

SEPARATE OPINION
OF JUDGE *AD HOC* POCAR

1. I have voted with the majority in favour of the indication of all provisional measures concerning the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (CERD), as well as of the provisional measure asking both Parties to refrain from any action which might aggravate or extend the dispute. I must however put on record that I would have seen it necessary and appropriate to indicate provisional measures also with regard to the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism (ICSFT). In particular, I cannot share the view that the required threshold of plausibility is not met for the indication of at least some of the provisional measures requested by Ukraine with respect to this Convention (1). I also have concerns regarding the implications of the present Order for the good administration of justice (2). Finally, I wish to further clarify why the shooting-down of Flight MH17 was not examined in detail by the Court (3).

1. PLAUSIBILITY OF THE RIGHTS ASSERTED
BY UKRAINE

2. The Court states, in its decision, that

“the obligations under Article 18 [of the Convention] and the corresponding rights are premised on the acts identified in Article 2, namely the provision or collection of funds with the intention that they should be used or in the knowledge that they are to be used in order to carry out acts set out in paragraphs 1 (*a*) and 1 (*b*) of this Article” (Order, para. 74).

While acknowledging that, in the present case, the acts to which Ukraine refers — namely, the bombing of peaceful marchers in Kharkiv, the bombardment of Mariupol, the attacks on Volnovakha and Kramatorsk, and the shooting-down of Malaysia Airlines Flight MH17 — have given rise to the death and injury of a large number of civilians, the Court answers negatively the question “whether there are sufficient reasons for considering that the other elements set out in Article 2, paragraph 1, such as the

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

[Traduction]

1. Je me suis associé à la majorité pour voter en faveur de l'indication de l'ensemble des mesures conservatoires relatives à la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (ci-après, la «*CIEDR*»), ainsi que de la mesure conservatoire tendant à prescrire aux deux Parties de s'abstenir de tout acte qui risquerait d'aggraver ou d'étendre le différend. Cela étant, il me faut préciser qu'il eût, à mon sens, été nécessaire et approprié d'indiquer des mesures conservatoires s'agissant également de la convention internationale pour la répression du financement du terrorisme (ci-après, la «*CIRFT*»). En particulier, je n'ai pu m'associer à la majorité lorsqu'elle a considéré qu'il n'était pas satisfait au critère de la plausibilité requis pour que la Cour pût indiquer au moins certaines des mesures conservatoires sollicitées par l'Ukraine relativement à cette seconde convention (voir le point 1 ci-après). Je m'inquiète en outre quelque peu des implications de la présente ordonnance pour la bonne administration de la justice (voir le point 2 ci-après). Enfin, je tiens à apporter quelques éclaircissements supplémentaires sur les raisons pour lesquelles la destruction de l'appareil assurant le vol MH17 n'a pas été examinée plus avant par la Cour (voir le point 3 ci-après).

1. LA PLAUSIBILITÉ DES DROITS REVENDIQUÉS
PAR L'UKRAINE

2. La Cour déclare dans sa décision que

«les obligations qui découlent de l'article 18 [de la *CIRFT*] et les droits correspondants n'existent que relativement aux actes visés à l'article 2, à savoir la fourniture ou la réunion de fonds dans l'intention de les voir utilisés ou en sachant qu'ils seront utilisés pour commettre des actes visés aux alinéas *a*) et *b*) du paragraphe 1 dudit article» (ordonnance, par. 74).

Bien qu'elle reconnaisse que, dans la présente affaire, les actes dont l'Ukraine tire grief — à savoir l'attentat à la bombe perpétré contre des manifestants pacifiques à Kharkiv, le bombardement de Marioupol, les attaques contre Volnovakha et Kramatorsk, et la destruction de l'avion de la Malaysia Airlines assurant le vol MH17 — ont fait un grand nombre de morts et de blessés dans la population civile, la Cour répond par la négative à la question de savoir «s'il existe des raisons suffisantes pour

elements of intention or knowledge noted above (see Order, para. 74), and the element of purpose specified in Article 2, paragraph 1 (b), are present”, and concludes that “[a]t this stage of the proceedings, Ukraine has not put before the Court evidence which affords a sufficient basis to find it plausible that these elements are present” (*ibid.*, para. 75).

