

SEPARATE OPINION OF JUDGE CHARLESWORTH

Concept of “funds” in the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism — Function of non-financial assets — Mental elements of the offence of terrorism financing.

Article 12 of the ICSFT — Unjustified delay as a failure to afford the greatest measure of assistance — Justification of a refusal to provide assistance.

Scope of Ukraine’s case under the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination — No requirement for a pattern of racial discrimination under CERD.

Concept of racial discrimination — Measures producing disparate adverse effect — Justification — Burden of proof.

Law enforcement measures — Ban on the Mejlis — Justification.

Provisional measure relating to the availability of education — Obligation to ensure that demand for instruction in Ukrainian is met.

Provisional measure relating to the non-aggravation of the dispute — Obligation against aggravation as a manifestation of the obligation of peaceful settlement of disputes — Incompatibility of the use of force with the obligation against aggravation.

TABLE OF CONTENTS

	<i>Paragraphs</i>
I. INTERNATIONAL CONVENTION FOR THE SUPPRESSION OF THE FINANCING OF TERRORISM	2-17
1. The concept of “funds”	2-12
2. The obligation to afford assistance under Article 12	13-17
II. INTERNATIONAL CONVENTION ON THE ELIMINATION OF ALL FORMS OF RACIAL DISCRIMINATION	18-33
1. Scope of the case	19-21
2. The concept of racial discrimination	22-25
3. Application in the present case	26-33

OPINION INDIVIDUELLE DE M^{me} LA JUGE CHARLESWORTH

[Traduction]

Notion de «fonds» au sens de la convention internationale pour la répression du financement du terrorisme (CIRFT) — Fonction des avoirs non financiers — Éléments moraux de l'infraction de financement du terrorisme.

Article 12 de la CIRFT — Retard non justifié en tant que manquement à l'obligation d'accorder l'entraide la plus large possible — Justification d'un refus d'accorder l'entraide.

Portée des demandes de l'Ukraine présentées sur le fondement de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (CIEDR) — Aucune condition requise pour établir une pratique systématisée de discrimination raciale au regard de la CIEDR.

Notion de discrimination raciale — Mesure produisant un effet préjudiciable particulièrement marqué — Justification — Charge de la preuve.

Mesures de répression — Interdiction visant le Majlis — Justification.

Mesure conservatoire concernant la disponibilité de l'enseignement — Obligation de veiller à ce que la demande d'enseignement en ukrainien soit satisfaite.

Mesure conservatoire concernant la non-aggravation du différend — Obligation de ne pas aggraver en tant que manifestation de l'obligation du règlement pacifique des différends — Incompatibilité de l'emploi de la force et de l'obligation de ne pas aggraver.

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
I. CONVENTION INTERNATIONALE POUR LA RÉPRESSION DU FINANCEMENT DU TERRORISME	2-17
1. La notion de «fonds»	2-12
2. L'obligation d'accorder l'entraide en vertu de l'article 12	13-17
II. CONVENTION INTERNATIONALE SUR L'ÉLIMINATION DE TOUTES LES FORMES DE DISCRIMINATION RACIALE	18-33
1. Cadre du différend	19-21
2. La notion de discrimination raciale	22-25
3. Application en l'espèce	26-33

III. PROVISIONAL MEASURES	34-43
1. Aggravation of the dispute	35-41
2. Availability of education in the Ukrainian language	42-43

1. I agree with much of the Court's reasoning and many of the Court's conclusions in this case. This opinion explains the points on which I differ from the majority and the basis of my negative votes on some clauses of the *dispositif*. I address in turn Ukraine's claims concerning the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism (Section I), the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Section II) and the Court's Order of 19 April 2017 indicating provisional measures (Section III).

I. INTERNATIONAL CONVENTION FOR THE SUPPRESSION OF THE FINANCING OF TERRORISM

1. The Concept of "Funds"

2. Many of the incidents where, according to Ukraine, the Russian Federation breached its obligations under the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism ("ICSFT") involve the provision or collection of such items as weapons or training camps. Do such items constitute "funds" within the meaning of the ICSFT so that their provision or collection may constitute the offence under Article 2 if all other conditions are fulfilled?

3. The Court concludes that the term "funds" "refers to resources provided or collected for their monetary and financial value and does not include the means used to commit acts of terrorism, including weapons or training camps" (Judgment, para. 53). I do not subscribe to this conclusion. Under the applicable customary rules of treaty interpretation, means used to commit acts of terrorism may come within the scope of the concept of "funds" under the ICSFT.

4. The Court accepts that the term "funds" is not confined to financial assets. This is clear from the wording of the definition, which covers "assets of every kind", including immovable assets. It is also consistent with the drafting history of the Convention, which suggests that the term "funds" was understood as synonymous to "property"¹.

¹ "Measures to eliminate international terrorism: Report of the Working Group", UN doc. A/C.6/54/L.2, 26 October 1999, p. 58, para. 42.

III. MESURES CONSERVATOIRES	34-43
1. Aggravation du différend	35-41
2. Disponibilité de l'enseignement en langue ukrainienne	42-43

1. Je souscris de manière générale au raisonnement suivi par la Cour et à bon nombre des conclusions que celle-ci a tirées en l'espèce. J'expliquerai, dans la présente opinion, les questions sur lesquelles mon avis diverge de celui de la majorité et pourquoi j'ai voté contre certains points du dispositif. J'examinerai successivement les demandes de l'Ukraine concernant la convention internationale pour la répression du financement du terrorisme (section I), la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (section II) et l'ordonnance en indication de mesures conservatoires rendue par la Cour le 19 avril 2017 (section III).

I. CONVENTION INTERNATIONALE POUR LA RÉPRESSION DU FINANCEMENT DU TERRORISME

1. La notion de «fonds»

2. Bon nombre des cas où, selon l'Ukraine, la Fédération de Russie a manqué à ses obligations au regard de la convention internationale pour la répression du financement du terrorisme (ci-après la «CIRFT») impliquent la fourniture ou la collecte de biens tels que des armes ou des camps d'entraînement. Ces biens constituent-ils des «fonds» au sens de la CIRFT, de sorte que leur fourniture ou leur collecte sont susceptibles de constituer l'infraction visée à l'article 2 si toutes les autres conditions sont remplies ?

3. La Cour a conclu que le terme «fonds» «désigne des ressources fournies ou réunies pour leur valeur pécuniaire et financière, et ne s'étend pas aux moyens utilisés pour commettre des actes de terrorisme, dont des armes ou des camps d'entraînement» (arrêt, par. 53). Je ne souscris pas à cette conclusion. Selon les règles coutumières applicables relatives à l'interprétation des traités, les moyens utilisés pour commettre des actes de terrorisme peuvent s'inscrire dans le champ de la notion de «fonds» aux fins de la CIRFT.

4. La Cour est convenue que le terme «fonds» ne se limite pas aux avoirs financiers. Cela ressort clairement du libellé de la définition, qui englobe les «biens de toute nature», y compris les biens immobiliers. Cette interprétation concorde également avec les travaux préparatoires de la convention, dans lesquels il était indiqué que le terme «fonds» était considéré comme synonyme de «biens»¹.

¹ «Mesures visant à éliminer le terrorisme international, rapport du groupe de travail», Nations Unies, doc. A/C.6/54/L.2, 26 octobre 1999, p. 59, par. 42.

5. The Court thus considers that the term “funds” in principle extends to a broad range of assets, from precious metals to artwork (Judgment, para. 48). However, the Court insists that such assets are only covered by the definition where they “are provided for their monetary value and not as a means of committing acts of terrorism” (*ibid.*).

6. There is a certain appeal in the Court’s view, in so far as it captures the main focus of the Convention. The title and preamble of the Convention indicate that the primary concern behind its adoption was the aim to deprive groups committing acts of terrorism of their financial resources (Judgment, para. 50). This is also reflected in the fact that some of the obligations under the Convention apply primarily, if not exclusively, in situations where the “funds” in question are financial or monetary in character (*ibid.*, para. 49).

7. It is unsurprising that the focus of the ICSFT is on assets that are traded and transferred with little trace of their origin. But a treaty’s focus is not the same thing as its scope. So, the fact that some provisions of the Convention are not applicable unless the assets in question are financial is of limited interpretative value. In *Oil Platforms*, the Court had to grapple with the meaning of “commerce” under Article X, paragraph 1, of the Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights² between the parties to that case. The Court gave

“due weight to the fact that, after Article X, paragraph 1, in which the word ‘commerce’ appears, the rest of the Article clearly deals with maritime commerce. Yet this factor [wa]s not, in the view of the Court, sufficient to restrict the scope of the word to maritime commerce.”³

This logic applies with even greater force where the term in question is defined under the applicable treaty. For example, Article 37, paragraph 1, of the Vienna Convention on Diplomatic Relations⁴ assumes that the diplomatic agent is accompanied by family members and only applies in such situations, but few would rely on Article 37 to argue that persons not accompanied by family members do not qualify as “diplomatic agents” under Article 1 (*e*) of the Vienna Convention. Likewise, the fact that some provisions of the ICSFT apply to some types of “funds” and not to others does

² Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights (concluded 15 August 1955; entered into force 16 June 1957), United Nations, *Treaty Series*, Vol. 284, p. 93.

³ *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Preliminary Objection, Judgment, I.C.J. Reports 1996 (II), p. 817, para. 41.

⁴ Vienna Convention on Diplomatic Relations (concluded 18 April 1961; entered into force 24 April 1964), United Nations, *Treaty Series*, Vol. 500, p. 95.

5. La Cour a donc estimé que le terme « fonds » s'étend, en principe, à un large éventail de biens, allant des métaux précieux aux œuvres d'art (arrêt, par. 48). Elle a cependant insisté sur le fait que de tels biens ne relèvent de cette définition que dès lors qu'ils « sont fournis pour leur valeur pécuniaire ; tel n'est pas le cas des biens fournis en tant que moyens de commettre des actes de terrorisme » (*ibid.*).

6. L'avis de la Cour, en ce qu'il prend en considération l'objet principal de la convention, présente un certain attrait. Il ressort du titre et du préambule de la convention que la préoccupation première ayant conduit à l'adoption de cet instrument était de parvenir à priver les groupes commettant des actes de terrorisme de leurs ressources financières (arrêt, par. 50). Cela est également illustré par le fait que certaines des obligations prévues par la convention s'appliquent principalement, voire exclusivement, aux situations où les « fonds » en question possèdent une nature financière ou pécuniaire (*ibid.*, par. 49).

