à l'article 2 — Adhésion à l'interprétation faite de l'expression « toute personne » utilisée à l'article 2 — Large interprétation de l'expression « toute personne » étayée par l'objet et le but de la CIRFT ainsi que par la pratique internationale relative à la conclusion de traités analogues — Nécessité de raisonner autrement pour conclure que l'interprétation de la définition du terme « fonds » employé à l'article premier doit être réservée au stade du fond — Définition des « biens » étroitement liée aux faits et donc ressortissant au fond.

1. Souscrivait à l'arrêt de la Cour et à sa décision de rejeter les exceptions préliminaires soulevées en l'espèce par la Fédération de Russie, je me bornerai à préciser brièvement ma position sur quelques questions largement débattues entre les Parties, qui concernent la compétence *ratione materiae* de la Cour.

2. Fidèle à sa jurisprudence, la Cour a rappelé que,

« pour déterminer si elle a compétence *ratione materiae* au titre d'une clause compromissaire visant les différends concernant l'interprétation ou l'application d'un traité, il lui faut rechercher si les actes dont le demandeur tire grief « entrent dans les prévisions » du traité contenant la clause. Il peut ainsi se révéler nécessaire d'interpréter les dispositions qui définissent le champ d'application du traité. » (Arrêt, par. 57.)

La Cour a ainsi entrepris d'interpréter certaines des dispositions qui définissent le champ d'application de la convention internationale pour la répression du financement du terrorisme (ci-après la « CIRFT »), le but étant d'établir en particulier I) si le fait pour tout Etat de financer un acte prohibé par l'article 2 en son paragraphe 1 *a)* ou *b)* peut constituer une infraction au sens dudit paragraphe 1, et II) si l'article 2 vise la commission de l'infraction de financement du terrorisme envisagée en son paragraphe 1 par une personne privée uniquement, ou également par un agent de l'Etat. S'agissant en revanche d'une autre question III) — l'interprétation à donner à la définition du terme « fonds » figurant au paragraphe 1 de l'article premier de la CIRFT —, la Cour a fait observer qu'« il n'[était] nul besoin de traiter de cette question touchant au champ d'application de la CIRFT au stade actuel de la procédure » (arrêt, par. 62).

I. FINANCEMENT PAR L'ÉTAT AU REGARD DE LA CIRFT

3. A propos de la première question, la Cour conclut que, dans la mesure où la CIRFT s'applique aux infractions commises par des individus et où l'article 4 requiert que chaque Etat partie érige en infractions pénales au regard de son droit interne les infractions visées à l'article 2 en les frappant de peines appropriées, le financement par un Etat d'actes de terrorisme « n'est pas visé par la CIRFT » et « n'entre pas dans le champ d'application de la convention » (arrêt, par. 59). Je souscris à cette conclusion. Une convention qui fait aux Etats parties obligation d'incriminer dans leur législation une conduite individuelle donnée, ainsi que de la prévenir et de la réprimer, suppose inévitablement que tous les Etats ayant adhéré à cet instrument ne se livreront pas eux-mêmes à une telle conduite. Leur en faire spécifiquement obligation pourrait donc paraître superflu.

4. Cependant, tout Etat qui commettrait directement l'infraction visée à l'article 2 n'en verrait pas moins sa responsabilité engagée au regard de la convention, du fait non pas de la commission même de cette infraction mais de son omission de prendre les mesures nécessaires pour la prévenir et la réprimer. En tout état de cause, même si sa conduite n'entraîne pas dans le champ d'application de la CIRFT, l'Etat pourrait voir sa responsabilité engagée au regard du droit international coutumier du fait de la commission de l'infraction. De plus, toute autre juridiction compétente pourrait, le cas échéant, s'autoriser des constatations faites par la Cour pour juger une demande fondée sur la responsabilité de l'Etat en droit international.

II. FINANCEMENT D'ACTES DE TERRORISME PAR DES AGENTS DE L'ÉTAT

5. S'agissant de la deuxième question susmentionnée, celle de savoir si la commission, par un agent de l'Etat, d'une infraction de financement du terrorisme au sens du paragraphe 1 de l'article 2 de la CIRFT tombe sous le coup de cette disposition, la Cour conclut que les termes « toute personne » « visent les individus de manière générale » et que « la convention ne contient aucun élément de nature à exclure quelque catégorie de personnes que ce soit », et notamment pas celle des agents de l'Etat (arrêt, par. 61). Partant, « les Etats parties à la CIRFT sont tenus de prendre les mesures nécessaires et de coopérer pour prévenir et réprimer les infractions de financement d'actes de terrorisme commises par quelque personne que ce soit ». Bien que cette question ait été l'objet d'échanges intenses et développés entre les Parties, la conclusion de la Cour me semble aller de soi et emporter la conviction.

6. Pour parvenir à cette conclusion, la Cour invoque expressément le sens ordinaire de l'expression « toute personne » utilisée au paragraphe 1 de l'article 2 de la CIRFT. Si cette invocation est assurément suffisante en elle-même, j'estime toutefois que la conclusion de la Cour est aussi solidement étayée par un examen de l'objet et du but de la CIRFT, selon la règle générale d'interprétation énoncée à l'article 31 de la convention de

Vienne sur le droit des traités, ainsi que par la pratique internationale observée à l'occasion de la conclusion de traités analogues.