3. The Court’s conclusion that the rights claimed by Ukraine under the ICSFT are not plausible is the consequence of a brief reasoning which I have difficulties to share in light of the elements present in the record of this case. In my view, it is plausible that the indiscriminate attacks alleged by Ukraine are intended to spread terror, and that the persons providing funds to those who conducted these attacks had knowledge that such funds were to be used for that purpose. The record shows that there are numerous occurrences of attacks on civilians, reported by reliable international organizations, and that these attacks have no discernible significance in military advantage terms. As the existence of “knowledge” and “purpose” may usually be determined only through circumstantial evidence, the frequency of the attacks on civilians and the wide availability of official reports thereon make it at least plausible that the providers of funds were aware that these might likely be used for such attacks and not only for attacks against military targets. Additionally, as to the purpose of the attacks, the intent to spread terror has been regarded by international criminal jurisprudence as the only reasonable inference to be drawn from indiscriminate attacks when repeated and bearing no military advantage (see *Prosecutor v. Stanislav Galić*, ICTY Case No. IT-98-29-T, Trial Judgment, 5 December 2003, para. 593), or carried out at sites known to be frequented by civilians during their daily activities (see *Prosecutor v. Dragomir Milošević*, ICTY Case No. IT-98-29/1-T, Trial Judgment, 12 December 2007, para. 881). If such a conclusion has been affirmed in determining the “primary purpose” of an attack under Article 51, paragraph 2, and Article 13, paragraph 2, of Additional Protocols I and II of 8 June 1977 respectively, it is at least plausible that such inference may be drawn when the mere “purpose” of the attack has to be determined under Article 2, paragraph 1 (b), of the ICSFT.

4. I must conclude that, in light of the information in the record of this case, the threshold of the plausibility test required for the indication of provisional measures is positively met in this case. I would therefore have favoured the indication of a provisional measure requesting the Russian Federation to provide Ukraine with the full co-operation required by Article 18 of the ICSFT, including by exercising appropriate control over its borders, in order to prevent any offences within the meaning of that convention from being committed.

considérer que les autres éléments figurant au paragraphe 1 de l'article 2, tels que les éléments de l'intention ou de la connaissance qui ont été mentionnés ci-dessus (voir ordonnance, par. 74), et celui relatif au but auquel il est fait référence à l'alinéa *b*) dudit paragraphe, sont réunis», et conclut que, «[à] ce stade de la procédure, l'Ukraine n[e] lui] a pas soumis ... de preuves offrant une base suffisante pour que la réunion de ces éléments puisse être jugée plausible» (*ibid.*, par. 75).

3. La conclusion de la Cour selon laquelle les droits revendiqués par l'Ukraine sur le fondement de la CIRFT ne sont pas plausibles découle d'un bref raisonnement auquel il m'est difficile de m'associer, au regard des éléments versés au dossier de l'affaire. Selon moi, il est plausible que les attaques sans discrimination dont l'Ukraine tire grief aient visé à semer la terreur, et que les personnes ayant fourni des fonds à leurs auteurs l'aient fait en pleine connaissance de cause. Il ressort du dossier que maintes attaques ont été perpétrées contre des civils, ce dont des organisations internationales dignes de foi ont témoigné, et que ces attaques n'avaient pas de justification apparente d'un point de vue militaire. L'existence d'une «connaissance» ou d'un «but» ne pouvant généralement être établie qu'au moyen de preuves circonstancielles («circumstantial evidence»), il était au moins plausible, vu la fréquence des attaques contre des civils et le grand nombre de rapports officiels en faisant état, que les personnes ayant fourni des fonds aient su que ceux-ci seraient probablement utilisés pour commettre de telles attaques, et non pas uniquement contre des cibles militaires. De plus, s'agissant du but poursuivi, l'existence d'une intention de semer la terreur est considérée dans la jurisprudence internationale en matière pénale comme la seule déduction possible, d'un point de vue raisonnable, lorsque des attaques sans discrimination sont perpétrées de manière répétitive et sans justification militaire (voir TPIY, *Le procureur c. Stanislav Galić*, affaire n° IT-98-29-T, jugement du 5 décembre 2003, par. 593), ou en des lieux connus pour être fréquentés quotidiennement par des civils (voir TPIY, *Le procureur c. Dragomir Milošević*, affaire n° IT-98-29/1-T, jugement du 12 décembre 2007, par. 881). S'il a été parvenu à cette conclusion en cherchant à déterminer le «but principal» d'une attaque, au sens du paragraphe 2 de l'article 51 et du paragraphe 2 de l'article 13 des protocoles additionnels I et II du 8 juin 1977, respectivement, alors une telle déduction est au moins plausible lorsqu'il s'agit simplement de déterminer le «but» d'une attaque au regard de l'alinéa *b*) du paragraphe 1 de l'article 2 de la CIRFT.

