

SEPARATE OPINION,
PARTLY CONCURRING AND PARTLY DISSENTING,
OF JUDGE *AD HOC* TUZMUKHAMEDOV

Lack of evidence of terrorism financing — Lack of proof of terrorist intent.

No violation of Article 9 of ICSFT in light of absence of terrorism financing — Threshold adopted by the Majority for Article 9 of ICSFT too low — The Respondent fulfilled its obligations under Article 9 of ICSFT.

The meaning of “funds” excludes weapons — Treaty interpretation — Judicial practice.

The “clean hands” doctrine — Conditions met to apply the doctrine for ICSFT and CERD.

Political views not an element of ethnic origin — Scope and limits of “indirect discrimination”.

Dynamic in preference of language of school education in Crimea as an objective phenomenon — Lack of policy of racial discrimination.

Provisional measures Order — Ban on Mejlis not in contravention of CERD.

Provisional measures Order on non-aggravation — Outside of the scope of the dispute and addressed to both Parties.

INTRODUCTION

1. While I find myself in agreement with most of the Judgment’s findings, there are several matters on which, much to my regret, I cannot agree with the Majority and/or their reasoning, as well as some instances where I believe additional elucidation should be in order, with regard to the case’s history, the positions of the Parties or the approach of the Court. Hence, my opinion is in part dissenting, in part concurring and to a degree declaratory.

2. To begin with, I feel obliged to note the complexity of this case, which is effectively two cases rolled into one, each of those being uniquely broad, covering not only all conceivable aspects of the relevant conventions, but also

OPINION INDIVIDUELLE,
EN PARTIE CONCORDANTE ET EN PARTIE DISSIDENTE,
DE M. LE JUGE *AD HOC* TUZMUKHAMEDOV

[Traduction]

Absence de preuve de financement du terrorisme — Intention terroriste non démontrée.

Absence de violation de l'article 9 de la CIRFT à la lumière de l'absence de financement du terrorisme — Insuffisance du niveau de preuve adopté par la majorité concernant l'article 9 de la CIRFT — Respect par la défenderesse des obligations que lui impose l'article 9 de la CIRFT.

Armes exclues de la notion de « fonds » — Interprétation des traités — Pratique judiciaire.

Doctrines des « mains propres » — Conditions remplies pour appliquer la doctrine dans le cas de la CIRFT et de la CIEDR.

Convictions politiques ne pouvant être considérées comme un élément constitutif de l'origine ethnique — Portée et limites de la « discrimination indirecte ».

Dynamique sous-tendant le choix de la langue d'enseignement en Crimée s'expliquant comme un phénomène objectif — Absence de politique de discrimination raciale.

Ordonnance en indication de mesures conservatoires — Interdiction du Majlis n'emportant pas violation de la CIEDR.

Mesures de non-aggravation prescrites dans l'ordonnance — Exclues de la portée du différend et indiquées à l'endroit des deux Parties.

INTRODUCTION

1. Bien que je souscrive à la plupart des conclusions de l'arrêt, il existe plusieurs points sur lesquels je ne peux, à mon grand regret, m'associer à la majorité ou à son raisonnement, et d'autres qui me semblent commander des précisions supplémentaires quant à l'historique de l'affaire, aux positions des Parties ou à l'approche retenue par la Cour. Par conséquent, la présente opinion est en partie dissidente et en partie concordante et a, dans une certaine mesure, valeur de déclaration.

2. Tout d'abord, il me semble nécessaire de souligner la complexité de l'affaire, qui combine en réalité deux affaires en une, chacune ayant une portée exceptionnellement large, s'étendant non seulement à tous les aspects

reaching well beyond into other matters of international law — including humanitarian law, human rights law, counter-terrorism law — as well as innumerable questions of fact. This might well be the single most massive case in ICJ history — in its complexity, entanglement and reach well beyond the scope of the two conventions.

3. Another important aspect of the case is its primacy: this is the first time that the Court pronounces itself on the merits regarding interpretation and application of the ICSFT and of CERD. Considering also the scope of the case — which is nothing short of all-encompassing — it is a landmark decision that will undoubtedly shape a significant part of the international legal landscape. Of course, this put a special burden of responsibility on judges, acting as pioneers without the guidance of prior decisions while exploring *terra incognita*.

4. I personally found all of this to be acutely true, having only entered these complex and lengthy proceedings at their final stage, thus arriving at a disadvantage. At the same time, perhaps it gave me an opportunity to look at the case from the viewpoint of common sense rather than being constrained by the intricacies of law and fact woven over the years of deliberations — before unavoidably immersing myself in those intricacies.

5. My conclusion, grounded in this common sense almost as much as in legal and factual considerations to be outlined below, is that there have been no instances of terrorism financing or of racial discrimination, nor any breach of the ICSFT or CERD. By and large, this conclusion was supported by the Court in its final Judgment, and I am privileged to have been part of the Bench that dealt with the case with impartiality and integrity regarding most of the issues involved.

6. As to the couple of rather minor “violations” which the Majority has elected to discover, in my view they are more of a symbolic nature, since they do not seem to be adequately supported by legal or factual grounds and fail to even pass the test of common sense. It is unfortunate to have to express myself in such terms; however, I firmly believe in the need to preserve and protect the World Court from “slings and arrows”¹ of political pressure, that Court being the primary international institution on whose impartiality, to a significant extent, hinges the fundamental principle of peaceful resolution of international disputes.

¹ William Shakespeare, *Hamlet, Prince of Denmark*, Act III, Scene I.

possibles des conventions en cause, mais touchant, bien au-delà, à d'autres questions de droit international — dont le droit humanitaire, le droit des droits de l'homme, le droit relatif à la lutte contre le terrorisme — ainsi qu'à d'innombrables questions de fait. Il pourrait bien s'agir de la plus vaste affaire jamais soumise à la Cour, sa complexité, son intrication et sa portée dépassant de loin le champ d'application des deux conventions.

3. L'affaire est aussi importante dans le sens où elle constitue une première: jamais auparavant, la Cour ne s'était prononcée au fond sur l'interprétation et l'application de la CIRFT et de la CIEDR. Compte tenu en outre de la portée de cette instance — qui n'est rien de moins qu'universelle —, la Cour a pris une décision historique qui façonnera, à n'en pas douter, une part considérable du paysage juridique international. À l'évidence, cette situation a imposé une lourde responsabilité aux juges, qui, faisant œuvre de pionniers, n'ont pu prendre pour guides des décisions antérieures, alors qu'ils entraient en *terra incognita*.

4. J'en ai moi-même fait très concrètement l'expérience, n'ayant été désigné dans cette affaire qu'au stade final d'une procédure complexe et longue, ce qui m'a placé dans une position peu favorable. En même temps, cette circonstance m'a peut-être donné l'occasion d'examiner l'affaire à travers le prisme du bon sens, plutôt que de m'enfermer dans l'écheveau que les éléments de droit et de fait sont venus former au fil d'années de délibérations — avant de devoir inévitablement m'y plonger à mon tour.

5. Ma conclusion, qui repose presque tout autant sur ce bon sens que sur les considérations juridiques et factuelles que je décrirai ci-après, est qu'aucun acte de financement du terrorisme ou de discrimination raciale n'a été commis et qu'il n'y a eu violation ni de la CIRFT ni de la CIEDR. Dans l'ensemble, cette conclusion a été confirmée par la Cour dans son arrêt définitif, et j'ai eu le privilège de siéger aux côtés des juges qui ont tranché cette affaire avec impartialité et intégrité pour ce qui concerne la plupart des questions en cause.

6. Quant aux deux «manquements» relativement mineurs que la majorité a choisi de constater, ils revêtent à mon sens davantage un caractère symbolique, les conclusions y relatives ne semblant pas reposer sur des fondements juridiques ou factuels suffisants et ne résistant pas même à l'épreuve du bon sens. Je regrette de devoir m'exprimer ainsi; toutefois, je suis fermement convaincu qu'il faut préserver et protéger de «la fronde et [d]es flèches»¹ de la pression politique la Cour, principale instance internationale de l'impartialité de laquelle dépend, dans une large mesure, la juste application du principe fondamental du règlement pacifique des différends internationaux.

¹ William Shakespeare, *Hamlet, Prince de Danemark*, acte III, scène I [traduction française de François-Victor Hugo].

PART I — ICSFT

1. The Court Has Found No Evidence of Terrorism or Financing of Terrorism in This Case, and Rejected Ukraine's Claim that the DPR and LPR Were "Notorious Terrorist Organizations"

7. From the very beginning, Ukraine's ICSFT case seemed incredibly far-fetched. Of course, attempting to cast political and military opponents as "terrorists" is nothing new; but defending these claims in the World Court turned out to be a whole different matter.

8. As early as in 2017, at the provisional measures stage, the Court had stated that Ukraine's allegations regarding the ICSFT were implausible². Ukraine's attempt to make the case about "State-sponsored terrorism"³ did not even pass the preliminary objections phase and was rejected in 2019 for lack of jurisdiction. Now, after six years of litigation, and having considerably scaled down its allegations, Ukraine still failed to provide any evidence of "acts of terrorism" attributable to the Donetsk People's Republics (DPR) and Lugansk People's Republic (LPR) and "terrorism financing" by the Russian State or Russian persons.

9. One quote cited during the proceedings quite succinctly summarizes the essence of the case:

"It is important to understand what precisely is at stake in this debate: nothing less than the distinction between the terrorist and the soldier. Although it is frequently said that one nation's freedom fighter is another's terrorist, neither ordinary morality nor international law takes this position. There are morally and legally relevant distinctions to be made between these actions, and failure to understand these distinctions risks undermining the very foundations of *jus in bello* . . . it is imperative that we continue to insist upon distinguishing between terrorists who deliberately target civilians and soldiers who foresee that civilians will be killed as collateral damage while striking a military target. The former is a war crime, while the latter represents lawful conduct."⁴

² *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. 131-132, para. 75.

³ See Application, Section B, pp. 26-36 and pp. 90 and 92, paras. 134-135.

⁴ Jens D. Ohlin, "Targeting and the Concept of Intent", *Michigan Journal of International Law*, Vol. 35, Issue 1 (2013), p. 130. Available at: <https://repository.law.umich.edu/mjil/vol35/iss1/4>.

PREMIÈRE PARTIE — LA CIRFT

1. La Cour a conclu qu'aucun acte de terrorisme ou de financement du terrorisme n'avait été prouvé en l'espèce et a rejeté l'affirmation de l'Ukraine selon laquelle la RPD et la RPL étaient des « organisations terroristes notoires »

7. Depuis le début de la procédure, la ligne d'argumentation de l'Ukraine relative à la CIRFT a paru on ne peut plus capillotractée. Tenter de faire passer des opposants politiques et militaires pour des « terroristes » n'a bien sûr rien de nouveau, mais porter de telles accusations devant la Cour mondiale allait se révéler autrement plus hasardeux.

8. Dès 2017, au stade des mesures conservatoires, la Cour avait déclaré que les allégations de l'Ukraine concernant la CIRFT n'étaient pas plausibles². L'Ukraine avait bien tenté de présenter l'affaire comme relative au « terrorisme soutenu par un État »³, mais cette tentative a fait long feu dès le stade des exceptions préliminaires, la Cour s'étant, en 2019, déclarée incompétente en la matière. Aujourd'hui, après six années de procédure, au cours desquelles elle a considérablement modéré ses allégations, l'Ukraine n'a toujours pas produit la moindre preuve d'« actes de terrorisme » imputables à la République populaire de Donetsk (RPD) et à la République populaire de Lougansk (RPL) ni de « financement du terrorisme » par l'État russe ou par des personnes russes.

9. Cet extrait cité dans le cadre de la procédure résume en quelques mots les éléments ici en jeu :

« Il est important de bien comprendre que ce qui se joue ici n'est rien de moins que la distinction entre le terroriste et le soldat. Si l'on entend souvent dire que le combattant de la liberté d'une nation est le terroriste d'une autre, il en va différemment au regard de la morale ordinaire et du droit international. Ces actions se distinguent entre elles du point de vue moral et juridique, et ne pas comprendre ces distinctions, c'est risquer de mettre à mal les fondements mêmes du *jus in bello*... [N]ous devons impérativement continuer à insister pour que les terroristes qui prennent délibérément pour cible des civils soient distingués des soldats qui frappent un objectif militaire en prévoyant que des civils mourront, victimes de dommages collatéraux. Dans le premier cas, il s'agit d'un crime de guerre, dans le second, d'un comportement licite. »⁴

² *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. 131-132, par. 75.*

³ Voir requête, section B, p. 27-57, et p. 91 et 93, par. 134-135.

⁴ Jens D. Ohlin, « Targeting and the Concept of Intent », *Michigan Journal of International Law*, vol. 35, n° 1 (2013), p. 130. Accessible à l'adresse suivante : <https://repository.law.umich.edu/mjil/vol35/iss1/4>.

10. The DPR and LPR were not “terrorist organizations”, but entities created by the people of Donbass to implement their right to self-determination, in response to the nationalistic régime seizing power in Kiev through an armed and violent coup in 2014. It was this new unelected Kiev Government, relying on neo-Nazi groups⁵, which launched a military operation against Donbass to suppress the self-determination movement, thus igniting the internal armed conflict which served as the backdrop for this case.

11. The main incidents cast by Ukraine as “acts of terrorism” allegedly triggering the ICSFT occurred in the course of these hostilities and involved attacks against military targets (real or perceived). This fact presented a major obstacle for Ukraine to prove the necessary elements of a terrorism financing offence — the special terrorist intent to harm civilians for the purpose of spreading terror, and the intent or knowledge on behalf of the *financier* that the financing will go towards those goals.

12. The Court has steadfastly rejected all attempts by Ukraine to unduly expand the scope of the Convention through misinterpretation of its provisions regarding intent and knowledge. The relevant parts of the Judgment are very illustrative and leave little to add.

13. Failing to prove actual intent and knowledge, Ukraine resorted to claiming that the DPR and LPR were “notorious terrorist organizations” and thus Russia was obliged to act against them, even if Ukraine itself never supplied the relevant evidence of their “terrorist” nature. It is with regard to this claim that the Court made its fundamental finding on the absence of evidence that the DPR and LPR were engaged in terrorist activity:

“[T]he Court notes that *it does not have sufficient evidence before it to characterize any of the armed groups implicated by Ukraine in the commission of the alleged predicate acts as groups notorious for committing such acts*. In the circumstances, the funder’s knowledge that the funds are to be used to carry out a predicate act under Article 2 of the ICSFT cannot be inferred from the character of the recipient group”⁶.

14. This conclusion is well founded. Out of all the fighting which took place in Donbass from 2014 (the start of the conflict between Kiev’s unelected new Government and its opponents in Donbass) to 2017 (when

⁵ *The New York Times*, “Islamic Units Help Ukraine Battle Rebels”, 8 July 2015, Section A, p. 1: “[t]he Azov group, is openly neo-Nazi, using the ‘Wolf’s Hook’ symbol associated with the SS”.

⁶ Judgment, para. 76 (emphasis added).

10. La RPD et la RPL étaient non pas des «organisations terroristes», mais des entités créées par le peuple du Donbass pour exercer son droit à l'autodétermination en réponse à l'arrivée au pouvoir, par les armes et la violence, du régime nationaliste à Kiev lors du coup d'État de 2014. C'est ce nouveau gouvernement, non élu, de Kiev, s'appuyant sur des groupes néonazis⁵, qui a lancé une opération militaire contre le Donbass afin de réprimer le mouvement en faveur de l'autodétermination, déclenchant ainsi le conflit armé interne qui aura servi de toile de fond à la présente affaire.

11. Les principaux incidents présentés par l'Ukraine comme des «actes de terrorisme» mettant prétendument en jeu la CIRFT ont eu lieu dans le cadre de ces hostilités et consistaient en des attaques contre des objectifs militaires (réels ou perçus). Cet élément de fait a été le principal obstacle auquel s'est heurtée l'Ukraine lorsqu'elle a cherché à établir les différents éléments constitutifs de l'infraction de financement du terrorisme, à savoir l'intention terroriste spécifique — celle de faire des victimes civiles dans le but de répandre la terreur —, et l'intention du commanditaire de voir le financement affecté à de telles fins, ou la connaissance qu'a celui-ci du fait qu'il le sera.

12. La Cour a rejeté avec constance toutes les manœuvres qu'a déployées l'Ukraine pour élargir indûment le champ de la convention en se fondant sur une interprétation erronée de ses dispositions relatives à l'intention et à la connaissance. Les parties pertinentes de l'arrêt sont particulièrement éloquentes et je ne pense pas qu'il y ait grand-chose à ajouter à cet égard.

13. N'étant pas parvenue à établir l'existence de l'élément d'intention ou de connaissance, l'Ukraine s'est rabattue sur cet autre argument qui consiste à prétendre que la RPD et la RPL étaient des «organisations terroristes notoires» et que la Russie était donc tenue de prendre des mesures à leur encontre, en dépit du fait qu'elle n'a jamais elle-même produit de preuves pertinentes de leur caractère «terroriste». C'est au sujet de cette affirmation que la Cour a formulé son constat fondamental quant à l'absence de preuves de participation de la RPD et de la RPL à des activités terroristes :

«[L]a Cour note qu'elle ne dispose pas des éléments de preuve suffisants pour conclure que l'un quelconque des groupes armés qui sont, selon l'Ukraine, impliqués dans la commission des actes sous-jacents allégués, commet notoirement de tels actes. Dans ces circonstances, il ne peut être inféré du caractère du groupe bénéficiaire des fonds que le commanditaire savait que ceux-ci seraient utilisés en vue de commettre un acte sous-jacent visé à l'article 2 de la CIRFT»⁶.

14. Cette conclusion est parfaitement fondée. Si les affrontements ont été très nombreux dans la région du Donbass entre 2014 (date du début du conflit entre le nouveau gouvernement non élu de Kiev et ses opposants dans le

⁵ *The New York Times*, «Islamic Units Help Ukraine Battle Rebels», 8 juillet 2015, partie A, p. 1 : «[L]e groupe Azov est ouvertement néonazi, arborant pour symbole le "crochet à loup" (crampon) associé aux SS».

⁶ Arrêt, par. 76 (les italiques sont de moi).

Ukraine submitted its Application to the Court), only four combat-related incidents were portrayed by Ukraine as “acts of terrorism”: the downing of Flight MH17 and three episodes of shelling, respectively, of the Ukrainian military checkpoint at Volnovakha, the city of Mariupol and the city of Kramatorsk. Much of the case revolved around whether these incidents constituted predicate acts under the ICSFT.

15. Firstly, the Court did not determine that these attacks were even attributable to Donbass forces. Secondly, in all cases, there was a distinct lack of terrorist intent, even if proceeding from Ukraine’s own materials.

16. The MH17 incident was, of course, Ukraine’s “flagship case”. However, its very prominence acted against Ukraine’s efforts to paint it as a “terrorist attack”. Ukraine’s reliance on the findings of the Dutch investigation, the JIT group and the Hague District Court backfired, as none of these entities found evidence of terrorism or even a war crime in the event, but rather viewed it as a mistake of targeting in the heat of an ongoing armed conflict between Ukrainian and Donbass forces⁷.

17. Had the Court chosen to examine this incident more deeply, it would have had to confront the numerous gaps and inconsistencies in the reports of the Dutch authorities and JIT, which seemed all too keen to put the blame on the DPR while exonerating Ukrainian forces. One such apparent lapse by those authorities was how utterly oblivious they were to evidence pointing towards possible Ukrainian involvement in the disaster, ranging from the decision not to close the airspace over the conflict zone, to the deployment of multiple active *Ukrainian* BUK anti-aircraft systems in that zone, including in the vicinity of the crash area (confirmed, *inter alia*, by the Netherlands’ own intelligence service report on radar activity)⁸, as well as the fact that the markings on the missile fragments allegedly found at the crash site indicated that it had been part of the Ukrainian armed forces inventory⁹.

18. The JIT also ignored Ukraine’s own notoriety for shooting down civilian airliners: in 2001 its armed forces, engaged in military exercises and firing live missiles, destroyed a Russian civilian airliner en route from Tel Aviv to Novosibirsk with a stopover in Sochi, killing all 77 passengers and crew on board. Back then, Ukraine’s President Kuchma had said: “We

⁷ Rejoinder of Russia [hereinafter “RR”], para. 123.

⁸ *Ibid.*, para. 318.

⁹ *Ibid.*, Appendix 2, para. 40 (*b*).

Donbass) et 2017 (année où l'Ukraine a déposé sa requête auprès de la Cour), seuls quatre incidents survenus dans le cadre de combats ont été présentés par l'Ukraine comme des « actes de terrorisme » : la destruction de l'appareil assurant le vol MH17 et trois épisodes de tirs d'artillerie ayant frappé, respectivement, un poste de contrôle militaire ukrainien à Volnovakha, la ville de Marioupol et la ville de Kramatorsk. Une grande partie de l'argumentation développée portait sur la question de savoir si ces incidents étaient constitutifs d'actes sous-jacents relevant de la CIRFT.

15. Premièrement, la Cour n'a pas établi que ces attaques étaient même attribuables aux forces du Donbass. Deuxièmement, dans tous les cas invoqués, l'absence d'intention terroriste était manifeste, même d'après les propres éléments fournis par l'Ukraine.

16. L'incident du vol MH17 était, à l'évidence, le cas le plus emblématique présenté par l'Ukraine. Toutefois, c'est son retentissement même qui a desservi l'Ukraine dans ses efforts pour le faire passer pour un « attentat terroriste ». Le choix de l'Ukraine de s'appuyer sur les conclusions du bureau d'enquête néerlandais, de l'équipe d'enquête conjointe et du tribunal de première instance de La Haye s'est ainsi retourné contre elle : au terme de son examen, aucune de ces entités n'a conclu à la commission d'un acte de terrorisme ou même d'un crime de guerre, considérant au contraire que l'appareil avait été ciblé par erreur dans le feu du conflit armé qui faisait rage entre l'Ukraine et les forces du Donbass⁷.

17. Si la Cour avait choisi d'examiner l'incident de manière approfondie, elle aurait achoppé sur les nombreuses lacunes et incohérences émaillant les rapports des autorités néerlandaises et de l'équipe d'enquête conjointe, qui semblaient bien empressées à rejeter la faute sur la RPD, tout en disculpant les forces ukrainiennes. Entre autres défaillances manifestes, citons le fait que ces autorités n'ont fait absolument aucun cas des éléments témoignant d'une possible implication de l'Ukraine dans la catastrophe, qu'il s'agisse de la décision prise par celle-ci de ne pas fermer l'espace aérien au-dessus de la zone de conflit ou du déploiement de multiples systèmes antiaériens actifs *ukrainiens* de type Bouk dans ce même secteur, notamment au voisinage de celui où s'est écrasé l'appareil (confirmé, entre autres, par le rapport des services du renseignement des Pays-Bas concernant l'activité radar)⁸, ou encore du fait que les marques observées sur les fragments prétendument retrouvés à l'endroit où l'appareil s'est abattu indiquaient que le missile provenait des stocks des forces armées ukrainiennes⁹.

18. L'équipe d'enquête conjointe n'a pas davantage tenu compte du propre bilan de l'Ukraine en matière de destruction d'avions de ligne civils : en 2001, les forces armées ukrainiennes avaient tiré des missiles réels lors d'exercices militaires et détruit un avion de ligne civil russe alors qu'il reliait Tel-Aviv à Novossibirsk, avec escale à Sotchi, causant la mort des 77 passa-

⁷ Duplique de la Fédération de Russie (ci-après la « DFR »), par. 123.

⁸ *Ibid.*, par. 318.

⁹ *Ibid.*, appendice 2, par. 40, al. b).

are not the first, nor the last; let's not make a tragedy out of this"¹⁰. Whether inadvertently or not, Mr Kuchma may have been referring to the shooting down of the Iranian civilian airliner by the USS *Vincennes* over the Gulf, killing all 290 people aboard¹¹. Neither Ukraine, nor the United States have ever faced any international responsibility for these acts. Incredibly, during the hearings, Ukraine's counsel made the argument that Ukraine did not act unlawfully and its forces acted under "legal authority" when shooting down the Russian civilian airliner¹².

19. If Ukrainian air defence had previously managed to shoot down a civil aircraft in the perfect conditions of military exercises, how much more probable would such an event be in the fog of an actual ongoing armed conflict, with multiple BUK units actively seeking enemy targets in an airspace where warplanes mingled with civilian aircraft? This is exactly the reason why civil air traffic is normally shut down over conflict zones; but Ukraine chose not to do so to continue garnering payments for the use of its airspace by international civil aviation, hence airliners entering danger zones unbeknownst to their crews and likely becoming civilian shields for the Ukrainian air force against DPR's air defences. Other combat-related incidents referred to by the Applicant were even more clear-cut due to the presence of obvious military targets (the militarized checkpoint at frontline Buhas, which Ukraine chose to task with civilian traffic control; the Kramatorsk military airfield hosting a staff headquarters; the Ukrainian military positions in Mariupol and Avdeevka). Furthermore, even Ukraine's own evidence, such as alleged intercepts of communications and witness statements, pointed towards the absence of terrorist intent on behalf of DPR forces. Moreover, the attribution of the attacks to DPR remained in doubt.

20. The same can be said regarding the rest of the incidents (so-called "bombings", "killings" and "disappearances"): Ukraine has failed to prove both their attribution to the DPR and LPR and their allegedly "terrorist" nature. In fact, not a few of the incidents bore distinct hallmarks of staged

¹⁰ *Parlamentskaya Gazeta* (The Parliamentary Gazette, in Russian), 4 October 2018, <https://www.pnp.ru/social/leonid-kuchma-ne-nado-delat-iz-etogo-tragediyu.html> (accessed on 17 January 2024); see also: <https://www.youtube.com/watch?v=X8sosTxgHn4> (accessed on 17 January 2024).

¹¹ RR, para. 291 (j).

¹² CR 2023/5, p. 56, para. 13 (Zionts).

gers et membres d'équipage à son bord. Le président ukrainien, M. Kouchma, avait alors déclaré : « Nous ne sommes ni les premiers ni les derniers, il n'y a pas lieu de dramatiser. »¹⁰ À dessein ou non, M. Kouchma faisait peut-être référence à la destruction d'un avion de ligne civil iranien par l'USS *Vincennes* dans le golfe Persique, ayant provoqué la mort des 290 personnes qui se trouvaient à bord¹¹. Ni l'Ukraine ni les États-Unis n'ont jamais vu leur responsabilité internationale engagée à raison de ces actes. Et, aussi incroyable que cela puisse paraître, à l'audience, le conseil de l'Ukraine a fait valoir que celle-ci n'avait pas alors commis de fait illicite et que ses forces étaient investies de l'« autorité légale » nécessaire quand elles avaient détruit l'avion de ligne civil russe¹².

19. Si la défense antiaérienne ukrainienne a trouvé le moyen de détruire par inadvertance un aéronef civil dans des conditions qui se prêtaient parfaitement à un exercice militaire, n'était-il pas autrement plus probable qu'un appareil civil ait été détruit de la sorte dans le brouillard d'un vrai conflit armé, alors que de multiples systèmes antiaériens Bouk recherchaient activement des objectifs ennemis dans un espace aérien que se partageaient avions de guerre et aéronefs civils ? C'est précisément pour cette raison que l'on interdit normalement tout trafic aérien civil dans les zones de conflit, mais l'Ukraine a décidé de ne pas fermer son espace aérien, afin de continuer à percevoir des paiements en échange de son utilisation par l'aviation civile internationale, laissant donc des avions de ligne pénétrer dans des zones dangereuses sans que leurs équipages en soient informés et s'en servant vraisemblablement comme boucliers civils protégeant la force aérienne ukrainienne contre les systèmes de défense antiaérienne de la RPD. Dans le cas de certains des autres incidents qui ont été cités par la demanderesse, il était encore plus clair qu'ils étaient liés aux combats, au vu de la présence d'objectifs militaires évidents (poste de contrôle militarisé sur la ligne de front de Buhas, que l'Ukraine avait choisi de charger d'une mission de contrôle de la circulation civile; terrain d'aviation militaire de Kramatorsk où était déployé du personnel militaire; positions militaires ukrainiennes à Marioupol et Avdeevka). En outre, même les preuves présentées par l'Ukraine, telles que les communications qui auraient été interceptées et les dépositions de témoins, tendaient à démontrer l'absence d'intention terroriste de la part des forces de la RPD. Qui plus est, des doutes persistaient quant à l'imputabilité des attaques à la RPD.

20. On peut en dire autant des autres incidents (les prétendus « attentats à l'explosif », « meurtres » et « disparitions ») : l'Ukraine n'a prouvé ni leur imputabilité à la RPD/RPL ni qu'il se serait agi d'actes « terroristes ». En fait, nombre de ces incidents présentaient les caractéristiques distinctives d'opé-

¹⁰ *Parlamentskaya Gazeta* (La gazette parlementaire, en russe), 4 octobre 2018, <https://www.pnp.ru/social/leonid-kuchma-ne-nado-delat-iz-etogo-tragediyu.html> (consulté le 17 janvier 2024); voir également <https://www.youtube.com/watch?v=X8s0sTxgHn4> (consulté le 17 janvier 2024).

¹¹ DFR, par. 291, al. j).

¹² CR 2023/5, p. 56, par. 13 (Zionts).

operations by the Ukrainian Security Service (SBU), whose notoriety for such “false flags” is illustrated by the case of a journalist being reportedly “assassinated” by “Russian spies” only to emerge afterwards safe and sound, publicly declaring the entire stint to be an SBU operation¹³. One alleged “terrorist attack” involved a purported firing of an incendiary grenade launcher at a bank building — which for some reason happened at night, when the bank was closed and there were no people in the vicinity to be harmed by the act or witness it; moreover, the grenade did not even explode and was “extracted” by Ukrainian special services the next day (something technically impossible according to a munitions expert report presented to the Court)¹⁴. Other acts were blamed on Russia because the arms used were allegedly of Russian manufacture; however, they turned out to be generic Soviet-era weaponry now part of Ukrainian military inventory.

21. For the Court to go deep into an examination of all these incidents would undoubtedly have proven embarrassing to the Applicant. The Judgment merely glosses over them. Nevertheless, the fact remains that none of the incidents were found to be acts of terrorism, nor any evidence of terrorism financing was discovered by the Court.

22. The frivolity of the Applicant’s allegations was further illustrated by reports of the Financial Action Task Force (FATF), the world’s leading body charged with combating terrorism financing. The FATF had brushed aside Ukraine’s complaints about Russia’s alleged lack of co-operation concerning the DPR and LPR as pertaining to a “political dispute”¹⁵ and rejected Ukraine’s calls to “black-list” Russia. At the same time, the FATF criticized Ukraine for not providing sufficient evidence in its requests for assistance and co-operation¹⁶. Would it not follow that the FATF did not accept Ukraine’s characterization of the DPR and LPR as terrorist organizations, nor was it aware of their “notoriety” as such¹⁷?

¹³ *The Guardian*, “Arkady Babchenko Reveals He Faked His Death to Thwart Moscow Plot”, 30 May 2018, accessible at: <https://www.theguardian.com/world/2018/may/30/arkady-babchenko-reveals-he-faked-his-death-to-thwart-moscow-plot>.

¹⁴ RR, Annex 5, para. 14.

¹⁵ Financial Action Task Force, “Anti-Money Laundering and Counter-Terrorist Financing Measures — Russian Federation, Fourth Round Mutual Evaluation Report” (December 2019), p. 208, para. 616.