7. Il n'est pas étonnant que la CIRFT soit principalement axée sur les biens qui sont échangés et transférés en ne laissant que peu de traces de leur origine. Cela étant, l'on ne saurait confondre l'objet principal d'un traité et son champ d'application. Ainsi, le fait que certaines dispositions de la convention ne s'appliquent pas sauf si les biens visés sont des avoirs financiers ne présente que peu d'intérêt pour l'interprétation de cet instrument. Dans l'affaire relative aux *Plates-formes pétrolières*, la Cour a dû s'interroger sur ce qu'il fallait entendre par « commerce » au sens du paragraphe 1 de l'article X du traité d'amitié, de commerce et de droits consulaires² conclu entre les parties à l'affaire. Elle a tenu

« dûment compte de ce que le paragraphe 1 de l'article X, où figur[ait] le mot "commerce", [était] suivi d'autres paragraphes, qui trait[ai]ent manifestement du commerce maritime. Toutefois, elle [a] estim[é] que cet élément n'[était] pas suffisant pour restreindre la portée de ce mot au commerce maritime. »³

Cette logique s'applique avec encore plus de force lorsque le terme en question est défini dans le traité applicable. Par exemple, le paragraphe 1 de l'article 37 de la convention de Vienne sur les relations diplomatiques⁴ suppose que l'agent diplomatique est accompagné des membres de sa famille et ne s'applique que lorsque tel est le cas, mais rares sont ceux qui se fonderaient sur cet article pour faire valoir que les personnes non accompagnées de membres de leur famille ne pourraient être qualifiées d'« agents diplomatiques » au sens de l'alinéa e) de l'article premier de cette convention. De

² Traité d'amitié, de commerce et de droits consulaires (conclu le 15 août 1955 ; entré en vigueur le 16 juin 1957), Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 284, p. 93.

³ *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, exception préliminaire, arrêt, C.I.J. *Recueil* 1996 (II), p. 817, par. 41.

⁴ Convention de Vienne sur les relations diplomatiques (conclue le 18 avril 1961 ; entrée en vigueur le 24 avril 1964), Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 500, p. 95.

not detract from a broader interpretation of “funds”. Indeed, some of the provisions the Court relies on — for example, Article 18, paragraph 2 (*b*) — are equally inapplicable to assets that are covered by the Court’s interpretation — for example, energy resources provided for their monetary value.

8. It seems artificial to include non-financial assets in the concept of “funds” when they are used “for their monetary and financial value” but to exclude them when they serve as the means used to commit acts of terrorism. An asset does not lose its financial value when it serves as the means for the commission of an act of terrorism. Following the Court’s reasoning, provision by a sponsor of a building will be considered provision of “funds” where the sponsored entity (the “terrorist group”, for want of a better term) rents out the building and uses the proceeds to rent a hideout for its activities. But provision of the same building will not be considered provision of “funds” where the terrorist group uses that building as its hideout. In both cases, the building has improved the financial situation, or the equity, of the terrorist group; whether it has done so directly or indirectly is not legally relevant.

9. The Court’s complicated delineation of the concept of “funds” with reference to the function of the relevant assets is further obscured by the fact that, under the terms of Article 2, the critical function is the one intended or perceived by the sponsor. So, a person who provides a building in the knowledge that it will be used “for [its] financial value” — for example, that it will be rented out by the sponsored terrorist group — commits an offence. This is so even if the sponsored terrorist group eventually decides to use the building as a hideout: under Article 2, paragraph 3, of the ICSFT, the actual fate of the funds provided is not decisive for the purpose of establishing an offence. By contrast, a person who provides a building in the knowledge that it will be used as a hideout does not commit an offence even if the sponsored terrorist group eventually decides to rent out the building instead and to use the proceeds to finance other acts. Thus, the function of the assets provided, and consequently the question whether they constitute “funds” within the meaning of the ICSFT, is relegated to the mental state of the person who provides them — it is part of the requisite mental elements for the establishment of the offence under Article 2.

10. There is a more fundamental point about the scope of the term “funds” and thus about the scope of the offence under Article 2. As the Court observes, the question whether a party to the ICSFT is required to perform its obligations thereunder will depend on the applicable threshold evidence of terrorism financing (Judgment, para. 84). The obligations invoked in the

même, le fait que certaines dispositions de la CIRFT s'appliquent à certains types de « fonds » et pas à d'autres ne permet pas d'exclure une interprétation plus large du terme « fonds ». En effet, certaines des dispositions sur lesquelles s'est fondée la Cour — par exemple, l'alinéa *b*) du paragraphe 2 de l'article 18 — ne s'appliquent pas non plus à des biens visés par l'interprétation qu'elle a faite (par exemple, les ressources énergétiques fournies pour leur valeur pécuniaire).

8. Il semble artificiel d'inclure dans la notion de « fonds » les avoirs non financiers lorsque ceux-ci sont utilisés « pour leur valeur pécuniaire et financière », mais de les en exclure lorsqu'il s'agit de moyens utilisés pour commettre des actes de terrorisme. Un bien ne perd pas sa valeur financière lorsqu'il constitue un moyen de commettre un acte de terrorisme. Selon le raisonnement de la Cour, la fourniture d'un bâtiment par une personne apportant un soutien sera considérée comme la fourniture de « fonds » lorsque l'entité soutenue (le « groupe terroriste », faute d'une meilleure formule) met ce bâtiment en location et utilise les revenus qu'il en retire pour louer un repaire afin de mener ses activités. En revanche, la fourniture du même bâtiment ne sera pas considérée comme une fourniture de « fonds » si celui-ci sert de repaire au groupe terroriste. Dans les deux cas, le bâtiment a amélioré la situation financière, ou les fonds propres, du groupe terroriste ; que ce résultat ait été obtenu directement ou indirectement n'est pas juridiquement pertinent.

9. La délimitation compliquée de la notion de « fonds » établie par la Cour, qui repose sur la fonction des biens visés, est encore brouillée par le fait que, selon l'article 2 de la CIRFT, la fonction cruciale est celle que perçoit la personne apportant son soutien ou à laquelle elle destine celui-ci. Ainsi, une personne qui fournit un bâtiment en sachant que celui-ci sera utilisé « pour [sa] valeur financière » — par exemple, qu'il sera mis en location par le groupe terroriste soutenu — commet une infraction. Il en est ainsi même si le groupe terroriste soutenu décide finalement de faire du bâtiment son repaire : au regard du paragraphe 3 de l'article 2 de la CIRFT, ce qu'il advient réellement des « fonds » fournis n'est pas décisif aux fins de l'établissement de l'infraction. En revanche, une personne qui fournit un bâtiment dont elle sait qu'il servira de repaire ne commet pas d'infraction, même si le groupe terroriste soutenu décide finalement de le mettre en location et d'utiliser les revenus qu'il en retire pour financer d'autres actes. Il en résulte que la fonction des biens fournis, et, par voie de conséquence, la question de savoir s'il s'agit de « fonds » au sens de la CIRFT, est réduite à l'état d'esprit dans lequel se trouve la personne qui les fournit ; cela fait partie des éléments moraux requis aux fins de l'établissement de l'infraction au regard de l'article 2.

10. Il convient de noter un point plus fondamental concernant la portée du terme « fonds » et, partant, celle de l'infraction visée à l'article 2. Comme la Cour l'a fait observer, la question de savoir si une partie à la CIRFT est tenue de s'acquitter des obligations prescrites par celle-ci est fonction du niveau de preuve d'un financement du terrorisme requis (arrêt, par. 84). Les obliga-

present case arise regardless of whether the offence of terrorism financing has been proved (see, for example, *ibid.*, paras. 92, 103 and 138). Yet the function of an asset in a specific situation — whether or not it is provided or collected “for [its] monetary and financial value” — is one of the elements that will be ascertained on the basis of the relevant evidence. On occasion, the existing evidence may leave no doubt as to the function of a non-financial asset provided to a terrorist group. Often, however, the function will not emerge so clearly — even less so the function intended or perceived by the sponsor. Preliminary evidence may indicate that a non-financial asset, such as a building or a weapon, was provided for its financial value, namely in order to be traded to support acts of terrorism. But upon further investigation and closer assessment of the evidence, it may emerge that the asset was provided to be used as a means for the commission of acts of terrorism. The opposite may of course also be true: a non-financial asset that initially seemed to have been provided as a means for the commission of acts of terrorism may turn out to have been provided for its financial value.

11. Following the logic of the Judgment, a party’s obligations under the ICSFT may arise in the former situation, where there is some evidence that a non-financial asset is used for its financial value, even if this evidence is eventually rebutted, thereby precluding the commission of the offence. By contrast, in the latter situation, where preliminary evidence indicates that a non-financial asset is used as a means for the commission of an act of terrorism, then the obligations under the ICSFT do not arise, even if it eventually turns out that this asset is used for its financial value (and perhaps even if it turns out that the offence of terrorism financing was actually committed).

12. This counter-intuitive conclusion complicates the application of the ICSFT in practice, because it creates confusion as to the situations in which the parties are to take action under the Convention. I think that this fact alone undermines the object and purpose of suppressing terrorism financing.

2. *The Obligation to Afford Assistance under Article 12*

13. The Court concludes that it has not been established that the Russian Federation violated its obligations under Article 12, paragraph 1, of the ICSFT (Judgment, para. 131). It considers that the evidence accompanying Ukraine’s requests was insufficient to require the Russian Federation to attend to them by affording its assistance (*ibid.*, para. 130). I do not share this conclusion. Article 12 requires States parties to “afford one another the greatest measure of assistance in connection with criminal investigations or criminal or extradition proceedings” in respect of offences under Article 2.

tions en cause en l'espèce s'imposent, que l'infraction de financement du terrorisme ait été ou non prouvée (voir, par exemple, *ibid.*, par. 92, 103 et 138). Or, la fonction d'un bien dans une situation précise — à savoir selon que celui-ci est ou non fourni ou collecté « pour [sa] valeur pécuniaire et financière » — est l'un des éléments qui doit être déterminé sur la base des éléments de preuve pertinents. Si les éléments de preuve existants peuvent parfois ne laisser aucun doute quant à la fonction d'un avoir non financier fourni à un groupe terroriste, celle-ci n'apparaîtra souvent pas si clairement — et encore moins la fonction que perçoit la personne apportant son soutien ou à laquelle elle destine celui-ci. De premiers indices peuvent faire penser qu'un avoir non financier, tel qu'un bâtiment ou une arme, a été fourni pour sa valeur financière, notamment en vue d'être échangé pour soutenir des actes de terrorisme, mais une enquête approfondie et une appréciation plus poussée des éléments de preuve peuvent montrer qu'il l'a été en vue d'être utilisé comme moyen de commettre des actes de terrorisme. Bien sûr, le contraire est également vrai : il se peut qu'un avoir non financier qui semblait au départ avoir été fourni comme moyen de commettre des actes de terrorisme s'avère l'avoir été pour sa valeur financière.

11. Selon la logique adoptée dans l'arrêt, les obligations incombant à une partie au titre de la CIRFT peuvent prendre naissance dans le premier cas de figure, où certains éléments probants montrent qu'un avoir non financier est utilisé pour sa valeur financière, même si ces éléments sont par la suite écartés, excluant ainsi la commission de l'infraction. En revanche, dans le second cas de figure, où de premiers indices font penser qu'un avoir non financier est utilisé comme moyen de commettre un acte de terrorisme, les obligations au regard de la CIRFT ne s'imposent pas, même si l'on s'avère finalement que l'avoir en question est utilisé pour sa valeur financière (et peut-être même s'il s'avère que l'infraction de financement du terrorisme a véritablement été commise).

12. Cette conclusion contre-intuitive vient compliquer l'application de la CIRFT dans les faits, car elle crée une confusion quant aux situations dans lesquelles les parties doivent prendre des mesures en vertu de la convention. J'estime que ce fait à lui seul va à l'encontre de l'objet et du but de la répression du financement du terrorisme.