4. Force était selon moi de conclure, au vu des informations versées au dossier de l'affaire, qu'il était assurément satisfait en l'espèce au critère de la plausibilité régissant l'indication de mesures conservatoires. J'aurais donc été partisan d'indiquer une mesure conservatoire tendant à prescrire à la Fédération de Russie d'accorder à l'Ukraine la pleine coopération requise par l'article 18 de la CIRFT, notamment en exerçant sur ses frontières un contrôle approprié, afin de prévenir la commission de toute infraction au sens de ladite convention.

2. RISKS FOR THE GOOD ADMINISTRATION OF JUSTICE

5. Regarding the plausibility test itself, I do not question that some level of verification that the rights claimed by the applicant are not patently non-existent must be encouraged, in order to avoid an abuse of the provisional measures' procedure and to give due regard to the rights of the respondent. The Court has fully embraced this notion when it explicitly added the plausibility test to its examination of requests for the indication of provisional measures.

6. However, the Court has never clearly defined the standard to be reached for rights to be deemed plausible, as was already noted by Judge Abraham, in his separate opinion in the *Pulp Mills* case (*Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, *Provisional Measures, Order of 13 July 2006*, *I.C.J. Reports 2006*, separate opinion of Judge Abraham, p. 140, para. 10). In that respect, Judge Sepúlveda-Amor expressed his concerns in the *Certain Activities* case, when he asked the following question :

“Are States which request the indication of provisional measures expected to show prima facie the validity of their claims on the merits, or is *fumus non mali juris* sufficient, i.e., is it enough to ascertain that the claimed rights are not patently non-existent according to the information available to the Court? Does it suffice to demonstrate the *possibility* or *reasonableness* of the existence of a right, or is *probability* the relevant standard?” (*Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)*, *Provisional Measures, Order of 8 March 2011*, *I.C.J. Reports 2011 (I)*, separate opinion of Judge Sepúlveda-Amor, p. 37, para. 12.)

7. I concur with his view that these are not “academic subtleties”; rather this lack of clarity, as he foresaw, has practical implications in how the parties plead in requests for the indication of provisional measures and

“might ultimately encourage States seeking interim protection to over-address the substance of the dispute at an early stage and, as a result, overburden proceedings under Article 41 of the Statute with matters that should actually be dealt with by the Court when adjudicating on the merits” (*ibid.*, p. 38, para. 15).

8. The present case will only reinforce such risk of encouraging parties to excessively argue the merits. The Court has indeed concluded that “Ukraine has not put before the Court evidence which affords a sufficient basis to find it plausible that these elements are present” (Order, para. 75). Such statement begs the question as to the level of evidence required.

2. LES RISQUES POUR LA BONNE ADMINISTRATION DE LA JUSTICE

5. En ce qui concerne le critère de la plausibilité lui-même, je ne conteste pas l'opportunité de vérifier, dans une certaine mesure, que les droits revendiqués par le demandeur ne sont pas manifestement inexistant, afin d'éviter que la procédure des mesures conservatoires soit utilisée à mauvais escient et de tenir dûment compte des droits du défendeur. La Cour a pleinement embrassé cette notion lorsqu'elle a expressément ajouté le critère de la plausibilité aux éléments à prendre en considération dans l'examen d'une demande en indication de mesures conservatoires.

6. Cepandant, la Cour n'a jamais défini de manière claire le seuil à atteindre pour que des droits puissent être réputés plausibles, comme l'a déjà relevé le juge Abraham dans son opinion individuelle en l'affaire des *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay* ((*Argentine c. Uruguay*), mesures conservatoires, ordonnance du 13 juillet 2006, C.I.J. Recueil 2006, opinion individuelle de M. le juge Abraham, p. 140, par. 10). A cet égard, le juge Sepúlveda-Amor a exprimé ses préoccupations dans l'affaire relative à *Certaines activités*, lorsqu'il a posé les questions suivantes :

«Les Etats demandant l'indication de mesures conservatoires sont-ils censés établir *prima facie* le bien-fondé de leurs prétentions sur le fond, ou le critère *fumus non mali juris* est-il suffisant — autrement dit, la Cour peut-elle se contenter de s'assurer que les droits revendiqués ne sont pas manifestement inexistant en l'état des informations dont elle dispose? Suffit-il de démontrer la *possibilité* de l'existence d'un droit, le *caractère raisonnable* de l'affirmation de l'existence d'un droit, ou bien le critère pertinent est-il celui de la *probabilité*?» (*Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière* (*Costa Rica c. Nicaragua*), mesures conservatoires, ordonnance du 8 mars 2011, C.I.J. Recueil 2011 (I), opinion individuelle de M. le juge Sepúlveda-Amor, p. 37, par. 12.)