¹⁶ Committee of Experts on the Evaluation of Anti-Money Laundering Measures and the Financing of Terrorism (MONEYVAL), “Anti-money laundering and counter-terrorist financing measures — Ukraine, Fifth Round Mutual Evaluation Report”, 2017, p. 135, para. 595.

¹⁷ CR 2023/10, pp. 48-51 (Kosorukov).

rations mises en scène par les services de sécurité ukrainiens, coutumiers des opérations menées sous « fausse bannière », telles qu'illustrées par l'histoire de ce journaliste déclaré « assassiné » par des « espions russes », mais qui a fini par réapparaître sain et sauf, et par affirmer publiquement que toute l'opération avait été un coup monté desdits services¹³. Une prétendue « attaque terroriste » aurait été perpétrée contre le bâtiment d'une banque avec un lance-grenades incendiaire — et l'aurait été, pour une raison qu'on peine à s'expliquer, de nuit, alors que la banque était fermée et qu'il ne se trouvait personne à proximité qui puisse en être victime ou témoin ; de plus, la grenade n'a même pas explosé et a été « enlevée » par les services spéciaux ukrainiens le lendemain (ce qui, selon le rapport d'un expert en munitions présenté à la Cour, est techniquement impossible)¹⁴. D'autres faits ont été imputés à la Russie, au motif que les armes utilisées auraient été de fabrication russe ; or, il s'est avéré qu'il s'agissait de matériel de guerre générique hérité de l'ère soviétique qui faisait désormais partie du matériel militaire ukrainien.

21. Les conclusions auxquelles aurait donné lieu un examen détaillé de l'ensemble de ces incidents auraient sans nul doute été fort embarrassantes pour la demanderesse. En l'occurrence, ces incidents sont à peine mentionnés dans l'arrêt. Il n'en demeure pas moins qu'aucun d'entre eux n'a été déclaré constitutif de terrorisme et que la Cour n'a trouvé aucune preuve de financement du terrorisme.

22. L'absence de fondement des allégations de la demanderesse est encore étayée par les rapports du Groupe d'action financière (GAFI), principal organe international chargé de lutter contre le financement du terrorisme. Le GAFI avait balayé les griefs formulés par l'Ukraine quant au prétendu manque de coopération de la Russie concernant la RPD et la RPL en les mettant sur le compte d'un « différend politique »¹⁵, et avait rejeté les demandes ukrainiennes visant à faire inscrire la Russie sur « liste noire ». Dans le même temps, le GAFI s'était montré critique à l'égard de l'Ukraine, pointant l'insuffisance des éléments de preuve fournis dans ses demandes d'entraide et de coopération¹⁶. Force n'est-il pas d'en conclure que le GAFI n'a pas retenu la qualification d'organisations terroristes attribuée à la RPD et à la RPL par l'Ukraine ni n'avait connaissance de leur « notoriété » en tant que telles¹⁷ ?

¹³ *The Guardian*, « Arkady Babchenko Reveals He Faked His Death to Thwart Moscow Plot », 30 mai 2018, accessible à l'adresse suivante : <https://www.theguardian.com/world/2018/may/30/arkady-babchenko-reveals-he-faked-his-death-tothwart-moscow-plot>.

¹⁴ DFR, annexe 5, par. 14.

¹⁵ Groupe d'action financière, « Anti-Money Laundering and Counter-Terrorist Financing Measures — Russian Federation, Fourth Round Mutual Evaluation Report » (décembre 2019), p. 208, par. 616.

¹⁶ Comité d'experts sur l'évaluation des mesures de lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme (MONEYVAL), « Anti-money laundering and counter-terrorist financing measures — Ukraine, Fifth Round Mutual Evaluation Report », 2017, p. 135, par. 595.

¹⁷ CR 2023/10, p. 48-51 (Kosorukov).

2. *Absence of Terrorism Financing Should Have Excluded a Violation of Ancillary Obligations to Co-operate under Article 9*

23. This is one of the Judgment's most puzzling parts: the decision to find a violation of an ancillary obligation of a treaty in the absence of a violation of the treaty's principal obligation.

24. The ICSFT, and by extension the agreement of the Respondent to be subject to ICJ jurisdiction with regard to the ICSFT, covers terrorism financing. Therefore, in matters unrelated to terrorism financing, the Convention does not apply. Yet the Majority has decided that, in this case, the Convention should apply and, moreover, be capable of being breached, even though the Court has not found a single instance of terrorism financing allegations advanced by Ukraine to be true, nor established any reason to *expect* that such allegations were true, since the DPR and LPR were not "notorious terrorist organizations".

25. Presumably a treaty cannot be rendered applicable simply on the basis of a *claim* by one State party that it is applicable — a claim that is later proven to be false. Apparently, the Majority believed otherwise.

26. It has been a long-standing staple of the Court's case law that fulfilment of subsidiary (ancillary, accessory) obligations, such as those on co-operation or prevention, is hinged upon the existence of predicate offences. The seminal example was provided by the Court in *Bosnian Genocide*:

"[A] State can be held responsible for breaching the obligation to prevent genocide only if genocide was actually committed. It is at the time when commission of the prohibited act (genocide or any of the other acts listed in Article III of the Convention) begins that the breach of an obligation of prevention occurs."¹⁸ (Emphasis added.)

27. The Court then clarified the difference between circumstances when an obligation of prevention may be considered breached and circumstances when it merely arises:

"This obviously does not mean that the obligation to prevent genocide only comes into being when perpetration of genocide commences; that would be absurd, since the whole point of the obligation is to prevent, or attempt to prevent, the occurrence of the act. In fact, *a State's obligation to prevent, and the corresponding duty to act, arise at the instant that*

¹⁸ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment, I.C.J. Reports 2007 (I), pp. 221-222, para. 431.

2. *En l'absence de financement du terrorisme, il convenait d'exclure tout manquement aux obligations secondaires de coopération énoncées à l'article 9*

23. Venons-en à l'une des parties les plus déconcertantes de l'arrêt: la décision de constater un manquement à une obligation secondaire énoncée dans un traité en l'absence de violation de l'obligation principale visée par ce même traité.

24. La CIRFT et, par extension, le consentement de la défenderesse à se soumettre à la compétence de la Cour lorsque celle-ci est en cause se rapportent au financement du terrorisme. Par conséquent, dès lors que les questions considérées sont sans rapport avec le financement du terrorisme, la convention ne s'applique pas. Pourtant, la majorité a jugé en l'espèce qu'elle trouvait à s'appliquer et, plus encore, qu'elle était susceptible de violation, alors même que la Cour n'a retenu aucune des allégations de financement du terrorisme avancées par l'Ukraine ni estimé qu'il y avait la moindre raison d'*escompter* que celles-ci se révéleraient fondées, dans la mesure où la RPD et la RPL n'étaient pas des « organisations terroristes notoires ».

25. Il me semble qu'un traité ne peut être rendu applicable du simple fait qu'un État partie *affirme* qu'il est applicable — avant que son affirmation se trouve invalidée. Apparemment, la majorité n'était pas de cet avis.

26. Il est un principe essentiel établi de longue date dans la jurisprudence de la Cour, qui veut que l'exécution d'obligations secondaires (auxiliaires, accessoires), telles que l'obligation de coopérer ou de prévenir, est subordonnée à l'existence d'une infraction principale. La Cour l'a illustré dans l'affaire du *Génocide en Bosnie*, en formulant cet énoncé qui a fait date :

« [L]a responsabilité d'un État pour violation de l'obligation de prévenir le génocide n'est susceptible d'être retenue que si un génocide a effectivement été commis. C'est seulement au moment où l'acte prohibé (le génocide ou l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article III de la Convention) a commencé à être commis que la violation d'une obligation de prévention est constituée. »¹⁸ (Les italiques sont de moi.)

27. La Cour a ensuite précisé la différence entre les circonstances susceptibles de donner lieu à un constat de violation de l'obligation de prévention et celles de la simple naissance de cette obligation :

« Cela ne signifie évidemment pas que l'obligation de prévenir le génocide ne prend naissance qu'au moment où le génocide commence à être perpétré, ce qui serait absurde, puisqu'une telle obligation a précisément pour objet d'empêcher, ou de tenter d'empêcher, la survenance d'un tel acte. En réalité, *l'obligation de prévention et le devoir d'agir qui en est*

¹⁸ *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2007 (I), p. 221-222, par. 431.

the State learns of, or should normally have learned of, the existence of a serious risk that genocide will be committed. From that moment onwards, if the State has available to it means likely to have a deterrent effect on those suspected of preparing genocide, or reasonably suspected of harbouring specific intent (*dolus specialis*), it is under a duty to make such use of these means as the circumstances permit. *However, if neither genocide nor any of the other acts listed in Article III of the Convention are ultimately carried out, then a State that omitted to act when it could have done so cannot be held responsible a posteriori, since the event did not happen which, under the rule set out above, must occur for there to be a violation of the obligation to prevent.*¹⁹ (Emphasis added.)

28. This is in line with the International Law Commission's Articles on State Responsibility, according to which "[t]he breach of an international obligation requiring a State to prevent a given event occurs when the event occurs"²⁰.

29. All of the co-operation obligations in the ICSFT are ultimately aimed at preventing and punishing terrorism financing. They are, in effect, obligations to *co-operate in order to prevent and punish*. This is made clear not only from their wording and context, but directly from the explicit provision in the preamble of the Convention specifying its object and purpose:

"The States Parties to this Convention,

.....

Being convinced of the urgent need to enhance international cooperation among States in devising and adopting effective measures for the *prevention of the financing of terrorism*, as well as for its *suppression through the prosecution and punishment* of its perpetrators,

Have agreed as follows . . ." (emphasis added).

30. As such, these provisions all hinge upon the offence of terrorism financing, which in turn depends upon commission, or at least planning of, actual acts of terrorism (the criteria of intent and knowledge). To put it simply, if no terrorism financing occurred, then no obligations for its prevention or suppression could have been breached. Article 9, paragraph 1, specifically only covers situations involving "an offence set forth in article 2"; the absence of such an offence should have excluded the possibility of a breach of this provision.

¹⁹ *Ibid.*, p. 222, para. 431.

²⁰ International Law Commission's Articles on State Responsibility, Art. 14 (3), p. 59 (Supplement No. 10 (A/56/10), Chap. IV.E.1).

le corollaire prennent naissance, pour un État, au moment où celui-ci a connaissance, ou devrait normalement avoir connaissance, de l'existence d'un risque sérieux de commission d'un génocide. Dès cet instant, l'État est tenu, s'il dispose de moyens susceptibles d'avoir un effet dissuasif à l'égard des personnes soupçonnées de préparer un génocide, ou dont on peut raisonnablement craindre qu'ils nourrissent l'intention spécifique (dolus specialis), de mettre en œuvre ces moyens, selon les circonstances. Pour autant, si ni le génocide ni aucun des autres actes énumérés à l'article III de la Convention n'est finalement mis à exécution, la responsabilité de l'État qui se sera abstenu d'agir alors qu'il l'aurait pu ne pourra pas être recherchée a posteriori, faute que soit survenu l'événement en l'absence duquel la violation de l'obligation de prévention n'est pas constituée, selon la règle ci-dessus énoncée.»¹⁹
(Les italiques sont de moi.)

28. Cette logique correspond à celle suivie par la Commission du droit international dans ses articles sur la responsabilité de l'État, aux termes desquels «[l]a violation d'une obligation internationale requérant de l'État qu'il prévienne un événement donné a lieu au moment où l'événement survient»²⁰.

29. Toutes les obligations de coopération prévues dans la CIRFT visent en définitive à prévenir et à réprimer le financement du terrorisme. Il s'agit de fait d'obligations de *coopérer pour prévenir et réprimer*. C'est non seulement ce qui ressort clairement du libellé employé et du contexte, mais aussi ce qui est directement énoncé dans l'alinéa du préambule de la convention qui en explicite l'objet et le but :

«Les États Parties à la présente Convention,

.....

Convaincus de la nécessité urgente de renforcer la coopération internationale entre les États pour l'élaboration et l'adoption de mesures efficaces destinées à prévenir le financement du terrorisme ainsi qu'à le réprimer en en poursuivant et punissant les auteurs,

Sont convenus de ce qui suit... » (les italiques sont de moi).

30. Ainsi, toutes ces obligations n'entrent en jeu qu'en cas d'infraction de financement du terrorisme qui, elle-même, suppose la commission ou, à tout le moins la planification, d'actes de terrorisme en tant que tels (satisfaisant aux critères d'intention et de connaissance). Dit simplement, s'il n'y a pas eu de financement du terrorisme, aucune obligation de prévenir ou de réprimer ce financement n'a pu être violée. Le paragraphe 1 de l'article 9 ne concerne expressément que les situations mettant en jeu «une infraction visée à l'article 2» ; en l'absence d'une telle infraction, la possibilité de constater un manquement à cette disposition aurait dû être exclue.

¹⁹ *Ibid.*, p. 222, par. 431.

²⁰ Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, art. 14, p. 48, par. 3 (supplément n° 10 (A/56/10), chap. IV.E.1).

31. Even if, *quod non*, it *appeared* that terrorism financing might have occurred (which was not the case, as Ukraine failed to provide such evidence by any standard of sufficiency), the mere fact that it had not occurred in reality should have excluded the possibility of a breach of the co-operation obligation, due to the absence of the subject-matter of said co-operation.

32. In the present case, Ukraine has failed to produce convincing evidence of terrorism or terrorism financing. Normally, that would mean that no breach of subsidiary obligations by the respondent could be established. There can be no breach of the obligation to prevent or punish a crime, or to co-operate in order to prevent or punish, if no crime has been committed and the allegations were false from the outset.

33. Nevertheless, in the present case the Judgment states that

“each provision of the ICSFT invoked by the Applicant imposes a distinct obligation upon States parties to that Convention. In each case, the Court must first ascertain the threshold of evidence of terrorism financing that must be met for an obligation under that provision of the ICSFT to arise. Such an evidentiary threshold may differ depending on the text of the provision under examination and the nature of the obligation it imposes.”²¹

34. By stating that, the Judgment divorced the obligations to co-operate from the primary goal of the Convention to prevent and punish terrorism financing — in other words, from the very subject-matter of the Convention, making those obligations an end in themselves. The Court, rather its Majority, also seems to have stepped away from the previously drawn distinction between the arising of an obligation (*quod non*, as in my view no obligation has ever arisen under the ICSFT in the present case) and its capacity of being breached. Furthermore, by introducing a variable threshold of evidence, and by setting its bar so low as to be basically non-existent for triggering certain obligations, the Court has effectively held that obligations under a treaty may arise and be breached even in the absence of a violation of the treaty’s subject-matter.

35. Summing up, the Court, by a majority, found a breach of an obligation ancillary to the principal obligation to combat terrorism financing, even though there had been no terrorism financing — or, in fact, terrorism — to combat. This decision appears to be at a significant deviation from the previous approach of the Court and it is not unlikely that it will have serious consequences for the future of international dispute resolution.

²¹ Judgment, para. 84.

31. Même s'il *pouvait sembler* — *quod non* — qu'une infraction de financement du terrorisme était susceptible d'avoir été commise (or, l'Ukraine n'en a pas apporté la preuve suffisante, et ce, quel que soit le niveau d'exigence retenu à cet égard), le simple fait qu'elle ne l'ait pas été aurait dû exclure la possibilité de constater un manquement à l'obligation d'une coopération qui était sans objet.

32. Dans la présente espèce, l'Ukraine n'a pas produit de preuves convaincantes de terrorisme ou de financement du terrorisme. En principe, aucun manquement de la défenderesse à ses obligations secondaires ne saurait dès lors être établi. Il ne peut y avoir violation de l'obligation de prévenir ou de réprimer une infraction, ou de coopérer en vue de la prévention ou de la répression de cette infraction, si aucune infraction n'a été commise et que, dès l'origine, les allégations en faisant état étaient fausses.

33. Néanmoins, la Cour, dans le présent arrêt, note que

«chacune des dispositions de la CIRFT invoquées par la demanderesse impose aux États parties à cette convention une obligation distincte. Il lui faudra déterminer d'abord, dans chaque cas, le niveau de preuve d'un financement du terrorisme requis pour que naisse une obligation au titre de la disposition à l'examen. Ce niveau pourra varier en fonction du texte de ladite disposition et de la nature de l'obligation que celle-ci prescrit.»²¹

34. Ce disant, la Cour dissocie les obligations de coopération du but premier de la convention, à savoir prévenir et réprimer le financement du terrorisme — et, partant, de l'objet même de cette dernière, si bien que ces obligations deviennent une fin en tant que telles. La Cour, ou plutôt la majorité, semble également ne pas retenir la distinction qu'elle avait établie en ce qui concerne la naissance d'une obligation (*quod non*, puisque, à mon sens, aucune obligation n'est jamais née de la CIRFT en l'espèce) et son éventuelle violation. En outre, en introduisant un niveau de preuve variable et en fixant, pour certaines obligations, un seuil d'applicabilité si bas qu'il en devient quasi inexistant, la Cour a de fait jugé que les obligations que prévoit un traité pouvaient naître et être violées même en l'absence de violation de l'obligation visée par ledit traité.

35. En résumé, la Cour, à la majorité, a constaté un manquement à une obligation corollaire de l'obligation principale de combattre le financement du terrorisme, alors même qu'aucun financement du terrorisme — ou, de fait, acte de terrorisme — n'était à combattre. Cette approche semble très différente de celle qu'elle avait précédemment retenue et il est rien moins qu'improbable qu'elle ait de graves conséquences pour le règlement des différends internationaux à l'avenir.

²¹ Arrêt, par. 84.

*3. The Threshold Adopted by the Court with regard
to Article 9 Was Far Too Low*

36. Article 9, paragraph 1, of the ICSFT does not contain an *unconditional* obligation to investigate a person who has committed, or is alleged to have committed, a terrorism financing offence. It is, in fact, explicitly conditional upon the following factors:

- (1) the offence should fall under Article 2, which contains the definition of terrorism financing — i.e. it is not sufficient to simply allege terrorism financing, the criteria of the definition should actually be met;
- (2) measures to be taken are those that *may be necessary under domestic law* of the requested party;
- (3) these measures only concern investigation of *facts* contained in the information.

37. All of these factors are required for Article 9 to be triggered; in my view, none of them have been shown to exist in the present case.

38. None of Ukraine's allegations met the requirements of Article 2 for the simple reason of absence of any terrorism financing in the first place.

39. Russia's domestic law required *sufficient evidence* to launch an investigation²²; no such evidence was provided by Ukraine (and as these proceedings have demonstrated, Ukraine was never in possession of such evidence).

40. No *facts* were provided by Ukraine, rather there were only unsubstantiated claims regarding "terrorist activities" of the DPR and LPR — which were not accepted by this Court.

41. Furthermore, there was an important additional factor specific to the circumstances of the present case: the context of Ukraine's allegations suggested that they had a political rather than terrorism-combating purpose. After all, the allegations were aimed at the DPR and LPR and at the people supporting them — i.e. persons in direct political opposition to the Government in Kiev. International monitors such as the United Nations Office of the Human Commissioner for Human Rights (hereinafter OHCHR) have repeatedly raised concerns about the Ukrainian Government creating a "climate of fear" through repeated human rights violations, including enforced disappearances and false allegations of "terrorism financing", conducted by the Security Service of Ukraine (SBU)²³, the so-called

²² See RR, paras. 565-566.

²³ Counter-Memorial of the Russian Federation (hereinafter "CMR"), Vol. I, para. 508; RR, paras. 23-24, 454 and 456. Sputnik International, "Incidents with Russian Reporters in Ukraine in 2014-2017" (31 August 2017), available at: <https://sputniknews.com/europe/201708311056947334-russian-reporters-ukraine/> (RR, Annex 187). KHPG, "Ukraine follows

3. *Le niveau d'exigence en matière de preuve adopté par la Cour concernant l'article 9 était bien trop peu élevé*

36. Le paragraphe 1 de l'article 9 de la CIRFT ne renferme pas d'obligation *inconditionnelle* d'enquêter sur l'auteur ou l'auteur présumé d'une infraction de financement du terrorisme. Il y est au contraire explicité que cette obligation n'entre en jeu qu'à la condition que :

- 1) l'infraction relève de l'article 2, qui définit le financement du terrorisme — c'est-à-dire qu'il ne suffit pas d'alléguer l'existence d'un financement du terrorisme, encore faut-il que les éléments constitutifs de l'infraction énoncés dans la définition soient effectivement présents ;
- 2) les mesures à prendre soient celles qui *peuvent être nécessaires conformément à la législation interne* de la partie requise ;
- 3) ces mesures ne concernent que l'enquête visant les *faits* portés à la connaissance de celle-ci.

37. Toutes ces conditions doivent être remplies pour que l'article 9 devienne applicable ; or, à mon sens, il n'a été établi qu'elles l'étaient dans aucun des trois cas.

38. Aucune des allégations de l'Ukraine ne satisfaisait aux exigences énoncées à l'article 2 pour la simple raison qu'il n'y a pas eu, en fait, de financement du terrorisme.

39. La législation interne russe requérait des *preuves suffisantes* pour qu'une enquête puisse être ouverte²² ; or, l'Ukraine n'en a jamais produit (et, ainsi qu'il est ressorti de la présente procédure, n'en a jamais été en possession).

40. L'Ukraine n'a pas présenté de *faits*, mais seulement des demandes concernant des « activités terroristes » de la RPD et de la RPL que rien n'étayait — et que la Cour a rejetées.

41. Autre facteur important propre aux circonstances de l'espèce : le contexte dans lequel l'Ukraine a formulé ses allégations donne à penser que celles-ci étaient dictées par des motivations politiques davantage que par une volonté de combattre le terrorisme. Après tout, ces allégations visaient la RPD, la RPL et les personnes qui les soutenaient, c'est-à-dire les personnes se trouvant en opposition politique directe avec le Gouvernement de Kiev. Des observateurs internationaux, tels que le Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme (HCDH), ont à maintes reprises exprimé leurs inquiétudes quant au « climat de peur » distillé par le Gouvernement ukrainien à raison de violations répétées des droits de l'homme, dont des disparitions forcées et de fausses allégations de « financement du terrorisme », commises par ses services de sécurité²³,

²² Voir DFR, par. 565-566.

²³ Contre-mémoire de la Fédération de Russie (ci-après le « CMFR »), vol. I, par. 508 ; DFR, par. 23-24, 454 et 456. Sputnik International, « Incidents with Russian Reporters in Ukraine in 2014-2017 » (31 août 2017), accessible à l'adresse suivante : <https://sputniknews.com/europe/201708311056947334-russian-reporters-ukraine/> (DFR, annexe 187). KHPG,

“volunteer battalions” (of neo-Nazi leaning), and other entities under the control of the Government in Kiev²⁴.

42. Due to the real danger of trumped-up charges of terrorism and terrorism financing being used as tools for political persecution, exercise of caution was not merely justified but required, in particular under human rights obligations. The European Court of Human Rights (ECtHR), specifically, on numerous occasions adjudicated that international legal assistance in the criminal law field was subordinate to human rights guarantees (rulings on cases involving the Russian Federation and other States parties to the European Convention on Human Rights)²⁵. The Organization for Security and Co-operation in Europe (hereinafter the OSCE) warned that to ensure protection of human rights, the decision to start an investigation “must be based on *reasonable suspicion* that a terrorism-related offence, as defined in domestic law, has been committed” (emphasis

Russia in dubious ‘State treason’ arrests” (16 February 2015), available at: <http://khpg.org/en/index.php?id=1423918032> (RR, Annex 189). TASS, “How Ukraine imposed sanctions on Russian individuals and entities” (20 March 2019), available at: <https://tass.ru/info/6240919> (RR, Annex 306). Human Rights Watch, “Ukraine Foreign Journalists Barred or Expelled” (1 September 2017), available at: <https://www.hrw.org/news/2017/09/01/ukraine-foreign-journalists-barred-or-expelled> (RR, Annex 190). RIA Novosti, “Cases of harassment of journalists in Ukraine in 2014-2017” (19 June 2017), available at: <https://ria.ru/20170619/1496819255.html> (RR, Annex 307). *Ukrainska Pravda*, “Journalist Babchenko is alive, the murder is staged” (30 May 2018), available at: <https://www.pravda.com.ua/rus/news/2018/05/30/7181836/> (RR, Annex 78). *The Guardian*, “Arkady Babchenko Reveals He Faked His Death to Thwart Moscow Plot” (30 May 2018), available at: <https://www.theguardian.com/world/2018/may/30/arkady-babchenko-reveals-he-faked-his-death-to-thwart-moscow-plot> (RR, Annex 93).

²⁴ RR, paras. 11-16, 27-28. Pictures.reuters.com, “Members of a ‘Maidan’ self-defence battalion take part in a training at a base of Ukraine’s National Guard near Kiev” (31 March 2014), available at: <https://pictures.reuters.com/archive/UKRAINE-CRISIS-GM1EA3V1ME601.html> (RR, Annex 473). OHCHR, Report on the human rights situation in Ukraine (1 May to 15 August 2015), 8 September 2015, para. 123, available at: <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Countries/UA/11thOHCHRreportUkraine.pdf>. TSN, “In Lvov protesters seize main law enforcement buildings and weapons arsenal” (19 February 2014), available at: <https://tsn.ua/ukrayina/u-lvovi-protestuvalniki-zahopili-golovni-budivli-silovikiv-ta-arsenal-zbroji-335205.html> (RR, Annex 398). *Unian.ua*, “Military warehouses with weapons burn in Lvov” (19 February 2014), available at: <https://www.unian.ua/politics/886677-u-lvovi-goryat-viyskovi-skladi-zi-zbroeyu.html> (RR, Annex 188). I. Lopatonok and O. Stone, “Ukraine on Fire”, Documentary (2016), available at: <https://watchdocumentaries.com/ukraine-on-fire/>; See also *The World*, “Who Were the Maidan Snipers?” (14 March 2014), available at: <https://theworld.org/stories/2014-03-14/who-were-maidan-snipers> (RR, Annex 180); *BBC News Ukraine*, “The Maidan Shooting: a Participant’s Account” (13 February 2015), available at: https://www.bbc.com/ukrainian/ukraine_in_russian/2015/02/150213_ru_s_maidan_shooting (RR, Annex 181).

²⁵ See: *Gafarov v. Russia*, ECtHR, Application No. 25404/09, Judgment of 21 October 2010, paras. 110-116; *Sultanov v. Russia*, ECtHR, Application No. 15303/09, Judgment of 4 November 2010, para. 57; *A. B. v. Russia*, ECtHR, Application No. 1439/06, Judgment of 14 October 2010, paras. 127-135; *Sidikovy v. Russia*, ECtHR, Application No. 73455/11, Judgment of 20 June 2013, paras. 129-138.

les prétendus « bataillons de volontaires » (d'inspiration néonazie) et d'autres entités sous son contrôle²⁴.

42. Compte tenu du risque réel d'instrumentalisation des fausses accusations de terrorisme et de financement du terrorisme à des fins de persécution politique, il aurait été non seulement justifié mais aussi nécessaire de faire preuve de prudence, en particulier au regard des obligations en matière de droits de l'homme. La Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), en particulier, a maintes fois énoncé que l'entraide judiciaire internationale en matière pénale était subordonnée à l'existence de garanties en matière de respect des droits de l'homme (décisions rendues dans des affaires concernant la Fédération de Russie et d'autres États parties à la convention européenne des droits de l'homme)²⁵. L'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (OSCE) a souligné que, pour assurer la protection des droits de l'homme, la décision d'ouvrir une enquête « [d]e[va]it être fondée sur un

«Ukraine follows Russia in dubious "State treason" arrests» (16 février 2015), accessible à l'adresse suivante: <http://khpg.org/en/index.php?id=1423918032> (DFR, annexe 189). TASS, «How Ukraine imposed sanctions on Russian individuals and entities» (20 mars 2019), accessible à l'adresse suivante: <https://tass.ru/info/6240919> (DFR, annexe 306). Human Rights Watch, «Ukraine Foreign Journalists Barred or Expelled» (1^{er} septembre 2017), accessible à l'adresse suivante: <https://www.hrw.org/news/2017/09/01/ukraine-foreign-journalists-barred-or-expelled> (DFR, annexe 190). RIA Novosti, «Cases of harassment of journalists in Ukraine in 2014-2017» (19 juin 2017), accessible à l'adresse suivante: <https://ria.ru/20170619/1496819255.html> (DFR, annexe 307). *Ukrainska Pravda*, «Journalist Babchenko is alive, the murder is staged» (30 mai 2018), accessible à l'adresse suivante: <https://www.pravda.com.ua/rus/news/2018/05/30/7181836/> (DFR, annexe 78). *The Guardian*, «Arkady Babchenko Reveals He Faked His Death to Thwart Moscow Plot» (30 mai 2018), accessible à l'adresse suivante: <https://www.theguardian.com/world/2018/may/30/arkady-babchenko-reveals-he-faked-his-death-to-thwart-moscow-plot> (DFR, annexe 93).

²⁴ DFR, par. 11-16 et 27-28. Pictures.reuters.com, «Members of a "Maidan" self-defence battalion take part in a training at a base of Ukraine's National Guard near Kiev» (31 mars 2014), accessible à l'adresse suivante: <https://pictures.reuters.com/archive/UKRAINE-CRISIS-GM1EA3V1ME601.html> (DFR, annexe 473). HCDH, Report on the human rights situation in Ukraine (1 May to 15 August 2015), 8 septembre 2015, par. 123, accessible à l'adresse suivante: <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Countries/UA/11thOHCHRreportUkraine.pdf>. TSN, «In Lvov protesters seize main law enforcement buildings and weapons arsenal» (19 février 2014), accessible à l'adresse suivante: <https://tsn.ua/ukrayina/u-lvovi-protestuvalniki-zahopili-golovni-budivli-silovikov-ta-arsenal-zbroyi-335205.html> (DFR, annexe 398). *Unian.ua*, «Military warehouses with weapons burn in Lvov» (19 février 2014), accessible à l'adresse suivante: <https://www.unian.ua/politics/886677-u-lvovi-goryat-viyskovi-skladi-zi-zbroeyu.html> (DFR, annexe 188). I. Lopatonok et O. Stone, «Ukraine on Fire», documentaire (2016), accessible à l'adresse suivante: <https://watchdocumentaries.com/ukraine-on-fire/>; voir aussi *The World*, «Who Were the Maidan Snipers?» (14 mars 2014), accessible à l'adresse suivante: <https://theworld.org/stories/2014-03-14/who-were-maidan-snipers/> (DFR, annexe 180); *BBC News Ukraine*, «The Maidan Shooting: a Participant's Account» (13 février 2015), accessible à l'adresse suivante: https://www.bbc.com/ukrainian/ukraine_in_russian/2015/02/150213_ru_s_maidan_shooting (DFR, annexe 181).

²⁵ Voir *Gafarov c. Russie*, CEDH, requête n° 25404/09, arrêt du 21 octobre 2010, par. 110-116; *Sultanov c. Russie*, CEDH, requête n° 15303/09, arrêt du 4 novembre 2010, par. 57; *A. B. c. Russie*, CEDH, requête n° 1439/06, arrêt du 14 octobre 2010, par. 127-135; *Sidikovy c. Russie*, CEDH, requête n° 73455/11, arrêt du 20 juin 2013, par. 129-138.

added)²⁶. In addition, United Nations, General Assembly resolution 62/148 of 18 December 2007 (“Torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment” (doc. A/RES/62/148)) reads as follows:

“The General Assembly,

.....