2. L'obligation d'accorder l'entraide en vertu de l'article 12

13. La Cour a conclu qu'il n'avait pas été établi que la Fédération de Russie avait manqué à ses obligations découlant du paragraphe 1 de l'article 12 de la CIRFT (arrêt, par. 131). Elle a considéré que les éléments de preuve présentés à l'appui des demandes de l'Ukraine étaient insuffisants pour que la Fédération de Russie soit tenue d'y donner suite en accordant son entraide (*ibid.*, par. 130). Je ne souscris pas à cette conclusion. L'article 12 exige des États parties qu'ils « s'accordent l'entraide judiciaire la plus large possible pour toute enquête ou procédure pénale ou procédure d'extradition » relative

In addition to my doubts, expressed above, that obligations under Article 12 only come into play in the context of the provision of financial assistance, I do not agree with the Court's analysis of the type of obligation imposed by Article 12.

14. The obligation to afford assistance in another State party's investigations under Article 12 bears some similarities to the obligation to investigate under Article 9, which the Court finds to have been violated in the present case. Similarly to the obligation to investigate, the obligation to afford assistance is to be performed with a view to ascertaining whether an offence has been committed. Assistance in investigations, like investigations themselves, is most valuable at a point when the details surrounding the alleged offence are not yet known and the facts provided are general in nature (see Judgment, para. 103). With respect to the obligation to investigate under Article 9, the Court notes that unsubstantiated allegations do not give rise to a duty to initiate an investigation (*ibid.*, para. 104). This proposition is based on the terms of Article 9 ("shall take such measures as *may be* necessary under its domestic law"; emphasis added). It is not clear however that the same qualification applies to the obligation to afford assistance to another State party in its investigations: the text of Article 12 does not hint at it, nor is it warranted by the character of the obligation to assist another State in its investigations, which is normally significantly less onerous than the obligation to initiate one's own investigation.

15. Even if a State party to the ICSFT has no obligation to provide assistance to another State's investigations unless there is sufficient evidence of the offence in question, Ukraine's two requests were detailed enough to require action by the Russian Federation. For example, the request of 11 November 2014 recounts in some detail an alleged decision by the suspect (deputy of the State Duma of the Russian Federation and head of a political party faction) to fund the Luhansk People's Republic, and the contemporaneous launch by the political party of a fundraiser for the benefit of an organization otherwise unknown to the Ukrainian authorities⁵. In its request, Ukraine documented the alleged decision and the launch of the fundraiser (including the bank details of the beneficiary organization), and it requested the Russian Federation's assistance in questioning officials of the organization as witnesses and in providing details concerning the suspect⁶. Similar details with reference to a different suspect were provided in Ukraine's request of 3 December 2014⁷. In my view, the obligation under Article 12 to afford the greatest measure of assistance to Ukraine in its criminal investigations entailed a duty of the Russian Federation to react to these requests. Given that one of the Convention's aims is to enhance international co-

⁵ Ukrainian request for legal assistance concerning case No. 12014000000000293 (11 November 2014) (Memorial of Ukraine, Ann. 404).

⁶ *Ibid.*

⁷ Ukrainian request for legal assistance concerning case No. 12014000000000291 (3 December 2014) (Memorial of Ukraine, Ann. 405).

aux infractions visées à l'article 2. Outre mes doutes exprimés ci-dessus au sujet des obligations prévues à l'article 12 qui n'entreraient en jeu que dans le contexte de la fourniture d'une aide financière, je ne suis pas d'accord avec l'analyse de la Cour concernant le type d'obligations imposé par cet article.

14. L'obligation d'entraide dans le cadre des enquêtes menées par un autre État partie en vertu de l'article 12 est comparable en certains points à l'obligation d'enquêter prévue à l'article 9, dont la Cour a conclu qu'il y avait été manqué en l'espèce. De même que l'obligation d'enquêter, l'obligation d'entraide doit être exécutée dans le but de déterminer si une infraction a été commise. L'entraide accordée dans le cadre des enquêtes, comme les enquêtes elles-mêmes, est des plus précieuse lorsque les détails relatifs à l'infraction alléguée ne sont pas encore connus et les faits portés à la connaissance de l'État partie sont de nature générale (voir arrêt, par. 103). S'agissant de l'article 9 de la CIRFT, la Cour a noté que les allégations non étayées n'entraînent pas l'obligation d'ouvrir une enquête (*ibid.*, par. 104). Cette thèse est fondée sur les dispositions de l'article 9 (« prend les mesures qui *peuvent être* nécessaires conformément à sa législation interne »; les italiques sont de moi). Il n'apparaît toutefois pas clairement que la même réserve vaut pour l'obligation d'apporter une assistance à un autre État partie dans le cadre de ses enquêtes : rien dans le libellé de l'article 12 ne le laisse entendre, pas plus que ne le justifie la nature de l'obligation d'accorder l'entraide à un autre État dans ses enquêtes, qui est généralement beaucoup moins lourde que l'obligation d'ouvrir sa propre enquête.

15. Même si un État partie à la CIRFT n'a aucune obligation d'accorder l'entraide dans le cadre des enquêtes menées par un autre État, à moins qu'il n'existe des éléments de preuve suffisants pour établir l'infraction visée, les deux demandes de l'Ukraine étaient suffisamment détaillées pour que la Fédération de Russie soit tenue de prendre des mesures. Par exemple, la demande du 11 novembre 2014 exposait de manière assez détaillée une décision qu'aurait prise le suspect (député de la Douma d'État de la Fédération de Russie et chef d'une faction d'un parti politique) de financer la République populaire de Louhansk, ainsi que le lancement contemporain par ce parti politique d'une campagne de financement en faveur d'une organisation par ailleurs inconnue des autorités ukrainiennes⁵. Dans sa demande, l'Ukraine a étayé la décision alléguée et le lancement de la campagne de financement (en fournissant notamment les coordonnées bancaires de l'organisation bénéficiaire), et a demandé à la Fédération de Russie d'apporter son assistance en interrogeant des responsables de l'organisation en tant que témoins et en lui communiquant des informations détaillées concernant le suspect⁶. Des informations détaillées similaires concernant un autre suspect figuraient dans la demande de l'Ukraine en date du 3 décembre 2014⁷. Selon

⁵ Ukrainian request for legal assistance concerning case No. 1201400000000293 (11 novembre 2014) (mémoire de l'Ukraine, annexe 404).

⁶ *Ibid.*

⁷ Ukrainian request for legal assistance concerning case No. 1201400000000291 (3 décembre 2014) (mémoire de l'Ukraine, annexe 405).

operation among States parties for the effective punishment of terrorism financing, as stated in the preamble of the ICSFT⁸, such a reaction should be timely, especially if it consists in the refusal rather than the provision of assistance. Unjustified delay in responding to a request for assistance hampers the requesting State's efforts to suppress terrorism financing and thus thwarts the performance of its own obligations under the ICSFT.

16. The Russian Federation responded to Ukraine's requests more than eight months later in each case⁹. Such a delay contrasts to the promptness with which the Russian Federation has responded to requests for legal assistance generally (see Judgment, para. 110). The Russian Federation did not provide any grounds for its delay in its responses to Ukraine or in its pleadings before the Court. This conduct alone would sustain a breach of the Russian Federation's obligation to afford Ukraine the greatest measure of assistance under Article 12.

17. It is in principle possible under the conventions of mutual legal assistance in force between the Parties, which are to be observed in such situations pursuant to Article 12, paragraph 5, of the ICSFT. Specifically, the European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters and the Convention on Legal Aid and Legal Relations in Civil, Family and Criminal Cases permit the refusal of legal assistance where granting such assistance may prejudice the sovereignty, security or essential interests of the requested State¹⁰. In its responses, the Russian Federation invoked these provisions to refuse assistance to Ukraine. While reliance on such grounds as sovereignty and security may entail a certain measure of discretion, the refusing State is still expected to state the reasons for its refusal. This is not only mandated under the terms of one of the conventions but, as the Court observed in a similar context, "[i]t also allows the requested State to substantiate its good faith in refusing the request"¹¹. Against this background, I think that the Russian Federation's terse reference to the permissible grounds of refusal under the applicable conventions does not discharge its obligations

⁸ ICSFT, preamble, twelfth recital.

⁹ Prosecutor General's Office of the Russian Federation Letter No. 87-157-2015 (17 August 2015) (Memorial of Ukraine, Ann. 424); Prosecutor General's Office of the Russian Federation Letter No. 87-159-2015 (17 August 2015) (Memorial of Ukraine, Ann. 426).

¹⁰ Article 2 (b) of the European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters (concluded 20 April 1959; entered into force 12 June 1962), United Nations, *Treaty Series*, Vol. 472, p. 185; Article 19 of the Convention on Legal Aid and Legal Relations in Civil, Family and Criminal Cases (concluded 22 January 1993; entered into force 19 May 1994), as amended by the Protocol of 1997.

¹¹ *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France)*, Judgment, *I.C.J. Reports* 2008, p. 231, para. 152.

moi, l'obligation d'accorder à l'Ukraine l'entraide judiciaire la plus large possible dans le cadre de ses enquêtes pénales, découlant de l'article 12 de la CIRFT, entraînait pour la Fédération de Russie celle de répondre à ces demandes. La convention ayant notamment pour but, ainsi que l'énonce son préambule, de renforcer la coopération internationale entre les États parties en vue de la répression efficace du financement du terrorisme⁸, il convient de répondre en temps voulu, en particulier s'il s'agit de refuser l'assistance plutôt que de l'accorder. Un retard injustifié dans la réponse à une demande d'entraide judiciaire nuit aux efforts déployés par l'État requérant en matière de répression du financement du terrorisme et l'empêche donc de s'acquitter de ses propres obligations au regard de la CIRFT.

16. La Fédération de Russie a répondu aux demandes de l'Ukraine plus de huit mois après la présentation de chacune d'elles⁹. Un tel délai tranche avec la célérité avec laquelle elle a répondu aux demandes d'entraide judiciaire de manière générale (voir arrêt, par. 110). La défenderesse n'a motivé son retard ni dans les réponses données à l'Ukraine, ni dans les exposés qu'elle a soumis à la Cour. Ce comportement à lui seul constituerait un manquement à son obligation, en vertu de l'article 12 de la convention, d'accorder à l'Ukraine l'entraide judiciaire la plus large possible.

17. Un refus est en principe possible en vertu des conventions d'entraide judiciaire en vigueur entre les Parties, qui doivent être respectées dans des situations telles que celles visées au paragraphe 5 de l'article 12 de la CIRFT. En particulier, selon la convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale et la convention relative à l'entraide judiciaire et aux relations judiciaires en matière civile, familiale et pénale, il est permis de refuser l'entraide judiciaire lorsque celle-ci serait de nature à porter atteinte à la souveraineté, à la sécurité ou à d'autres intérêts essentiels de l'État requis¹⁰. Ce sont ces dispositions que la Fédération de Russie a invoquées dans ses réponses pour refuser l'entraide à l'Ukraine. Si l'invocation de motifs tels que la souveraineté et la sécurité peut supposer l'exercice d'un certain pouvoir discrétionnaire, on compte tout de même que l'État qui refuse l'entraide présente les raisons de son refus. Non seulement l'une des conventions le prescrit, mais, comme la Cour l'a relevé dans un contexte similaire, «[l']État requis dispose ainsi de la possibilité de démontrer sa bonne foi en cas de refus de la demande»¹¹. Compte tenu de ce qui précède, j'estime que l'invo-

⁸ CIRFT, préambule, 12^e alinéa.