7. Premièrement, la CIRFT a pour but et objet de prévenir et réprimer le financement d'actes de terrorisme, prescrivant aux Etats parties d'incriminer le fait pour toute personne de fournir ou réunir des fonds dans l'intention de les voir utilisés ou en sachant qu'ils seront utilisés, en tout ou partie, en vue de commettre : *a*) un acte qui constitue une infraction au regard et selon la définition d'autres traités énumérés en annexe, et *b*) certains autres actes dirigés contre des civils ou des personnes qui ne participent pas aux hostilités dans une situation de conflit armé, actes constitutifs de violations du droit international humanitaire. Compte tenu de cet objet et de ce but de la convention, il serait foncièrement contradictoire de faire aux Etats parties obligation de prendre les mesures nécessaires et de coopérer pour prévenir et réprimer la commission de l'infraction de financement du terrorisme qui est visée au paragraphe 1 de l'article 2, tout en les dispensant de cette obligation dès lors que leurs agents seraient en cause. Il convient de rappeler à cet égard que, dans la mesure où tout acte de prévention ou de répression incomberait aux agents de l'Etat, consacrer leur impunité en droit aurait inévitablement et certainement pour effet de contrarier la réalisation du but de la convention. Ainsi, exclure les agents de l'Etat du champ de l'expression «toute personne» irait clairement à l'encontre non seulement du texte du paragraphe 1 de l'article 2, mais aussi de l'objet et du but de la CIRFT.

8. Deuxièmement, cette interprétation de l'article 2 de la CIRFT est confirmée par la pratique internationale observée lors de la conclusion de traités analogues portant répression de telle ou telle conduite individuelle illicite.

9. Il en est certainement ainsi de traités prescrivant aux Etats parties d'incriminer des actes communément qualifiés de terroristes, comme les conventions et protocoles visés à l'alinéa *a*) du paragraphe 1 de l'article 2 et énumérés dans l'annexe de la CIRFT, la plupart desquels retiennent la même expression «toute personne» ou, dans deux cas (n^{os} 3 et 5 de l'annexe), le terme «auteur» sans autre précision, et sans exclure d'aucune façon l'agent de l'Etat. Le fait d'étendre la juridiction pénale aux infractions commises par des agents de l'Etat n'est donc nullement contraire à la pratique internationale. Il ressort même de cette pratique que, lorsqu'une restriction est ménagée, elle vient au contraire soustraire à la loi pénale l'individu agissant à titre privé, en limitant l'établissement de la responsabilité pénale individuelle aux agents de l'Etat. C'est ainsi que la convention du 10 décembre 1984 contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants qualifie le crime de torture de répréhensible, aux fins de ses dispositions, «lorsqu'une ... douleur ou de[s] ... souffrances sont infligées par un agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel ou à son instigation ou avec son consentement exprès ou tacite» (art. premier, par. 1).

10. Une approche non restrictive dans la qualification de l'auteur de l'infraction se retrouve également dans les conventions qui prescrivent

aux Etats parties d'incriminer les violations du droit international humanitaire, comme les actes visés à l'alinéa *b*) du paragraphe 1 de l'article 2 de la CIRFT. A cet égard, les dispositions pertinentes de chacune des quatre conventions de Genève du 12 août 1949 et du protocole additionnel I du 8 juin 1977, qui instituent le régime dit des « infractions graves », prévoient que les Etats parties « s'engagent à prendre toute mesure législative nécessaire pour fixer les sanctions pénales adéquates à appliquer aux personnes ayant commis, ou donné l'ordre de commettre, l'une ou l'autre des infractions graves à la présente Convention définies à l'article suivant » (article 146, paragraphe 1, de la convention IV; les trois autres conventions comportent une disposition identique: article 49 de la convention I, article 50 de la convention II; article 129 de la convention III). Aucune restriction n'est apportée quant à la qualité de ces personnes. Toutefois, dès lors que les conventions et le protocole I visent les seules infractions commises en temps de conflit armé international, les auteurs en seront généralement des agents de l'Etat et non des individus agissant à titre privé. Une fois de plus, lorsqu'une restriction est formulée, elle vise l'incrimination de tout ou tous actes commis par l'individu agissant à titre privé, et non par l'agent de l'Etat.

11. Enfin, force est de rappeler qu'une conclusion venant limiter la responsabilité pénale de l'agent de l'Etat par rapport à celle de l'individu agissant à titre privé irait à l'encontre de la pratique interne des Etats en matière d'incrimination pénale. Dans tout Etat démocratique, la loi pénale n'établit aucune distinction selon la qualité de l'auteur, si ce n'est pour retenir la qualité d'agent public comme une circonstance aggravante aux fins de la sanction à imposer à l'auteur de l'infraction considérée.