Urges States not to expel, return (‘refouler’), extradite or in any other way transfer a person to another State where there are substantial grounds for believing that the person would be in danger of being subjected to torture, and recognizes that diplomatic assurances, where used, do not release States from their obligations under international human rights, humanitarian and refugee law, in particular the principle of non-refoulement”.

43. In this context, regard should be had to a noteworthy and prudent statement in the Judgment that “[c]redible information . . . may give rise to the obligation to investigate” under Article 9, and that

“Article 9 does not require the initiation of an investigation into *unsubstantiated allegations of terrorism financing*. *Requiring States parties to undertake such investigations would not be in line with the object and purpose of the ICSFT*”²⁷ (emphasis added).

44. I am in complete agreement with this position of the Court. However, the Majority veered away from this legally impeccable approach when formulating the level of evidence required to trigger Article 9 in the present case:

“The threshold set by Article 9, paragraph 1, is relatively low. For the obligation to investigate to arise, Article 9, paragraph 1, requires only that a State party receive information that a person who has committed or who is ‘alleged’ to have committed the offence of terrorism financing may be present in its territory. In circumstances where the information only ‘alleges’ the commission of an offence under Article 2, it is not necessary that the commission of the offence be established. Indeed, it is precisely the purpose of an investigation to uncover the facts necessary to determine whether a criminal offence has been committed. All the details surrounding the alleged offence may not yet be known and the facts provided may therefore be general in nature.”²⁸

²⁶ OSCE, Human Rights in Counter-Terrorism Investigations: A Practical Manual for Law Enforcement Officers, p. 46.

²⁷ Judgment, para. 104.

²⁸ *Ibid.*, para. 103.

soupçon raisonnable qu'une infraction liée au terrorisme, telle que définie dans la législation interne, a[va]it été commise»²⁶ (les italiques sont de moi). En outre, dans sa résolution 62/148 en date du 18 décembre 2007 (« Torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants » (doc. A/RES/62/148),

«L'Assemblée générale,

.....
demande instamment aux États de ne pas expulser, refouler, extraditer ou transférer de quelque autre manière que ce soit une personne vers un autre État si l'on a des raisons sérieuses de croire qu'elle risquerait d'y être soumise à la torture, et considère que les assurances diplomatiques, lorsqu'elles interviennent, ne libèrent pas les États des obligations qui leur incombent en vertu du droit international des droits de l'homme, du droit international des réfugiés et du droit international humanitaire, en particulier le principe du non-refoulement».

43. Dans ce contexte, il convient de tenir compte d'un passage de l'arrêt, où la Cour, en des termes empreints de pondération, précise que ce sont des «*information[s] crédible[s]* ... *[qui]* peu[ven]t faire naître une telle obligation [d'enquêter]» au titre de l'article 9 et que ce dernier

«n'impose pas l'ouverture d'une enquête dans le cas d'*allégations de financement du terrorisme que rien ne viendrait étayer. Exiger des États parties qu'ils entament des enquêtes dans de telles circonstances ne serait pas conforme à l'objet et au but de la CIRFT*»²⁷ (les italiques sont de moi).

44. Je souscris pleinement à la position exprimée par la Cour dans ce passage. Toutefois, la majorité a dévié de cette approche juridiquement irréprochable lorsqu'elle a décrit comme suit le niveau de preuve requis aux fins de l'application de l'article 9 dans la présente espèce :

«Le seuil fixé en la matière par le paragraphe 1 de l'article 9 est relativement peu élevé. S'agissant de l'obligation d'enquêter, ledit paragraphe exige seulement qu'un État partie soit informé que l'auteur ou l'auteur "présupposé" d'une infraction de financement du terrorisme pourrait se trouver sur son territoire. Lorsque les informations communiquées font seulement état de "présomptions" relatives à la commission d'une infraction visée à l'article 2, il n'est pas nécessaire que celle-ci soit avérée. C'est en effet précisément le but de l'enquête que de mettre au jour les faits indispensables pour déterminer si une infraction pénale a été commise. Tous les détails relatifs à l'infraction peuvent ne pas encore être connus et les faits portés à la connaissance de l'État partie peuvent donc être de nature générale.»²⁸

²⁶ OSCE, Human Rights in Counter-Terrorism Investigations: A Practical Manual for Law Enforcement Officers, p. 46.

²⁷ Arrêt, par. 104.

²⁸ *Ibid.*, par. 103.

45. Hence, in the opinion of the Majority, it is sufficient to merely “allege” the commission of the offence under Article 2, and it is not necessary to present “facts” except those of a “general nature” (whatever that may mean). Whether these allegations are “credible” or “substantiated” does not seem to factor in anymore.

46. And then we come to the actual information provided by Ukraine. According to the Court, it included

“a summary of the types of conduct allegedly undertaken by members of armed groups associated with the DPR and LPR that Ukraine considered to constitute predicate acts under the ICSFT, the names of several individuals suspected of terrorism financing, and details regarding the accounts used and the types of items purchased with the funds transferred”²⁹.

In other words, Ukraine simply claimed that the DPR and LPR were engaged in terrorist activity, named certain people whom it accused of financing the Republics, and gave their bank account data. Neither “substantiation” nor “credibility” of these claims was taken into account by the Majority conclusion that “such information met the relatively low threshold set by Article 9”³⁰. The Majority also did not properly weigh in Ukraine’s known practice of using trumped-up allegations of terrorism as a tool against political opponents.

47. To sum up and to reiterate:

- while the Court believes that only *substantiated* allegations of terrorism financing supported by *credible evidence* are capable of triggering Article 9;
- while the Court found *no evidence* of terrorism financing with regard to the DPR and LPR after six years of proceedings;
- while the Court found *no grounds* to consider the DPR and LPR to be “notorious terrorist organizations”, so the mere reference to them as such could not have been sufficient;
- while Ukraine’s Government was, in fact, notorious for using false allegations of terrorism and terrorism financing to persecute its political opponents;
- the Court, rather its Majority, has nevertheless found, in this case, that Ukraine’s allegations which contained nothing more than *claims* that certain persons were engaged in financing terrorism — and provided no substantiation of those claims — were sufficient to trigger Article 9 of the ICSFT.

48. In other words, by merely *accusing* certain persons of terrorism financing, in a situation when neither a terrorist act nor terrorism financing

²⁹ *Ibid.*, para. 107.

³⁰ *Ibid.*

45. Ainsi, de l'avis de la majorité, il suffit d'alléguer (en exprimant de simples «présomptions») la commission d'une infraction visée à l'article 2, et, pour tous faits, d'en présenter qui soient «de nature générale» (quoi qu'on entende par-là). La question de savoir si ces allégations sont «crédible[s]» ou «étay[ées]» ne semble plus entrer en ligne de compte.

46. Venons-en à présent aux informations concrètes fournies par l'Ukraine. Selon la Cour, les informations reçues comprenaient

«un résumé des types de comportement que l'Ukraine imputait à des membres de groupes armés associés à la RPD et à la RPL et jugeait constitutifs d'actes sous-jacents relevant de la CIRFT, les noms de plusieurs individus soupçonnés de financement du terrorisme et des renseignements sur les comptes utilisés et les types de biens achetés avec les fonds transférés»²⁹.

En d'autres termes, l'Ukraine s'est contentée d'affirmer que la RPD et la RPL se livraient à des activités terroristes, de citer nommément certaines personnes qu'elle accusait de financer les deux Républiques, et de communiquer leurs coordonnées bancaires. La majorité ne s'est nullement demandée dans quelle mesure les informations communiquées étaient «étayées» ou «crédibles» quand elle a conclu qu'elles «satisfaisaient au niveau d'exigence relativement peu élevé que fixe l'article 9»³⁰. La majorité n'a pas non plus pris en compte comme elle l'aurait dû le recours notoire par l'Ukraine à de fausses allégations de terrorisme contre ses opposants politiques.

47. Pour résumer et réitérer mon propos :

- bien que la Cour ait estimé que seules des allégations *dûment étayées* de financement du terrorisme, corroborées par des *preuves crédibles*, étaient susceptibles de rendre applicable l'article 9 ;
- bien que, après six années de procédure, la Cour n'ait trouvé *aucune preuve* de financement du terrorisme concernant la RPD et la RPL ;
- bien que *rien* ne justifîât, selon la Cour, de considérer la RPD et la RPL comme des «organisations terroristes notoires», de sorte que le simple fait de les désigner comme telles ne pouvait suffire ;
- bien que le Gouvernement ukrainien ait, de fait, notoirement eu recours à de fausses allégations de terrorisme et de financement du terrorisme pour persécuter ses opposants politiques ;
- la Cour, ou plutôt sa majorité, a néanmoins conclu en l'espèce que les allégations de l'Ukraine, qui s'était pourtant limitée à *affirmer* que certaines personnes avaient participé au financement du terrorisme — sans le moins du monde étayer ses dires —, étaient suffisantes pour rendre applicable l'article 9 de la CIRFT.

48. En d'autres termes, en se contentant d'*accuser* certaines personnes de financer le terrorisme, dans une situation où aucun acte terroriste ni finance-

²⁹ *Ibid.*, par. 107.

³⁰ *Ibid.*

has actually occurred, Ukraine, in the opinion of the Majority, has managed to meet the threshold for engaging Article 9 for purposes of State responsibility.

49. In light of the Court's previously held position that the level of certainty should be appropriate to the seriousness of the allegation³¹, I can only conclude that due to a practically non-existent level of certainty threshold adopted by the Court, the latter perceived Ukraine's allegation to be not at all serious. It is unfortunate that this was still considered by the Majority as sufficient to decide there was a breach of the ICSFT; however, the level of seriousness attributed by the Court to the allegation will surely colour this decision, as well.

50. This aspect of the Judgment may well lead to negative consequences, as lowering the threshold of State responsibility under Article 9 to a level that requires every State party to arrest its citizens and freeze their assets on the basis of manifestly unsubstantiated allegations from a foreign country creates a real danger of anti-terrorism provisions being abused for political persecution and harms genuine inter-State co-operation in the field of combating terrorism.

51. An impartial reader should be perplexed by a laconic narration of the positions of the Parties and the Court's reasoning in this part of the Judgment. Considering the importance of the case, and that this is the only part of the case where the Majority has actually discovered some kind of violation, its treatment deserved to be more meticulous. However, the part of the Judgment devoted to this sole "violation" is not even 1,700 words long, with the Respondent's counter-arguments summarized in a single paragraph and confined to only 220 words. Apparently, going deeper into the arguments of the Parties would have exposed the flimsy foundations of this decision.

4. In any Event, the Respondent Did Engage in Adequate Co-operation with the Applicant under Article 9

52. No less baffling would appear the Majority's apparent reluctance to consider the full spectrum of materials submitted by the Parties — materials which show that the Russian Federation had in fact engaged in sufficient co-operation with Ukraine in respect of Article 9. The Judgment fails to even properly summarize the arguments of the Respondent, electing to omit or making a mishmash of some of them, perhaps in order to decrease the visibility of challenges to its own position.

53. To begin with some context: in the relevant period of 2014-2017, Russia received around 1,000 requests from Ukraine for international legal

³¹ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment, I.C.J. Reports 2007 (I), p. 90, para. 210.

ment du terrorisme ne s'était effectivement produit, l'Ukraine, de l'avis de la majorité, est parvenue à remplir les conditions nécessaires pour invoquer l'article 9 aux fins d'établir la responsabilité d'un État.

49. La Cour ayant par le passé considéré que le degré de certitude devait être à la mesure de la gravité de l'allégation³¹, et le degré de certitude retenu ici par la Cour étant quasiment nul, je ne puis que conclure que, pour la Cour, l'allégation de l'Ukraine n'avait rien de grave. Il est regrettable que la majorité n'en ait pas moins considéré qu'elle disposait d'éléments suffisants pour conclure à une violation de la CIRFT ; néanmoins, le degré de gravité attribué par la Cour à cette allégation ne sera assurément pas sans donner une certaine teinte à cette conclusion également.

50. Cet aspect de l'arrêt pourrait bien avoir des conséquences négatives, dans la mesure où l'abaissement du seuil au-delà duquel entre en jeu la responsabilité d'un État au titre de l'article 9 à un niveau tel que chaque État partie est tenu d'arrêter ses ressortissants et de geler leurs avoirs sur la base d'allégations manifestement infondées soumises par un pays étranger crée un risque réel que les dispositions contre le terrorisme soient détournées à des fins de persécution politique et compromet la possibilité d'une coopération véritable entre les États dans le domaine de la lutte contre le terrorisme.

51. La description laconique que fait la Cour des positions des Parties dans cette section de l'arrêt et le raisonnement qu'elle y développe laisseront sans doute perplexe le lecteur impartial. Compte tenu de l'importance de l'affaire, et sachant que c'est le seul cas où la majorité a effectivement mis en lumière certains manquements en l'espèce, son traitement aurait mérité d'être plus méticuleux. Or, la section de l'arrêt consacrée à ce seul «manquement» compte moins de 1 700 mots, les contre-arguments de la défenderesse étant résumés dans un seul paragraphe limité à 220 mots. Il faut croire qu'une analyse plus approfondie des arguments des Parties aurait révélé les fondements bancals de cette décision.

4. En tout état de cause, la défenderesse a bien apporté à la demanderesse la coopération voulue au titre de l'article 9

52. On s'étonnera tout autant de l'apparente réticence de la majorité à examiner l'éventail complet des éléments présentés par les Parties — éléments qui démontrent que la Fédération de Russie avait, de fait, apporté à l'Ukraine la coopération voulue au titre de l'article 9. La Cour, dans l'arrêt, néglige ne serait-ce que de résumer de manière appropriée les arguments de la défenderesse, omettant ou amalgamant certains d'entre eux, peut-être pour escamoter les éléments tendant à invalider la position qu'elle a retenue.

53. Commençons par poser quelques éléments de contexte : au cours de la période pertinente — 2014 à 2017 —, la Russie a reçu un millier de demandes

³¹ *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro), arrêt, C.I.J. Recueil 2007 (I), p. 90, par. 210.*

co-operation, the vast majority of which were properly executed³². Of these requests, at least 91 (as claimed by Ukraine) were related to terrorism financing. Of these 91, Ukraine only brought 12 to the Court³³. Of these 12, nine were rejected by the Court³⁴. The remaining three Notes Verbales concerned 19 individuals, but Russia has supplied Ukraine with relevant information on most of those individuals, which leaves, by my estimate, only about five persons who could not be found or otherwise remained unidentified. It is therefore evident that the entire issue represented only a minuscule part of legal co-operation between Russia and Ukraine on criminal matters, even if limited to the field of combating terrorism financing. Furthermore, the Ukrainian Notes Verbales, neither by their form, content or channel of communication, represented proper requests for assistance under the relevant mutual legal assistance (MLA) treaties applicable in accordance with Article 12 (5) of the ICSFT³⁵.

54. This entire issue appears to boil down to Russia's alleged failure to identify some of the persons from a list of alleged offenders sent by Ukraine in two Notes Verbales in August 2014. While the Court confirms that Russia did respond to these Notes and did perform certain investigative measures, there are two aspects where the Court found Russia's conduct at odds with requirements of the ICSFT.

55. First, the Judgment noted

“the amount of time that elapsed before the Russian Federation provided the aforementioned responses to the Ukrainian Notes Verbales. In this regard, the Court observes that the 2019 Mutual Evaluation Report issued by the FATF regarding the Russian Federation's anti-money laundering and counter-terrorist financing measures stated that the Russian Federation generally answers requests for mutual legal assistance ‘within one to two months’” (Judgment, para. 110).

56. Second, the Judgment opined that

“to the extent the Respondent encountered difficulties ascertaining the location or identity of some of the individuals named in the Ukrainian communications, it was required to seek to co-operate with Ukraine to undertake the necessary investigations and specify to Ukraine what further information may have been required” (Judgment, para. 110).

³² CR 2023/7, p. 21, para. 21 (Kuzmin).

³³ CR 2023/10, p. 45, para. 12 (Yee).

³⁴ Judgment, para. 106.

³⁵ See RR, para. 570.

de coopération judiciaire internationale de la part de l'Ukraine, dont la grande majorité a été dûment exécutée³². Au moins 91 (selon les affirmations de l'Ukraine) de ces demandes concernaient le financement du terrorisme. L'Ukraine n'a soumis que 12 d'entre elles à la Cour³³, qui en a rejeté neuf³⁴. Restent trois notes verbales, qui concernaient 19 individus ; or, la Russie a fourni à l'Ukraine des informations pertinentes sur la plupart d'entre eux, ce qui ne laisse, selon mes estimations, que quelque cinq personnes qui n'ont pu être retrouvées ou n'ont pu être identifiées. Il est donc évident que le grief soulevé ne concernait en tout et pour tout qu'une minuscule part de la coopération judiciaire entre la Russie et l'Ukraine en matière pénale, même à l'échelle réduite de la seule lutte contre le financement du terrorisme. En outre, les notes verbales soumises par l'Ukraine ne constituaient ni par leur forme, ni par leur contenu, ni par les voies de communication employées, des demandes d'entraide judiciaire conformes aux exigences prévues dans les traités d'entraide judiciaire applicables visés au paragraphe 5 de l'article 12 de la CIRFT³⁵.

54. Le problème tout entier semble se réduire au fait que la Russie n'aurait pas identifié certaines des personnes inscrites sur une liste d'auteurs présumés d'infractions de terrorisme que lui avait communiquée l'Ukraine dans deux notes verbales d'août 2014. Tout en confirmant que la Russie a répondu auxdites notes et a bien pris certaines mesures d'enquête, la Cour a considéré que le comportement de la Russie était incompatible avec les exigences de la CIRFT à deux égards.

55. Premièrement, dans son arrêt, la Cour prend note

« du temps qui s'est écoulé avant que la Fédération de Russie ne communique les réponses susmentionnées aux notes verbales de l'Ukraine. À cet égard, elle observe que, dans son rapport d'évaluation mutuelle concernant les mesures prises par la Fédération de Russie pour lutter contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme de 2019, le GAFI indique que la Fédération de Russie répond généralement aux demandes d'entraide judiciaire "dans un délai d'un à deux mois" » (arrêt, par. 110).

56. Deuxièmement, la Cour écrit que,

« en cas de difficultés à déterminer où se trouvaient ou qui étaient certaines des personnes nommément désignées dans les communications de l'Ukraine, la défenderesse se devait de rechercher la coopération de cette dernière pour mener les enquêtes nécessaires et lui préciser quelles autres informations auraient pu être requises » (arrêt, par. 110).

³² CR 2023/7, p. 21 par. 21 (Kuzmin).

³³ CR 2023/10, p. 45, par. 12 (Yee).

³⁴ Arrêt, par. 106.

³⁵ Voir DFR, par. 570.

57. However, Russia *did* send requests to Ukraine for additional information and Russia's first response containing such a request came precisely "within one to two months" of the August 2014 Ukrainian Notes³⁶. Specifically, in the Note Verbale of 14 October 2014 responding, *inter alia*, to Ukraine's Notes Verbales of 12 and 29 August 2014, Russia had asked for "factual data", information on Ukrainian criminal investigations, as well as stressing the need to observe proper channels and requirements under the applicable MLA treaty³⁷. These requests were repeated in Russia's follow-up Note of 31 July 2015.

58. Importantly, these requests by Russia could very well be considered a form of *investigation* of Ukraine's alleged *facts*. Since Ukraine claimed that acts of terrorism and financing of terrorism had occurred, but did not substantiate these claims, it was all too logical for Russia to request further information, precisely to investigate these claims or to gather enough evidence for launching an investigation.

59. However, Ukraine did not respond to this or other requests for information, neither through diplomatic channels, nor MLA channels, nor during bilateral consultations between the Parties on this subject³⁸.

60. Thus, it was actually Ukraine which deliberately stalled co-operation with Russia by refusing to provide substantiating information that might have helped to identify the alleged perpetrators and investigate their alleged misdeeds. Russia reported to Ukraine on its inability to identify or locate some of the persons due to lack of data, which should be considered an effort to move forward representing a sufficient amount of co-operation, given the particular circumstances of the case.

61. In this light, even from a factual perspective, I cannot agree with the decision regarding a "breach" of obligation under Article 9 by the Respondent.

5. The Court Was Correct in Finding an Absence of Violation of Article 12

62. I agree with the Court's decision that there has been no violation of Article 12 by the Respondent. I should offer a few additional comments to that general statement.

63. Firstly, all three of the Ukrainian MLA requests addressed by the Court (dated 11 November 2014, 3 December 2014 and 28 July 2015) did not

³⁶ *Ibid.*, para. 575.

³⁷ *Ibid.*, para. 576.

³⁸ *Ibid.*, para. 579.

57. Or, la Russie *a bien* demandé des renseignements complémentaires à l'Ukraine, dans une première lettre de réponse envoyée, précisément, « dans un délai d'un à deux mois » après réception des notes ukrainiennes d'août 2014³⁶. En particulier, dans la note verbale en date du 14 octobre 2014 adressée, entre autres, en réponse aux notes verbales de l'Ukraine datées des 12 et 29 août 2014, la Russie avait sollicité des « données factuelles », des informations sur les enquêtes pénales ouvertes par l'Ukraine, tout en soulignant la nécessité de respecter les voies appropriées et les exigences du traité d'entraide judiciaire applicable³⁷. Ces demandes ont été réitérées par la Russie dans sa note de relance en date du 31 juillet 2015.

58. Relevons d'ailleurs que ces demandes de renseignements pourraient très bien être considérées comme une forme d'*enquête* sur les *faits* allégués par l'Ukraine. Dans la mesure où l'Ukraine prétendait que des actes de terrorisme et de financement du terrorisme avaient été commis, mais n'avait pas étayé ses allégations, la logique voulait que la Russie demande un complément d'information, précisément dans le but d'enquêter sur ces allégations ou de rassembler suffisamment de preuves pour pouvoir ouvrir une enquête.

59. Toutefois, l'Ukraine n'a pas répondu à la première demande de renseignement ni à celles qui allaient suivre, que ce soit par les voies diplomatiques, par celles prévues pour l'entraide judiciaire, ou dans le cadre des consultations bilatérales tenues à ce sujet avec la Russie³⁸.

60. Par conséquent, c'est en réalité l'Ukraine qui a délibérément freiné la coopération avec la Russie en refusant de lui communiquer des informations étayant ses allégations qui auraient pu faciliter l'identification des personnes mises en cause et la conduite d'une enquête sur leurs présumés méfaits. À l'inverse, l'on peut considérer que la Russie, en faisant savoir à l'Ukraine qu'elle n'était pas en mesure d'identifier ou de localiser certaines des personnes concernées faute de données, a démontré une volonté d'aller de l'avant en faisant montre d'un degré de coopération suffisant, compte tenu des circonstances particulières de l'espèce.

61. Sous cet éclairage, et même sous un angle factuel, je ne peux souscrire à la décision d'imputer à la défenderesse un « manquement » à l'obligation lui incombant en vertu de l'article 9.

5. La Cour a conclu à raison qu'il n'y avait pas eu violation de l'article 12

62. Je partage l'avis de la Cour quant au fait que la défenderesse n'a pas violé l'article 12. Je tiens à compléter cette déclaration générale par quelques observations.

63. Premièrement, les trois demandes d'entraide judiciaire envoyées par l'Ukraine qu'a examinées la Cour (datées des 11 novembre 2014, 3 décembre

³⁶ *Ibid.*, par. 575.

³⁷ *Ibid.*, par. 576.

³⁸ *Ibid.*, par. 579.

refer to terrorism financing offences, nor to the ICSFT, but rather cited Article 258-3 of the Ukrainian Criminal Code, which covered “creation of terrorist organizations” — a matter outside the scope of the ICSFT. Neither did these requests conform to the requirements of applicable MLA treaties³⁹, such as the need for translation into the Russian language⁴⁰.

64. Secondly, while in *Djibouti v. France* the Court did note the insufficiency of a bare reference to an exception clause and the need for a “brief further explanation”, it was not unconditional, but dependent upon the goal of allowing “the requested State to substantiate its good faith in refusing the request” and “enabl[ing] the requesting State to see if its letter rogatory could be modified so as to avoid the obstacles to implementation”⁴¹. In the case of France, the refusal was on the obscure grounds of “contravention to France’s fundamental interests”. Doubtlessly, such refusal needed further elucidation to be considered in good faith. In Russia’s case, however, the refusals were on the basis of sovereignty and national security, and the applicability of these exceptions was self-evident: Ukraine’s requests concerned the actions of deputies of the Russian State Duma (i.e. parliamentarians) and of the Chief of the General Staff of the Russian armed forces. There can be little doubt that such persons are directly related to the exercise of sovereign power and/or matters of national security, and there is little space for any further elucidation. Whereas in cases when grounds for refusal were less clear, the Russian authorities have provided more detailed explanations⁴².

65. Thirdly, established practice between the Parties should be taken into account. Ukraine itself has repeatedly rejected Russian requests for legal assistance with essentially the same terse formulations when referring to the same grounds for refusal under MLA treaties⁴³.

66. Finally, regarding the timing of the replies, the scale of MLA correspondence between the two countries needs to be taken into account. Considering the amount of MLA requests Ukraine has been sending to Russia, including those allegedly concerning terrorism financing, and the complexity of the matters involved, it is not surprising that delays occasionally occurred.

³⁹ See Protocol of 28 March 1997 to the Minsk Convention of 22 January 1993 on legal aid and legal relations in civil, family and criminal cases (RR, Annex 457).

⁴⁰ RR, para. 611.

⁴¹ *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France)*, Judgment, I.C.J. Reports 2008, p. 231, para. 152.

⁴² See, *inter alia*, Letter from the Office of the Prosecutor of the Russian Federation No. 82/1-5094-15 dated 7 February 2017 (RR, Annex 49); Letter from the Office of the Prosecutor General of the Russian Federation No. 82/1-2791-15, 25 September 2015 (RR, Annex 54).

⁴³ See RR, paras. 620-621.

2014 et 28 juillet 2015) ne faisaient mention ni d'infractions de financement du terrorisme ni de la CIRFT, mais invoquaient l'article 258-3 du code pénal ukrainien, qui porte sur la « création d'organisations terroristes » — question qui n'entre pas dans le champ d'application de la CIRFT. Qui plus est, elles n'étaient pas conformes aux exigences prévues dans les traités d'entraide judiciaire applicables³⁹, notamment en tant qu'aurait dû être fournie une traduction en russe⁴⁰.

64. Deuxièmement, bien que, dans l'affaire *Djibouti c. France*, la Cour ait relevé qu'une simple référence à une clause d'exception n'était pas suffisante et qu'il était nécessaire de fournir de « brèves explications supplémentaires », elle n'exprimait pas là un constat dans l'absolu, mais l'associait à un objectif, celui de garantir à « [l']État requis ... la possibilité de démontrer sa bonne foi en cas de refus de la demande » et de « permettre à l'État requérant de déterminer si sa demande de commission rogatoire pourrait être modifiée de manière à éviter les obstacles à son exécution »⁴¹. Dans cette affaire, la France fondait son refus sur d'obscurs motifs, invoquant le risque de voir porter atteinte à ses « intérêts fondamentaux ». Ce refus nécessitait sans doute d'être clarifié pour que sa bonne foi ne pût être mise en doute. La Russie, quant à elle, a motivé ses refus en invoquant des questions de souveraineté et de sécurité nationale, et l'applicabilité de ces exceptions était évidente : les demandes de l'Ukraine portaient sur les actes de députés de la Douma d'État (parlementaires) et du chef d'état-major général des forces armées russes. Il ne fait guère de doute que les personnes exerçant de telles fonctions avaient un lien direct avec l'exercice du pouvoir souverain ou des questions de sécurité nationale, et qu'il n'y avait pas matière à apporter des précisions. Dans les cas où les motifs de refus étaient moins clairs, en revanche, les autorités russes ont fourni des explications plus détaillées⁴².

65. Troisièmement, il convient de tenir compte de la pratique établie entre les Parties. L'Ukraine a elle-même rejeté maintes demandes d'entraide judiciaire soumises par la Russie, invoquant en des termes tout aussi laconiques les mêmes motifs de refus prévus dans des traités d'entraide judiciaire⁴³.

66. Enfin, s'agissant des délais de réponse, il faut tenir compte du volume de la correspondance entre les deux pays au sujet de l'entraide judiciaire. Considérant le nombre de demandes d'entraide judiciaire que l'Ukraine a adressées à la Russie, dont celles visant un prétendu financement du terrorisme, et la complexité des questions en cause, il n'est pas étonnant que des retards aient pu se produire.

³⁹ Voir Protocol of 28 March 1997 to the Minsk Convention of 22 January 1993 on legal aid and legal relations in civil, family and criminal cases (DFR, annexe 457).

⁴⁰ DFR, par. 611.

⁴¹ *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2008, p. 231, par. 152.

⁴² Voir, entre autres, Letter from the Office of the Prosecutor of the Russian Federation No. 82/1-5094-15 dated 7 February 2017 (DFR, annexe 49); Letter from the Office of the Prosecutor General of the Russian Federation No. 82/1-2791-15, 25 septembre 2015 (DFR, annexe 54).

⁴³ Voir DFR, par. 620-621.

6. *The Court Was Correct in Establishing the Meaning of “Funds”*

67. I concur with the Judgment’s finding that “funds” do not encompass weapons within the meaning ascribed to the term by the Convention, but I feel the matter merits additional commentary.

68. There are two main elements essential for understanding terms in the interpretation of treaties: the ordinary meaning of the term and its special meaning for the purposes of the treaty⁴⁴.

69. The starting-point should be the meaning of the Convention’s key term: “financing”. Its “ordinary meaning” is “the money needed to do a particular thing, or the way of getting the money”⁴⁵. The “ordinary meaning” of funds is “amount of money that has been saved or has been made available for a particular purpose”⁴⁶.

70. This understanding seems to have been shared by the authors of the Convention: according to its *travaux*, the initial draft by France explicitly defined “funds” as “any type of financial resource”⁴⁷ and a proposal by Japan — as “pecuniary benefit”⁴⁸ (“pecuniary” meaning “of or relating to money; consisting of or given or exacted in money or monetary payments”⁴⁹).

71. The term “financial resources” was later replaced with “assets”, and eventually the term “funds” was equated with “assets of every kind”⁵⁰. There does not seem to be any indication that this replacement was meant to deviate from the original understanding of “funds” as limited to financial resources: a French proposal, for example, defined “assets/property of every kind” as “including but not limited to cash, bank credits, travellers cheques, bank cheques, money orders, shares, securities, bonds, drafts, letters of credit or any other negotiable instrument in any form, including electronic or digital form”⁵¹. Weapons were conspicuously absent from this list, which made it almost verbatim to the final text of the Convention. Quite to the contrary — suggestions to include, apart from “funds”/“assets”, also “other property” understood to be “covering only arms, explosives and similar

⁴⁴ See, respectively, paragraphs 1 and 4 of Article 31 of the Vienna Convention on the Law of Treaties.

⁴⁵ *Cambridge Dictionary*. Available at <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/financing>.

⁴⁶ *Oxford Dictionary*. Available at https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/fund_1. See RR, para. 186.

⁴⁷ Report of the Ad Hoc Committee established by General Assembly resolution 51/210 of 17 December 1996, General Assembly, Official Records, Fifty-fourth Session, Supplement No. 37 (A/54/37), p. 15.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 28.

⁴⁹ See e.g. <https://www.dictionary.com/browse/pecuniary>; <https://www.merriam-webster.com/dictionary/pecuniary>, etc.