⁹ Prosecutor General's Office of the Russian Federation Letter No. 87-157-2015 (17 août 2015) (mémoire de l'Ukraine, annexe 424); Prosecutor General's Office of the Russian Federation Letter No. 87-159-2015 (17 août 2015) (mémoire de l'Ukraine, annexe 426).

¹⁰ Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale (conclue le 20 avril 1959; entrée en vigueur le 12 juin 1962), article 2, alinéa b), Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 472, p. 185; Convention on Legal Aid and Legal Relations in Civil, Family and Criminal Cases (conclue le 22 janvier 1993; entrée en vigueur le 19 mai 1994), telle que modifiée par le protocole de 1997.

¹¹ *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2008, p. 231, par. 152.

under those conventions and, by extension, under the ICSFT. Relatedly, I do not think that this explicit obligation of justification has somehow been extinguished because it may have been breached by both Parties in the past¹².

II. INTERNATIONAL CONVENTION ON THE ELIMINATION OF ALL FORMS OF RACIAL DISCRIMINATION

18. This is the first Judgment of the Court dealing with the interpretation and application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (“CERD”) on the merits of a dispute. For this reason, it may be useful to situate the Court’s analysis in existing international jurisprudence. In this section, I also explain why, in my view, some acts of the Respondent should have been found to be inconsistent with its obligations under CERD.

1. Scope of the Case

19. As the Judgment recalls, Ukraine’s claim under CERD consists in an allegation that the Russian Federation has engaged in a pattern of conduct that is in breach of its obligations under CERD (Judgment, para. 159). To address Ukraine’s claim concerning the existence of “a pattern of racial discrimination”, the Court framed the appropriate enquiry, stating that a significant number of individual acts together would constitute a pattern of racial discrimination (*ibid.*, para. 161).

20. So, in the present case, the Court does not examine whether individual instances have given rise to violations of the Respondent’s obligations under CERD for the simple reason that it was not called upon to do so by the Applicant in this case (Judgment, para. 161). It is therefore important to emphasize that the conduct giving rise to racial discrimination does not need to consist of multiple acts¹³. An individual act of racial discrimination against one victim is wrongful under CERD, regardless of whether it forms part of a pattern of racial discrimination. Moreover, a pattern of racial discrimination may emerge from a single measure to the extent that it introduces changes affecting an undefined number of persons — as regulatory measures usually do. The Judgment accepts this when it finds that legislative

¹² See, by analogy, *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, Judgment, I.C.J. Reports 1997, p. 68, para. 114.

¹³ Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with commentaries, *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, Vol. II, Part Two, p. 63, para. 6 (Commentary to Article 15).

cation lapidaire des motifs de refus légitimes prévus dans les conventions applicables ne suffit pas à décharger la Fédération de Russie de ses obligations au regard de ces conventions et, par extension, de la CIRFT. De la même manière, je ne considère pas que cette obligation expresse de justification soit on ne sait trop comment éteinte du fait que les deux Parties aient pu y avoir manqué par le passé¹².

II. CONVENTION INTERNATIONALE SUR L'ÉLIMINATION DE TOUTES LES FORMES DE DISCRIMINATION RACIALE

18. C'est la première fois que la Cour rend sur le fond une décision concernant l'interprétation et l'application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (ci-après la «CIEDR»), ce pourquoi il peut être utile de replacer son analyse dans la jurisprudence internationale existante. Dans la présente section, j'expliquerai également pourquoi, selon moi, certains actes de la défenderesse auraient dû être jugés incompatibles avec les obligations que la CIEDR fait à celle-ci.

1. Cadre du différend

19. Comme il est rappelé dans l'arrêt, l'Ukraine, dans sa demande soumise sur le fondement de la CIEDR, a reproché à la Fédération de Russie d'avoir adopté un comportement systématique en violation des obligations que lui imposait la CIEDR (arrêt, par. 159). Pour traiter le grief de l'Ukraine concernant l'existence d'une «pratique généralisée de discrimination raciale», la Cour a dûment circonscrit le champ de son examen en déclarant qu'un nombre considérable d'actes individuels constitueraient collectivement une pratique généralisée de discrimination raciale (*ibid.*, par. 161).

20. En conséquence, dans la présente affaire, la Cour n'a pas vérifié si des cas individuels avaient emporté violation des obligations de la défenderesse au regard de la CIEDR, et ce, pour la simple raison que la demanderesse ne l'a pas priée de se prononcer en ce sens (arrêt, par. 161). Il est donc important de souligner que le comportement donnant lieu à une discrimination raciale n'a pas à comporter de multiples actes¹³. Un acte individuel de discrimination raciale à l'égard d'une victime est illicite au regard de la CIEDR, qu'il s'inscrive ou non dans une pratique généralisée de discrimination raciale. De plus, une telle pratique généralisée peut découler d'une seule mesure, en tant que celle-ci apporte des changements touchant un nombre indéterminé de personnes, comme le font en général les mesures réglementaires. C'est ce

¹² Voir, par analogie, *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1997, p. 68, par. 114.

¹³ Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs, *Annuaire de la Commission du droit international*, 2001, vol. II, deuxième partie, p. 66, par. 6 (commentaire de l'article 15).

and other practices applying to an undefined number of persons constitute a pattern of racial discrimination (*ibid.*, para. 369).

21. I should also clarify that the pattern of racial discrimination need not in all cases be composed of acts having the same character or belonging to the same “category of violations” (Judgment, para. 161). As with the decision to ascertain the existence of a pattern of racial discrimination, the structure of the Court’s reasoning on the basis of the different types of alleged acts — physical violence, law enforcement measures, etc. — is simply a result of the manner in which the Applicant presented and argued its case. I do not read the Judgment as suggesting that a pattern of racial discrimination cannot emerge from a series of acts that are of a diverse character.

2. The Concept of Racial Discrimination

22. Article 1, paragraph 1, of CERD defines the term “racial discrimination” as

“any distinction, exclusion, restriction or preference based on race, colour, descent, or national or ethnic origin which has the purpose or effect of nullifying or impairing the recognition, enjoyment or exercise, on an equal footing, of human rights and fundamental freedoms in the political, economic, social, cultural or any other field of public life.”

23. The text of the Convention thus clarifies that prohibited racial discrimination may arise from the purpose of particular acts as well as from their effect. Effects-based discrimination may occur when laws, policies and practices (which the Judgment refers to collectively as “measures”), while generally applicable (or “neutral”), can be shown to have a disparate adverse effect on the human rights of persons of a particular protected group.

24. A finding that a measure produces a disparate adverse effect on the rights of members of a protected group does not in itself amount to a finding of racial discrimination. It does, however, call for close scrutiny. As the Judgment emphasizes, the disparate adverse effect must be explicable in a way that does not relate to the prohibited grounds (Judgment, para. 196). This requirement for explanation, or justification, has been identified by the Committee on the Elimination of Racial Discrimination (“CERD Committee”), the independent body established specifically to supervise the interpretation and application of CERD¹⁴. When addressing comparable

¹⁴ CERD Committee, General Recommendation XIV on Article 1, paragraph 1, of the Convention, Report of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination, UN doc. A/48/18 (Supp) (1993), para. 2.

qu'a dit la Cour en concluant dans son arrêt que des mesures législatives et autres prises à l'égard d'un nombre indéterminé de personnes constituent une pratique généralisée de discrimination raciale (*ibid.*, par. 369).

21. Je dois aussi préciser que la pratique généralisée de discrimination raciale n'a pas à être dans tous les cas constituée de faits de même nature ou appartenant à la même « catégorie[] de violations » (arrêt, par. 161). Comme pour la décision de vérifier l'existence d'une pratique généralisée de discrimination raciale, la structure du raisonnement de la Cour fondée sur les différents types d'actes allégués — violence physique, mesures de répression, etc. — résulte simplement de la manière dont la demanderesse a présenté et plaidé sa cause. Je n'interprète pas l'arrêt comme s'il donnait à entendre qu'une pratique généralisée de discrimination raciale ne pourrait pas découler d'une série de faits de natures diverses.

2. La notion de discrimination raciale

22. Le paragraphe 1 de l'article premier de la CIEDR définit le terme « discrimination raciale » comme suit :

« [T]oute distinction, exclusion, restriction ou préférence fondée sur la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique, qui a pour but ou pour effet de détruire ou de compromettre la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice, dans des conditions d'égalité, des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans les domaines politique, économique, social et culturel ou dans tout autre domaine de la vie publique. »

23. Le libellé de la convention précise donc que la discrimination raciale interdite peut découler du but de certains actes ainsi que de leur effet. Il peut y avoir discrimination tenant aux effets d'une mesure lorsqu'il peut être démontré que des lois, des politiques et des pratiques (collectivement désignées dans l'arrêt par « mesures »), bien qu'applicables de manière générale (ou « neutre »), produisent un effet préjudiciable particulièrement marqué sur les droits de personnes faisant partie d'un groupe protégé donné.

24. La constatation qu'une mesure produit un effet préjudiciable particulièrement marqué sur les droits de membres d'un groupe protégé n'équivaut pas en soi à une constatation de discrimination raciale. Elle demande cependant un examen attentif. Ainsi qu'il est relevé dans l'arrêt, l'effet préjudiciable particulièrement marqué doit pouvoir s'expliquer par des considérations qui ne se rapportent pas aux motifs prohibés (arrêt, par. 196). Cette obligation d'explication, ou justification, a été reconnue par le Comité de la CIEDR, organe indépendant établi spécialement pour surveiller l'interprétation et l'application de la CIEDR¹⁴. Lorsqu'ils ont examiné des dispositions compa-

¹⁴ Nations Unies, Comité de la CIEDR, recommandation générale XIV concernant le paragraphe 1 de l'article premier de la Convention, rapport du Comité de la CIEDR, 1993, doc. A/48/18, par. 2.

provisions prohibiting discrimination, other treaty monitoring bodies and international courts have similarly affirmed the need for an objective and reasonable justification of measures that produce a disparate adverse effect on a given person or group¹⁵.

25. Once it has been established that a measure has produced a disparate adverse effect on members of the protected group, the burden will normally fall on the State imposing (or tolerating) the measure, which is expected to show that this effect is justified, in the sense that it is unrelated to the prohibited grounds (see Judgment, para. 196)¹⁶. When the group experiencing the disparate adverse effect of a measure is identified with reference to the characteristics protected under CERD, the justification given must be subjected to rigorous scrutiny. As observed by the European Court of Human Rights (“ECtHR”), “[w]here the difference in treatment is based on race, colour or ethnic origin, the notion of objective and reasonable justification must be interpreted as strictly as possible”¹⁷. In this regard, the measures producing the disparate adverse effect ought to be applied pursuant to a legitimate aim, and they ought to be proportional to the achievement of this aim¹⁸. Only in such circumstances will the explanation of the disparate adverse effect produced by the measure in question be deemed unrelated to the prohibited grounds under CERD (see Judgment, para. 196).