12. Je conclus qu'il résulte sans équivoque aussi bien du sens ordinaire du texte que de l'objet et du but de la convention, ainsi que de la pratique internationale observée par les Etats en concluant des traités analogues, que l'expression « toute personne » employée au paragraphe 1 de l'article 2 de la CIRFT doit s'entendre comme visant à la fois l'individu agissant à titre privé et l'agent de l'Etat.

III. L'INTERPRÉTATION DE LA DÉFINITION DU TERME « FONDS » RELEVÉ DU FOND

13. S'agissant maintenant de la troisième question évoquée plus haut, à savoir celle de l'interprétation de la définition du terme « fonds » figurant au paragraphe 1 de l'article premier de la CIRFT, la Cour rappelle que, d'après ladite disposition, ce terme s'entend

« des biens de toute nature, corporels ou incorporels, mobiliers ou immobiliers, acquis par quelque moyen que ce soit, et des documents ou instruments juridiques sous quelque forme que ce soit, y compris sous forme électronique ou numérique, qui attestent un droit de pro-

priété ou un intérêt sur ces biens, et notamment les crédits bancaires, les chèques de voyage, les chèques bancaires, les mandats, les actions, les titres, les obligations, les traites et les lettres de crédit, sans que cette énumération soit limitative».

14. A propos de l'interprétation de cette définition, la Cour déclare ce qui suit dans son arrêt :

« Cette définition englobe de nombreuses sortes d'instruments financiers ainsi que d'autres biens. La Fédération de Russie n'ayant pas soulevé d'exception d'incompétence particulière au sujet de la portée du terme « fonds », et en particulier en ce qui concerne la fourniture d'armes mentionnée par l'Ukraine dans ses conclusions, il n'est nul besoin de traiter de cette question touchant au champ d'application de la CIRFT au stade actuel de la procédure. L'interprétation de la définition de ce terme pourrait toutefois être pertinente, le cas échéant, lors de l'examen au fond. » (Arrêt, par. 62.)

15. Je conviens avec la Cour que l'interprétation de la définition du terme « fonds » est à réserver au stade de l'examen au fond, mais j'estime que la Cour aurait dû motiver cette conclusion autrement. Au paragraphe 62 de l'arrêt, la Cour semble inférer que la question de l'interprétation du terme « fonds » aurait pu donner lieu à une exception préliminaire de la part de la Fédération de Russie, qui aurait porté sur le champ d'application de la CIRFT et aurait donc pu avoir une incidence sur sa compétence *ratione materiae*. Je ne suis pas de cet avis. Premièrement, en déclarant simplement que la définition du terme « fonds », contenue au paragraphe 1 de l'article premier de la CIRFT, « englobe de nombreuses sortes d'instruments financiers *ainsi que* d'autres biens » (les italiques sont de moi), la Cour risque d'induire en erreur. En fait, cette disposition vise principalement « des biens de toute nature, corporels ou incorporels, mobiliers ou immobiliers, acquis par quelque moyen que ce soit » et ne vise des documents ou instruments juridiques qu'en tant qu'ils sont susceptibles d'attester l'existence d'un droit de propriété sur ces biens ; lesdits documents peuvent inclure, sans s'y limiter, des instruments financiers. La disposition met ainsi l'accent sur les biens, et non sur les instruments financiers, lesquels ne peuvent être pris en considération que pour autant qu'ils attestent quelque droit de propriété sur de tels biens. Quand on sait en outre que l'énumération des instruments financiers n'est pas limitative, ces documents juridiques et instruments financiers ne sauraient en aucun cas contribuer à circonscrire le champ d'application de la convention.

16. En ce qui concerne les biens, le paragraphe 1 de l'article premier en donne également une définition non limitative, puisqu'il se réfère à des « biens de toute nature ». Autrement dit, il s'agit non pas d'établir la nature des biens compris dans cette définition, mais de rechercher si les biens utilisés dans tel ou tel cas peuvent servir à la commission des actes visés à l'alinéa *a)* ou *b)* du paragraphe 1 de l'article 2 de la CIRFT. Il faut donc déterminer quels biens ont effectivement été fournis ou réunis

dans l'intention qu'ils soient utilisés aux fins illicites envisagées à l'alinéa *a*) ou *b*) du paragraphe 1 de l'article 2, ou en sachant qu'ils le seraient. S'agissant de l'existence de l'intention requise chez l'auteur, cette question soulève des points de droit et surtout de fait qu'il convient d'examiner au stade du fond.

17. Je relève, à propos de l'existence des éléments moraux requis, que la Cour conclut que les questions y afférentes «n'ont pas d'incidence sur la portée de la convention et ne sont donc pas pertinentes pour ce qui est de la compétence *ratione materiae*» (arrêt, par. 63). A mon avis, la Cour aurait dû raisonner de la même façon en ce qui concerne l'interprétation de la notion de «fonds».

18. En conclusion, de mon point de vue, la Fédération de Russie a eu raison de ne pas soulever la question de la définition du terme «fonds» pour contester la compétence de la Cour. Toute exception ainsi soulevée aurait dû être rejetée pour les motifs exposés ci-dessus.

(Signé) Fausto POCAR.