⁵⁰ “Measures to eliminate international terrorism: Report of the Working Group”, UN doc. A/C.6/54/L.2, 26 October 1999, pp. 58-59, paras. 42-47.

⁵¹ *Ibid.*, p. 22.

6. La Cour a donné une juste interprétation du terme «fonds»

67. Je partage la conclusion de la Cour selon laquelle, au sens de la convention, le terme «fonds» n'englobe pas les armes, mais j'estime que la question mérite d'être commentée plus avant.

68. Deux éléments fondamentaux sont essentiels pour comprendre les termes dans l'interprétation des traités : leur sens ordinaire et le sens particulier que leur confère le traité⁴⁴.

69. Il convient de prendre pour point de départ le terme central de la convention : «financement». Dans son «sens ordinaire», le terme financement s'entend de «l'argent nécessaire à un objet particulier ou du moyen de se le procurer»⁴⁵, tandis que celui de «fonds» désigne la «somme d'argent réservée ou rendue disponible pour une fin particulière»⁴⁶.

70. Les auteurs de la convention semblent avoir retenu ces mêmes acceptions : selon les travaux préparatoires, le projet initial soumis par la France définissait expressément le terme «fonds» comme désignant «tout type de ressource financière»⁴⁷, tandis que le Japon proposait de parler d'«avantage pécuniaire»⁴⁸ («pécuniaire» signifiant «en argent ou relatif à l'argent ; qui concerne les paiements en argent ou paiements monétaires effectués, reçus ou exigés»⁴⁹).

71. L'expression «ressources financières» a ultérieurement été remplacée par la notion d'«actifs» ou de «biens» («*assets*» ou «*property*»), et, en définitive, le terme «fonds» a été défini comme désignant des «biens de toute nature»⁵⁰. Rien ne semble indiquer que ce remplacement ait eu pour but de modifier l'interprétation initiale du terme «fonds» comme étant limité aux ressources financières ; dans une proposition soumise par la France, par exemple, les «avoirs/biens de toute nature» («*assets/property of every kind*») étaient définis comme désignant «notamment mais non limitativement des espèces, crédits bancaires, chèques de voyage, chèques bancaires, mandats, actions, titres, obligations, traites, lettres de crédit, de tout autre instrument négociable sous quelque forme que ce soit, y compris sous forme électronique ou numérique»⁵¹. Les armes n'ont visiblement pas été incluses dans cette

⁴⁴ Voir respectivement les paragraphes 1 et 4 de l'article 31 de la convention de Vienne sur le droit des traités.

⁴⁵ Selon la définition anglaise extraite du *Cambridge Dictionary*, accessible à l'adresse suivante : <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/financing>.

⁴⁶ Selon la définition anglaise extraite de l'*Oxford Dictionary*, accessible à l'adresse suivante : https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/fund_1. Voir DFR, par. 186.

⁴⁷ Rapport du Comité spécial créé par la résolution 51/210 de l'Assemblée générale, en date du 17 décembre 1996, Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-quatrième session, supplément n° 37 (A/54/37), p. 16.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 31.

⁴⁹ Voir, par exemple, <https://www.dictionary.com/browse/pecuniary> ; <https://www.merriam-webster.com/dictionary/pecuniary>, etc.

⁵⁰ «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. 59-60, par. 42-47.

⁵¹ *Ibid.*, p. 22.

goods”⁵² were explicitly rejected, and the final text of the Convention lacks this language.

72. Thus, the ordinary meaning of the terms and the development history of the Convention support the view that funds and assets were both understood to mean financial resources, while supply of arms was considered to be distinct and not intended to fall under the Convention.

73. The structure and contents of the ICSFT also indicate that it was not designed to be a general treaty against any and all support of terrorism, but one specifically targeted against financial flows to terrorists.

74. The preamble, where normally the object and purpose of a treaty are formulated, sets the goal of the Convention to “prevent and counteract movements of funds suspected to be intended for terrorist purposes without impeding in any way the freedom of legitimate capital movements”, while no mention of the freedom of trade in goods is made. In fact, the preamble directly mentions “illicit arms trafficking” as a different unlawful activity than terrorism financing, in which an organization that finances terrorism might “also” be engaged (but which the Convention is not intended to cover).

75. Furthermore, in Article 1, the “legal documents or instruments . . . evidencing title to, or interest in, such assets” only relate to purely financial resources (“bank credits, travellers cheques, bank cheques, money orders, shares, securities, bonds, drafts, letters of credit”).

76. Finally, the Convention’s entire section on international co-operation — including Articles 8, 12, 13 and 18 — does not include any measures specifically aimed against arms trafficking, while there are plenty of rules concerning financial assets (identification, detection and freezing or seizure; bank secrecy; fiscal offences; “money-transferring agencies”, etc.)⁵³.

77. Considering the important role played by weapons in terrorist activity, it would be illogical to assume that the authors of the Convention have left such an obvious gap in its preambular and operative provisions.

78. While the FATF, OECD and other organizations have their own specific terminology, it does not necessarily coincide with the terms of inter-

⁵² Report of the Ad Hoc Committee established by General Assembly resolution 51/210 of 17 December 1996, General Assembly, Official Records, Fifty-fourth Session, Supplement No. 37 (A/54/37), p. 57.

⁵³ See RR, para. 191.

énumération, qui a été reprise presque mot pour mot dans le texte définitif de la convention. Au contraire, les propositions visant à mentionner, outre les notions de « fonds »/« actifs » (« *funds* »/« *assets* »), les mots « d'autres biens » (« *other property* ») interprétés comme « recouvrant uniquement les armes, les explosifs et biens semblables »⁵² (« *arms, explosives and similar goods* ») ont été explicitement rejetées, et cette mention ne figure pas dans le texte final de la convention.

72. Ainsi, le sens ordinaire des termes et la genèse de la convention étayaient la thèse selon laquelle les mots « fonds » et « biens » (« *assets* ») s'entendaient tous deux comme désignant des ressources financières, tandis que la fourniture d'armes était considérée comme un élément distinct, qui n'était pas destiné à entrer dans les prévisions de la convention.

73. La structure et le contenu de la CIRFT tendent également à indiquer que celle-ci n'avait pas vocation à devenir un traité général contre toutes les formes de soutien au terrorisme, mais visait spécifiquement à combattre les flux financiers à destination des terroristes.

74. Le préambule, où sont normalement énoncés l'objet et le but d'un traité, établit l'objectif de la convention, qui est de « prévenir et [d']empêcher les mouvements de fonds soupçonnés d'être destinés à des fins terroristes, sans entraver en aucune manière la liberté de circulation des capitaux légitimes », mais il ne fait pas mention de la liberté du commerce de biens. En fait, le préambule mentionne directement le « trafic illicite d'armes » en tant qu'activité illicite distincte du financement du terrorisme, dans laquelle une organisation qui finance le terrorisme pourrait « également » être impliquée (mais que la convention n'a pas vocation à couvrir).

75. En outre, aux termes de l'article premier, les « documents ou instruments juridiques ... qui attestent un droit de propriété ou un intérêt sur [l]es biens » mentionnés portent uniquement sur les ressources strictement financières (« les crédits bancaires, les chèques de voyage, les chèques bancaires, les mandats, les actions, les titres, les obligations, les traites et les lettres de crédit »).

76. Enfin, aucune des parties de la convention consacrées à la coopération internationale — dont les articles 8, 12, 13 et 18 — ne contient de mesure visant spécifiquement à combattre le trafic d'armes, alors qu'il existe pléthore de règles concernant les ressources financières (identification, détection et gel ou saisie; secret bancaire; infractions fiscales; « organismes de transfert monétaire », etc.)⁵³.

77. Compte tenu du rôle important joué par les armes dans les activités terroristes, il ne serait pas logique de présumer que les auteurs de la convention, tout en entendant viser celles-ci, aient laissé un vide aussi manifeste dans le préambule et le corps du texte.

78. Par ailleurs, si le GAFI, l'OCDE et d'autres organisations ont leur propre terminologie, celle-ci ne correspond pas forcément aux termes des

⁵² Rapport du Comité spécial créé par la résolution 51/210 de l'Assemblée générale, en date du 17 décembre 1996, Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-quatrième session, supplément n° 37 (A/54/37), p. 60.

⁵³ Voir DFR, par. 191.

national treaties. The FATF, particularly, has noted that its recommendations aim to implement UN Security Council resolutions⁵⁴, which represent a wider range of obligations than specific treaties like the ICSFT. Even so, the FATF recommendations make a distinction between “funds” (which are defined similarly to the ICSFT definition) and “other assets”⁵⁵; such “other assets” being understood to include “e.g. weapons or vehicles”⁵⁶.

79. The ICSFT is, of course, a United Nations Convention and should be interpreted as such. In UN Security Council resolutions devoted to combating terrorism, there is a difference between terrorism financing and supply of weapons to terrorists. When referring to the ICSFT, these UN Security Council resolutions only associate it with the former, not the latter⁵⁷. The same approach is taken by UN counter-terrorism bodies, such as the United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC), which provides a very illustrative example of this approach in its *Legislative Guide to the Universal Anti-Terrorism Conventions and Protocols*:

“The 1999 Financing of Terrorism Convention is only one aspect of a larger international effort to prevent, detect and suppress the financing and support of terrorism. Under Security Council resolution 1373 (2001), Member States are required to take measures not only against the financing of terrorism, but also against *other* forms of support, such as recruitment and *the supply of weapons*. The 1999 Financing of Terrorism Convention only prohibits the provision or collection of ‘funds’, meaning assets or evidence of title to assets. However, when legislation to implement the Convention is enacted, the resolution’s requirement to suppress recruitment and *the supply of weapons should also be considered*.”⁵⁸ (Emphasis added.)

80. UNODC, therefore, considers supply of weapons to fall under UN Security Council counter-terrorism resolutions, but not under the ICSFT.

⁵⁴ Special Recommendation III: Freezing and Confiscating Terrorist Assets, Text of the Special Recommendation and Interpretative Note, October 2001.

⁵⁵ FATF Recommendations, p. 131.

⁵⁶ FATF Report: Terrorist Financing Risk Assessment Guidance (2019), available at: <https://www.fatf-gafi.org/content/dam/fatf-gafi/guidance/Terrorist-Financing-Risk-Assessment-Guidance.pdf>.

⁵⁷ RR, paras. 205-2013. CMR, Vol. I, paras. 93-100. Security Council resolution 1373 (2001), Security Council resolution 2370 (2017) and Security Council resolution 2462 (2019).

⁵⁸ UNODC, *Legislative Guide to the Universal Anti-Terrorism Conventions and Protocols* (United Nations, 2003), p. 21, para. 49 (available at: https://www.unodc.org/pdf/crime/terrorism/explanatory_english2.pdf). See RR, para. 199.

traités internationaux. Le GAFI, en particulier, a fait savoir que ses recommandations visaient l'exécution des résolutions du Conseil de sécurité⁵⁴, qui englobent un éventail d'obligations plus large que celui prévu dans des traités particuliers tels que la CIRFT. Quand bien même, dans ses recommandations, il fait la distinction entre les «fonds» (dont il donne une définition similaire à celle figurant dans la CIRFT) et les «autres biens»⁵⁵, ces derniers englobant, «par exemple, les armes ou les véhicules»⁵⁶.

79. La CIRFT est bien entendu une convention des Nations Unies et devrait être interprétée comme telle. Dans les résolutions du Conseil de sécurité portant sur la lutte contre le terrorisme, une distinction est faite entre le financement du terrorisme et la fourniture d'armes à des terroristes. Lorsqu'elles font référence à la CIRFT, les résolutions du Conseil de sécurité n'y associent que le premier élément ainsi distingué, et non le second⁵⁷. La même approche a été retenue par les organismes des Nations Unies chargés de la lutte antiterroriste, comme l'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime (ONUDC), qui fait ainsi très clairement cette distinction dans son *Guide législatif sur les conventions et protocoles mondiaux contre le terrorisme* :

«La Convention de 1999 pour la répression du financement du terrorisme n'est qu'un aspect d'un effort plus large de la communauté internationale tendant à prévenir, détecter et éliminer le financement et le soutien du terrorisme. Aux termes de la résolution 1373 (2001) du Conseil de sécurité, les États Membres sont tenus d'adopter des mesures pour combattre non seulement le financement du terrorisme, mais aussi les *autres* formes de soutien, comme le recrutement et *l'approvisionnement en armes*. La Convention n'interdit que la fourniture ou la collecte de "fonds", c'est-à-dire des biens de toute nature ou des documents ou instruments qui a[ttest]ent un droit de propriété. Les lois promulguées pour appliquer la Convention *devront toutefois tenir compte aussi* des dispositions de la résolution du Conseil concernant la répression du recrutement et *des livraisons d'armes*.»⁵⁸ (Les italiques sont de moi.)

80. Ainsi, l'ONUDC considère que l'approvisionnement en armes relève des résolutions du Conseil de sécurité relatives à la lutte contre le terrorisme, mais qu'il n'entre pas dans les prévisions de la CIRFT.

⁵⁴ Special Recommendation III: Freezing and Confiscating Terrorist Assets, Text of the Special Recommendation and Interpretative Note, octobre 2001.

⁵⁵ Recommandations du GAFI, p. 137.

⁵⁶ FATF Report: Terrorist Financing Risk Assessment Guidance (2019), accessible à l'adresse suivante : <https://www.fatf-gafi.org/content/dam/fatf-gafi/guidance/Terrorist-Financing-Risk-Assessment-Guidance.pdf>.

⁵⁷ DFR, par. 205-2013. CMFR, vol. I, par. 93-100. Nations Unies, Conseil de sécurité, résolutions 1373 (2001), 2370 (2017) et 2462 (2019).

⁵⁸ Nations Unies, ONUDC, *Guide législatif sur les conventions et protocoles mondiaux contre le terrorisme* (2003), p. 22, par. 49 (accessible à l'adresse suivante : <https://www.unodc.org/pdf/terrorism/TATs/fr/1LGfr.pdf>). Voir DFR, par. 199.

81. National legislation likewise commonly draws a line between supply of weapons to terrorists and financing of terrorism. These are considered different criminal acts in the Russian Federation and other jurisdictions⁵⁹.

82. Summing up, my understanding is that while the term “assets of every kind” may create an impression that “funds” encompass anything that may have monetary value, the drafters of the Convention, aiming to cover *financing* and not every possible form of support, ascribed a more specific meaning to this term as only encompassing “every kind” of pecuniary (financial) resources. In contrast, the term “other property”, viewed as a reference to weapons, was not included in the final text. The verity of this approach is upheld by State practice as reflected in Security Council resolutions and guiding documents of competent United Nations bodies such as UNODC.

83. In my opinion, this view is not contradictory to the task of combating terrorism. After all, the ICSFT is not the only international instrument active in this field: e.g. the Arms Trade Treaty was concluded in 2013 with the explicit aim “to prevent and eradicate the illicit trade in conventional arms and to prevent their diversion to the illicit market, or for unauthorized end use and end users, *including in the commission of terrorist acts*”⁶⁰ and, of course, all States remain obliged to implement the counter-terrorism resolutions of the UN Security Council.

7. The Court Missed an Opportunity to Apply the “Clean Hands” Doctrine, Choosing Instead to Destroy the Doctrine Itself

84. Yet another remarkable aspect of this case is the Majority’s treatment of the “clean hands” doctrine. It is, of course, trite that this defence has long been a “black sheep” of Court practice and notoriously difficult to prove and apply (see Judgment, para. 37). However, the *possibility* of this defence was never brushed aside by the Court — at least not until now. Ironically, the present case is, in my opinion, an exemplary occasion of “unclean hands” shown by the Applicant, finally satisfying all of the criteria tentatively laid out in previous Court proceedings. The fact that the Court’s Majority elected to end decades of uncertainty and completely eliminate the “clean hands” doctrine *as a concept*, rather than risk its application in the present case,

⁵⁹ See RR, paras. 218-222; Article 205.1 of the Criminal Code of the Russian Federation (Memorial of Ukraine (hereinafter “MU”), Annex 874); International Monetary Fund, Germany: Detailed assessment report on anti-money laundering and combating the financing of terrorism (March 2010), para. 207; H. Tofangsaz, “Criminalization of terrorist financing: from theory to practice”, in *New Criminal Law Review*, Vol. 21 (1), p. 92.

⁶⁰ Arms Trade Treaty, preamble (emphasis added), available at: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=XXVI-8&chapter=26&clang=_en.

81. De même, dans le droit interne, il est communément fait la distinction entre la fourniture d'armes à des terroristes et le financement du terrorisme. Ce sont des infractions pénales distinctes en Fédération de Russie et dans d'autres juridictions⁵⁹.

82. Pour résumer, à mon sens, bien que l'expression «biens de toute nature» puisse laisser penser que le terme «fonds» englobe tout ce qui est susceptible d'avoir une valeur monétaire, les rédacteurs de la convention, qui entendaient couvrir le *financement* et non toute forme possible de soutien, ont attribué à ce terme un sens plus spécifique, en limitant l'extension aux ressources pécuniaires (financières) «de toute nature». Par contraste, la notion d'«autres biens» («*other property*»), considérée comme une référence aux armes, n'a pas été incluse dans le texte final de la convention. La justesse de cette approche est confirmée par la pratique des États, telle que reflétée dans les résolutions du Conseil de sécurité et dans les documents d'orientation d'organismes compétents des Nations Unies, tels que l'ONUUDC.

83. Selon moi, ce point de vue n'est pas incompatible avec les impératifs de la lutte antiterroriste. Après tout, la CIRFT n'est pas le seul instrument international applicable dans ce domaine : par exemple, le traité sur le commerce des armes a été conclu en 2013, dans le but exprès «de prévenir et d'éliminer le commerce illicite d'armes classiques et d'empêcher leur détournement vers le commerce illicite ou pour un usage final non autorisé, ou encore à destination d'utilisateurs finaux non autorisés, *notamment aux fins de la commission d'actes terroristes*»⁶⁰, et il va sans dire que tous les États restent tenus de mettre en œuvre les résolutions du Conseil de sécurité portant sur la lutte contre le terrorisme.

7. La Cour a manqué une occasion d'appliquer la doctrine des «mains propres», faisant au contraire le choix de l'écarter définitivement

84. Autre aspect notable de l'affaire : le sort réservé par la majorité à la doctrine des «mains propres». Nul besoin de rappeler que ce moyen de défense fait depuis longtemps figure de «mouton noir» dans la pratique de la Cour et qu'il est notoirement difficile d'obtenir qu'il soit appliqué ou admis (voir arrêt, par. 37). Toutefois, la Cour n'avait jamais écarté la *possibilité* de l'invoquer — du moins, jusqu'à présent. Ironiquement, en la présente affaire, toutes les conditions que la Cour avait timidement énoncées dans de précédentes procédures étaient enfin réunies, et l'on se trouvait en présence d'un cas d'école en la matière, le constat que la demanderesse avait les «mains sales» s'imposant irrémédiablement. Le fait que la majorité a choisi de mettre

⁵⁹ Voir DFR, par. 218-222 ; article 205.1 du code pénal de la Fédération de Russie (mémoire de l'Ukraine (ci-après le «MU»), annexe 874) ; International Monetary Fund, Germany: Detailed assessment report on anti-money laundering and combating the financing of terrorism (mars 2010), par. 207 ; H. Tofangsaz, «Criminalization of terrorist financing: from theory to practice», *New Criminal Law Review*, vol. 21 (1), p. 92.

⁶⁰ Traité sur le commerce des armes, préambule, accessible à l'adresse suivante : https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=XXVI-8&chapter=26&clang=_fr (les italiques sont de moi).

speaks volumes. Indeed, on all previous occasions the Court was never forced to pronounce its position on the existence of the “clean hands” doctrine as a defence, since it could instead refer to some or all of these criteria being, in any event, unsatisfied. Apparently, in the present case such an option was not open to the Court and the choice was between exonerating Russia on the basis of Ukraine’s “unclean hands” or elimination of the “clean hands” doctrine as such. The Majority chose the latter, neglecting to provide any concrete reasoning for its abrupt decision.

85. As a tribute to this venerable doctrine, which, by happenstance, had its swan song while I appeared on the Bench, I feel obliged to outline the reasons why it should have been applicable in the circumstances of the present case.

86. One might opine that Russia did not directly assert that Ukraine has, through its alleged conduct, violated its obligations under the ICSFT. What Russia did, however, was to show that Ukraine had been itself engaged in the conduct of which it accuses the Russian Federation, if not worse, and which it considers to be a violation of the ICSFT. For example, Russia has demonstrated that Ukraine had been supplying the DPR and LPR with funds, despite alleging them to be “notorious terrorist organizations”; that Ukrainian forces have been systematically shelling and bombing residential areas in Donbass (such shelling of civilian objects being considered by Ukraine as “terrorism”); that Ukraine had refused to fulfil MLA requests from Russia regarding certain persons and organizations on the basis of sovereignty or the fact that it did not consider such organizations to be of a terrorist nature; etc.

87. The fact that Russia itself did not consider funding the DPR and LPR to be terrorism financing, or actions committed by armed forces in time of war to be terrorism only because they might have caused damage to civilians, should not have excluded the possibility of a *quod non* argument — that is, assuming Ukraine’s allegations be taken at face value, they should have been dismissed due to Ukraine being engaged in the same, or worse, kind of conduct. To rule otherwise would imply that “unclean hands” can only exist when the applicant is in breach of certain *other* rules of the relevant treaty that it accuses the respondent of breaching — or that the respondent would have to first concede that such actions as it is being accused of (and which the applicant is also engaged in) *are* a breach of the treaty, before raising the “clean hands” defence. Neither of these conditions were to be found in preceding Court practice regarding “clean hands”.

fin à des décennies d'incertitude et d'éliminer purement et simplement la doctrine des « mains propres » en tant que telle, pour ne pas prendre le risque de l'appliquer en l'espèce, en dit long. En effet, la Cour n'avait jamais auparavant été contrainte de se prononcer sur la validité de la doctrine des « mains propres » en tant que moyen de défense, puisqu'elle pouvait en tout état de cause invoquer le fait que certaines, sinon la totalité, desdites conditions n'étaient pas remplies. Manifestement, elle ne pouvait en l'espèce se prévaloir de cette circonstance et seuls deux choix s'offraient à elle : exonérer la Russie de sa responsabilité au motif que l'Ukraine s'était présentée devant la Cour avec les « mains sales », ou rejeter en tant que telle la doctrine des « mains propres ». La majorité a opté pour cette seconde voie, négligeant de justifier d'une quelconque façon, concrètement, cette décision pour le moins abrupte.

85. En hommage à cette vénérable doctrine, dont il se trouve que la Cour a sonné le glas alors que j'étais désigné sur le siège, je me sens dans l'obligation d'exposer les raisons pour lesquelles elle aurait dû être appliquée dans les circonstances de l'espèce.

86. L'on pourrait arguer que la Russie n'a pas directement affirmé que l'Ukraine avait, par son comportement allégué, manqué aux obligations que lui imposait la CIRFT. Toutefois, la Russie a bien démontré que l'Ukraine s'était elle-même livrée au comportement qu'elle lui reprochait, comportement qu'elle considérait comme une violation de la CIRFT, voire avait fait pire. Elle a, par exemple, démontré que l'Ukraine avait fourni des fonds à la RPD et à la RPL, qu'elle qualifiait pourtant d'« organisations terroristes notoires » ; que les forces ukrainiennes avaient systématiquement pilonné et bombardé des zones résidentielles du Donbass (alors que le pilonnage de biens de caractère civil relève, selon l'Ukraine, d'un acte de « terrorisme ») ; et que l'Ukraine avait refusé de donner suite aux demandes d'entraide judiciaire de la Russie relatives à certaines personnes et organisations, invoquant sa souveraineté ou le fait qu'elle ne reconnaissait pas la nature terroriste de ces organisations.

87. Bien que la Russie elle-même n'ait pas considéré le financement de la RPD et de la RPL comme constitutif de financement du terrorisme ni les actes commis par des forces armées en temps de guerre comme constitutifs de terrorisme du seul fait qu'ils ont pu causer des dommages à des civils, elle n'aurait pas dû être empêchée d'avancer une argumentation *quod non* — c'est-à-dire de faire valoir que, dans l'hypothèse où les allégations de l'Ukraine seraient fondées, elles devraient être rejetées, puisque celle-ci s'était livrée à des agissements identiques, voire plus graves encore. Toute autre décision impliquerait que la demanderesse ne pourrait avoir les « mains sales » que si elle enfreignait certaines autres règles du traité pertinent qu'elle accuse la défenderesse d'avoir violé — ou que la défenderesse devrait avoir admis que les actes qui lui sont reprochés (et auxquels la demanderesse se livrait elle aussi) *emportent* bel et bien violation du traité avant de pouvoir invoquer comme moyen de défense la doctrine des « mains propres ». Or, on ne trouve aucune trace de telles conditions dans la pratique antérieure de la Cour concernant les « mains propres ».

88. The basics of the doctrine, which Russia invoked in its arguments, were laid down in the Judgment of 28 June 1937 rendered by the Permanent Court of International Justice (PCIJ) in the case concerning *Diversion of Water from the Meuse (Netherlands v. Belgium)*⁶¹, as well as the ICJ cases concerning *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*⁶² and *Certain Iranian Assets (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, where traces of the “clean hands” doctrine application can be found⁶³.

89. In *Certain Iranian Assets*, the Court has indicated the following conditions for the “unclean hands” doctrine, as a defence on the merits, the absence of which “in any event” precluded its application:

- (1) a wrong or misconduct must have been committed by the applicant or on its behalf;
- (2) a nexus between the wrong or misconduct and the claims being made by the applicant must exist;
- (3) there should be a sufficient level of connection between the wrong or misconduct and the applicant’s claim, dependent on the circumstances of the case⁶⁴.

90. In that case, the applicant, Iran, when suggesting a definition for the conditions of applicability of the “clean hands” doctrine, elected to define them as follows: “when the claimant is engaged in ‘precisely similar action, similar in fact and similar in law’ as that of which it complains”⁶⁵.

91. In *Diversions of Water from the Meuse*, Judge Hudson defined the principle (which he couched in terms of general equity) as “that where two parties have assumed an identical or a reciprocal obligation” and that “one party . . . is engaged in a continuing non-performance of that obligation” while, at the same time, there is “a similar non-performance of that obligation by the other party”⁶⁶.

92. In my view, all these conditions are met in the present case. In contrast to *Certain Iranian Assets*, when there was no question of inconsistency between Iran’s allegations and its own performance under the Treaty of

⁶¹ RR, para. 44; *Diversion of Water from the Meuse, Judgment, 1937, P.C.I.J., Series A/B, No. 70*, p. 25.

⁶² RR, para. 46; *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, dissenting opinion of Judge Schwebel, p. 392, para. 268.

⁶³ RR, para. 47; *Certain Iranian Assets (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2019 (I)*, p. 44, para. 122.

⁶⁴ *Certain Iranian Assets (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Judgment, I.C.J. Reports 2023 (I)* p. 88, paras. 82-83.

⁶⁵ *Certain Iranian Assets (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2019 (I)*, p. 40, para. 121.

⁶⁶ *Diversion of Water from the Meuse, Judgment, 1937, P.C.I.J., Series A/B, No. 70*, individual opinion by Mr Hudson, p. 77.

88. Les fondements de la doctrine, que la Russie a invoqués, ont été posés dans l'arrêt rendu le 28 juin 1937 par la Cour permanente de Justice internationale (ci-après la « Cour permanente » ou la « CPJI ») en l'affaire relative aux *Prises d'eau à la Meuse (Pays-Bas c. Belgique)*⁶¹, et l'on trouve des traces de son application dans deux affaires soumises à la Cour, celle des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*⁶² et celle relative à *Certains actifs iraniens (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*⁶³.

89. Dans l'affaire relative à *Certains actifs iraniens*, la Cour a indiqué à quelles conditions la doctrine des « mains sales » pouvait être invoquée comme moyen de défense au fond, excluant « [e]n tout état de cause » son application dès lors que ces conditions ne seraient pas réunies. Il est ainsi nécessaire :

- 1) qu'une faute ou un fait illicite ait été commis par le demandeur ou pour son compte ;
- 2) qu'il existe un lien entre la faute ou le comportement illicite et les demandes présentées par le demandeur ;
- 3) qu'il y ait un degré de connexité suffisant entre la faute ou le comportement illicite et la prétention du demandeur, selon les circonstances de l'espèce⁶⁴.

90. Dans cette affaire, le demandeur, l'Iran, avait proposé une définition des conditions d'applicabilité de la doctrine des « mains propres », consistant à dire que « celle-ci ne s'applique que lorsque le demandeur accomplit un « acte qui est précisément semblable, en droit et en fait » à celui dont il se plaint »⁶⁵.

91. Dans l'affaire relative aux *Prises d'eau à la Meuse*, le juge Hudson a défini le principe (qu'il a qualifié de principe d'équité générale) comme s'appliquant « quand deux parties ont assumé une obligation identique ou réciproque » et « [qu']une partie ... de manière continue, n'exécute pas cette obligation », alors qu'est constatée dans le même temps « une non-observation analogue de cette obligation par l'autre partie »⁶⁶.

92. À mon sens, ces conditions étaient toutes réunies en la présente espèce. Contrairement à l'affaire relative à *Certains actifs iraniens*, où il n'était nullement question de discordance entre les allégations de l'Iran et son propre

⁶¹ DFR, par. 44 ; *Prises d'eau à la Meuse*, arrêt, 1937, C.P.J.I. série A/B n° 70, p. 25.

⁶² DFR, par. 46 ; *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 14, opinion dissidente du juge Schwebel, p. 392, par. 268.

⁶³ DFR, par. 47 ; *Certains actifs iraniens (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2019 (I), p. 44, par. 122.

⁶⁴ *Certains actifs iraniens (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2023 (I), p. 88, par. 82-83.

⁶⁵ *Certains actifs iraniens (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2019 (I), p. 40, par. 121.

⁶⁶ *Prises d'eau à la Meuse*, arrêt, 1937, C.P.J.I. série A/B n° 70, opinion individuelle du juge Hudson, p. 77.

Amity, the present case appears to be a textbook example of “unclean hands”, where the applicant is actually committing the very same actions it accuses the respondent of, indeed on a larger scale, yet does not recognize these actions as being in breach of any international obligations, including those under the ICSFT.

(a) *Conditions were met for the “clean hands” doctrine to apply in this case*

(1) *Ukraine committed actions that would qualify as “terrorism” and “terrorism financing” according to its own interpretation of these terms in the present case*

93. According to Ukraine’s counsel, Russia is “defending the indefensible”; Mr Thouvenin listed these “indefensible acts” as follows: “Hence its efforts to defend the indefensible: murders, a downed airliner, shellings, bombings of civilians, and its culpable passivity in the face of the financing of this barbarity.”⁶⁷

94. However, all of these acts (politically motivated murders, shooting down of a civilian airliner, shelling and bombings of residential areas, non-prosecution of what Ukraine considers “financing of terrorism”) are attributable to Ukraine itself. Russia has provided the Court with factual evidence of the following actions by the Ukrainian Government:

- Repeated shelling by Ukrainian armed forces of residential areas in Donetsk, Lugansk and other Donbass cities, leading to thousands of civilian casualties. Ukraine used the same weapons systems (including Grad and Smerch MLRS) to conduct these attacks as it accuses DPR of using. The list of such shelling examples provided by Russia is much broader than the list of alleged shelling Ukraine blames DPR militia for⁶⁸.
- Killing of opposition figures, including the murders of journalists and firebombing of the Trade Union building in Odessa on 2 May 2014, when over 50 anti-Maidan activists were burned alive⁶⁹.
- The downing of a Russian civilian airliner by Ukrainian armed forces, killing 78 passengers and crew⁷⁰.