3. Application in the Present Case

26. Against this background, the Court’s assessment of Ukraine’s claims in the present case is not fully consistent, especially with regard to the question of proof for the justification of measures that produce a disparate adverse effect. On occasion, the Court, upon affirming that a given measure

¹⁵ Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No. 20: Non-discrimination in economic, social and cultural rights (International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Art. 2, para. 2), UN doc. E/C.12/GC/20 (2 July 2009), para. 13; ECtHR, *Thlimmenos v. Greece* (Application No. 34369/97), Judgment of 6 April 2000 (Grand Chamber), para. 44; Inter-American Court of Human Rights, *Yatama v. Nicaragua* (Series C, No. 127), Judgment of 23 June 2005, para. 185.

¹⁶ ECtHR, *D. H. and Others v. Czech Republic* (Application No. 57325/00), Judgment of 13 November 2007 (Grand Chamber), para. 177; ECtHR, *Biao v. Denmark* (Application No. 38590/10), Judgment of 24 May 2016 (Grand Chamber), para. 114.

¹⁷ ECtHR, *Oršuš and Others v. Croatia* (Application No. 15766/03), Judgment of 16 March 2010 (Grand Chamber), para. 156.

¹⁸ CERD Committee, General Recommendation No. 32: The meaning and scope of special measures in the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, UN doc. CERD/C/GC/32 (24 September 2009), para. 8. See also Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No. 20: Non-discrimination in economic, social and cultural rights (International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights Art. 2, para. 2), UN doc. E/C.12/GC/20 (2 July 2009), para. 13; ECtHR, *Molla Sali v. Greece* (Application No. 204520/14), Judgment of 19 December 2018 (Grand Chamber), para. 135; Inter-American Court of Human Rights, *Norín Catrimán and Others (Leaders, Members and Activist of the Mapuche Indigenous People) v. Chile* (Series C, No. 279), Judgment of 29 May 2014, para. 200.

rables interdisant la discrimination, d'autres organes conventionnels et juridictions internationales ont affirmé de même que les mesures qui produisaient un effet préjudiciable particulièrement marqué sur une personne ou un groupe donnés devaient faire l'objet d'une justification objective et raisonnable¹⁵.

25. Une fois qu'il est établi qu'une mesure a produit un effet préjudiciable particulièrement marqué sur des membres d'un groupe protégé, la charge de la preuve pèse normalement sur l'État qui impose (ou tolère) la mesure en question, auquel il appartient de montrer que cet effet est justifié en ce sens qu'il ne se rapporte pas aux motifs prohibés (voir arrêt, par. 196)¹⁶. Lorsque le groupe qui subit un tel effet est distingué par les caractéristiques protégées par la CIEDR, la justification donnée doit faire l'objet d'un examen rigoureux. Comme l'a fait observer la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), «[e]n cas de différence de traitement fondée sur la race, la couleur ou l'origine ethnique, la notion de justification objective et raisonnable doit être interprétée de manière aussi stricte que possible»¹⁷. À cet égard, les mesures qui produisent l'effet préjudiciable particulièrement marqué doivent viser un but légitime et être proportionnées à l'atteinte de ce but¹⁸. C'est seulement dans ces circonstances que l'explication d'un tel effet produit par les mesures visées sera jugée comme étant sans rapport avec les motifs prohibés par la CIEDR (voir arrêt, par. 196).

3. Application en l'espèce

26. Dans ce contexte, l'appréciation que la Cour a faite des demandes formulées par l'Ukraine en l'espèce n'est pas totalement cohérente, notamment en ce qui a trait à la question de la preuve concernant la justification des mesures qui produisent un effet préjudiciable particulièrement marqué. Dans

¹⁵ Nations Unies, Comité des droits économiques, sociaux et culturels, observation générale n° 20 : la non-discrimination dans l'exercice des droits économiques, sociaux et culturels (Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, art. 2, par. 2), 2 juillet 2009, doc. E/C.12/GC/20, par. 13; CEDH, *Thlimmenos c. Grèce* (requête n° 34369/97), arrêt du 6 avril 2000 (Grande Chambre), par. 44; Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Yatama v. Nicaragua* (Series C, No. 127), arrêt du 23 juin 2005, par. 185.

¹⁶ CEDH, *D. H. et autres c. République tchèque* (requête n° 57325/00), arrêt du 13 novembre 2007 (Grande Chambre), par. 177; CEDH, *Biao c. Danemark* (requête n° 38590/10), arrêt du 24 mai 2016 (Grande Chambre), par. 114.

¹⁷ CEDH, *Oršuš et autres c. Croatie* (requête n° 15766/03), arrêt du 16 mars 2010 (Grande Chambre), par. 156.

¹⁸ Nations Unies, Comité de la CIEDR, recommandation générale n° 32 : signification et portée des mesures spéciales dans la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, 24 septembre 2009, doc. CERD/C/GC/32, par. 8. Voir aussi Comité des droits économiques, sociaux et culturels, observation générale n° 20 : la non-discrimination dans l'exercice des droits économiques, sociaux et culturels (Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, art. 2, par. 2), 2 juillet 2009, doc. E/C.12/GC/20, par. 13; CEDH, *Molla Sali c. Grèce* (requête n° 204520/14), arrêt du 19 décembre 2018 (Grande Chambre), par. 135; Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Norín Catrimán and Others (Leaders, Members and Activist of the Mapuche Indigenous People) v. Chile* (Series C, No. 279), arrêt du 29 mai 2014, par. 200.

produces such an effect, thoroughly inspects the explanations given by the Respondent. This is the case with the measures relating to education (Judgment, paras. 338-370). At times, however, in my view, the majority is too quick to conclude that the Respondent has discharged its duty for justification of measures producing a disparate adverse effect. This is best illustrated by the Court's approach to the Russian Federation's law enforcement measures and its ban of the *Mejlis* which, I consider, both give rise to discrimination against persons of Crimean Tatar ethnic origin.

27. As the Judgment acknowledges, the Russian Federation's application of measures of law enforcement produced a disparate adverse effect on persons of Crimean Tatar ethnic origin (Judgment, para. 238). This has been extensively documented in reports by the Secretary-General and by the Office of the High Commissioner for Human Rights and noted with deep concern by the General Assembly (see *ibid.*). This being so, the Russian Federation is expected to explain this effect, and its justification ought to be rigorously scrutinized¹⁹. The Judgment states that the application of law enforcement measures to persons solely on the basis of an assumption that they are prone to specific types of behaviour owing to their ethnic origin is unjustifiable (*ibid.*, para. 237). For its part, the CERD Committee has condemned the practice of racial profiling as a violation of CERD and has warned that the practice is committed through such acts as arbitrary searches, investigations and arrests²⁰.

28. The Russian Federation justifies its conduct with reference to considerations of security (notably, the "fight against religious 'extremism' and 'terrorism'") and of public health (Judgment, paras. 239-240). However, reports of the Office of the High Commissioner for Human Rights paint a different picture. They express concern "about the growing number of large-scale 'police' actions conducted with the apparent intention to harass and intimidate Crimean Tatars"²¹, and they document that some searches against Crimean Tatars "were conducted without presenting any

¹⁹ See, among others, ECtHR, *Timishev v. Russia* (Application Nos. 55762/00 and 55974/00), Judgment of 13 December 2005, para. 58:

"no difference in treatment which is based exclusively or to a decisive extent on a person's ethnic origin is capable of being objectively justified in a contemporary democratic society built on the principles of pluralism and respect for different cultures".

²⁰ CERD Committee, General Recommendation No. 36 (2020) on preventing and combating racial profiling by law enforcement officials, UN doc. CERD/C/GC/36 (17 December 2020), paras. 21 and 14.

²¹ OHCHR, Report on the human rights situation in Ukraine (16 February to 15 May 2016), para. 183.

certains cas, la Cour, après avoir affirmé que des mesures données produisaient un tel effet, a examiné minutieusement les explications données par la défenderesse. C'est ce qu'elle a fait s'agissant des mesures relatives à l'éducation (arrêt, par. 338-370). Cependant, dans d'autres cas, je suis d'avis que la majorité a conclu trop rapidement que la défenderesse s'était acquittée de son obligation de justifier les mesures produisant un effet préjudiciable particulièrement marqué. Le meilleur exemple en est la manière dont la Cour a traité les mesures de répression que la Fédération de Russie a prises et l'interdiction visant le *Majlis* qu'elle a imposée, éléments constitutifs selon moi de discrimination à l'égard des personnes d'origine ethnique tatare de Crimée.

27. Ainsi qu'il est relevé dans l'arrêt, l'application de mesures de répression par la Fédération de Russie a produit un effet préjudiciable particulièrement marqué sur des personnes d'origine ethnique tatare de Crimée (arrêt, par. 238). Ce fait a largement été attesté dans des rapports établis par le Secrétaire général et le Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, et l'Assemblée générale s'est déclarée vivement préoccupée par les informations à ce sujet (voir *ibid.*). Cela étant, la Fédération de Russie est censée expliquer cet effet, et sa justification devrait être examinée rigoureusement¹⁹. Il est dit dans l'arrêt que l'application de mesures de répression à des personnes sur le simple fondement de la présomption que celles-ci seraient susceptibles d'adopter certains types de comportement en raison de leur origine ethnique est injustifiable (*ibid.*, par. 237). Pour sa part, le Comité de la CIEDR a condamné la pratique du profilage racial en tant qu'elle constitue une violation de la CIEDR et a prévenu que ce profilage était commis à la faveur d'actes comme les fouilles, les enquêtes et les arrestations arbitraires²⁰.

28. La Fédération de Russie justifie son comportement en invoquant des considérations relatives à la sécurité (notamment, la « lutte contre l'« extrémisme » religieux et le « terrorisme » ») et à la santé publique (arrêt, par. 239-240). Or, des rapports du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme brossent un tableau différent. Il y est fait mention de préoccupations « quant au nombre croissant d'opérations « policières » menées à grande échelle dans l'intention manifeste de harceler et d'intimider les Tatars de Crimée »²¹, et certaines fouilles dont des Tatars de Crimée ont fait l'objet

¹⁹ Voir, entre autres, CEDH, *Timishev c. Russie* (requêtes n°s 55762/00 et 55974/00), arrêt du 13 décembre 2005, par. 58 :

« [A]ucune différence de traitement fondée exclusivement ou de manière déterminante sur l'origine ethnique d'un individu ne peut passer pour objectivement justifiée dans une société démocratique contemporaine, fondée sur les principes du pluralisme et du respect de la diversité culturelle. »

²⁰ Nations Unies, Comité de la CIEDR, recommandation générale n° 36 (2020) sur la prévention et l'élimination du recours au profilage racial par les représentants de la loi, 17 décembre 2020, doc. CERD/C/GC/36, par. 21 et 14.