7. J'estime, comme le juge Sepúlveda-Amor, qu'il ne s'agit pas là de simples «subtilités théoriques»; au contraire, ce manque de clarté, comme mon confrère le pressentait, a des conséquences pratiques sur la manière dont les parties plaident dans le contexte de demandes en indication de mesures conservatoires et

«encourag[e] en définitive les Etats demandant l'indication de mesures conservatoires à trop entrer, très en amont, dans le fond du différend, grevant ainsi la procédure prévue à l'article 41 du Statut de questions que la Cour devrait en réalité examiner au stade du fond» (*ibid.*, p. 38, par. 15).

8. La présente affaire ne fera qu'ajouter au risque d'encourager les parties à trop aborder le fond. La Cour a effectivement conclu que «l'Ukraine n[é] lui] a[vait] pas soumis ... de preuves offrant une base suffisante pour que la réunion de ces éléments puisse être jugée plausible» (ordonnance, par. 75). Une telle déclaration conduit à s'interroger sur le niveau de

More generally, it blurs the distinction between the provisional measures phase and the merits, which can have serious consequences in terms of good administration of justice. In particular, in a situation where the evidence to prove intent and purpose will be circumstantial, how can parties know the extent of the case that they have to bring forward when requesting the indication of provisional measures? Would it not be wiser and safer for them to present the totality of their arguments and evidence at such an early stage? One can wonder how the Court expects parties, in the future, to reconcile such jurisprudence and Practice Direction XI, which reads:

“In the oral pleadings on requests for the indication of provisional measures parties should limit themselves to what is relevant to the criteria for the indication of provisional measures as stipulated in the Statute, Rules and jurisprudence of the Court. They should not enter into the merits of the case beyond what is strictly necessary for that purpose.”

9. In turn, for the Court, an avalanche of materials and evidence which arguably should be reserved for the merits, could overburden it and put a strain on its ability to indicate, promptly, measures of an urgent nature. Delays are to be avoided in the indication of provisional measures, but so too are procedures not giving the Court sufficient time to process large quantities of evidence.

3. QUESTION OF THE FLIGHT MH17

10. A significant part of Ukraine’s case under the ICSFT relates to the shooting-down of Malaysia Airlines Flight MH17. This question was however not addressed in detail in the current stage of proceedings. While I agree with the reasons behind such restraint, I consider that the Order could have benefited from further clarification.

11. There is no doubt that the Parties’ arguments regarding this dramatic event did not need to be fully developed at the stage of provisional measures. Indeed, following the closure of the airspace over eastern Ukraine in July 2014, there is no urgency with respect to civilian aircrafts. For that simple reason, the Court was not asked to include the shooting-down of Flight MH17 in its analysis.

12. In the preliminary section of the Order, the Court introduces the context of the present case, with the fighting in eastern Ukraine and the destruction of Flight MH17. The Court very succinctly declares that “the

preuve requis. Plus généralement, elle tend à brouiller la distinction existant entre la phase des mesures conservatoires et celle du fond, ce qui peut sérieusement compromettre la bonne administration de la justice. En particulier, dans une situation où l'intention et le but doivent être établis au moyen de preuves circonstanciées, comment les parties peuvent-elles savoir jusqu'où aller dans l'exposé de leur argumentation lorsqu'elles demandent l'indication de mesures conservatoires? Ne serait-il pas plus judicieux et plus sûr pour elles de présenter l'ensemble de leurs arguments et éléments de preuve dès ce stade précoce de l'instance? Il est permis de se demander comment la Cour attend des parties qu'elles parviennent, à l'avenir, à concilier une telle jurisprudence et les prescriptions de l'instruction de procédure XI, qui se lit comme suit :