⁶⁷ CR 2023/9, p. 13 (Thouvenin).

⁶⁸ RR, para. 61; CR 2023/7, p. 17 (Kuzmin); slide 3 of the Kuzmin presentation; CR 2023/7, p. 63 (Udovichenko); slide 40 of the Udovichenko presentation.

⁶⁹ RR, para. 455; *The Guardian*, “Ukraine Clashes: Dozens Dead after Odessa Building Fire” (2 May 2014), available at: <https://www.theguardian.com/world/2014/may/02/ukraine-dead-odessa-building-fire> (RR, Annex 94).

⁷⁰ RR, para. 455; *Gazeta.ru*, “‘Do Not Make a Tragedy out of This’: How Ukraine Shot Down a Russian Tu-154” (4 October 2021), available at: https://www.gazeta.ru/science/2021/10/03_a_14047363.shtml (RR, Annex 343). Expert report of Yuri Vladimirovich Bezborodko, 10 March 2023, paras. 60-63 (RR, Annex 6).

comportement au titre du traité d'amitié, la présente instance semble offrir un cas d'école en matière d'application de la doctrine des « mains sales », puisque la demanderesse commet de fait, encore qu'à plus grande échelle, des actes qui sont exactement les mêmes que ceux qu'elle reproche à la défenderesse, mais sans y voir de manquement à la moindre de ses obligations internationales, et notamment aux obligations que lui impose la CIRFT.

a) *Les conditions requises aux fins de l'application de la doctrine des « mains propres » en l'espèce étaient réunies*

1) *L'Ukraine a commis des actes pouvant être qualifiés d'« actes de terrorisme » et de « financement du terrorisme » selon sa propre interprétation de ces termes dans la présente espèce*

93. Selon le conseil de l'Ukraine, la Russie « défend[] l'indéfendable », et M. Thouvenin a énuméré ainsi ces faits « indéfendables » que la Russie se serait « effor[cée de] défendre : des meurtres, un avion de ligne abattu, des bombardements de civils, des attentats à la bombe, et sa passivité coupable face au financement de cette barbarie »⁶⁷.

94. Or, tous ces actes (meurtres commis pour des motifs politiques, destruction d'un avion de ligne civil, pilonnage et bombardement de zones résidentielles, absence de poursuites pour des actes que l'Ukraine qualifie de « financement du terrorisme »), l'Ukraine s'en est elle-même rendue coupable. La Russie a fourni à la Cour des preuves factuelles des faits ci-après imputables au Gouvernement ukrainien :

- Pilonnages à répétition par les forces armées ukrainiennes de zones résidentielles de Donetsk, Lougansk et d'autres villes du Donbass, faisant plusieurs milliers de victimes civiles. Pour mener ces attaques, l'Ukraine a employé les mêmes systèmes d'armes (dont des lance-roquettes multiples Grad et Smerch) que ceux qu'elle accuse la RPD d'utiliser. La liste des pilonnages recensés par la Russie est bien plus étendue que la liste des supposés pilonnages que l'Ukraine attribue aux milices de la RPD⁶⁸.
- Assassinat de figures d'opposition, dont le meurtre de journalistes et le bombardement de la maison des syndicats d'Odessa le 2 mai 2014, où plus de 50 militants anti-Maïdan ont été brûlés vifs⁶⁹.
- Destruction d'un avion de ligne civil russe par les forces armées ukrainiennes, causant la mort de 78 passagers et membres d'équipage⁷⁰.

⁶⁷ CR 2023/9, p. 13 (Thouvenin).

⁶⁸ DFR, par. 61 ; CR 2023/7, p. 17 (Kuzmin) ; diapositive 3 de l'exposé de Kuzmin ; CR 2023/7, p. 63 (Udovichenko) ; diapositive 40 de l'exposé d'Udovichenko.

⁶⁹ DFR, par. 455 ; *The Guardian*, « Ukraine Clashes: Dozens Dead after Odessa Building Fire » (2 mai 2014), accessible à l'adresse suivante : <https://www.theguardian.com/world/2014/may/02/ukraine-dead-odessa-building-fire> (DFR, annexe 94).

⁷⁰ DFR, par. 455 ; *Gazeta.ru*, « «Do Not Make Tragedy out of This». How Ukraine Shot Down a Russian Tu-154 » (4 octobre 2021), accessible à l'adresse suivante : https://www.gazeta.ru/science/2021/10/03_a_14047363.shtml (DFR, annexe 343). Expert report of Yuri Vladimirovich Bezborodko, 10 mars 2023, par. 60-63 (DFR, annexe 6).

- Trade with the DPR and LPR in coal and other goods, thereby directly financing these supposedly “notorious terrorist organizations”⁷¹.
- Creating a “climate of fear” through repeated human rights violations, including enforced disappearances and false allegations in “terrorism financing”, conducted by the Security Service of Ukraine (SBU)⁷², the so-called “volunteer battalions” (of neo-Nazi leaning) and other entities under the control of the Ukrainian Government⁷³.
- Using civilians as “human shields” by positioning military personnel and combat vehicles in close proximity to civilian objects⁷⁴.

⁷¹ Ukraine’s coal trade with the DPR and LPR (RR, Appendix 1).

⁷² CMR, Vol. I, para. 508. RR, paras. 23-24, 454 and 456; Sputnik International, “Incidents with Russian Reporters in Ukraine in 2014-2017” (31 August 2017), available at: <https://sputniknews.com/europe/201708311056947334-russian-reporters-ukraine/> (RR, Annex 187). KHPG, “Ukraine follows Russia in dubious ‘State treason’ arrests” (16 February 2015), available at: <http://khpg.org/en/index.php?id=1423918032> (RR, Annex 189). TASS, “How Ukraine imposed sanctions on Russian individuals and entities” (20 March 2019), available at: <https://tass.ru/info/6240919> (RR, Annex 306). Human Rights Watch, “Ukraine Foreign Journalists Barred or Expelled” (1 September 2017), available at: <https://www.hrw.org/news/2017/09/01/ukraine-foreign-journalists-barred-or-expelled> (RR, Annex 190). RIA Novosti, “Cases of harassment of journalists in Ukraine in 2014-2017” (19 June 2017), available at: <https://ria.ru/20170619/1496819255.html> (RR, Annex 307). *Ukrainska Pravda*, “Journalist Babchenko is alive, the murder is staged” (30 May 2018), available at: <https://www.pravda.com.ua/rus/news/2018/05/30/7181836/> (RR, Annex 78). *The Guardian*, “Arkady Babchenko Reveals He Faked His Death to Thwart Moscow Plot” (30 May 2018), available at: <https://www.theguardian.com/world/2018/may/30/arkady-babchenko-reveals-he-faked-his-death-to-thwart-moscow-plot> (RR, Annex 93).

⁷³ RR, paras. 11-16, 27-28. Pictures.reuters.com, “Members of a ‘Maidan’ self-defence battalion take part in a training at a base of Ukraine’s National Guard near Kiev” (31 March 2014), available at: <https://pictures.reuters.com/archive/UKRAINE-CRISIS-GM1EA3V1ME601.html> (RR, Annex 473). OHCHR, Report on the human rights situation in Ukraine (16 May to 15 August 2015), 8 September 2015, para. 123, available at: <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Countries/UA/11thOHCHRreportUkraine.pdf>. TSN, “In Lvov protesters seize main law enforcement buildings and weapons arsenal” (19 February 2014), available at: <https://tsn.ua/ukrayina/u-lvovi-protestuvalniki-zahopili-golovni-budivli-silovikiv-ta-arsenal-zbroyi-335205.html> (RR, Annex 398). *Unian.ua*, “Military warehouses with weapons burn in Lvov” (19 February 2014), available at: <https://www.unian.ua/politics/886677-u-lvovi-goryat-vyskovi-skladi-zi-zbroeyu.html> (RR, Annex 188). I. Lopatonok and O. Stone, “Ukraine on Fire”, Documentary (2016), available at: <https://watchdocumentaries.com/ukraine-on-fire/>; see also *The World*, “Who Were the Maidan Snipers?” (14 March 2014), available at: <https://theworld.org/stories/2014-03-14/who-were-maidan-snipers> (RR, Annex 180); *BBC News Ukraine*, “The Maidan Shooting: a Participant’s Account” (13 February 2015), available at: https://www.bbc.com/ukrainian/ukraine_in_russian/2015/02/150213_ru_s_maidan_shooting (RR, Annex 181).

⁷⁴ RR, paras. 63-77, 315 and 439; *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation)*, Preliminary Objections submitted by the Russian Federation, 1 October 2022, p. 32, note 102

- Commerce de charbon et d'autres biens avec la RPD et la RPL, impliquant l'apport d'un financement direct à ces prétendues « organisations terroristes notoires »⁷¹.
- Création d'un « climat de peur » nourri par des violations répétées des droits de l'homme, dont des disparitions forcées et de fausses allégations de « financement du terrorisme », commises par les services de sécurité ukrainiens⁷², les prétendus « bataillons de volontaires » (d'inspiration néonazie) et d'autres entités sous le contrôle du Gouvernement de Kiev⁷³.
- Utilisation de civils comme « boucliers humains », par le positionnement de personnel militaire et de véhicules de combat au voisinage immédiat de biens de caractère civil⁷⁴.

⁷¹ Commerce du charbon entre l'Ukraine et les Républiques populaires de Donetsk et de Lougansk (DFR, appendice 1).

⁷² CMFR, vol. I, par. 508. DFR, par. 23-24, 454 et 456; Sputnik International, « Incidents with Russian Reporters in Ukraine in 2014-2017 » (31 août 2017), accessible à l'adresse suivante : <https://sputniknews.com/europe/201708311056947334-russian-reporters-ukraine/> (DFR, annexe 187). KHPG, « Ukraine follows Russia in dubious "State treason" arrests » (16 février 2015), accessible à l'adresse suivante : <http://khpg.org/en/index.php?id=1423918032> (DFR, annexe 189). TASS, « How Ukraine imposed sanctions on Russian individuals and entities » (20 mars 2019), accessible à l'adresse suivante : <https://tass.ru/info/6240919> (DFR, annexe 306). Human Rights Watch, « Ukraine Foreign Journalists Barred or Expelled » (1^{er} septembre 2017), accessible à l'adresse suivante : <https://www.hrw.org/news/2017/09/01/ukraine-foreign-journalists-barred-or-expelled> (DFR, annexe 190). RIA Novosti, « Cases of harassment of journalists in Ukraine in 2014-2017 » (19 juin 2017), accessible à l'adresse suivante : <https://ria.ru/20170619/1496819255.html> (DFR, annexe 307). *Ukrainska Pravda*, « Journalist Babchenko is alive, the murder is staged » (30 mai 2018), accessible à l'adresse suivante : <https://www.pravda.com.ua/rus/news/2018/05/30/7181836/> (DFR, annexe 78). *The Guardian*, « Arkady Babchenko Reveals He Faked His Death to Thwart Moscow Plot » (30 mai 2018), accessible à l'adresse suivante : <https://www.theguardian.com/world/2018/may/30/arkady-babchenko-reveals-he-faked-his-death-to-thwart-moscow-plot> (DFR, annexe 93).

⁷³ DFR, par. 11-16 et 27-28. Pictures.reuters.com, « Members of a "Maidan" self-defence battalion take part in a training at a base of Ukraine's National Guard near Kiev » (31 mars 2014), accessible à l'adresse suivante : <https://pictures.reuters.com/archive/UKRAINE-CRISIS-GM1EA3V1ME601.html> (DFR, annexe 473). HCDH, Report on the human rights situation in Ukraine (16 May to 15 August 2015), 8 septembre 2015, par. 123, accessible à l'adresse suivante : <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Countries/UA/11thOHCHRreportUkraine.pdf>. TSN, « In Lvov protesters seize main law enforcement buildings and weapons arsenal » (19 février 2014), accessible à l'adresse suivante : <https://tsn.ua/ukrayina/u-lvovi-protestuvalniki-zahopili-golovni-budivli-silovikov-ta-arsenal-zbroyi-335205.html> (DFR, annexe 398). *Unian.ua*, « Military warehouses with weapons burn in Lvov » (19 février 2014), accessible à l'adresse suivante : <https://www.unian.ua/politics/886677-u-lvovi-goryat-viyskovi-skladi-zi-zbroeyu.html> (DFR, annexe 188). I. Lopatonok et O. Stone, « Ukraine on Fire », documentaire (2016), accessible à l'adresse suivante : <https://watchdocumentaries.com/ukraine-on-fire/>; voir aussi *The World*, « Who Were the Maidan Snipers? » (14 mars 2014), accessible à l'adresse suivante : <https://theworld.org/stories/2014-03-14/who-were-maidan-snipers> (DFR, annexe 180); *BBC News Ukraine*, « The Maidan Shooting: a Participant's Account » (13 février 2015), accessible à l'adresse suivante : https://www.bbc.com/ukrainian/ukraine_in_russian/2015/02/150213_ru_s_maidan_shooting (DFR, annexe 181).

⁷⁴ DFR, par. 63-77, 315 et 439; *Allégations de génocide au titre de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Ukraine c. Fédération de Russie)*, exceptions préliminaires de la Fédération de Russie, 1^{er} octobre 2022, p. 32, note 102 (Statement by

— Lack of effective investigation of the above acts⁷⁵.

95. If Ukraine's interpretation of the ICSFT were to be accepted, then Ukraine itself ought to be considered in breach of the ICSFT, as well as other legally binding norms of international law, including international humanitarian law.

(2) There is a nexus between Ukraine's actions and Ukraine's claims

96. In the present case, Ukraine considers that:

- causing deaths of civilians by accident in the context of an armed conflict is "terrorism" and falls under Article 2 (a), (b) of the ICSFT;
- deaths occurring as a result of civil strife between factions, triggered by the illegal coup in Kiev, to be "acts of terror";
- provision of "funds" (which in Ukraine's view constitute any assets) to the DPR and LPR is "financing of notorious terrorist organizations";
- effect of civil war causing "terror" among civilian population to be an indication of terrorism falling under the ICSFT.

97. This aligns with Ukraine's own actions listed above, which are of a similar (or even more aggravated) nature.

(3) There is sufficient connection between Ukraine's actions and Ukraine's claims

98. Both Ukraine's own actions and its claims against Russia concern the same situation and circumstances, or very similar circumstances. Ukraine's armed forces have repeatedly conducted attacks against residential areas, causing massive civilian casualties, in the same armed conflict and in the same geographic region (Donbass). Killings, enforced disappearances and other acts committed by Ukrainian government agents or private actors affiliated with the Government of Ukraine, which contributed to the "climate of fear" in Donbass, were done within the context of the same

(Statement by the Russian Federation on the false allegations against the Russian Federation made by Ukraine to cover-up its own violations of international law and military crimes against civilian population of Donbass as well as Kharkov, Kherson and Zaporozhye regions, 27 September 2022, available at: https://mid.ru/en/foreign_policy/news/themes/id/1831500/); Second Samolenkov report, paras. 373-374 (RR, Annex 8). Expert report of Yuri Vladimirovich Bezborodko, 10 March 2023, para. 51 (c) (RR, Annex 6).

⁷⁵ RR, paras. 14-15; I. Lopatonok and O. Stone, "Ukraine on Fire", Documentary (2016), available at: <https://watchdocumentaries.com/ukraine-on-fire/>; see also *The World*, "Who Were the Maidan Snipers?" (14 March 2014), available at: <https://theworld.org/stories/2014-03-14/who-were-maidan-snipers> (RR, Annex 180); *BBC News Ukraine*, "The Maidan Shooting: a Participant's Account" (13 February 2015), available at: https://www.bbc.com/ukrainian/ukraine_in_russian/2015/02/150213_ru_s_maidan_shooting (RR, Annex 181).

— Absence d'enquête efficace sur les faits susmentionnés⁷⁵.

95. Si l'on devait admettre l'interprétation que l'Ukraine donne de la CIRFT, il faudrait considérer que l'Ukraine elle-même a agi en violation de celle-ci, ainsi que d'autres normes de droit international juridiquement contraignantes, dont celles relevant du droit international humanitaire.

2) Il existe un lien entre les actes de l'Ukraine et ses demandes

96. En l'espèce, l'Ukraine considère que :

- causer accidentellement la mort de civils dans le contexte d'un conflit armé est constitutif de « terrorisme » et relève des alinéas *a)* et *b)* du paragraphe 1 de l'article 2 de la CIRFT ;
- les décès survenus en raison des troubles civils entre factions causés par le coup d'État illicite mené à Kiev sont le fait d'« actes de terreur » ;
- la fourniture de « fonds » (qui, selon l'Ukraine, englobent les biens de tous types) à la RPD et à la RPL est constitutive de « financement d'organisations terroristes notoires » ;
- la « terreur » subie par la population civile en raison de la guerre civile indiquait l'existence de faits de terrorisme relevant de la CIRFT.

97. Ces considérations s'appliquent tout autant aux faits de l'Ukraine énumérés plus haut, qui sont de même nature (voire plus graves encore).

3) Il existe un degré de connexité suffisant entre les actes de l'Ukraine et ses prétentions

98. Les actes de l'Ukraine et les griefs que celle-ci oppose à la Russie concernent la même situation et les mêmes circonstances, ou des circonstances très similaires. Les forces armées ukrainiennes ont à maintes reprises attaqué des zones résidentielles, faisant d'innombrables victimes civiles, dans le même conflit armé et dans la même région géographique (Donbass). Les meurtres, les disparitions forcées et les autres actes commis par des agents officiels ukrainiens ou par des acteurs privés affiliés au Gouvernement ukrainien, qui ont contribué au « climat de peur » dans le Donbass,

the Russian Federation on the false allegations against the Russian Federation made by Ukraine to cover-up its own violations of international law and military crimes against civilian population of Donbass as well as Kharkov, Kherson and Zaporozhye regions, 27 septembre 2022, accessible à l'adresse suivante : https://mid.ru/en/foreign_policy/news/themes/id/1831500/ ; deuxième rapport Samolenkov, par. 373-374 (DFR, annexe 8). Expert report of Yuri Vladimirovich Bezborodko, 10 mars 2023, par. 51 *c)* (DFR, annexe 6).

⁷⁵ DFR, par. 14-15 ; I. Lopatonok et O. Stone, « Ukraine on Fire », documentaire (2016), accessible à l'adresse suivante : <https://watchdocumentaries.com/ukraine-on-fire/> ; voir aussi *The World*, « Who Were the Maidan Snipers? » (14 mars 2014), accessible à l'adresse suivante : <https://theworld.org/stories/2014-03-14/who-were-maidan-snipers> (DFR, annexe 180) ; *BBC News Ukraine*, « The Maidan Shooting: a Participant's Account » (13 février 2015), accessible à l'adresse suivante : https://www.bbc.com/ukrainian/ukraine_in_russian/2015/02/150213_ru_s_maidan_shooting (DFR, annexe 181).

civil war and civil strife triggered by the 2014 Maidan coup. Ukraine has conducted extensive trade with the same entities — the DPR and LPR — that it accuses Russia of financing as “notorious terrorist organizations”. The time frames of the events are also the same — ranging from spring of 2014 to early 2017. The connection is thus pervasive, encompassing *ratione loci*, *ratione temporis* and *ratione personae*.

99. Although the shooting down of the Russian civilian airliner by Ukrainian armed forces occurred under different historical circumstances, the connection with that incident is still strong: it was a result of armed forces conducting dangerous military activity in airspace from which civilian air traffic was not properly barred, which resulted in an erroneous downing of a civilian aircraft in lieu of the anticipated military target. Both the actor State (Ukraine) and the victim State (Russia) of that incident are Parties to the present proceedings, which also provides a connection.

(b) *Ukraine’s claims that data provided by Russia is “propaganda” are invalid*

100. Russia has provided numerous sources, including those of Ukrainian and international origin. The list of such shelling examples provided in Russia’s Rejoinder is much broader than the list of the alleged shelling Ukraine blames DPR militia for⁷⁶.

101. The Ukrainian armed forces have also never hesitated before using civilians as human shields. They deployed their troops and heavy weaponry in residential areas as well as in close vicinity to the socially important objects (schools, kindergartens, hospitals, etc.). They deliberately did this, *inter alia*, to provoke return fire and then groundlessly accuse the Donbass militia of “terrorism”⁷⁷. Russia has provided ample evidence of such behaviour by Ukraine, including data from the OSCE’s Special Monitoring Mission SMM to Ukraine⁷⁸. In particular, the following was noted:

“An SMM mini-UAV spotted on 29 March recently dug trenches about 40 m from a residential house on the south-eastern edge of Travneve (government-controlled, 51 km north-east of Donetsk)”⁷⁹.

⁷⁶ RR, para. 61.

⁷⁷ *Ibid.*, para. 63.

⁷⁸ *Ibid.*, paras. 61-70.

⁷⁹ Latest from the OSCE Special Monitoring Mission to Ukraine (SMM), based on information received as of 19:30, 30 March 2018, available at: <https://www.osce.org/special-monitoring-mission-to-ukraine/376672>.

ont eu lieu dans le contexte de la même guerre civile et des mêmes troubles civils provoqués par le coup du Maïdan de 2014. L'Ukraine a entretenu d'intenses échanges commerciaux avec les entités mêmes — la RPD et la RPL — qu'elle accuse la Russie de financer en tant qu'«organisations terroristes notoires». La chronologie des événements est elle aussi identique — s'étendant du printemps 2014 au début de l'année 2017. La connexité est donc généralisée, puisqu'elle existe *ratione loci*, *ratione temporis* et *ratione personae*.

99. Bien que la destruction de l'avion de ligne civil russe par les forces armées ukrainiennes soit intervenue dans des circonstances historiques différentes, la connexité avec cet incident reste forte: il était la conséquence d'activités militaires dangereuses menées par des forces armées dans un espace aérien où le trafic aérien civil n'avait pas été dûment interdit, ce qui a provoqué la destruction par erreur d'un aéronef civil en lieu et place de l'objectif militaire anticipé. L'État auteur (l'Ukraine) comme l'État victime (la Russie) de l'incident sont Parties à la présente procédure, ce qui crée un lien de connexité supplémentaire.

b) *Les affirmations de l'Ukraine selon lesquelles les données fournies par la Russie relevaient de la «propagande» sont infondées*

100. La Russie a cité de nombreuses sources, dont des sources ukrainiennes et internationales. La liste des pilonnages recensés dans la duplique de la Russie est bien plus étendue que la liste des supposés pilonnages dont l'Ukraine attribue la responsabilité aux milices de la RPD⁷⁶.

101. Les forces armées ukrainiennes n'ont en outre jamais hésité à utiliser des civils comme boucliers humains. Elles ont déployé des soldats et des armes lourdes dans des zones résidentielles ainsi qu'au voisinage immédiat de biens d'importance sociale (établissements scolaires, jardins d'enfants, hôpitaux, etc.). Elles l'ont fait à dessein, notamment pour provoquer une riposte et ensuite accuser sans fondement les milices du Donbass de «terrorisme»⁷⁷. La Russie a amplement établi le comportement de l'Ukraine, en incluant notamment des données de la mission spéciale d'observation de l'OSCE en Ukraine⁷⁸. En particulier, il a été relevé ce qui suit:

«Des images prises par un mini-drone de la mission spéciale d'observation le 29 mars montrent que des tranchées ont récemment été creusées à une quarantaine de mètres de la résidence de particuliers aux confins sud-est de Travneve (territoire sous contrôle du gouvernement, à 51 km au nord-est de Donetsk)»⁷⁹.

⁷⁶ DFR, par. 61.

⁷⁷ *Ibid.*, par. 63.

⁷⁸ *Ibid.*, par. 61-70.

⁷⁹ Latest from the OSCE Special Monitoring Mission to Ukraine (SMM), based on information received as of 19:30, 30 mars 2018, accessible à l'adresse suivante: <https://www.osce.org/special-monitoring-mission-to-ukraine/376672>.

“Beyond withdrawal lines but outside designated storage sites, in government-controlled areas, on 22 May an SMM mini-UAV spotted three surface-to-air missile systems (9K35) about 50 m south-east of a school building in Tarasivka (43 km north-west of Donetsk) . . . In violation of withdrawal lines in government-controlled areas, on 21 May an SMM mini-UAV spotted two surface-to-air missile systems (9K35 *Strela-10*) in a residential area of Teple (31 km north of Luhansk) within 200 m of a civilian house, on 22 May an SMM mini-UAV spotted a surface-to-air missile system (9K35) about 2 km north-east of Teple, an SMM long-range UAV spotted two surface-to-air missile systems (9K33 *Osa*)”⁸⁰.

“The SMM observed armoured combat vehicles and an anti-aircraft gun in the security zone. In government-controlled areas, the SMM saw on 20 April four infantry fighting vehicles (IFV) (BMP-2) and an armoured reconnaissance vehicle (BRDM-2) near Zolote-1/Soniachnyi, two IFVs (BMP-2) near Zolote, five IFVs (BMP-2) near Zolote-3/Stahanovets, an armoured reconnaissance vehicle (BRM-1K) near Zolote 2 (60 km west of Luhansk) . . . On 21 April, the SMM saw . . . three armoured reconnaissance vehicles (BRDM-2) and two IFVs (BMP-1) on flatbed trucks near Zolote . . . On 22 April, the SMM saw two IFVs (BMP-2) near Zolote . . .”⁸¹.

102. Furthermore, Ukraine itself has openly admitted the veracity of such facts to the Court, including, *inter alia*, with regard to the town of Avdiyevka (Avdiivka), which Ukraine claims was shelled by DPR with an intent to target civilians: “on Avdiivka, Russia continues to focus on military positions, which are undisputed — unlike the other attacks, Avdiivka was a front-line city”⁸².

103. These facts, therefore, could not have been dismissed out of hand as mere “propaganda” and had to be taken into consideration.

⁸⁰ Latest from the OSCE Special Monitoring Mission to Ukraine (SMM), based on information received as of 19:30, 23 May 2018, available at: <https://www.osce.org/special-monitoring-mission-to-ukraine/382423>.

⁸¹ Latest from the OSCE Special Monitoring Mission to Ukraine (SMM), based on information received as of 19:30, 22 April 2018, available at: <https://www.osce.org/special-monitoring-mission-to-ukraine/378643>.

⁸² CR 2023/9, p. 39, para. 61 (Check).

«Au-delà des lignes de retrait, mais en dehors des sites de stockage désignés, dans les zones contrôlées par le gouvernement, un mini-drone de la mission spéciale d'observation a, le 22 mai, repéré trois batteries de missiles sol-air (9K35) à une cinquantaine de mètres au sud-est d'un bâtiment scolaire de Tarasivka (à 43 km au nord-ouest de Donetsk)... Le 21 mai, un mini-drone de la mission spéciale d'observation a repéré la présence, en violation des lignes de retrait, dans les zones contrôlées par le gouvernement, de deux batteries de missiles sol-air (9K35 *Strela-10*) dans un quartier résidentiel de Teple (à 31 km au nord de Louhansk) à moins de 200 mètres d'une résidence civile. Le 22 mai, un mini-drone de la mission spéciale d'observation a repéré la présence d'une batterie de missiles sol-air (9K35) à quelque deux kilomètres au nord-est de Teple, et un drone longue portée de la mission spéciale d'observation, celle de deux batteries de missiles sol-air (9K33 *Osa*)»⁸⁰.

«La mission spéciale d'observation a constaté la présence de véhicules blindés de combat et d'un canon antiaérien dans la zone de sécurité. Dans les zones contrôlées par le gouvernement, elle a observé, le 20 avril, quatre véhicules de combat d'infanterie (BMP-2) et un véhicule blindé de reconnaissance (BRDM-2) non loin de Zolote-1/Soniachnyi, deux véhicules de combat d'infanterie (BMP-2) près de Zolote, cinq véhicules de combat d'infanterie (BMP-2) près de Zolote-3/Stahanovets, un véhicule blindé de reconnaissance (BRM-1K) près de Zolote-2 (à 60 km à l'ouest de Louhansk)... Le 21 avril, la mission spéciale d'observation a vu ... trois véhicules blindés de reconnaissance (BRDM-2) et deux véhicules de combat d'infanterie (BMP-1) montés sur des camions à plateau près de Zolote... Le 22 avril, la mission spéciale d'observation a vu deux véhicules de combat d'infanterie (BMP-2) près de Zolote...»⁸¹.

102. En outre, l'Ukraine a elle-même ouvertement reconnu la véracité de tels faits devant la Cour, notamment pour ce qui concerne la ville d'Avdeyevka (Avdiivka), dont elle prétendait que la RPD l'avait pilonnée en visant la population civile: «[E]n ce qui concerne Avdiivka», a-t-elle affirmé, «la Russie continue d'insister sur les positions militaires, qui ne sont pas contestées; contrairement aux autres cas, Avdiivka était une ville située sur la ligne de front»⁸².

103. Ces faits, par conséquent, ne pouvaient être balayés d'un revers de main comme relevant de la pure «propagande» et devaient être pris en compte.

⁸⁰ Latest from the OSCE Special Monitoring Mission to Ukraine (SMM), based on information received as of 19:30, 23 mai 2018, accessible à l'adresse suivante: <https://www.osce.org/special-monitoring-mission-to-ukraine/382423>.

⁸¹ Latest from the OSCE Special Monitoring Mission to Ukraine (SMM), based on information received as of 19:30, 22 avril 2018, accessible à l'adresse suivante: <https://www.osce.org/special-monitoring-mission-to-ukraine/378643>.

⁸² CR 2023/9, p. 39, par. 61 (Cheek).

(c) *Ukraine failed to disprove the data provided by Russia*

104. Ukraine had never even attempted to counter Russia's assertions regarding Ukraine's "unclean hands" on substance. Despite having the opportunity to prepare, after receiving Russia's written pleadings, a concrete rebuttal of Russia's alleged "propaganda", Ukraine nevertheless failed to do so⁸³. This total lack of response speaks in favour of the validity of these facts.

(d) *Conclusion — the "clean hands" doctrine should have been applied in the present case*

105. Taking the above into consideration, the conditions for the application of the "clean hands" doctrine as a means of defence seemed to have been present: *inter alia*, the "connection" or "nexus" requirement seemed to be fulfilled: during the same time frame, in the same region, and with regard to the same entities, Ukraine was engaged in "precisely similar action, similar in fact and similar in law"⁸⁴, or — as the case may be — more damaging to the civilian population, than what it accused Russia of as allegedly a breach of the ICSFT, or as "predicate offences" with regard to the DPR and LPR.

106. Even though the doctrine is now apparently denied the status of a possible defence (unless a future judgment of the Court reverses this decision), one might still argue for its utility and practicability. Indeed, international law hinges to no small extent on the practice of States and their interpretation of legal norms. It is my view that, in a situation of legal uncertainty, it may be useful to apply the "clean hands" criteria to see whether the applicant, in fact, shares the same interpretation and application of these norms as the respondent, and thus argues its position in bad faith. This, in turn, might inform the position of the Court regarding its own interpretation of the law.