²¹ HCDH, Report on the human rights situation in Ukraine (16 February to 15 May 2016), par. 183.

authorization”²². The reports observe that “[t]he raids often involved excessive use of force and an extent of searches not warranted by circumstances, going beyond the lawful objective of preventing crime and protecting the rights and freedoms of others”²³.

29. In these circumstances, invocation of grounds of security and public health does not suffice to discharge the burden on the Russian Federation to provide an objective and reasonable explanation for its conduct. In fact, the Court acknowledges that the

“stated purpose of certain measures appears [in some cases] to have served as a pretext for targeting persons who, because of their religious or political affiliation, the Russian Federation deems to be a threat to its national security” (Judgment, para. 241).

Crucially, the religious or political affiliation in question (and thus the risk to national security) may itself not be manifested but instead conjectured on account of the individual’s ethnic origin as a Crimean Tatar.

30. Against this background, I think that the Court should have required more convincing evidence from the Russian Federation that its law enforcement measures were indeed justified. In the absence of such a convincing explanation, I think that a finding of violation was warranted.

31. Similar considerations apply with respect to the Russian ban on the *Mejlis*. The ban, by its very nature, produces a disparate adverse effect on persons of Crimean Tatar origin²⁴. Although the Court acknowledges such an effect (Judgment, para. 270), it then proceeds to find that “the *Mejlis* was banned due to the political activities carried out by some of its leaders in opposition to the Russian Federation, rather than on grounds of their ethnic origin” (*ibid.*, para. 271).

32. In so doing, the Judgment seems to regard the various justifications for differential treatment as mutually exclusive: if differential treatment is “due to . . . political activities”, it cannot also be based on grounds of ethnic origin. Yet a common feature of measures that produce a disparate adverse effect on specific groups is that they rely on a variety of justifications. This accords

²² OHCHR, Report on the situation of human rights in the temporarily occupied Autonomous Republic of Crimea and the city of Sevastopol, Ukraine 13 September 2017 to 30 June 2018, UN doc. A/HRC/39/CRP.4 (21 September 2018), para. 31.

²³ *Ibid.*

²⁴ In a previous phase of this case, Judge Crawford highlighted the importance of the historical context in appreciating the impact of the ban on Crimean Tatars: *Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*

« sans qu'aucune autorisation ne leur ait été présentée » y sont décrites²². Il y est également relevé que, « au cours des descentes, le recours à la force était souvent excessif et les fouilles d'une ampleur non justifiée par les circonstances, allant au-delà de l'objectif licite de prévention de la criminalité et de protection des droits et libertés d'autrui »²³.

29. Dans ces circonstances, l'invocation de motifs liés à la sécurité et à la santé publique ne suffit pas à décharger la Fédération de Russie de son obligation de présenter une explication objective et raisonnable de son comportement. En fait, la Cour a noté que

« le but déclaré de certaines mesures sembl[ait] avoir servi de prétexte à la Fédération de Russie [dans certains cas] pour s'en prendre à des personnes qu'elle consid[érait] comme une menace pour sa sécurité nationale en raison de leur appartenance religieuse ou politique » (arrêt, par. 241).

Ce qui est déterminant, c'est que cette appartenance religieuse ou politique (et donc la menace pour la sécurité nationale) peut ne pas se manifester en soi, mais être inférée sur le fondement de l'origine ethnique de la personne en tant que Tatar de Crimée.

30. Dans ce contexte, j'estime que la Cour aurait dû exiger de la Fédération de Russie des éléments de preuve plus convaincants montrant que ses mesures de répression étaient effectivement justifiées. Aucune explication convaincante n'ayant été fournie, j'estime qu'il était justifié de conclure à une violation.

31. Des considérations du même ordre s'appliquent à l'interdiction visant le *Majlis* prononcée par la Fédération de Russie. Cette interdiction, du fait de sa nature même, produit un effet préjudiciable particulièrement marqué sur les personnes d'origine tatare de Crimée²⁴. Bien qu'elle ait constaté cet effet (arrêt, par. 270), la Cour a conclu ensuite que « le *Majlis* a[vait] été frappé d'interdiction en raison des activités politiques menées par certains de ses dirigeants opposés à la Fédération de Russie, et non en raison de l'origine ethnique des intéressés » (*ibid.*, par. 271).

32. Ce faisant, la Cour paraît avoir considéré dans son arrêt que les diverses justifications d'un traitement différencié s'excluent mutuellement : si le traitement différencié est appliqué « en raison d[']activités politiques », il ne peut être fondé également sur l'appartenance ethnique. Or, les mesures qui produisent un effet préjudiciable particulièrement marqué sur des groupes

²² HCDH, Report on the situation of human rights in the temporarily occupied Autonomous Republic of Crimea and the city of Sevastopol (Ukraine) (13 September 2017 to 30 June 2018), Nations Unies, doc. A/HRC/39/CRP.4, 21 septembre 2018, par. 31.

²³ *Ibid.*

²⁴ À un stade antérieur de la présente affaire, le juge Crawford a souligné l'importance du contexte historique dans le cadre de l'appréciation des effets de l'interdiction sur les Tatars de Crimée : *Application de la convention internationale pour la répression du financement du terrorisme et de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de*

with human experience that almost all actions have multiple motives. So, a finding that differential treatment is based on political grounds does not preclude it being also based on prohibited grounds, such as ethnic origin. In this sense, the Court did not comprehensively examine whether the explanation provided by the Russian Federation relates to one of the prohibited grounds under CERD.

33. Still less persuasive is the ensuing reversal of the burden of proof back to the Applicant, which is expected to provide convincing evidence that the measure was based on prohibited grounds (Judgment, para. 272). This move may in part be the result of the way in which Ukraine itself described the measure in this case (see *ibid.*, para. 271). However, the shift of the burden of proof from the applicant to the respondent and then back to the applicant can be criticized as a matter of principle. In my view, the Russian Federation has not successfully discharged its burden of establishing that the ban on the *Mejlis* is justified. Neither the domestic court decisions nor the pleadings of the Russian Federation convincingly explain why an outright ban of the entire institution was the appropriate measure in the circumstances. One can easily imagine, for example, measures prosecuting the individual members of the *Mejlis* who are accused of extremism, and even banning their participation in the activities of the *Mejlis*, while preserving the operation or activities of the institution and ensuring that the prosecuted members are replaced by new members elected by the *Qurultay*²⁵.

III. PROVISIONAL MEASURES

34. As my votes indicate, I agree that the Russian Federation has violated the Court's Order of 19 April 2017 in relation to the ban on the *Mejlis* and to the aggravation of the dispute before the Court. In this section, I offer my views, first, on the basis for the latter violation and, second, on the remaining provisional measure indicated by the Court's Order of 19 April 2017.

(*Ukraine v. Russian Federation*), *Provisional Measures, Order of 19 April 2017*, I.C.J. Reports 2017, declaration of Judge Crawford, pp. 213-214, paras. 1-3.

²⁵ My understanding is that the complaint among Crimean Tatars against the *Mejlis* is levelled primarily against the individual serving members of the *Mejlis*, who allegedly abuse their powers and engage in extremism, rather than the institution as such: see, for example, Witness statement of Ibraim Rishatovich Shirin (22 February 2023), para. 9 (Rejoinder of the Russian Federation, Ann. 11); Witness statement of Elivna Izetovna Seitova (18 February 2023), para. 12 (Rejoinder of the Russian Federation, Ann. 27).

particuliers ont pour caractéristique commune d'être fondées sur plusieurs justifications. De fait, l'expérience humaine confirme que presque toutes les actions ont des motifs multiples. Par conséquent, le fait qu'il ait été conclu qu'une différence de traitement est fondée sur des motifs politiques n'empêche pas celle-ci d'être également fondée sur des motifs prohibés, comme l'origine ethnique. À ce propos, la Cour n'a pas examiné de manière exhaustive si l'explication donnée par la Fédération de Russie se rapportait à l'un des motifs prohibés au regard de la CIEDR.

33. Encore moins convaincant est le renversement de la charge de la preuve qui s'ensuit, la demanderesse se retrouvant tenue d'apporter des preuves convaincantes pour établir que la mesure était fondée sur des motifs prohibés (arrêt, par. 272). Ce changement peut résulter en partie de la façon dont l'Ukraine elle-même a décrit la mesure en l'espèce (voir *ibid.*, par. 271). Cependant, le basculement de la charge de la preuve, de la demanderesse à la défenderesse, puis de nouveau à la demanderesse, peut être critiqué sur le principe. Selon moi, la Fédération de Russie n'est pas parvenue à prouver, comme elle le devait, que l'interdiction visant le *Majlis* était justifiée. Ni les décisions de justice internes ni les exposés de la Fédération de Russie n'expliquent de manière convaincante pourquoi l'interdiction pure et simple de l'ensemble de l'institution était la mesure appropriée à prendre dans les circonstances. On pourrait facilement concevoir, par exemple, que la demanderesse ait pris des mesures à l'effet de poursuivre les membres individuels du *Majlis* accusés d'extrémisme, et même de leur interdire de participer aux activités du *Majlis*, tout en préservant le fonctionnement ou les activités de l'institution et en veillant à ce que les membres poursuivis soient remplacés par de nouveaux membres élus par le *Qurultay*²⁵.

III. MESURES CONSERVATOIRES

34. Comme l'indique mon vote, je conviens que la Fédération de Russie a violé l'ordonnance de la Cour du 19 avril 2017 s'agissant de l'interdiction du *Majlis* et de l'aggravation du différend devant la Cour. Dans la présente section, j'exposerai mes vues, tout d'abord, sur le fondement de la seconde de ces violations et, ensuite, sur la mesure conservatoire restante indiquée par la Cour dans son ordonnance du 19 avril 2017.

discrimination raciale (Ukraine c. Fédération de Russie), mesures conservatoires, ordonnance du 19 avril 2017, C.I.J. Recueil 2017, déclaration du juge Crawford, p. 213-214, par. 1-3.

²⁵ Je crois comprendre que les reproches que des Tatars de Crimée avaient à faire au *Majlis* visaient principalement des membres individuels du *Majlis* qui auraient abusé de leur pouvoir et versé dans l'extrémisme, et non l'institution elle-même : voir, par exemple, Witness statement of Ibraim Rishatovich Shirin (22 février 2023), par. 9 (duplique de la Fédération de Russie, annexe 11); Witness statement of Elivna Izetovna Seitova (18 février 2023), par. 12 (duplique de la Fédération de Russie, annexe 27).

1. Aggravation of the Dispute

35. In its Order of 19 April 2017, the Court indicated that both Parties “shall refrain from any action which might aggravate or extend the dispute before the Court or make it more difficult to resolve”²⁶. The Court explains only briefly why the Russian Federation violated this obligation.

36. In my view, this obligation is an aspect of the obligation to use exclusively peaceful means for the settlement of disputes. Elaborating on the principle of the peaceful settlement of international disputes, which the Court considers “essential in the world of today”²⁷, the Friendly Relations Declaration explains:

“States parties to an international dispute . . . shall refrain from any action which may aggravate the situation so as to endanger the maintenance of international peace and security, and shall act in accordance with the purposes and principles of the United Nations.”²⁸

Accordingly, provisional measures of non-aggravation reflect a pre-existing general duty of litigant parties that stems from the very purpose of dispute settlement²⁹. Several Members of this Court have described non-aggravation measures as a means to contribute to the purpose of maintaining international peace and security, which is entrusted to the United Nations and to the Court as its principal judicial organ³⁰.