« Dans leurs exposés oraux sur les demandes en indication de mesures conservatoires, les parties devraient se limiter aux questions touchant aux conditions à remplir aux fins de l'indication de mesures conservatoires, telles qu'elles ressortent du Statut, du Règlement et de la jurisprudence de la Cour. Les parties ne devraient pas aborder le fond de l'affaire au-delà de ce qui est strictement nécessaire aux fins de la demande. »

9. En retour, une avalanche de matériaux et d'éléments de preuve qui devraient sans doute être réservés au stade du fond risque d'alourdir la tâche de la Cour et de peser sur sa capacité d'indiquer avec célérité des mesures urgentes. S'il convient d'éviter tout retard dans l'indication de mesures conservatoires, il convient également d'éviter les procédures qui ne laissent pas à la Cour suffisamment de temps pour traiter de grandes quantités d'éléments de preuve.

3. LA QUESTION DE L'AVION DE LA MALAYSIA AIRLINES

10. Une part non négligeable de l'argumentation avancée par l'Ukraine sur le fondement de la CIRFT repose sur la destruction de l'avion de la Malaysia Airlines qui assurait le vol MH17. Cette question n'a toutefois pas été examinée en détail à ce stade de la procédure. Bien que d'accord avec les raisons de cette retenue, j'estime que quelques explications supplémentaires auraient été les bienvenues dans l'ordonnance.

11. Il ne fait aucun doute que les Parties n'avaient pas, au stade des mesures conservatoires, à exposer en profondeur leurs arguments concernant cette tragédie. De fait, l'espace aérien situé au-dessus de l'Ukraine orientale étant fermé depuis juillet 2014, il n'y a plus d'urgence pour l'aviation civile. Ne serait-ce que pour cette raison, la Cour n'avait pas à se pencher dans son analyse sur la destruction de l'appareil assurant le vol MH17.

12. Dans la partie liminaire de l'ordonnance, la Cour esquisse le contexte de la présente affaire, marqué par des combats en Ukraine orientale et la destruction de l'avion en question. Elle déclare de manière très

case before the Court is limited in scope. In respect of the eastern part of its territory, Ukraine has brought proceedings only under the ICSFT.” (Order, par. 16.) This statement of fact is undeniable as cases brought before the Court under a compromissory clause are limited in scope to the subject-matter of the relevant convention.

13. However, in my view, what this statement cannot mean is that, without any in-depth analysis of the ICSFT and without careful examination of the evidence, the Court has reached a conclusion regarding the applicability of the Convention. The case under the ICSFT refers to both the shooting-down of Flight MH17 and indiscriminate shelling on the ground, which may fall under Article 2, paragraph 1, letters *(a)* and *(b)* respectively. To avoid any misunderstanding, the Court could have made clear that it needs not, at this stage of the proceedings and for the reason of lack of urgency outlined above, examine the applicability of letter *(a)*, and hence of the Montreal Convention, to the shooting-down of Flight MH17.

(Signed) Fausto POCAR.

succincte que «l'affaire dont elle est saisie est d'une portée limitée. En ce qui concerne les événements survenus dans la partie orientale de son territoire, l'Ukraine a introduit la présente instance uniquement sur la base de la CIRFT.» (Ordonnance, par. 16.) Cette déclaration d'ordre factuel est incontestable, puisque les affaires soumises à la Cour sur la base d'une clause compromissaire voient leur portée limitée à l'objet de la convention concernée.

13. A mon sens, cette déclaration ne peut toutefois signifier que la Cour, sans s'être livrée à une analyse approfondie de la CIRFT ni avoir examiné avec soin les éléments de preuve, soit parvenue à une conclusion quant à l'applicabilité de la convention. Dans son argumentation concernant la CIRFT, l'Ukraine s'est référée à la fois à la destruction de l'avion de la Malaysia Airlines et à des tirs d'artillerie aveugles sur le terrain, des faits qui sont susceptibles de relever des alinéas *a)* et *b)* du paragraphe 1 de l'article 2 de la convention, respectivement. Pour éviter tout malentendu, la Cour aurait pu dire clairement qu'elle n'avait pas, à ce stade de la procédure et en l'absence d'urgence — pour la raison exposée ci-dessus —, à examiner la question de savoir si la destruction de l'appareil assurant le vol MH17 entrait dans les prévisions de l'alinéa *a)* et, partant, de la convention de Montréal.

(*Signé*) Fausto POCAR.