8. Regarding Remedies

107. Notably, the Court rejected all remedies requested by Ukraine ("cessation . . . of ongoing violations, guarantees and assurances of non-repetition, compensation and moral damages"⁸⁵), beyond a formal declaration of a violation of Article 9, paragraph 1. Isn't it anything other than the apprehension of the shaky ground on which the Majority's position regarding Article 9 stands, and reluctance to implicate itself even further by providing tangible remedies? The Judgment's remark that Russia "continues to be

⁸³ See Judgment, para. 35.

⁸⁴ *Diversion of Water from the Meuse, Judgment, 1937, P.C.I.J., Series A/B, No. 70*, individual opinion by Mr Hudson, p. 78.

⁸⁵ Judgment, para. 148.

c) *L'Ukraine n'a pas démenti les données fournies par la Russie*

104. L'Ukraine n'a jamais même tenté de démentir en substance la Russie lorsque celle-ci l'a accusée de s'être présentée devant la Cour avec les « mains sales ». Une fois en possession des écritures de la Russie, l'Ukraine aurait parfaitement pu entreprendre de réfuter, concrètement, la prétendue « propagande » de la Russie. Or, elle n'en a rien fait⁸³, ce qui tend à confirmer la véracité des faits avancés.

d) *Conclusion — la doctrine des « mains propres » aurait dû être appliquée en l'espèce*

105. À la lumière de ce qui précède, les conditions auxquelles est subordonnée l'application de la doctrine des « mains propres » en tant que moyen de défense paraissaient réunies : entre autres, la condition de « connexité » ou de « lien » semblait être remplie : au cours de la même période, dans la même région et à l'égard des mêmes entités, l'Ukraine a commis « [des] acte[s] qui [étaient]t précisément semblable[s], en droit et en fait »⁸⁴ à ceux qu'elle accusait la Russie d'avoir perpétrés en violation de la CIRFT, ou aux « infractions principales » qu'elle a attribuées à la RPD et à la RPL, voire plus funestes encore pour la population civile.

106. Bien que la doctrine ne puisse apparemment plus, désormais, être invoquée en tant que moyen de défense (à moins que la Cour ne revienne sur cette décision dans un arrêt ultérieur), elle n'en reste pas moins, est-on en droit d'arguer, viable et utile. En effet, le droit international dépend dans une grande mesure de la pratique des États et de l'interprétation que ceux-ci font des normes du droit. Or, selon moi, dans une situation d'incertitude juridique, il peut être utile d'appliquer les critères des « mains propres » pour rechercher si le demandeur interprète et applique de fait ces normes de la même manière que le défendeur et déterminer, à cette aune, s'il soutient sa position de mauvaise foi. La conclusion qui en ressortira pourra éclairer ensuite la Cour dans sa propre interprétation du droit.

8. *Remèdes*

107. On notera que la Cour n'a adjugé aucun des remèdes sollicités par l'Ukraine (« la cessation des violations persistantes ..., des garanties et des assurances de non-répétition, ainsi qu'une indemnisation et des dommages-intérêts à raison du préjudice matériel et moral subi »⁸⁵), au-delà du constat formel d'une violation du paragraphe 1 de l'article 9. N'est-ce pas simplement le reflet du terrain glissant sur lequel s'est aventurée la majorité à l'égard de l'article 9 et de sa réticence à s'y risquer plus loin encore en adju-

⁸³ Voir arrêt, par. 35.

⁸⁴ *Prises d'eau à la Meuse, arrêt, 1937, C.P.J.I. série A/B n° 70*, opinion individuelle du juge Hudson, p. 78.

⁸⁵ Arrêt, par. 148.

required under Article 9 of the Convention to undertake investigations into *sufficiently substantiated* allegations of acts of terrorism financing in eastern Ukraine” (emphasis added) should be interpreted in this light. The allegations presented by Ukraine were, of course, not *sufficiently substantiated*. They contained nothing more than dubious claims that the DPR and LPR were engaged in terrorist activities, claims which Ukraine failed to prove during these proceedings. Nor were these claims credible, considering Ukraine’s tendency to use allegations of terrorism financing as a tool for political persecution, as recognized by international bodies such as the OHCHR.

108. Therefore, while I believe the declaration of violation to be improper, even in accordance with the Court’s own criteria as expressed in this Judgment, it is appropriate that the Court did not award any further remedy to Ukraine.

PART II — CERD

1. The Court Properly Found No Evidence of Racial Discrimination regarding the Vast Majority of Ukraine’s Allegations

109. Over the entire course of the proceedings, Ukraine has levelled at least 17 distinct allegations against Russia concerning CERD, claiming 47 (or so) incidents of “racial discrimination” with regard to Ukrainians and Crimean Tatars in Crimea. I agree with the Court’s decision that Ukraine has failed to produce evidence of any racial discrimination regarding alleged “disappearances” and “murders”, law enforcement measures, citizenship, cultural heritage, cultural institutions, culturally significant gatherings and media outlets, as well as every individual “incident” of discrimination alleged by Ukraine.

110. In total, no racial discrimination at all was discovered by the Court with regard to the Crimean Tatar people. As regards the Ukrainian people living in Crimea, no discrimination was found either, with the sole exception of school education in the Ukrainian language. This last finding was rather perplexing, since school education in the Ukrainian language is and has been available in Crimea, with Ukrainian being one of the Crimean State (official) languages protected by the Constitution of the Republic of Crimea and relevant legislation of the Russian Federation⁸⁶; the Court itself confirms

⁸⁶ Constitution of the Republic of Crimea, Art. 10 (1), available on the official website of the Government of Crimea at <https://rk.gov.ru/structure/acf7b684-df3d-4dbb-9662-454a9868eb72>.

geant des remèdes tangibles ? Le passage de l'arrêt précisant que la Russie « continue d'être tenue, en vertu de cette disposition [l'article 9 de la convention], d'enquêter sur les allégations d'actes de financement du terrorisme dans l'est de l'Ukraine dès lors que ces allégations sont *suffisamment étayées* » (les italiques sont de moi) devrait être interprété sous cet éclairage. À l'évidence, les allégations présentées par l'Ukraine n'étaient pas *suffisamment étayées*. Elles ne renfermaient rien d'autre que des affirmations douteuses quant aux prétendues activités terroristes de la RPD et de la RPL, affirmations dont l'Ukraine n'est pas parvenue à démontrer le bien-fondé au cours de la procédure. Ces affirmations n'étaient du reste nullement crédibles, compte tenu de la propension de l'Ukraine à recourir à des allégations de financement du terrorisme en tant qu'outil de persécution politique, telle que reconnue par divers organismes internationaux, dont le HCDH.

108. Par conséquent, bien que j'estime infondé son constat de violation, même au regard des critères que la Cour elle-même a retenus dans son arrêt, il était approprié que celle-ci n'adjuge aucun autre remède à l'Ukraine.

DEUXIÈME PARTIE — LA CIEDR

1. La Cour a eu raison de considérer qu'il n'existait aucune preuve de discrimination raciale s'agissant de la grande majorité des allégations de l'Ukraine

109. Durant la procédure, l'Ukraine a porté au moins 17 allégations distinctes contre la Russie concernant la CIEDR, invoquant (quelque) 47 cas de « discrimination raciale » visant des Ukrainiens et des Tatars de Crimée dans la péninsule. Je pense, comme la Cour, que l'Ukraine n'a pas apporté la preuve d'une quelconque discrimination raciale pour ce qui concerne les « disparitions » et « meurtres » allégués, les mesures de répression, la citoyenneté, le patrimoine culturel, les institutions culturelles, les rassemblements revêtant une importance culturelle et les médias, non plus que dans le cas des « épisodes » individuels qu'elle a mis en avant.

110. Dans l'ensemble, la Cour n'a mis au jour aucune forme de discrimination raciale à l'égard des Tatars de Crimée. Pour ce qui est des Ukrainiens résidant en Crimée, elle n'a pas davantage constaté de discrimination, si ce n'est en ce qui concerne l'enseignement scolaire en langue ukrainienne. Ce constat m'a laissé quelque peu perplexe, car l'enseignement scolaire en langue ukrainienne était et reste disponible en Crimée, l'ukrainien étant l'une des langues (officielles) de l'État criméen protégées par la Constitution de la République de Crimée et la législation pertinente de la Fédération de Russie⁸⁶,

⁸⁶ Constitution de la République de Crimée, art. 10, par. 1, accessible sur le site Internet officiel du gouvernement de la Crimée à l'adresse suivante : <https://rk.gov.ru/structure/acf7b684-df3d-4dbb-9662-454a9868eb72>.

this in its Judgment⁸⁷. Rather, the Majority found an issue with the fact that Crimeans in large numbers have, of their own will, switched the language of education of their children from Ukrainian to Russian after Crimea's reunification with Russia — which should not have come as a surprise, considering that Russian has always been the language of choice for the vast majority of the population of Crimea, and even during Ukraine's control over the peninsula most Crimeans — including most ethnic Ukrainians — preferred to receive education in Russian (as evidenced by Ukraine's own official statistics)⁸⁸.

111. I shall endeavour to shed some light on this matter further on, after a few remarks on other topics.

2. The Court Did Not Properly Support Ukraine's Attempt to Make Political Views an Element of "Ethnic Origin"

112. One of the most surprising clashes of opinions in the CERD case was a debate regarding the notions of "ethnic origin" and "ethnic group". In its effort to broaden the scope of the Convention, Ukraine argued that political views, such as those concerning the status of Crimea, were a part of Ukrainian and Crimean Tatar ethnicity⁸⁹. In other words, according to the Applicant, those Ukrainians in Crimea and Crimean Tatars who supported Crimea's self-determination and joining the Russian Federation, were not "real" Ukrainians and Crimean Tatars, since all "true" Ukrainians and Crimean Tatars supported Crimea remaining part of Ukraine.

113. I found this entire line of argument to be highly dubious not only because of the plain meaning of the term "ethnic origin" and the Court's clear prior pronouncement that it is a "characteristic inherent at birth"⁹⁰ rather than acquired like political views, nor from the standpoint of elementary logic (Crimea only became part of an independent Ukraine in 1991, so any "ethnic link" of Crimean Tatars to Ukraine or of Ukrainians to Crimea made little sense), but also proceeding from the object and purpose of the

⁸⁷ Judgment, para. 394.

⁸⁸ *Statistical Yearbook of Ukraine for 2013* (State Statistics Committee of Ukraine, 2014), p. 415; see RR, Annex 490.

⁸⁹ See e.g. MU, para. 585.

⁹⁰ According to the Court's Judgment in the *Qatar v. United Arab Emirates* case it

"observes that the definition of racial discrimination in the Convention includes 'national or ethnic origin'. These references to 'origin' denote, respectively, a person's bond to a national or ethnic group at birth, whereas nationality is a legal attribute which is within the discretionary power of the State and can change during a person's lifetime (*Nottebohm (Liechtenstein v. Guatemala)*, *Second Phase, Judgment*, *I.C.J. Reports 1955*, pp. 20 and 23). The Court notes that the other elements of the definition of racial discrimination,

ce que la Cour elle-même a du reste confirmé dans son arrêt⁸⁷. Pourtant, la majorité a jugé suspecte la décision qu’ont prise, de leur plein gré, de très nombreux Criméens de faire suivre à leurs enfants un enseignement non plus en ukrainien, mais en russe, après la réunification de la Crimée avec la Russie — choix qui n’aurait dû surprendre personne, étant donné que le russe a toujours été la langue de prédilection de la vaste majorité de la population de la Crimée et que, même lorsque la péninsule était sous contrôle ukrainien, la plupart des Criméens — en ce compris la plupart des personnes d’origine ethnique ukrainienne — optaient pour un enseignement dispensé en russe (comme l’attestent les statistiques officielles de l’Ukraine)⁸⁸.

111. Je tâcherai d’apporter un éclairage sur cette question, après avoir exposé quelques autres remarques.

*2. La Cour a eu raison de ne pas retenir la thèse de l’Ukraine
selon laquelle les convictions politiques seraient un élément
constitutif de l’« origine ethnique »*

112. L’un des points de dissension les plus surprenants dans l’affaire de la CIEDR a porté sur les notions d’« origine ethnique » et de « groupe ethnique ». S’ingéniant à élargir le champ de la convention, l’Ukraine a avancé que les opinions politiques, sur le statut de la Crimée par exemple, figuraient parmi les facteurs entrant en ligne de compte aux fins de la détermination de l’appartenance ethnique ukrainienne et tatare de Crimée⁸⁹. En d’autres termes, selon la demanderesse, les Ukrainiens de la péninsule et les Tatars de Crimée qui ont soutenu le droit à l’autodétermination de la Crimée et son rattachement à la Fédération de Russie n’étaient pas de « véritables » Ukrainiens et Tatars de Crimée, puisque les « vrais » Ukrainiens et Tatars de Crimée étaient tous favorables au maintien de la Crimée au sein de l’Ukraine.

113. J’ai trouvé la totalité de cette argumentation extrêmement douteuse, non seulement en raison du sens ordinaire de l’expression « origine ethnique » et du fait que la Cour a déjà clairement indiqué que l’origine ethnique était une « caractéristique[] inhérente[] à la personne à la naissance »⁹⁰ et ne procédait pas de l’acquis — à la différence des convictions politiques —, mais encore au regard et de la logique élémentaire — la Crimée n’ayant été intégrée à l’Ukraine indépendante qu’en 1991, parler de « lien ethnique » rat-

⁸⁷ Arrêt, par. 394.

⁸⁸ *Statistical Yearbook of Ukraine for 2013* (commission statistique nationale de l’Ukraine, 2014), p. 415 ; voir DFR, annexe 490.

⁸⁹ Voir, par exemple, MU, par. 585.

⁹⁰ Ainsi qu’elle l’a indiqué dans son arrêt en l’affaire *Qatar c. Émirats arabes unis*, la Cour « observe que la définition de la discrimination raciale figurant dans la convention inclut l’“origine nationale ou ethnique”. Ces références à l’“origine” désignent, respectivement, le rattachement de la personne à un groupe national ou ethnique à sa naissance, alors que la nationalité est un attribut juridique qui relève du pouvoir discrétionnaire de l’État et qui peut changer au cours de l’existence de la personne (*Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala)*, deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1955, p. 20 et 23). La Cour relève que les

Convention itself. It would seem apparent that assigning the political views of certain members of an ethnic group to be an “inherent quality” of the group as a whole is an evil kind of stereotyping waiting to turn into something worse. Crimean Tatars have already suffered from similar stereotyping under Stalin; and then it was the Ukrainian Government that took an official position regarding the same ethnic group and painting part of that group as some kind of “ethnic traitors” based entirely on their political preferences. Likewise, hearing Ukraine’s argument that a “frequently observed characteristic of ethnic groups is a desire to live together within a common political State”⁹¹ raised questions not only about Ukraine’s own inability to recognize the desire of mostly ethnic Russians of Crimea and Donbass to rejoin Russia, but also about the fate of those people in a “Ukrainian ethnostate”.

114. Prudently, the Court found, in no uncertain terms, that “the political identity or the political position of a person or a group is not a relevant factor for the determination of their ‘ethnic origin’ within the meaning of Article 1, paragraph 1, of CERD”⁹², thus putting an end to unwholesome speculations on this matter.

3. The Court Rightly Considered the Ban of the Mejlis to Not Constitute Racial Discrimination

115. From the very start of the proceedings, the question of the *Mejlis* ban was at the forefront of the CERD debate: it was the only concrete matter in the entire case on which the Court had deemed it appropriate to issue a specific provisional measure in 2017.

116. In my opinion, the Russian Federation has convincingly argued in its pleadings⁹³ that:

- neither the CERD nor other human rights instruments include a right of ethnic minority groups to establish and maintain their own representative institutions⁹⁴;

as set out in Article 1, paragraph 1, of the Convention, namely race, colour and descent, are also characteristics that are inherent at birth.” (*Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Qatar v. United Arab Emirates)*, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2021, p. 98, para. 81.)

⁹¹ Reply of Ukraine (hereinafter “RU”), para. 410.

⁹² Judgment, para. 200.

⁹³ CMR, Vol. II, paras. 131-250; RR, paras. 886-894 and 927-985.

⁹⁴ CMR, Vol. II, para. 138; RR, para. 944.

tachant les Tatars de Crimée à l'Ukraine ou les Ukrainiens à la Crimée n'aurait guère de sens — et de l'objet et du but de la convention. Ériger les convictions politiques de certains membres d'un groupe ethnique en une « qualité inhérente » du groupe tout entier tient à l'évidence, me semble-t-il, d'une démarche malveillante de propagation de stéréotypes qui laisse présager le pire. Les Tatars de Crimée avaient déjà fait l'objet de stéréotypes similaires sous le régime stalinien ; et c'est, ensuite, le Gouvernement ukrainien qui a pris position officiellement à l'égard de ce même groupe ethnique, taxant certains de ses membres de « trahison ethnique » sur le seul fondement de leurs préférences politiques. De même, la thèse de l'Ukraine selon laquelle « les groupes ethniques se caractérisent souvent par le désir de vivre ensemble dans un État politique commun »⁹¹ a soulevé des questions à propos non seulement de l'incapacité de l'Ukraine elle-même à reconnaître le désir des Russes de Crimée et du Donbass, pour la plupart d'origine ethnique russe, d'être rattachés à la Russie, mais aussi du sort de ces personnes dans un « État ethnique ukrainien ».

114. De manière prudente, la Cour a conclu, en des termes on ne peut plus clairs, que « l'identité ou les positions politiques d'une personne ou d'un groupe n[']étaient pas des facteurs pertinents [aux fins de] la détermination de son "origine ethnique" au sens du paragraphe 1 de l'article premier de la CIEDR »⁹², mettant ainsi fin aux spéculations malsaines à ce sujet.

3. La Cour a eu raison de considérer que l'interdiction du Majlis n'était pas constitutive de discrimination raciale

115. Depuis le tout début de la procédure, la question de l'interdiction du *Majlis* s'est trouvée au cœur du débat sur la CIEDR : c'était le seul aspect concret de toute l'affaire à propos duquel la Cour avait jugé approprié d'indiquer une mesure conservatoire spécifique en 2017.

116. Selon moi, la Fédération de Russie a fait valoir de manière convaincante les arguments suivants dans ses écritures⁹³ :

- ni la CIEDR ni les autres traités relatifs aux droits de l'homme ne reconnaissent aux groupes ethniques minoritaires le droit d'établir et de conserver leurs propres instances représentatives⁹⁴ ;

autres éléments de la définition de la discrimination raciale, telle qu'énoncée au paragraphe 1 de l'article premier de la convention, à savoir la race, la couleur et l'ascendance, sont également des caractéristiques inhérentes à la personne à la naissance.» (*Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Qatar c. Émirats arabes unis), exceptions préliminaires, arrêt*, C.I.J. Recueil 2021, p. 98, par. 81.)

⁹¹ Réplique de l'Ukraine (ci-après la « REU »), par. 410.

⁹² Arrêt, par. 200.

⁹³ CMFR, vol. II, par. 131-250 ; DFR, par. 886-894 et 927-985.

⁹⁴ CMFR, vol. II, par. 138 ; DFR, par. 944.

- the *Mejlis* and its former leaders represented hardly any of the Crimean Tatars during the entire period of this institution's existence⁹⁵;
- the *Mejlis* was not a representative body, but an executive body subordinate to the *Qurultay*⁹⁶;
- in any event, the Crimean Tatar community is represented by other bodies such as the *Qurultay*⁹⁷ and the Council of Crimean Tatars⁹⁸;
- the ban on the *Mejlis* was necessary to safeguard national security and public order against a grave and imminent peril (extremist activity)⁹⁹.

117. The Court has taken a lot of these arguments to heart and issued an appropriate decision worthy of quoting in its entirety:

“[T]he Court is of the view that the *Mejlis* is neither the only, nor the primary institution representing the Crimean Tatar community . . . It suffices for the Court to observe that the *Mejlis* is the executive body of the *Qurultay* by which its members are elected and to which they remain responsible . . . The *Qurultay* . . . is elected directly by the Crimean Tatar people and, as Ukraine acknowledges, it is ‘regarded by most Crimean Tatars as their representative body’. The *Qurultay* has not been banned, nor is there sufficient evidence before the Court that it has been effectively prevented by the authorities of the Russian Federation from fulfilling its role in representing the Crimean Tatar community. Therefore, the Court is not convinced that Ukraine has substantiated its claim that the ban on the *Mejlis* deprived the wider Crimean Tatar population of its representation.”¹⁰⁰

“[T]he Court is not satisfied that Ukraine has convincingly established that, by adopting the ban of the *Mejlis*, authorities or institutions of the Russian Federation promoted or incited racial discrimination”¹⁰¹.

“[T]he Court observes that Ukraine did not establish that effective redress was denied by the Russian Federation. . .

For these reasons the Court concludes that it has not been established that the Russian Federation has violated its obligations under CERD by imposing a ban on the *Mejlis*.”¹⁰²

⁹⁵ RR, para. 937.

⁹⁶ *Ibid.*, para. 931.

⁹⁷ *Ibid.*

⁹⁸ CMR (Vol. II), paras. 232-233; RR, para. 942.

⁹⁹ RR, paras. 972-984.

¹⁰⁰ Judgment, para. 269.

¹⁰¹ *Ibid.*, para. 273.

¹⁰² *Ibid.*, paras. 274-275.

- le *Majlis* n'a, tout le temps qu'il a existé, représenté tout au plus qu'une infime minorité de Tatars de Crimée, et il en va de même en ce qui concerne ses anciens dirigeants⁹⁵;
- le *Majlis* n'était pas une instance représentative, mais un organe exécutif subordonné au *Qurultay*⁹⁶;
- en tout état de cause, la communauté tatare de Crimée est représentée par d'autres instances, telles que le *Qurultay*⁹⁷ et le conseil des Tatars de Crimée⁹⁸;
- l'interdiction du *Majlis* était nécessaire pour protéger la sécurité nationale et l'ordre public contre un péril grave et imminent (activité extrémiste)⁹⁹.

117. La Cour a retenu un grand nombre de ces arguments et rendu une décision justifiée qui mérite d'être citée dans son intégralité :

« La Cour estime cependant que le *Majlis* n'est ni la seule ni la principale institution représentant la communauté tatare de Crimée... La Cour se bornera à faire observer que le *Majlis* est l'organe exécutif du *Qurultay* et que ses membres sont élus par ce dernier et responsables devant lui... Le *Qurultay*, quant à lui, est élu directement par le peuple tatar de Crimée et est, comme le reconnaît l'Ukraine, "considéré par la plupart des Tatars de Crimée comme leur organe représentatif". Le *Qurultay* n'a pas été interdit et la Cour ne dispose pas de preuves suffisantes démontrant que les autorités de la Fédération de Russie l'ont empêché concrètement de jouer son rôle dans la représentation de la communauté tatare de Crimée. Par conséquent, la Cour n'est pas convaincue que l'Ukraine ait établi que, comme elle l'affirme, l'interdiction visant le *Majlis* privait l'ensemble de la population tatare de Crimée de sa représentation. »¹⁰⁰

« [L]a Cour ne considère pas que l'Ukraine ait établi de manière convaincante que, en adoptant l'interdiction visant le *Majlis*, les autorités ou les institutions de la Fédération de Russie ont incité à la discrimination raciale ou l'ont encouragée »¹⁰¹.

« [L]a Cour fait observer que l'Ukraine n'a pas établi que la Fédération de Russie s'était abstenue d'offrir de tels recours.

Pour ces raisons, la Cour conclut qu'il n'a pas été établi que la Fédération de Russie avait manqué à ses obligations découlant de la CIEDR en interdisant le *Majlis*. »¹⁰²

⁹⁵ DFR, par. 937.

⁹⁶ *Ibid.*, par. 931.

⁹⁷ *Ibid.*

⁹⁸ CMFR, vol. II, par. 232-233 ; DFR, par. 942.

⁹⁹ DFR, par. 972-984.

¹⁰⁰ Arrêt, par. 269.

¹⁰¹ *Ibid.*, par. 273.

¹⁰² *Ibid.*, par. 274-275.

118. While all those reasons are perfectly valid, the key factor in favour of considering the ban of the *Mejlis* to be lawful was its role in the blockade of Crimea. Regrettably, the Court, usually considerate of views of international bodies, chose to neglect the OHCHR reports on the human rights situation in Crimea which called attention to the actions of the *Mejlis* leadership (including Mustafa Dzhemiliev and Refat Chubarov), together with Ukrainian neo-Nazi armed groups (“Right Sector”), in organizing the blockade of trade routes, communications and water and electricity supply to Crimea¹⁰³, culminating in the bombing and destruction of power plant towers and high-voltage lines by which electricity was supplied from Ukraine to Crimea¹⁰⁴. As a result of this total blockade, all of the Crimean population, including Crimean Tatars, suffered greatly from shortages of water, electricity, medicine, basic goods and other necessities. By this act alone the *Mejlis* had disavowed any representation of the interests of Crimean Tatars.

119. I thus support the Court’s decision not to consider the ban of the *Mejlis* as racial discrimination. Should the Court have judged otherwise, it would have created a very problematic situation, when a body claiming to represent a certain ethnicity received carte blanche on violence, up to and including acts of extremism and terrorism, with any action to counter such activity running the risk of being declared a breach of the Convention. Certainly, such an outcome would be contrary to the interests of society as a whole and of the very ethnic groups these bodies claimed to represent.

4. The Court Was Correct in Dismissing Ukraine’s Concept of “Indirect Discrimination”

120. Basic terms of the Convention that were challenged during the proceedings included the definition of racial discrimination itself. According to CERD’s Article 1:

“the term ‘racial discrimination’ shall mean 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” (emphasis added).

¹⁰³ See OHCHR, Report on the human rights situation in Ukraine (16 August to 15 November 2015), paras. 16 and 143-146.

¹⁰⁴ Witness Statement of Ibraim Rishatovich Shirin (RR, Annex 11).

118. Bien que tous ces motifs soient parfaitement fondés, le principal facteur justifiant de conclure à la licéité de l'interdiction du *Majlis* est le rôle que celui-ci a joué dans le blocus de la Crimée. Malheureusement, la Cour, qui accorde généralement une certaine importance aux avis des organes internationaux, a choisi de ne pas tenir compte des rapports du HCDH sur la situation des droits de l'homme en Crimée qui mettaient en lumière les actes des dirigeants du *Majlis* (dont Mustafa Dzhemiliev et Refat Chubarov), ainsi que ceux de groupes armés néonazis ukrainiens (« Secteur droit »), dans l'organisation du blocage des routes commerciales, des communications et de l'approvisionnement en eau et en électricité en Crimée¹⁰³, avec pour point d'orgue le bombardement et la destruction des tours de centrale électrique et des pylônes de lignes à haute tension assurant le transport de l'électricité d'Ukraine en Crimée¹⁰⁴. En raison de ce blocus total, toute la population criméenne, dont les Tatars de Crimée, a grandement souffert de pénuries d'eau, d'électricité, de médicaments, de biens essentiels et d'autres produits de première nécessité. Rien que par cet acte, le *Majlis* avait renoncé à toute prétention à représenter les intérêts des Tatars de Crimée.

119. Je souscris donc à la décision de la Cour de ne pas considérer que l'interdiction visant le *Majlis* emportait discrimination raciale. Si la Cour avait statué en sens inverse, il en aurait résulté une situation très problématique, où un organe affirmant représenter un certain groupe ethnique aurait carte blanche pour recourir à la violence, même à des actes d'extrémisme et de terrorisme, tandis que toute action visant à contrer cette activité risquerait d'être considérée comme une violation de la convention. Assurément, un tel résultat eût été contraire aux intérêts de la société dans son ensemble et à ceux des groupes ethniques que ces organes affirment justement représenter.

4. La Cour a eu raison de rejeter le concept de « discrimination indirecte » défendu par l'Ukraine

120. Entre autres éléments fondamentaux de la convention débattus durant la procédure figure la définition même de la discrimination raciale. Aux termes de l'article premier de la CIEDR :

« l'expression “discrimination raciale” vise toute *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 » (les italiques sont de moi).

¹⁰³ Voir HCDH, Report on the human rights situation in Ukraine (16 August to 15 November 2015), par. 16 et 143-146.

¹⁰⁴ Witness Statement of Ibraim Rishatovich Shirin (DFR, annexe 11).

121. The first prong of the definition is “differentiation” (distinction, exclusion, restriction or preference) that is based on a protected quality. The purpose or effect of this differentiation (nullifying or impairing exercise of existing human rights on an equal footing) constitutes the second prong. Both are necessary for racial discrimination to occur. This rather obvious understanding is entrenched in legal doctrine¹⁰⁵. Russia stood on this position, stressing the need to establish “differentiation of treatment” alongside an “unjustifiable disparate impact” in order to find racial discrimination¹⁰⁶. Up to a certain point, Ukraine seemed to share that understanding: the Court itself in its 2019 Judgment on jurisdiction stated that “[i]t is the Applicant’s position that these measures were *principally aimed* against the ethnic groups of Crimean Tatar and Ukrainian communities”¹⁰⁷.

122. However, in its apparent effort to artificially expand the scope of the Convention as much as possible, Ukraine advanced a particularly broad concept of “indirect discrimination”, the key feature of which was rejecting the need to prove “differentiation of treatment” with regard to so-called “effects-based discrimination claims”¹⁰⁸ (thus removing the first prong of CERD’s definition) and claiming that “equal treatment which has a disproportionate effect on a group defined by the enumerated grounds is itself discriminatory”¹⁰⁹. Ukraine further claimed that it was not necessary to prove the existence of such “effect-based discrimination” by specific statistics¹¹⁰.

123. However, this concept is clearly not rooted in the Convention¹¹¹. The plain text of CERD and extensive history of its elaboration¹¹² show that it is

¹⁰⁵ For citations, see CMR, Vol. II, para. 97, including references to L. Hennebel and H. Tigroudja, *Traité de droit international des droits de l’homme*, Paris: Pedone, 2016, pp. 757 *et seq.*; L.-A. Sicilianos, “L’actualité et les potentialités de la Convention sur l’élimination de la discrimination raciale”, *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, Vol. 2005 (61), 2005, p. 873; I. Diaconu, *Racial Discrimination*, Eleven International Publishing, 2011, p. 33; RR, para. 826, with reference to N. Lerner, *The UN Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*, Brill, 2015, p. 33.

¹⁰⁶ See, *inter alia*, CMR, Vol. II, paras. 97-98; RR, paras. 822-823.

¹⁰⁷ *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), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2019 (II)*, p. 593, para. 88.

¹⁰⁸ Second Fredman report (RU, Annex 5), paras. 18-19.

¹⁰⁹ MU, Annex 22, p. 22, para. 53; RU, paras. 401-403, 421 and 619.

¹¹⁰ RU, paras. 420-424.

¹¹¹ RR, paras. 842-844.

¹¹² *Ibid.*, paras. 856-859, with reference to UN Commission on Human Rights, Report submitted to the Commission on Human Rights, 6 December 1947, E/CN.4/52, Section V; United Nations, “The Main Types and Causes of Discrimination, Memorandum Submitted by the Secretary-General”, 1949, UN doc. E/CN.4/SUB.2/40/REV.1, esp. paras. 6-7.