37. Therefore, conduct that is incompatible with the obligation to use peaceful means for the settlement of disputes is in principle likely to aggravate a dispute pending before the Court. On occasion, the Court has linked

²⁶ *Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Ukraine v. Russian Federation), Provisional Measures, Order of 19 April 2017, I.C.J. Reports 2017*, pp. 140-141, para. 106, point 2.

²⁷ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, p. 145, para. 290.

²⁸ UN General Assembly, resolution 2625 (XXV) “Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations”.

²⁹ *Electricity Company of Sofia and Bulgaria, Order of 5 December 1939, P.C.I.J., Series A/B, No. 79*, p. 199; see also *LaGrand (Germany v. United States of America), Judgment, I.C.J. Reports 2001*, p. 503, para. 103.

³⁰ *Aegean Sea Continental Shelf (Greece v. Turkey), Judgment, I.C.J. Reports 1978*, separate opinion of Judge Lachs, p. 52; *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom), Provisional Measures, Order of 14 April 1992, I.C.J. Reports 1992*, dissenting opinion of Judge Weeramantry, p. 70; *ibid.*, dissenting opinion of Judge Ajibola, p. 93; *Legality of Use of Force (Yugoslavia v. Belgium), Provisional Measures, Order of 2 June 1999, I.C.J. Reports 1999 (I)*, declaration of Judge Koroma, p. 143; *ibid.*, dissenting opinion of Vice-President Weeramantry, p. 202; *ibid.*, dissenting opinion of Judge Shi, pp. 207-208; *ibid.*, dissenting opinion of Judge Vereshchetin, p. 209.

1. Aggravation du différend

35. Dans son ordonnance du 19 avril 2017, la Cour a prescrit aux deux Parties de «s'abstenir de tout acte qui risquerait d'aggraver ou d'étendre le différend dont la Cour [était] saisie ou d'en rendre la solution plus difficile»²⁶. Or, elle n'a expliqué que brièvement en quoi la Fédération de Russie avait manqué à cette obligation.

36. Selon moi, cette obligation est un aspect de l'obligation de recourir exclusivement à des moyens pacifiques pour régler les différends. Développant le principe du règlement pacifique des différends internationaux, que la Cour considère comme «indispensable ... dans le monde d'aujourd'hui»²⁷, la déclaration sur les relations amicales précise ce qui suit :

«Les États parties à un différend international ... doivent s'abstenir de tout acte susceptible d'aggraver la situation au point de mettre en danger le maintien de la paix et de la sécurité internationales, et doivent agir conformément aux buts et aux principes des Nations Unies.»²⁸

Ainsi, les mesures conservatoires de non-aggravation sont le reflet d'une obligation générale préexistante des parties litigantes qui découle du but même du règlement des différends²⁹. Plusieurs membres de la Cour ont qualifié les mesures de non-aggravation de moyen de contribuer à atteindre le but que constitue le maintien de la paix et de la sécurité internationales, ce dont sont chargées l'Organisation des Nations Unies et la Cour en sa qualité d'organe judiciaire principal de cette organisation³⁰.

37. Par conséquent, un comportement qui est incompatible avec l'obligation de recourir à des moyens pacifiques de règlement des différends est par principe susceptible d'aggraver un différend dont la Cour est saisie. Dans

²⁶ *Application de la convention internationale pour la répression du financement du terrorisme et de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Ukraine c. Fédération de Russie), mesures conservatoires, ordonnance du 19 avril 2017, C.I.J. Recueil 2017*, p. 140-141, par. 106, point 2.

²⁷ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 145, par. 290.

²⁸ Nations Unies, Assemblée générale, résolution 2625 (XXV) intitulée «Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies».

²⁹ *Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie, ordonnance du 5 décembre 1939, C.P.J.I. série A/B n° 79*, p. 199 ; voir aussi *LaGrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2001, p. 503, par. 103.

³⁰ *Plateau continental de la mer Égée (Grèce c. Turquie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1978, opinion individuelle du juge Lachs, p. 52 ; *Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. États-Unis d'Amérique), mesures conservatoires, ordonnance du 14 avril 1992, C.I.J. Recueil 1992*, opinion dissidente du juge Weeramantry, p. 70 ; *ibid.*, opinion dissidente du juge Ajibola, p. 93 ; *Licéité de l'emploi de la force (Yougoslavie c. Belgique), mesures conservatoires, ordonnance du 2 juin 1999, C.I.J. Recueil 1999 (I)*, déclaration du juge Koroma, p. 143 ; *ibid.*, opinion dissidente du vice-président Weeramantry, p. 202 ; *ibid.*, opinion dissidente du juge Shi, p. 207-208 ; *ibid.*, opinion dissidente du juge Vereshchetin, p. 209.

the risk of aggravation of the dispute with ongoing or probable use of force³¹. The Chamber of the Court in *Frontier Dispute* explicitly treated the use of force as incompatible with the duty not to aggravate the dispute. Specifically, the Chamber observed that some types of conduct “not merely are likely to extend or aggravate the dispute but comprise a resort to force which is irreconcilable with the principle of the peaceful settlement of international disputes”³².

38. In the same vein, the Court has suggested that the use of force by litigant parties undermines the ongoing judicial proceedings. In *Tehran Hostages*, the Court expressed its concern with respect to the United States’ intrusion into Iran after the Court’s hearings in the case but before the delivery of the Judgment. Recalling its order of provisional measures, whereby it “had indicated that no action was to be taken by either party which might aggravate the tension between the two countries”, the Court felt

“bound to observe that an operation undertaken in those circumstances [in which the Court was deliberating upon the pending dispute], from whatever motive, is of a kind calculated to undermine respect for the judicial process in international relations”³³.

39. So, conduct amounting to the use of force undermines the dispute settlement proceedings pending before the Court and, in doing so, aggravates the ongoing dispute³⁴. As recorded in the Judgment, since the Court’s Order of 19 April 2017 the Russian Federation has launched a “special military operation”, which entails the use of force. In my view, this conduct is incompatible with the Russian Federation’s obligation to use peaceful means for the settlement of its dispute with Ukraine in the present case, and there-

³¹ *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria), Provisional Measures, Order of 15 March 1996, I.C.J. Reports 1996 (I), p. 23, para. 42; Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua) and Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River (Nicaragua v. Costa Rica), Requests for the Modification of the Order Indicating Provisional Measures of 8 March 2011, Order of 16 July 2013, I.C.J. Reports 2013, p. 240, paras. 37-38.*

³² *Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali), Provisional Measures, Order of 10 January 1986, I.C.J. Reports 1986, p. 9, para. 19; see also Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Qatar v. United Arab Emirates), Provisional Measures, Order of 14 June 2019, I.C.J. Reports 2019 (I), declaration of Vice-President Xue, p. 374, para. 6.*

³³ *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran), Judgment, I.C.J. Reports 1980, p. 43, para. 93.*

³⁴ See also *Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali), Provisional Measures, Order of 10 January 1986, I.C.J. Reports 1986, p. 9, para. 19*, referring to non-aggravation measures as “conduct[iv]e to the due administration of justice”; and *The South China Sea Arbitration between the Republic of the Philippines and the People’s Republic of China, Award of 12 July 2016*, United Nations, *Reports of International Arbitral Awards*, Vol. XXXIII, p. 603, para. 1176, referring to conduct aggravating a dispute “by undermining the integrity of the

certains cas, la Cour a lié le risque d'aggravation du différend à l'emploi continu ou probable de la force³¹. La chambre de la Cour en l'affaire du *Différend frontalier* a expressément traité l'emploi de la force comme étant incompatible avec l'obligation de ne pas aggraver le différend. Plus particulièrement, elle a relevé que certains types de comportements «non seulement [étaient] susceptibles d'étendre ou d'aggraver le différend, mais comport[ai]ent un recours à la force inconciliable avec le principe du règlement pacifique des différends internationaux»³².

38. Dans la même veine, la Cour a indiqué que l'emploi de la force par les parties litigantes compromettrait l'instance judiciaire en cours. Dans l'affaire des *Otages de Téhéran*, elle a exprimé ses préoccupations quant à l'incursion des États-Unis en Iran après la tenue des audiences en l'affaire, mais avant le prononcé de l'arrêt. Rappelant son ordonnance en indication de mesures conservatoires, par laquelle elle «avait indiqué qu'aucune mesure de nature à aggraver la tension entre les deux pays ne devait être prise», la Cour s'est sentie

«tenue de faire observer que, quels qu'en [fuss]ent les motifs, une opération entreprise dans ces circonstances [à savoir pendant les délibérations de la Cour sur le différend en cause] [était] de nature à nuire au respect du règlement judiciaire dans les relations internationales»³³.

39. En conséquence, un comportement assimilable à un emploi de la force compromet la procédure de règlement du différend engagée devant la Cour et, ce faisant, aggrave le différend en cause³⁴. Ainsi qu'il est relevé dans l'arrêt, après que la Cour eut rendu son ordonnance le 19 avril 2017, la Fédération de Russie a lancé une «opération militaire spéciale», qui impliquait l'emploi de la force. Selon moi, ce comportement est incompatible avec l'obligation qui incombe à la Fédération de Russie de recourir à des moyens pacifiques

³¹ *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria)*, mesures conservatoires, ordonnance du 15 mars 1996, C.I.J. Recueil 1996 (I), p. 23, par. 42; *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua)* et *Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan (Nicaragua c. Costa Rica)*, demandes tendant à la modification de l'ordonnance en indication de mesures conservatoires du 8 mars 2011, C.I.J. Recueil 2013, p. 240, par. 37-38.

³² *Différend frontalier (Burkina Faso/République du Mali)*, mesures conservatoires, ordonnance du 10 janvier 1986, C.I.J. Recueil 1986, p. 9, par. 19; voir aussi *Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Qatar c. Émirats arabes unis)*, mesures conservatoires, ordonnance du 14 juin 2019, C.I.J. Recueil 2019 (I), déclaration de la vice-présidente Xue, p. 374, par. 6.

³³ *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran (États-Unis d'Amérique c. Iran)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1980, p. 43, par. 93.

³⁴ Voir aussi *Différend frontalier (Burkina Faso/République du Mali)*, mesures conservatoires, ordonnance du 10 janvier 1986, C.I.J. Recueil 1986, p. 9, par. 19, où il est dit que les mesures de non-aggravation «contribu[er]ont à assurer la bonne administration de la justice»; *The South China Sea Arbitration between the Republic of the Philippines and the People's Republic of China*, Award of 12 July 2016, Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales, vol. XXXIII, p. 603, par. 1176, où il est fait mention d'un comportement qui aggrave un

fore is incompatible with its obligation to refrain from actions that might aggravate the dispute submitted to the Court.

40. This conclusion does not bear on the compatibility of the Russian Federation's "special military operation" with international law in general. Rather, the Court's task here is confined to examining its compatibility with the very specific obligation imposed on it under the terms of the Court's Order of 19 April 2017. In this regard I note that, at least before the Court, the Russian Federation has not invoked any circumstance that might preclude the wrongfulness of the conduct that breaches its obligations under the Order, including self-defence³⁵.