121. Le premier volet de la définition concerne la «différenciation» (distinction, exclusion, restriction ou préférence) fondée sur une qualité protégée par la convention. Le but ou l'effet de cette différenciation (détruire ou compromettre l'exercice, dans des conditions d'égalité, des droits de l'homme) en constitue le second volet. Ces deux éléments doivent nécessairement être réunis pour qu'il y ait discrimination raciale. Cette interprétation somme toute évidente est bien établie dans la doctrine juridique¹⁰⁵. La Russie a maintenu cette position, soulignant la nécessité d'établir l'existence d'un «traitement différencié» ainsi que d'une «conséquence distincte abusive» pour conclure à l'existence d'une discrimination raciale¹⁰⁶. Dans une certaine mesure, l'Ukraine semblait partager cette interprétation: la Cour elle-même dans son arrêt de 2019 sur la compétence a ainsi affirmé que la demanderesse «estim[ait] que [l]es mesures [en cause] étaient *principalement dirigées* contre deux groupes ethniques, à savoir les communautés ukrainienne et tatare de Crimée»¹⁰⁷.

122. Néanmoins, s'employant manifestement à étendre le plus possible, de manière artificielle, la portée de la convention, l'Ukraine a mis en avant une notion particulièrement large, celle de «discrimination indirecte», laquelle avait notamment ceci de particulier qu'elle éliminait la nécessité de prouver l'existence d'un «traitement différencié» s'agissant des prétendues «allégations de discrimination fondées sur des effets discriminatoires»¹⁰⁸ (occultant ainsi le premier volet de la définition de la CIEDR) et lui permettait de faire valoir que «le traitement égal [ayant] un effet disproportionné sur un groupe se définissant en fonction des motifs énumérés [était] en soi discriminatoire»¹⁰⁹. L'Ukraine a prétendu en outre qu'il n'était pas nécessaire de prouver l'existence de tels «effets discriminatoires» au moyen de statistiques spécifiques¹¹⁰.

123. Or, cette notion, clairement, n'est pas ancrée dans la convention¹¹¹. Le texte de la CIEDR et tout l'historique de son élaboration¹¹² montrent que

¹⁰⁵ Pour consulter les citations, voir CMFR, vol. II, par. 97, incluant des références à L. Hennebel et H. Tigroudja, *Traité de droit international des droits de l'homme*, Paris, Pedone, 2016, p. 757 et suiv. ; L.-A. Sicilianos, «L'actualité et les potentialités de la Convention sur l'élimination de la discrimination raciale», *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, vol. 2005 (61), 2005, p. 873 ; I. Diaconu, *Racial Discrimination*, Eleven International Publishing, 2011, p. 33 ; DFR, par. 826, faisant référence à N. Lerner, *The UN Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*, Brill, 2015, p. 33.

¹⁰⁶ Voir, entre autres, CMFR, vol. II, par. 97-98 ; DFR, par. 822-823.

¹⁰⁷ *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), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2019 (II)*, p. 593, par. 88.

¹⁰⁸ Second rapport Fredman (REU, annexe 5), par. 18-19.

¹⁰⁹ MU, annexe 22, p. 22, par. 53 ; REU, par. 401-403, 421 et 619.

¹¹⁰ REU, par. 420-424.

¹¹¹ DFR, par. 842-844.

¹¹² *Ibid.*, par. 856-859, faisant référence à Commission des droits de l'homme, rapport adressé à la Commission des droits de l'homme, 6 décembre 1947, E/CN.4/52, section V ; Nations Unies, «Formes et causes principales de la discrimination, memorandum préparé par le Secrétaire général», doc. E/CN.4/SUB.2/40/REV.1.fr, en particulier par. 6-7.

precisely the goal of ensuring equal treatment of persons belonging to various protected groups that lies at the core of the Convention régime.

124. Ukraine's experts, conversely, called for "unequal treatment" in order "to achieve genuine equality"¹¹³. While the Convention in its Article 1 (4) does recognize the possibility of certain measures of so-called "positive discrimination", which it exempts from the notion of "racial discrimination", it nevertheless does not consider such measures to be mandatory — and neither did Ukraine accuse Russia of violating this provision of CERD. Moreover, according to CERD such measures must not "lead to the maintenance of separate rights for different racial groups" and "shall not be continued after the objectives for which they were taken have been achieved".

125. Judicial practice likewise did not support Ukraine's position. In *Qatar v. United Arab Emirates*, the Court has already rejected the concept of "indirect discrimination" even in a less radical form than the one advanced by Ukraine¹¹⁴. In *Minority Schools in Albania* and other related cases, the PCIJ distinctly stated that equal treatment (or "equality in law") "precludes discrimination of any kind", giving an interpretation of Article 4 of the Albanian Declaration (which is very close to Article 1 (1) of CERD) as stipulating "equality before the law", "régime of legal equality" and "equality of treatment"¹¹⁵. Similarly, Ukraine's reliance on General Recommendation XIV of the CERD Committee was to no avail: the document only confirmed that difference in treatment (or "distinction") was a necessary element of the definition of racial discrimination¹¹⁶.

126. Thus, to even begin establishing discrimination, Ukraine would have had to first demonstrate distinction or other differentiation based on a protected quality. As the Court stated earlier in *Qatar v. United Arab Emirates*, CERD "was clearly not intended to cover every instance of differentiation between persons"¹¹⁷. Qatar's claim was rejected mainly because it concerned differentiation on the grounds of nationality which are not covered

¹¹³ RR, para. 843.

¹¹⁴ *Ibid.*, paras. 828 and 872-874, with reference to *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Qatar v. United Arab Emirates)*, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2021, pp. 108-110, para. 112.

¹¹⁵ *Ibid.*, paras. 45-855, with reference to *Minority Schools in Albania*, Advisory Opinion, 1935, P.C.I.J., Series A/B, No. 64, p. 19.

¹¹⁶ See *ibid.*, paras. 29-830 and 870, including reference to CERD Committee's, General Recommendation XIV, Definition of Racial Discrimination (Forty-second session, 1993), UN doc. A/48/18, p. 114 (1994), para. 2 (MU, Annex 788).

¹¹⁷ *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Qatar v. United Arab Emirates)*, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2021, p. 99, para. 87.

c'est précisément l'objectif de garantir un traitement égal aux personnes appartenant à divers groupes protégés qui est au cœur du régime de la convention.

124. Les experts mandatés par l'Ukraine ont appelé à l'inverse à l'application d'un « traitement inégal » « pour réaliser une égalité véritable »¹¹³. Bien que la convention, au paragraphe 4 de l'article premier, reconnaisse la possibilité d'appliquer certaines mesures dites de « discrimination positive », qu'elle exclut de la notion de « discrimination raciale », elle n'établit pas pour autant que ces mesures revêtent un caractère obligatoire — et l'Ukraine n'a du reste pas accusé la Russie d'avoir violé cette disposition de la CIEDR. De plus, selon la CIEDR, ces mesures ne doivent pas « [a]voir ... pour effet le maintien de droits distincts pour des groupes raciaux différents » et « ne [doive]nt pas [être] maintenues en vigueur une fois atteints les objectifs auxquels elles répondaient ».

125. La pratique judiciaire ne tend pas davantage à accrédi ter la thèse de l'Ukraine. Dans l'affaire *Qatar c. Émirats arabes unis*, la Cour avait déjà rejeté la notion de « discrimination indirecte », quoique présentée sous une forme moins radicale que celle avancée par l'Ukraine¹¹⁴. En l'affaire des *Écoles minoritaires en Albanie* et dans d'autres affaires similaires, la Cour permanente avait clairement indiqué que l'égalité de traitement (ou l'« égalité en droit ») « exclu[ai]t toute discrimination », interprétant les dispositions de l'article 4 de la déclaration albanaise (qui est très similaire au paragraphe 1 de l'article premier de la CIEDR) comme prévoyant l'« égalité devant la loi », l'« égalité de régime juridique » et l'« égalité de traitement »¹¹⁵. De même, l'invocation par l'Ukraine de la recommandation générale XIV du Comité de la CIEDR ne lui aura été d'aucune utilité : ce document n'a fait que confirmer que la différence de traitement (ou la « distinction ») était un élément nécessaire de la définition de la discrimination raciale¹¹⁶.

126. Par conséquent, pour ne fût-ce que commencer à établir l'existence d'une discrimination, l'Ukraine aurait dû d'abord démontrer l'existence d'une distinction ou d'une autre forme de différenciation fondée sur une qualité protégée par la convention. Ainsi que la Cour l'a affirmé dans l'affaire *Qatar c. Émirats arabes unis*, la CIEDR « n'était manifestement pas destinée à régir tous les cas de différenciation entre les personnes »¹¹⁷. Dans cette

¹¹³ DFR, par. 843.

¹¹⁴ *Ibid.*, par. 828 et 872-874, faisant référence à l'affaire relative à l'*Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Qatar c. Émirats arabes unis), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2021*, p. 108-110, par. 112.

¹¹⁵ *Ibid.*, par. 45-855, faisant référence à l'affaire des *Écoles minoritaires en Albanie, avis consultatif, 1935, C.P.J.I. série A/B n° 64*, p. 19.

¹¹⁶ Voir *ibid.*, par. 29-830 et 870, qui inclut une référence à Nations Unies, Comité de la CIEDR, recommandation générale XIV, définition de la discrimination, quarante-deuxième session, 1993, doc. A/48/18 (1994), p. 134-135, par. 2 (MU, annexe 788).

¹¹⁷ *Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Qatar c. Émirats arabes unis), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2021*, p. 99, par. 87.

by the Convention; whereas Ukraine apparently did not provide any evidence of differentiation whatsoever¹¹⁸.

127. The Court supported the two-prong approach in its Judgment:

“‘Racial discrimination’ under Article 1, paragraph 1, of CERD thus consists of two elements. First, a ‘distinction, exclusion, restriction or preference’ must be ‘based on’ one of the prohibited grounds, namely, ‘race, colour, descent, or national or ethnic origin’. Secondly, such a differentiation of treatment must have the ‘purpose or effect of nullifying or impairing the recognition, enjoyment or exercise, on an equal footing, of human rights’.”¹¹⁹

128. The Court further added that even when “a measure, despite being apparently neutral, produces a disparate adverse effect on the rights of a person or a group distinguished by race, colour, descent, or national or ethnic origin”, it would still not constitute racial discrimination, by itself, if such an effect is not related to the prohibited grounds of discrimination set out in Article 1 (1): “Mere collateral or secondary effects on persons who are distinguished by one of the prohibited grounds do not, in and of themselves, constitute racial discrimination within the meaning of the Convention”¹²⁰.

129. Unfortunately, the Majority appeared not to follow these principles when dealing with the question of education, as will be shown in the following section.

5. The Majority Erred with respect to School Education in the Ukrainian Language

130. To begin with, the Judgment admits that CERD “does not include a general right to school education in a minority language”¹²¹ and

“[t]he fact that a State chooses to offer school education in only one language does not, in and of itself, give rise to discrimination under CERD against members of a national or ethnic minority who wish to have their children educated in their own language”¹²².

Normally, that would be sufficient to conclude a lack of violation, since in the absence of a right there cannot be racial discrimination with regard to the exercise of that right.

¹¹⁸ RR, para. 874 and note 1188.

¹¹⁹ Judgment, para. 195.

¹²⁰ *Ibid.*, para. 196.

¹²¹ *Ibid.*, para. 354.

¹²² *Ibid.*, para. 356.

affaire, la demande avait été rejetée principalement parce que le Qatar tirait grief d'une différenciation fondée sur la nationalité, motif qui n'entre pas dans le champ de la convention ; or, l'Ukraine ne semble pas avoir apporté la moindre preuve d'une quelconque forme de différenciation¹¹⁸.

127. La Cour a confirmé cette approche en deux temps dans son arrêt :

«La “discrimination raciale” au sens du paragraphe 1 de l'article premier de la CIEDR comporte donc deux éléments. En premier lieu, une “distinction, exclusion, restriction ou préférence” doit être “fondée sur” l'un des motifs prohibés, à savoir “la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique”. En second lieu, une telle différence de traitement doit avoir “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”. »¹¹⁹

128. La Cour a en outre ajouté que, même lorsqu'«une mesure, malgré son apparence neutre, produi[sai]t un effet préjudiciable particulièrement marqué sur les droits d'une personne ou d'un groupe distingué par la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique», elle n'en était pas pour autant, en soi, constitutive de discrimination raciale, si cet effet était sans rapport avec les motifs de discrimination prohibés au paragraphe 1 de l'article premier. «Les simples effets collatéraux ou secondaires sur des personnes distinguées sur le fondement d'un des motifs prohibés n'emportent pas en eux-mêmes discrimination raciale au sens de la convention»¹²⁰.

129. Malheureusement, la majorité ne semble pas avoir suivi ces principes lorsqu'elle a tranché la question de l'enseignement, comme il sera démontré dans la section ci-après.

5. La majorité s'est fourvoyée s'agissant de l'enseignement scolaire en langue ukrainienne

130. Tout d'abord, la Cour a admis que la CIEDR «ne prévo[yai]t pas de droit général à un enseignement scolaire dans une langue minoritaire»¹²¹ et que

«[l]e fait qu'un État choisisse de proposer un enseignement dans une seule langue n'[était] pas en soi discriminatoire, au sens de la CIEDR, envers une minorité nationale ou ethnique dont les membres souhaitent que leurs enfants suivent un enseignement dans leur propre langue»¹²².

Normalement, cela aurait dû être suffisant pour conclure à une absence de violation de la CIEDR, puisque, dans la mesure où un droit n'existe pas, il ne saurait y avoir de discrimination raciale s'agissant de l'exercice de ce droit.

¹¹⁸ DFR, par. 874 et note 1188.

¹¹⁹ Arrêt, par. 195.

¹²⁰ *Ibid.*, par. 196.

¹²¹ *Ibid.*, par. 354.

¹²² *Ibid.*, par. 356.

131. However, access to education in Ukrainian was not even at issue in the present case. It is a fact that free public education in Ukrainian *is* available in Crimea and Ukrainian is one of Crimea's State languages.

132. In the eyes of the Majority, the real issue is different. According to the Judgment,

“the prohibition of racial discrimination under Article 2, paragraph 1, (a) of CERD and the right to education under Article 5 (e) (v), may, under certain circumstances, set limits to *changes* in the provision of school education in the language of a national or ethnic minority” (emphasis added),

proceeding with the following explanation:

“Structural changes with respect to the available language of instruction in schools may constitute discrimination prohibited under CERD if *the way in which they are implemented* produces a disparate adverse effect on the rights of a person or group distinguished by the grounds listed in Article 1, paragraph 1, of CERD . . . This would be the case, in particular, if a *change* in the education in a minority language available in public schools is implemented in such a way, including by means of informal pressure, as to make it unreasonably difficult for members of a national or ethnic group to ensure that their children, as part of their general right to education, do not suffer from *unduly burdensome discontinuities in their primary language of instruction*.”¹²³ (Emphasis added.)

133. It is, firstly, difficult to understand how, in the absence of a right to education in a minority language, there can reasonably exist an arguable right not to subject education in a minority language to discontinuance. Despite the profound legal discussion on this particular topic during both the written proceedings and the oral hearings, the Majority refrains from grounding its position in any specific treaty provisions, case law, State practice or legal doctrine.

134. What is even more confusing, though, is how the Court applied this principle to the circumstances of the present case:

“There was thus an 80 per cent decline in the number of students receiving an education in the Ukrainian language during the first year after 2014 and a further decline of 50 per cent by the following year. It is undisputed that no such decline has taken place with respect to school education in other languages, including the Crimean Tatar lan-

¹²³ *Ibid.*, paras. 354 and 357.

131. Or, l'accès à un enseignement dispensé en ukrainien n'était même pas en cause en l'espèce. De fait, l'enseignement public gratuit en ukrainien *est* disponible en Crimée et l'ukrainien est l'une des langues d'État de la Crimée.

132. Aux yeux de la majorité, le véritable enjeu était tout autre. Aux termes de l'arrêt,

«l'interdiction de la discrimination raciale énoncée à l'alinéa *a*) du paragraphe 1 de l'article 2 et la protection du droit à l'éducation consacrée au point *v*) de l'alinéa *e*) de l'article 5 de la convention peuvent, dans certaines circonstances, fixer certaines limites à la *modification* de l'enseignement scolaire dispensé dans la langue d'une minorité nationale ou ethnique» (les italiques sont de moi).

L'explication suivante en est donnée :

«Les modifications structurelles concernant la disponibilité d'une langue d'enseignement dans les écoles peuvent emporter discrimination au sens de la CIEDR si, *par la manière dont elles sont mises en œuvre*, elles produisent un effet préjudiciable particulièrement marqué sur les droits d'une personne ou d'un groupe distingués sur le fondement des motifs énumérés au paragraphe 1 de l'article premier de la CIEDR... Cela serait notamment le cas si, en raison de la façon dont un *changement* était mis en œuvre dans l'enseignement d'une langue minoritaire disponible dans le système d'éducation public, par exemple au moyen d'une pression informelle, il devenait trop difficile pour les membres d'un groupe national ou ethnique de s'assurer que leurs enfants, dans le cadre du droit général à l'éducation dont ils jouissaient, ne subissent pas d'*interruptions indûment contraignantes de l'enseignement dans leur langue principale.*»¹²³ (Les italiques sont de moi.)

133. Premièrement, on comprend difficilement comment, en l'absence d'un droit à un enseignement dans une langue minoritaire, un droit de ne pas subir d'interruption de ce même enseignement pourrait raisonnablement exister et être susceptible d'être revendiqué. En dépit du débat juridique approfondi auquel a donné lieu ce sujet en particulier, dans le cadre de la procédure écrite comme de la procédure orale, la majorité n'a pas invoqué de dispositions conventionnelles, jurisprudence, pratique étatique ou d'éléments de doctrine juridique spécifiques pour motiver sa position.

134. Plus déconcertante encore, toutefois, est la manière dont la Cour a appliqué ce principe aux circonstances de l'espèce :

«Ainsi, le nombre d'élèves recevant un enseignement en langue ukrainienne a diminué de 80 % la première année [après 2014], et de 50 % supplémentaires l'année suivante. Il est incontesté qu'aucune diminution de cet ordre ne s'est produite en ce qui concerne l'enseignement scolaire dans d'autres langues, notamment en tatar de Crimée. Une

¹²³ *Ibid.*, par. 354 et 357.

guage. Such a sudden and steep decline produced a disparate adverse effect on the rights of ethnic Ukrainian children and their parents.”¹²⁴

.....
 “Although the Court is unable to conclude, on the basis of the evidence presented, that parents have been subjected to harassment or manipulative conduct aimed at deterring them from articulating their preference, the Court is of the view that the Russian Federation has not demonstrated that it complied with its duty to protect the rights of ethnic Ukrainians from a disparate adverse effect based on their ethnic origin by taking measures to mitigate the pressure resulting from the exceptional ‘reorientation of the Crimean educational system towards Russia’ on parents whose children had until 2014 received their school education in the Ukrainian language.”¹²⁵

135. Thus, even in the absence of convincing evidence of any pressure on parents to educate their children in Russian rather than Ukrainian, the Majority, apparently, simply assumed that such a decline could *only* have taken place as a result of some kind of policy of racial discrimination pursued by the Respondent, and that by no means could this decline have occurred as simply an objective consequence of the Crimean population — already predominantly Russian and Russian-speaking — reverting to the ubiquitous use of the Russian language as a result of Crimea’s return to Russia and cessation of Ukraine’s educational policies aimed at overwhelmingly installing the Ukrainian language. In other words, the Majority failed to follow the Court’s own position that “[m]ere collateral or secondary effects on persons who are distinguished by one of the prohibited grounds do not, in and of themselves, constitute racial discrimination within the meaning of the Convention”¹²⁶.

136. In so opining, the Majority has apparently paid little heed to the fact that selection of language of education in Crimea is a *voluntary choice* of the pupils and their parents. It appears that the Majority had difficulty believing that Crimeans would voluntarily choose to be educated in Russian and not in Ukrainian, that choice being rooted in their historical and cultural heritage and outlook for the future.

137. Neither was much weight given by the Majority to the opinion, though cited, of the OHCHR “that the main reasons for this decrease include a dominant Russian cultural environment and the departure of thousands of pro-Ukrainian Crimean residents to mainland Ukraine”¹²⁷.

¹²⁴ *Ibid.*, para. 359.

¹²⁵ *Ibid.*, para. 363.

¹²⁶ *Ibid.*, para. 196.

¹²⁷ *Ibid.*, para. 361.

baisse aussi brutale et importante a produit un effet préjudiciable particulièrement marqué sur des droits d'enfants d'origine ethnique ukrainienne et de leurs parents.»¹²⁴

«Bien qu'elle ne soit pas en mesure de conclure, sur la base des éléments de preuve produits, que des parents ont été victimes de harcèlement et de manipulations visant à les faire renoncer à exprimer leur préférence, la Cour estime que la Fédération de Russie n'a pas démontré qu'elle s'était acquittée de son obligation de protéger les droits de personnes d'origine ethnique ukrainienne d'un effet préjudiciable particulièrement marqué lié à leur origine ethnique en prenant des mesures pour atténuer la pression qu'une exceptionnelle "réorientation du système d'éducation criméen vers la Russie" avait fait peser sur les parents dont les enfants avaient reçu jusqu'en 2014 un enseignement scolaire en ukrainien.»¹²⁵

135. Ainsi, même en l'absence de preuves convaincantes attestant qu'une quelconque pression ait été exercée sur les parents afin qu'ils choisissent un enseignement en russe plutôt qu'en ukrainien pour leurs enfants, la majorité, semblerait-il, a simplement présumé que la diminution dont elle fait état *ne pouvait s'expliquer que* par quelque politique de discrimination raciale menée par la défenderesse, et que, en aucun cas, elle ne pouvait être simplement une conséquence objective du choix de la population criméenne — déjà majoritairement russe et russophone — de revenir à l'usage généralisé du russe du fait de la réintégration de la Crimée dans le giron de la Russie et de l'arrêt des politiques éducatives de l'Ukraine qui visaient à imposer largement l'usage de la langue ukrainienne. Autrement dit, la majorité s'est écartée de la position que la Cour avait elle-même adoptée et selon laquelle «[l]es simples effets collatéraux ou secondaires sur des personnes distinguées sur le fondement d'un des motifs prohibés n'emport[ai]ent pas en eux-mêmes discrimination raciale au sens de la convention»¹²⁶.

136. En émettant cet avis, la majorité semble n'avoir guère tenu compte du fait que le choix de la langue d'enseignement en Crimée est un *choix volontaire* des élèves ou de leurs parents. Il appert que la majorité a eu du mal à croire que les Criméens, se situant dans le droit-fil de leur patrimoine historique et culturel et dans une optique de futur, puissent volontairement choisir de recevoir un enseignement en russe plutôt qu'en ukrainien.

137. La majorité n'a guère fait plus de cas de l'avis du HCDH, pourtant cité dans l'arrêt, selon lequel «parmi les principaux facteurs qui expliquent cette diminution figurent notamment l'environnement culturel russe dominant et le départ de milliers de résidents criméens pro-ukrainiens en Ukraine continentale»¹²⁷.

¹²⁴ *Ibid.*, par. 359.

¹²⁵ *Ibid.*, par. 363.

¹²⁶ *Ibid.*, par. 196.

¹²⁷ *Ibid.*, par. 361.

138. The Judgment also fails to mention that no law or other regulation in the Russian Federation prohibits Ukrainian-language private schools (despite *Minority Schools in Albania*, where solely access to private schools was in question, being so prominent in the proceedings).

139. The Court seems to have completely ignored the vast statistical evidence submitted by the Respondent, which showed how, according to Ukraine's own data, even during Ukrainian rule the majority of Crimeans still preferred to be educated in Russian — remarkably, even most of those who were ethnic Ukrainians, and despite Ukraine's own policy of promoting the Ukrainian language¹²⁸. This mere fact ought to have indicated that there existed a strong preference for Russian-language education in Crimea.

140. Finally, it remains entirely unclear what “measures” the Russian Federation could have implemented beyond those it had already taken, i.e. making Ukrainian one of the State languages in Crimea and making free school education in Ukrainian available to all who so desired, unless the Majority expected Russia to force Crimean children to continue studying in Ukrainian when they and their parents desired to study in Russian.

141. The Judgment concludes that

“To find whether the Russian Federation violated its obligations under CERD in the present case, the Court needs to determine if the violations found constitute a pattern of racial discrimination . . . The legislative and other practices of the Russian Federation with regard to school education in the Ukrainian language in Crimea applied to all children of Ukrainian ethnic origin whose parents wished them to be instructed in the Ukrainian language and thus did not merely concern individual cases. As such, it appears that this practice was intended to lead to a structural change in the educational system. The Court is therefore of the view that the conduct in question constitutes a pattern of racial discrimination.”¹²⁹

142. The Judgment, however, does not point out any particular “legislative and other practice” that would actually be stopping Crimeans from being educated in Ukrainian, if they so desire, either in a free public school or in a private institution. It seems that the mere fact of Crimeans flocking to study in Russian instead of Ukrainian is already considered by the Majority to be proof of a “pattern of racial discrimination”. In other words, the “result” is considered to be evidence of a specific “cause”, despite the abundance of alternative explanations and in contravention of the Court's own rejection of the “indirect discrimination” approach.

¹²⁸ RR, Annex 490.

¹²⁹ Judgment, para. 369.

138. L'arrêt omet également de mentionner qu'aucune loi ou réglementation en Fédération de Russie n'interdit les établissements privés dispensant un enseignement en langue ukrainienne (alors même que l'affaire des *Écoles minoritaires en Albanie*, où seul l'accès aux écoles privées était en cause, a occupé une place prédominante dans la procédure).

139. La Cour semble n'avoir aucunement pris en considération les nombreuses preuves statistiques soumises par la défenderesse, démontrant que, selon les propres données présentées par l'Ukraine, et même sous le régime ukrainien, la majorité des Criméens optaient pour un enseignement dispensé en russe — y compris, notera-t-on, la majorité des Criméens d'origine ethnique ukrainienne, et ce, en dépit de la politique appliquée par l'Ukraine pour promouvoir la langue ukrainienne¹²⁸. L'existence en Crimée d'une forte préférence pour l'enseignement en russe aurait pu être inférée de ce simple fait.

140. Enfin, on ne voit toujours pas quelles «mesures» la Fédération de Russie aurait pu mettre en œuvre au-delà de celles déjà prises, à savoir faire de l'ukrainien l'une des langues d'État en Crimée et permettre à tous ceux qui en feraient le choix de suivre un enseignement gratuit en ukrainien, la majorité ne pouvant tout de même pas attendre de la Russie qu'elle force les enfants criméens à continuer d'étudier en ukrainien alors qu'ils, ou leurs parents, avaient opté pour un enseignement en russe.

141. La conclusion de l'arrêt se lit comme suit :

« Pour déterminer si la Fédération de Russie a manqué aux obligations que lui impose la CIEDR en la présente espèce, la Cour doit rechercher si les violations constatées relèvent d'une pratique généralisée de discrimination raciale... Les mesures législatives et autres prises par la Fédération de Russie en matière d'enseignement en langue ukrainienne en Crimée s'appliquaient à tous les enfants d'origine ethnique ukrainienne dont les parents souhaitaient qu'ils étudient en ukrainien, et ne concernaient donc pas seulement des cas individuels. Il appert ainsi que ces mesures étaient destinées à amener un changement structurel du système d'éducation. La Cour est donc d'avis que le comportement en question relève d'une pratique généralisée de discrimination raciale. »¹²⁹

142. Toutefois, l'arrêt ne précise pas quelles «mesures législatives et autres» particulières auraient, concrètement, empêché les Criméens qui le désiraient de continuer d'étudier en ukrainien, que ce soit dans un établissement public gratuit ou dans un établissement privé. Il semble que le simple fait que les Criméens aient opté en masse pour un enseignement en russe plutôt qu'en ukrainien ait été en soi considéré par la majorité comme une preuve de «pratique généralisée de discrimination raciale». Autrement dit, le «résultat» est pris pour preuve d'une «cause» spécifique, en dépit de la multitude d'autres explications possibles et nonobstant le rejet de la notion de «discrimination indirecte» par la Cour elle-même.

¹²⁸ DFR, annexe 490.

¹²⁹ Arrêt, par. 369.

143. I cannot concur with this reasoning or conclusion. In my opinion, there is no evidence of any “pattern of racial discrimination” or “disparate effect” on existing human rights, or even adverse differentiation of treatment — on the contrary, the Ukrainian language enjoys in Crimea a constitutional status rarely awarded to minority languages in any country: that of a State (official) language, with the possibility for anyone to receive free education in Ukrainian in public schools. Compared to how other States parties to CERD regulate minority language education and especially how Ukraine itself treats the Russian language — subjecting it to elimination and erasure despite the vast number of ethnic Russians and Russian-speakers in Ukraine — the treatment of the Ukrainian language in Crimea is far more preferential. If that is what constitutes “racial discrimination” in the opinion of the Majority, then a lot of States parties will have to reflect on their education policies.

144. To make matters worse, the remedy formulated by the Court includes a vague and uncertain phrase that Russia “remains under an obligation to ensure that the system of instruction in the Ukrainian language gives due regard to the needs and reasonable expectations of children and parents of Ukrainian ethnic origin”¹³⁰. First of all, CERD does not impose any obligations to serve undefined “needs and reasonable expectations” beyond the duty to uphold actually existing human rights obligations without racial discrimination. Secondly, the Russian system of education already gives such “due regard” by providing all Crimeans with the opportunity to educate their children in the Ukrainian language. This is confirmed by the Court’s own decision that Russia conformed to the relevant part of the provisional measures Order. There is nothing more that could be done by Russia, and the Court never suggests any measure beyond those already undertaken by Russia to ensure access to education in the Ukrainian language. My conclusion is, therefore, that this phrase is only intended to address possible *new and prospective* educational reforms.

6. The “Clean Hands” Doctrine Was also Applicable to the CERD Case

145. The Respondent has provided extensive information on how Ukraine systematically violated the rights of Russians and other ethnic groups — including the Crimean Tatar community it now purports to protect¹³¹. Disturbingly, this policy seems to be a consequence of the current Kiev

¹³⁰ *Ibid.*, para. 373.

¹³¹ RR, para. 678.

143. Je ne peux souscrire ni à ce raisonnement ni à cette conclusion. Selon moi, il n'existe aucune preuve de «pratique généralisée de discrimination raciale», d'«effet [préjudiciable] particulièrement marqué» sur les droits de l'homme applicables ni même de traitement différencié préjudiciable — au contraire, la langue ukrainienne jouit en Crimée d'un statut constitutionnel qui est rarement attribué aux langues minoritaires dans un pays quel qu'il soit: elle a ainsi le statut de langue (officielle) d'État, la possibilité étant donnée à quiconque de recevoir un enseignement gratuit en ukrainien dans un établissement public. Par rapport à la façon dont d'autres États parties à la CIEDR organisent l'enseignement dans les langues minoritaires et, surtout, à la façon dont l'Ukraine elle-même traite la langue russe — qu'elle cherche à éliminer voire à annihiler malgré la présence d'un grand nombre de personnes d'origine ethnique russe et de locuteurs du russe en Ukraine —, la langue ukrainienne en Crimée se voit accorder un traitement nettement préférentiel. S'il s'agit là de «discrimination raciale» selon la majorité, alors nombreux sont les États parties qui devront revoir leurs politiques en matière d'enseignement.