41. Under the terms of the Court's Order, the obligation to refrain from actions that might aggravate the dispute was addressed to both Parties. However, the Russian Federation has not claimed that Ukraine has breached the obligation through its own conduct. For this reason, the Court's finding concerning the Russian Federation's violation is without prejudice to the question as to whether Ukraine also failed to comply with this provisional measure³⁶.

2. *Availability of Education in the Ukrainian Language*

42. Unlike the majority, I consider that the Russian Federation has also breached the provisional measure relating to ensuring the availability of education in the Ukrainian language³⁷. In order to ascertain the scope of the provisional measure indicated by the Court, it is important to appreciate the context in which it was indicated, and specifically the risk of irreparable prejudice to which this provisional measure responded. In the Order of 19 April 2017, the Court had regard to two reports that documented a decline in the use of Ukrainian as a language of instruction, coupled with allegations of pressure for its discontinuance³⁸. Relying on these reports, the Court concluded, on a prima facie basis, that there might have been restrictions in terms of the availability of Ukrainian-language education in Crimean schools³⁹. In directing the Russian Federation to "[e]nsure the availability of

dispute resolution proceedings themselves, including . . . taking other actions that decrease the likelihood of the proceedings in fact leading to the resolution of the parties' dispute."

³⁵ See Article 21 of the Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, Vol. II, Part Two, p. 26.

³⁶ *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Judgment, I.C.J. Reports 2005, p. 259, para. 265.

³⁷ *Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Ukraine v. Russian Federation)*, Provisional Measures, Order of 19 April 2017, I.C.J. Reports 2017, p. 140, point (1) (b).

³⁸ *Ibid.*, p. 138, para. 97.

³⁹ *Ibid.*

pour régler le différend qui l'oppose à l'Ukraine en l'espèce et est donc incompatible avec son obligation de s'abstenir de prendre des mesures qui pourraient aggraver le différend dont la Cour est saisie.

40. Cette conclusion n'a pas trait à la conformité de l'«opération militaire spéciale» de la Fédération de Russie avec le droit international en général. Au contraire, la tâche de la Cour ici se limitait à examiner la conformité de cette opération à l'obligation spécifique expressément imposée à la Fédération de Russie dans l'ordonnance du 19 avril 2017. Sur ce point, je note que, à tout le moins devant la Cour, la Fédération de Russie n'a invoqué aucune circonstance qui excluait le caractère illicite du comportement adopté en violation des obligations que lui impose l'ordonnance, y compris la légitime défense³⁵.

41. Aux termes de l'ordonnance de la Cour, l'obligation de s'abstenir de tout acte qui risquerait d'aggraver le différend incombait aux deux Parties. Toutefois, la Fédération de Russie n'a pas avancé que l'Ukraine avait, par son propre comportement, manqué à cette obligation. C'est pourquoi la conclusion de la Cour concernant la violation par la Fédération de Russie est sans préjudice de la question de savoir si l'Ukraine ne s'est pas non plus conformée à cette mesure conservatoire³⁶.

2. Disponibilité de l'enseignement en langue ukrainienne

42. Contrairement à la majorité, je considère que la Fédération de Russie a également enfreint la mesure conservatoire visant à garantir la disponibilité de l'enseignement en langue ukrainienne³⁷. Pour déterminer la portée de cette mesure, il importe d'examiner le contexte dans lequel la Cour l'a indiquée et, en particulier, le risque de préjudice irréparable auquel elle répondait. Dans l'ordonnance du 19 avril 2017, la Cour a tenu compte de deux rapports mettant en évidence un déclin de l'emploi de l'ukrainien comme langue d'enseignement, conjugué à des allégations de pressions visant à faire cesser cet emploi³⁸. Se fondant sur ces rapports, la Cour a conclu, *prima facie*, qu'il pourrait y avoir eu des restrictions quant à la disponibilité de cours en langue ukrainienne dans les établissements d'enseignement de Crimée³⁹. Lorsqu'elle a prescrit à la Fédération de Russie de «[f]aire en sorte de rendre

différend «en compromettant l'intégrité de la procédure même de règlement du différend, notamment ... par la prise d'autres mesures qui réduisent les chances que la procédure aboutisse effectivement au règlement du différend qui oppose les parties».

³⁵ Voir Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, *Annuaire de la Commission du droit international*, 2001, vol. II, deuxième partie, p. 26, art. 21.

³⁶ *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2005, p. 259, par. 265.

³⁷ *Application de la convention internationale pour la répression du financement du terrorisme et de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Ukraine c. Fédération de Russie)*, mesures conservatoires, ordonnance du 19 avril 2017, C.I.J. Recueil 2017, p. 140, point 1 b).

³⁸ *Ibid.*, p. 138, par. 97.

³⁹ *Ibid.*

education in the Ukrainian language”, the Court aimed at mitigating the risk posed by such restrictions.

43. Seen against this background, the measure does more than provide for simply making education in Ukrainian available in some areas pending the Court’s final decision in the case. Rather, this measure obliges the Russian Federation to ensure that students in Crimea wishing to be educated in the Ukrainian language are able to do so. There is evidence indicating that the demand for instruction in Ukrainian was not always met. Specifically, the Secretary-General has documented in consecutive reports that the availability of instruction in Ukrainian has not always satisfied demand⁴⁰. In addition, he has raised doubts as to the extent to which Ukrainian, while formally available as a language of instruction, is used in practice in the curriculum⁴¹. To this, one can add the reported indifference, if not discouragement, from school administrations in the face of requests for enrolment in Ukrainian-language curricula⁴². The limited availability in practice of Ukrainian has raised concern as to the impact that it could have on the well-being and development of children belonging to the Ukrainian ethnic minority⁴³. In my view, this evidence points towards a violation by the Russian Federation of its relevant obligation under the Court’s Order.

(Signed) Hilary CHARLESWORTH.

⁴⁰ Situation of human rights in the Autonomous Republic of Crimea and the city of Sevastopol, Ukraine: Report of the Secretary-General, UN doc. A/76/260 (2 August 2021), para. 35; Situation of human rights in the temporarily occupied Autonomous Republic of Crimea and the city of Sevastopol, Ukraine: Report of the Secretary-General”, UN doc. A/77/220 (25 July 2022), para. 40.

⁴¹ Situation of human rights in the Autonomous Republic of Crimea and the city of Sevastopol, Ukraine: Report of the Secretary-General, UN doc. A/74/276 (2 August 2019), para. 52; Situation of human rights in the Autonomous Republic of Crimea and the city of Sevastopol, Ukraine: Report of the Secretary-General, UN doc. A/75/334 (1 September 2020), para. 35; Situation of human rights in the Autonomous Republic of Crimea and the city of Sevastopol, Ukraine: Report of the Secretary-General, UN doc. A/76/260 (2 August 2021), para. 34; Situation of human rights in the temporarily occupied Autonomous Republic of Crimea and the city of Sevastopol, Ukraine: Report of the Secretary-General, UN doc. A/77/220 (25 July 2022), para. 39.

⁴² Situation of human rights in the Autonomous Republic of Crimea and the city of Sevastopol, Ukraine: Report of the Secretary-General, UN doc. A/76/260 (2 August 2021), para. 35; Situation of human rights in the temporarily occupied Autonomous Republic of Crimea and the city of Sevastopol, Ukraine: Report of the Secretary-General”, UN doc. A/77/220 (25 July 2022), para. 40.

⁴³ Situation of human rights in the Autonomous Republic of Crimea and the city of Sevastopol, Ukraine: Report of the Secretary-General, UN doc. A/75/334 (1 September 2020), para. 35.

disponible un enseignement en langue ukrainienne», la Cour visait à atténuer le risque présenté par de telles restrictions.

43. À la lumière de ce contexte, la mesure indiquée fait plus que simplement prévoir que l'enseignement en ukrainien dans certaines régions soit rendu disponible en attendant l'arrêt définitif de la Cour en l'espèce. Elle oblige de fait la Fédération de Russie à donner satisfaction aux élèves en Crimée qui souhaitent recevoir un enseignement en langue ukrainienne. Il existe des éléments attestant que la demande de cours en ukrainien n'a pas toujours été satisfaite. En particulier, le Secrétaire général a consigné dans des rapports consécutifs des faits prouvant que l'offre d'enseignement en ukrainien n'a pas toujours répondu à la demande⁴⁰. De plus, il a émis des doutes quant à la mesure dans laquelle l'ukrainien, bien qu'officiellement proposé en tant que langue d'enseignement, était effectivement employé dans la pratique dans les programmes⁴¹. À cela peut s'ajouter l'indifférence, voire la désapprobation, d'administrations scolaires vis-à-vis des demandes d'inscription aux programmes d'enseignement en langue ukrainienne⁴². La disponibilité limitée de l'ukrainien, dans les faits, suscite des inquiétudes quant aux incidences qu'elle pourrait avoir sur le bien-être et l'épanouissement des enfants appartenant à la minorité ethnique ukrainienne⁴³. Selon moi, ces éléments de preuve tendent à établir une violation par la Fédération de Russie de l'obligation qui lui incombe en la matière au regard de l'ordonnance de la Cour.

(Signé) Hilary CHARLESWORTH.

⁴⁰ Nations Unies, Situation des droits humains dans la République autonome de Crimée et la ville de Sébastopol (Ukraine), rapport du Secrétaire général, 2 août 2021, doc. A/76/260, par. 35; Situation relative aux droits humains dans la République autonome de Crimée et la ville de Sébastopol (Ukraine) temporairement occupées, rapport du Secrétaire général, 25 juillet 2022, doc. A/77/220, par. 40.

⁴¹ Nations Unies, Situation des droits de l'homme dans la République autonome de Crimée et la ville de Sébastopol (Ukraine), rapport du Secrétaire général, 2 août 2019, doc. A/74/276, par. 52; Situation des droits de l'homme dans la République autonome de Crimée et la ville de Sébastopol (Ukraine), rapport du Secrétaire général, 1^{er} septembre 2020, doc. A/75/334, par. 35; Situation des droits humains dans la République autonome de Crimée et la ville de Sébastopol (Ukraine), rapport du Secrétaire général, 2 août 2021, doc. A/76/260, par. 34; Situation relative aux droits humains dans la République autonome de Crimée et la ville de Sébastopol (Ukraine) temporairement occupées, rapport du Secrétaire général, 25 juillet 2022, doc. A/77/220, par. 39.

⁴² Nations Unies, Situation des droits humains dans la République autonome de Crimée et la ville de Sébastopol (Ukraine), rapport du Secrétaire général, 2 août 2021, doc. A/76/260, par. 35; Situation relative aux droits humains dans la République autonome de Crimée et la ville de Sébastopol (Ukraine) temporairement occupées, rapport du Secrétaire général, 25 juillet 2022, doc. A/77/220, par. 40.

⁴³ Nations Unies, Situation des droits de l'homme dans la République autonome de Crimée et la ville de Sébastopol (Ukraine), rapport du Secrétaire général, 1^{er} septembre 2020, doc. A/75/334, par. 35.