144. Brochant sur le tout, en adjugeant son remède, la Cour a employé des termes vagues et hésitants, affirmant que la Russie «demeure dans l'obligation de veiller à ce que le système d'enseignement en langue ukrainienne tienne dûment compte des besoins et des attentes raisonnables des enfants et des parents d'origine ethnique ukrainienne»¹³⁰. Premièrement, la CIEDR n'impose aucune obligation de répondre à des «besoins et ... attentes raisonnables» non définis, au-delà du devoir qui incombe aux États parties de s'acquitter effectivement des obligations qui sont les leurs en matière de droits de l'homme, sans discrimination raciale. Deuxièmement, le système d'éducation russe tient néanmoins déjà «dûment compte» de ces besoins et attentes en donnant à tous les Criméens la possibilité de choisir pour leurs enfants un enseignement en langue ukrainienne. La Cour l'a confirmé en concluant que la Russie s'était conformée à la partie pertinente de l'ordonnance en indication de mesures conservatoires. La Russie n'aurait rien pu faire de plus, et la Cour n'a jamais suggéré la moindre mesure en dehors de celles déjà prises par la Russie pour garantir l'accès à un enseignement en langue ukrainienne. J'aboutis par conséquent à la conclusion que cette formulation n'est destinée qu'à couvrir d'éventuelles *nouvelles et futures* réformes éducatives.

*6. La doctrine des «mains propres» était aussi applicable
en ce qui concerne la CIEDR*

145. La défenderesse a fourni d'abondantes informations sur les violations systématiques par l'Ukraine des droits des Russes et d'autres groupes ethniques — dont la communauté tatare de Crimée qu'elle prétend aujourd'hui protéger¹³¹. Chose inquiétante, ce comportement semble être une consé-

¹³⁰ *Ibid.*, par. 373.

¹³¹ DFR, par. 678.

régime's leanings towards ideological continuity with the Organization of Ukrainian Nationalists (OUN) and the Ukrainian Insurgent Army (UPA) — infamous collaborators of Nazi Germany during World War II¹³².

146. This historical background is essential both with regard to “clean hands” and to the general context of the CERD case.

147. After the defeat of Nazi Germany, the leaders, prominent members and fighters of the OUN and UPA, who were responsible for numerous war crimes¹³³ — including mass executions of prisoners of war and civilians, guarding Nazi concentration camps, Jewish pogroms, etc.¹³⁴ — emigrated abroad, continuing subversive activities aimed at Soviet Ukraine. With the collapse of the Soviet Union, these leaders and their descendants and adherents re-emerged in the newly independent Ukraine, creating neo-Nazi organizations which openly declared their succession to the OUN and UPA. The Respondent demonstrated how at least 15 radical neo-Nazi organizations have been created in Ukraine from 1991 to the present day, allying with each other and transforming into new neo-Nazi parties¹³⁵. Some of them even openly adopted Nazi symbols (such as the *Wolfsangel*¹³⁶) as their logos. Seemingly, Ukraine did nothing to prevent the growth of this neo-Nazi sentiment in Ukraine and effectively failed to ban dissemination of its fascist and racist ideas¹³⁷, rather creating a favourable environment for their flourishing, as illustrated by multiple examples offered by the Respondent¹³⁸.

148. Against this historical backdrop, it is unsurprising that the current Ukrainian Government is pursuing a policy of glorification of Nazism in violation of Article 4 of the CERD. Stepan Bandera and Roman Shukhevych — by far the most notorious of Nazi collaborators — have been awarded the title of Hero of Ukraine, as have many other members of the OUN-UPA¹³⁹. Streets in Kiev and other cities of Ukraine have been renamed after them¹⁴⁰. They are presented as heroes in school textbooks¹⁴¹. On 12 October 2007, Ukraine's President Viktor Yushchenko signed a decree on awarding Roman Shukhevych the title of Hero of Ukraine; on 10 January 2010, the same title was conferred on Stepan

¹³² *Ibid.*, para. 729.

¹³³ *Ibid.*, para. 731.

¹³⁴ *Ibid.*, para. 741.

¹³⁵ *Ibid.*, para. 733.

¹³⁶ Wolf's Hook, see also note 5.

¹³⁷ RR, para. 695.

¹³⁸ *Ibid.*, paras. 735, 749-750, 752 and 755-756.

¹³⁹ *Ibid.*, para. 732.

¹⁴⁰ CR 2023/8, p. 29, para. 31 (Zabolotskaya).

¹⁴¹ *Ibid.*, para. 32.

quence de l'inclination de l'actuel régime de Kiev à s'inscrire dans le sillage idéologique de l'organisation des nationalistes ukrainiens (OUN) et de l'armée insurrectionnelle ukrainienne (UPA) — collaborateurs notoires de l'Allemagne nazie durant la seconde guerre mondiale¹³².

146. Cette toile de fond historique est essentielle pour ce qui est à la fois de la doctrine des « mains propres » et du contexte général de l'affaire de la CIEDR.

147. Après la défaite de l'Allemagne nazie, dirigeants, membres haut placés et combattants de l'OUN et de l'UPA, responsables de nombreux crimes de guerre¹³³ — incluant des exécutions en masse de prisonniers de guerre et de civils, la garde de camps de concentration nazis et des pogroms¹³⁴ —, ont émigré, poursuivant depuis l'étranger leurs activités subversives visant l'Ukraine soviétique. Au moment de l'effondrement de l'Union soviétique, ces dirigeants et leurs descendants et partisans ont refait surface dans l'Ukraine nouvellement indépendante, où ils ont créé des organisations néonazies se réclamant ouvertement de l'héritage de l'OUN et de l'UPA. La défenderesse a montré que, entre 1991 et aujourd'hui, au moins 15 organisations radicales néonazies avaient été créées en Ukraine, forgeant entre elles des alliances et formant de nouveaux partis néonazis¹³⁵. Certaines d'entre elles ont même adopté ouvertement pour logos des symboles nazis (tels que le *Wolfsangel*¹³⁶). Apparemment, l'Ukraine n'a rien fait pour empêcher la montée de ce sentiment néonazi sur son territoire et, loin de prendre des mesures concrètes en vue d'interdire la diffusion des idées fascistes et racistes qui y sont associées¹³⁷, a au contraire créé un environnement propice à leur développement, comme l'illustrent les multiples exemples présentés par la défenderesse¹³⁸.

148. Dans ce contexte historique, il n'est guère surprenant de voir l'actuel Gouvernement ukrainien mener, en violation de l'article 4 de la CIEDR, une politique relevant de l'apologie du nazisme. Stepan Bandera et Roman Shukhevych — de loin les collaborateurs nazis les plus notoires — ont reçu le titre de « Héros de l'Ukraine », de même que de nombreux autres membres de l'OUN-UPA¹³⁹. Des rues de Kiev et d'autres villes d'Ukraine ont été rebaptisées en leur honneur¹⁴⁰. Ils sont dépeints comme des héros dans les manuels scolaires¹⁴¹. Le 12 octobre 2007, le président ukrainien Viktor Iouchtchenko a signé un décret portant nomination de Roman Shukhevych au rang de « Héros de l'Ukraine » ; le 10 janvier 2010, ce même titre a été

¹³² *Ibid.*, par. 729.

¹³³ *Ibid.*, par. 731.

¹³⁴ *Ibid.*, par. 741.

¹³⁵ *Ibid.*, par. 733.

¹³⁶ Crochet à loup (crampon), voir aussi note 5.

¹³⁷ DFR, par. 695.

¹³⁸ *Ibid.*, par. 735, 749-750, 752 et 755-756.

¹³⁹ *Ibid.*, par. 732.

¹⁴⁰ CR 2023/8, p. 29, par. 31 (Zabolotskaya).

¹⁴¹ *Ibid.*, par. 32.

Bandera¹⁴². Concurrently those disagreeing with neo-Nazi inclinations were suppressed by violent and military means, as evidenced not only by deadly attacks on protesters, as gruesomely proven by the burning alive of 48 opponents of the Maidan coup d'état in the building of the House of Trade Unions on 2 May 2014 in Odessa¹⁴³, but, on a more massive scale, by multiple loss of life inflicted on the civilian population of Donbass, predominantly ethnic Russians and Russian speakers, in the course of the so-called "Anti-Terrorist Operation" launched on 14 April 2014¹⁴⁴.

149. Other ethnic minorities in Ukraine have also been subjected to mistreatment and violence even before the so-called Euromaidan¹⁴⁵. International monitoring mechanisms repeatedly reported on infringement of their cultural and educational rights¹⁴⁶. Xenophobic and anti-Semitic sentiment has been growing for years¹⁴⁷. Attacks on Jews, Roma, Africans and other national minorities have taken place systematically¹⁴⁸. No effort to counter manifestations of xenophobia has been exerted by the Government, itself apparently supporting radical nationalism in Ukraine¹⁴⁹.

150. As with the ICSFT, Ukraine has not engaged substantively with the facts cited by Russia, *inter alia*, regarding Kiev's policy of glorification of Nazism contrary to Article 4 of the CERD, dismissing them as mere "Russian propaganda"¹⁵⁰. Conversely, the Respondent, in support of its position, predominantly refers to Ukrainian and international sources, such as Ukraine's high-ranking officials' "scientific" works¹⁵¹, documents of international organizations and monitoring institutions¹⁵², Ukrainian and foreign mass media¹⁵³, as well as Ukraine's own legislation¹⁵⁴. Indeed, concern about the resurgence of Nazism in Ukraine has been mounting for many years. Although fringe neo-Nazi movements may exist in various countries,

¹⁴² RR, para. 766, with reference to Decree of the President of Ukraine No. 46/2010, "On awarding S. Bandera the title of Hero of Ukraine", 10 January 2010, available at: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/46/2010#Text> (Annex 331); Decree of the President of Ukraine No. 965/2007, "On awarding R. Shukhevych the title of Hero of Ukraine", 12 October 2007, available at: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/965/2007#Text>.

¹⁴³ RR, para. 758.

¹⁴⁴ *Ibid.*, para. 759.

¹⁴⁵ *Ibid.*, para. 684.

¹⁴⁶ *Ibid.*, paras. 680 and 685-694.

¹⁴⁷ *Ibid.*, paras. 695-703.

¹⁴⁸ *Ibid.*, paras. 688-694.

¹⁴⁹ *Ibid.*, paras. 774-781.

¹⁵⁰ CR 2023/6, p. 34, para. 46 (Koh).

¹⁵¹ RR, paras. 742-753 and 756.

¹⁵² *Ibid.*, paras. 689, 690-693, 696, 699 and 743.

¹⁵³ *Ibid.*, paras. 746, 753-754, 764 and 766.

¹⁵⁴ *Ibid.*, paras. 755, 766, 772-774 and 783.

attribué à Stepan Bandera¹⁴². Dans le même temps, les personnes manifestant leur désaccord avec les courants néonazis ont été réprimées dans la violence et par la force des armes, comme l'attestent non seulement les attaques mortelles perpétrées contre des manifestants, dont les 48 opposants brûlés vifs lors du coup d'État du Maïdan dans la maison des syndicats le 2 mai 2014 à Odessa offrent un exemple particulièrement macabre¹⁴³, mais aussi, à une échelle plus massive, les multiples pertes en vies humaines qu'a subies la population civile du Donbass, touchant principalement des personnes d'origine ethnique russe et russophones, lors de la prétendue «opération antiterroriste» lancée le 14 avril 2014¹⁴⁴.

149. D'autres minorités ethniques en Ukraine ont aussi subi des mauvais traitements et des violences même après l'«Euromaïdan»¹⁴⁵. Des observateurs internationaux ont à maintes reprises fait état d'atteintes aux droits culturels et éducatifs de ces minorités¹⁴⁶. Le sentiment xénophobe et antisémite se renforce depuis des années¹⁴⁷. Il a été fait état d'attaques systématiques contre les Juifs, les Roms, les Africains et d'autres minorités nationales¹⁴⁸. Le Gouvernement n'a rien entrepris pour lutter contre les manifestations de xénophobie, et soutient apparemment lui-même le nationalisme radical en Ukraine¹⁴⁹.

150. Comme pour la CIRFT, l'Ukraine n'a pas tenté de réfuter au fond les moyens de fait cités par la Russie, notamment en ce qui concerne la politique d'apologie du nazisme à laquelle se livre Kiev en violation de l'article 4 de la CIEDR, les rejetant comme de purs éléments de «propagande russe»¹⁵⁰. À l'inverse, la défenderesse s'est, pour étayer sa position, essentiellement référée à des sources ukrainiennes et internationales, telles que les travaux «scientifiques» de hauts responsables ukrainiens¹⁵¹, des documents d'organisations et observateurs internationaux¹⁵², des médias ukrainiens et étrangers¹⁵³, ainsi que la propre législation de l'Ukraine¹⁵⁴. De fait, l'inquiétude que provoque la résurgence du nazisme en Ukraine n'a cessé de croître au fil

¹⁴² DFR, par. 766, faisant référence à Decree of the President of Ukraine No. 46/2010, «On awarding S. Bandera the title of Hero of Ukraine», 10 janvier 2010, accessible à l'adresse suivante : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/46/2010#Text> (annexe 331); Decree of the President of Ukraine No. 965/2007, «On awarding R. Shukhevych the title of Hero of Ukraine», 12 octobre 2007, accessible à l'adresse suivante : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/965/2007#Text>.

¹⁴³ DFR, par. 758.

¹⁴⁴ *Ibid.*, par. 759.

¹⁴⁵ *Ibid.*, par. 684.

¹⁴⁶ *Ibid.*, par. 680 et 685-694.

¹⁴⁷ *Ibid.*, par. 695-703.

¹⁴⁸ *Ibid.*, par. 688-694.

¹⁴⁹ *Ibid.*, par. 774-781.

¹⁵⁰ CR 2023/6, p. 34, par. 46 (Koh).

¹⁵¹ DFR, par. 742-753 et 756.

¹⁵² *Ibid.*, par. 689, 690-693, 696, 699 et 743.

¹⁵³ *Ibid.*, par. 746, 753-754, 764 et 766.

¹⁵⁴ *Ibid.*, par. 755, 766, 772-774 et 783.

what makes Ukraine unique is that, perhaps for the first time in post-World War II history, such movements organized and led violent armed protests, successfully overthrew a legitimately elected government, installed their own régime, put their people in charge of military, security and propaganda bodies, launched a campaign of fear and intimidation against the general population, brutally murdered dissenters and even conducted a full-fledged military operation against a part of their own country where people of another ethnicity resisted the new régime, killing and injuring thousands of civilians in the process.

151. In view of the aforesaid, there are adequate grounds for the application of the “clean hands” doctrine as a defence on the merits, since Ukraine itself is engaged in acts which are contrary to the obligations under CERD aimed at combating Nazism in all its forms.

152. Furthermore, as shown by the Respondent, Ukraine has been conducting policies with regard to the Russian-speaking population which Ukraine itself considers contrary to CERD (such as removing Russian-language education from schools, including those in predominantly Russian-speaking areas).

153. Hence, as in the case of the ICSFT, Ukraine’s claims under CERD should have been dismissed *in limine* due to “unclean hands” of the Applicant. Ukraine’s own actions against its ethnic minorities appear to be much more severe than anything that Ukraine even alleged against Russia.

PART III — PROVISIONAL MEASURES ORDER

1. The Court Rightly Found No Violation of the Provisional Measures Order with regard to Education in the Ukrainian Language

154. I certainly concur with the Court’s decision on this matter: taking note of a report by the UN OHCHR, according to which “instruction in Ukrainian was provided in one Ukrainian school and 13 Ukrainian classes in Russian schools attended by 318 children”, the Court found that “instruction in the Ukrainian language was available after the adoption of the Order” and therefore the Russian Federation has not violated the Order in so far as it obliged it to “ensure the availability of education in the Ukrainian language”¹⁵⁵. However, this decision, which is, of course, based on objective fact, further highlights the unfathomable stance of the Majority regarding a

¹⁵⁵ Judgment, paras. 394-395.

des ans. Bien que des mouvements néonazis puissent exister à la marge dans divers pays, ce qui est unique dans le cas de l'Ukraine, c'est que, peut-être pour la première fois depuis la fin de la seconde guerre mondiale, ces mouvements ont organisé et conduit des manifestations armées violentes, sont parvenus à renverser un gouvernement légitimement élu, ont établi leur propre régime, installé leurs partisans à la tête des organes militaires, de sécurité et de propagande, lancé contre la population dans son ensemble une campagne de peur et d'intimidation, assassiné brutalement des dissidents et même mené une véritable opération militaire contre une partie de leur propre pays où ils se sont heurtés à l'opposition de représentants d'un autre groupe ethnique, faisant des milliers de morts et de blessés au sein de la population civile.

151. Au vu de ce qui précède, il y avait lieu d'appliquer la doctrine des « mains propres » en tant que moyen de défense au fond, dans la mesure où l'Ukraine s'est elle-même livrée à des actes contraires aux obligations que lui imposait la CIEDR de combattre le nazisme sous toutes ses formes.

152. En outre, comme l'a montré la défenderesse, l'Ukraine mène à l'égard de la population russophone des politiques qu'elle-même considère comme étant contraires à la CIEDR (comme la suppression de l'enseignement en langue russe dans les écoles, y compris dans celles se trouvant dans des zones majoritairement russophones).

153. Ainsi, comme dans le cas de la CIRFT, les demandes présentées par l'Ukraine sur le fondement de la CIEDR auraient dû être rejetées *in limine*, la demanderesse s'étant présentée devant la Cour en ayant les « mains sales ». Les actes commis par l'Ukraine contre ses minorités ethniques semblent bien plus graves que tout ce que l'Ukraine a pu reprocher à la Russie.

TROISIÈME PARTIE — ORDONNANCE EN INDICATION DE MESURES CONSERVATOIRES

1. La Cour a conclu à raison à l'absence de violation de l'ordonnance en indication de mesures conservatoires s'agissant du droit à un enseignement en langue ukrainienne

154. Je souscris entièrement à la décision de la Cour sur cette question : prenant note d'un rapport du HCDH, qui constatait qu'« un enseignement en ukrainien était dispensé dans une école ukrainienne et 13 cours d'ukrainien donnés dans des écoles russes étaient fréquentés par 318 enfants », la Cour a conclu que « ledit enseignement était disponible après l'adoption de l'ordonnance » et que, en conséquence, « la Fédération de Russie n'a[vait] pas violé l'ordonnance en ce que celle-ci imposait à la défenderesse de faire en sorte de rendre disponible un enseignement en langue ukrainienne »¹⁵⁵. Toutefois, cette décision, qui repose bien sûr sur un fait objectif, met davantage en

¹⁵⁵ Arrêt, par. 394-395.

“violation” of CERD in respect of education in the Ukrainian language. It is difficult to comprehend how a right could be at the same time non-existent¹⁵⁶, upheld¹⁵⁷, and impaired (due to racial discrimination, no less)¹⁵⁸. Yet all of these findings were made by the Majority in this Judgment regarding the same circumstances. It presumably leads to a bizarre conclusion — that a State party which actually provides its national minorities with freely accessible public education in their native language might find itself in violation of CERD, simply because its citizens elect not to use this right; and a State party that quashes the ethnic identity of minorities by eliminating all opportunities of education in their native languages would not be in violation, so long as it does so *gradually*.

155. One can only imagine the reasons behind this incongruous position other than that the Majority treading some unseen boundary between the aim of somehow implicating the Respondent and the need to avoid making a wider and far-reaching pronouncement which may also implicate other States parties. Whatever the reasons, though, the Court is now put into an untenable position: if it is ever faced with allegations against a State party that provides manifestly less language rights to ethnic minorities than Russia, it will be hard-pressed to follow the Majority’s approach in this Judgment while keeping to the principles of impartiality and judicial integrity.

*2. There Could Be No Violation of the Provisional Measures Order
regarding the Ban on the Mejlis, since the Court Found This Ban
to Not Be in Contravention of CERD*

156. This is another surprising and inexplicable decision of the Majority that contradicts the Court’s own position taken in the Judgment. The Court has, of course, decided that the ban on the *Mejlis* did not constitute racial discrimination and was not in violation of CERD¹⁵⁹. All the more surprising that the Majority found a violation of a provisional measure concerning this same ban¹⁶⁰.

157. By itself, the provisional measure in respect of the *Mejlis* ban was definitely ill-founded: even *prima facie*, Russia had sufficient grounds for the

¹⁵⁶ *Ibid.*, para. 354.

¹⁵⁷ *Ibid.*, para. 394.

¹⁵⁸ *Ibid.*, paras. 363 and 370.

¹⁵⁹ *Ibid.*, paras. 272 and 275.

¹⁶⁰ *Ibid.*, para. 392.

lumière la position inexplicable que la majorité a adoptée quant à la « violation » de la CIEDR s'agissant de l'enseignement scolaire en langue ukrainienne. On comprend difficilement comment un droit pourrait être à la fois inexistant¹⁵⁶, respecté¹⁵⁷ et bafoué (pour cause de discrimination raciale, rien de moins)¹⁵⁸. Pourtant, ces trois constats ont été posés par la majorité dans son arrêt à propos des mêmes circonstances. Elle aboutit ainsi à une conclusion qui semble pour le moins saugrenue, menant à une situation où un État partie qui garantit effectivement à ses minorités nationales la possibilité de suivre un enseignement public librement dans leur langue maternelle peut se voir déclaré coupable de violation de la CIEDR du simple fait que ses ressortissants ont choisi de ne pas exercer ce droit, tandis qu'un État partie qui empêche l'expression de l'identité ethnique de minorités en éliminant toute possibilité pour celles-ci de recevoir un enseignement dans leur langue maternelle ne se rendrait pas coupable d'une telle violation, tant qu'il procéderait *graduellement*.

155. Cette position funambulesque ne saurait s'expliquer autrement que par le numéro d'équilibriste auquel se livre ici la majorité, en tâchant de concilier deux objectifs difficilement compatibles : trouver un moyen d'incriminer la défenderesse et éviter de rendre une décision de portée plus vaste et générale qui serait susceptible de conduire à la mise en cause d'autres États parties. Quels que soient ses motifs, cependant, la Cour se trouve aujourd'hui dans une situation intenable : si elle doit un jour examiner des allégations formulées contre un État partie qui accorde manifestement moins de droits linguistiques à ses minorités ethniques que la Russie, elle sera bien en peine de suivre l'approche retenue par la majorité dans son arrêt tout en respectant les principes d'impartialité et d'intégrité judiciaire.

*2. Il ne saurait y avoir de violation de l'ordonnance
en indication de mesures conservatoires s'agissant
de l'interdiction visant le Majlis, puisque la Cour a conclu
que ladite interdiction n'était pas contraire à la CIEDR*

156. La majorité a pris une autre décision surprenante et inexplicable, qui vient contredire la position adoptée par la Cour elle-même dans l'arrêt. Celle-ci a, naturellement, conclu que l'interdiction visant le *Majlis* n'empportait pas discrimination raciale et ne contrevenait pas à la CIEDR¹⁵⁹. Il n'en est donc d'autant plus étonnant que la majorité ait conclu à une violation de la mesure conservatoire relative à cette même interdiction¹⁶⁰.

157. La mesure conservatoire portant sur l'interdiction du *Majlis* était déjà en soi assurément infondée : même *prima facie*, cette interdiction était

¹⁵⁶ *Ibid.*, par. 354.

¹⁵⁷ *Ibid.*, par. 394.

¹⁵⁸ *Ibid.*, par. 363 et 370.

¹⁵⁹ *Ibid.*, par. 272 et 275.

¹⁶⁰ *Ibid.*, par. 392.

measure, considering that entity's non-representative character and overt involvement in acts that would, in practically any country, be qualified as criminal, extremist or even terrorist. Several judges have expressed their disagreement with this part of the Order, having provided convincing arguments¹⁶¹. However, that is not the primary issue now.

158. Even when issuing the provisional measures Order in 2017, the Court had been careful to indicate that the measure was to be implemented by Russia "in accordance with its obligations under the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination"¹⁶². The Court has now found that Russia conformed to its obligations under CERD with respect to the *Mejlis*. Therefore, no violation of the provisional measures Order could have been established.

159. By adopting a decision that there *was* a violation of the Order, despite the Court's Judgment on the merits of the issue, the Majority seems to be attempting to use provisional measures as an *independent tool of assigning State responsibility*, completely divorced from whatever findings the Court might make on the merits. And since provisional measures operate on the principle of *prima facie* evaluation of *plausibility*, rather than establishing actual circumstances based on convincing evidence, this tool is immeasurably less balanced than the Court's final judgments, affording a wide discretion for decisions that have no actual bearing on law or fact.

160. This is, of course, in contravention of the Statute of the Court and the basic principles of justice, including international justice. Provisional measures have long been a controversial topic, with their binding character only affirmed by the Court relatively recently¹⁶³ and arguments being consistently raised against such binding force. According to the Statute, the sole purpose of a provisional measure is "to preserve the respective rights of either party", "[p]ending the final decision"¹⁶⁴. If it turns out that a party to the dispute had no such right from the beginning, it only means that there had been no need for provisional measures, as the right was never in peril. It cannot mean that, despite being exonerated on the merits, the other party is still somehow "responsible" for not taking measures to preserve a right

¹⁶¹ See declaration of Judge Tomka and separate opinion of Judge *ad hoc* Skotnikov in *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. 150 and 222, respectively.

¹⁶² *Ibid.*, p. 140, para. 106 (1).

¹⁶³ *LaGrand (Germany v. United States of America)*, Judgment, I.C.J. Reports 2001, p. 506, para. 109.

¹⁶⁴ Statute of the Court, Art. 41, paras. 1-2.

suffisamment motivée, compte tenu de l'absence de représentativité de cette entité et de sa participation manifeste à des actes qui seraient, dans quasiment n'importe quel pays, qualifiés de criminels, d'extrémistes ou même de terroristes. Plusieurs juges avaient exprimé leur désaccord avec cette partie de l'ordonnance, faisant valoir des arguments convaincants¹⁶¹. Toutefois, là n'est pas le principal problème aujourd'hui.

158. Même lorsqu'elle a rendu son ordonnance en indication de mesures conservatoires en 2017, la Cour avait pris soin de préciser que la mesure devait être exécutée par la Russie « conformément aux obligations lui incombant au titre de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale »¹⁶². Or, la Cour a conclu en la présente espèce que la Russie s'était conformée aux obligations que lui imposait la CIEDR pour ce qui concerne le *Majlis*. Aucune violation de l'ordonnance en indication de mesures conservatoires ne peut donc avoir été établie.

159. En jugeant qu'une violation de l'ordonnance *avait bien eu lieu*, en dépit de l'arrêt rendu par la Cour sur cette question au fond, la majorité, semble-t-il, a tenté d'utiliser les mesures conservatoires comme un *moyen indépendant d'attribuer la responsabilité à un État*, entièrement dissocié de toute future conclusion de la Cour quant au fond. Puisque les mesures conservatoires reposent en principe sur une évaluation *prima facie* de la *plausibilité*, et non sur l'établissement des véritables circonstances de l'espèce au moyen de preuves convaincantes, elles représentent un outil infiniment moins éprouvé que les arrêts définitifs de la Cour, offrant maintes possibilités de prendre des décisions qui ne reposent sur aucun fondement réel en droit ou en fait.

160. Cela est à l'évidence contraire au Statut de la Cour et aux principes fondamentaux de la justice, notamment de la justice internationale. Les mesures conservatoires sont depuis longtemps un sujet controversé, leur caractère contraignant n'ayant été affirmé par la Cour que relativement récemment¹⁶³ et étant systématiquement contesté. Selon le Statut, le seul but d'une mesure conservatoire est de « [préserver le] droit de chacun » « [e]n attendant l'arrêt définitif »¹⁶⁴. S'il s'avère qu'une partie à un différend ne pouvait, d'entrée de jeu, se prévaloir du droit en cause, il s'ensuit simplement qu'aucune mesure conservatoire n'était en réalité nécessaire, puisque son droit n'avait jamais été en péril. Il ne peut s'ensuivre que, bien qu'exonérée au fond, l'autre partie reste en quelque sorte « responsable » de n'avoir pas

¹⁶¹ Voir l'affaire relative à l'*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*, déclaration du juge Tomka (p. 150) et opinion individuelle du juge *ad hoc* Skotnikov (p. 222).

¹⁶² *Ibid.*, p. 140, par. 106, point 1.

¹⁶³ *LaGrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique), arrêt, C.I.J. Recueil 2001*, p. 506, par. 109.

¹⁶⁴ Statut de la Cour, art. 41, par. 1-2.

that was either non-existent in the first place or successfully preserved (whichever way you look at it).

161. As a result, by taking such a clearly unjustified decision, the Majority has (perhaps inadvertently) undermined the very status of provisional measures that the Court sought to buttress in recent years. Indeed, if provisional measures orders are going to be used as an “alternative” way of assigning State responsibility, based on extremely vague and uncertain criteria that lead to conclusions which demonstrably fly in the face of reality, it will only serve to strengthen the non-acceptance among States of the binding character of such measures.

3. The Majority’s Decision regarding the Provisional Measure on Non-aggravation Was Manifestly Ill-founded

162. If the Majority’s decision regarding the provisional measure on the *Mejlis* ban is an attempt to expand the scope of provisional measures beyond the circumstances established by the Court, then the similar decision concerning non-aggravation seems to be an attempt to expand this scope beyond the subject-matter of the dispute and even the Convention itself.

163. In the view of the Majority, the Russian Federation’s actions of recognizing the DPR and LPR and conducting a special military operation “severely undermined the basis for mutual trust and co-operation and thus made the dispute more difficult to resolve”¹⁶⁵.

164. To begin with, it seems self-evident that events of 2022 did not relate to the subject-matter of the present dispute, which is limited entirely to circumstances predating 2017 that were fundamentally different in nature. As set out in the 2017 provisional measures Order itself, “the case before the Court is limited in scope”¹⁶⁶.

165. Secondly, it is difficult to imagine how the events of 2022 could have “aggravated” or “interfered with” a dispute that had been brought by the Applicant to the Court in 2017, had already been under consideration for five years, and concluded with final hearings on the merits soon after these events transpired. It seems obvious that no new solution to the matters under dispute could have been discovered in these few months, that would not have been available during the previous years. And in reality, these events have had no noticeable impact on the Parties’ legal reasoning or their representation at the Court.

¹⁶⁵ Judgment, para. 397.

¹⁶⁶ *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. 13, para. 16.*

pris de mesures visant à préserver un droit qui soit n'a jamais existé, soit a été effectivement protégé (selon l'angle de vue retenu).

161. Par conséquent, en adoptant une décision aussi manifestement injustifiée, la majorité a (peut-être par mégarde) affaibli le statut même des mesures conservatoires que la Cour avait cherché à conforter ces dernières années. En effet, si les ordonnances en indication de mesures conservatoires sont appelées à être utilisées comme « autre » moyen de mettre en cause leur responsabilité, sur la base de critères extrêmement vagues et incertains donnant lieu à des conclusions dont l'absence de lien avec la réalité peut être démontrée, les États n'en seront que plus réticents à accepter le caractère contraignant des mesures indiquées.

3. La décision de la majorité relative à la mesure conservatoire de non-aggravation était manifestement infondée

162. Si la décision prise par la majorité au sujet de la mesure conservatoire visant l'interdiction du *Majlis* est une tentative d'étendre la portée des mesures conservatoires au-delà des cas prévus par la Cour, la décision relative à la non-aggravation du différend s'apparente à une tentative d'extension de cette même portée au-delà de l'objet du différend, voire du champ d'application de la convention.

163. Selon la majorité, la Fédération de Russie, en reconnaissant la RPD et la RPL et en lançant une opération militaire spéciale a, par ses actes, « gravement fragilisé le socle de confiance mutuelle et de coopération et ainsi rendu la solution du différend plus difficile »¹⁶⁵.

164. Premièrement, il semble aller de soi que les événements de 2022 étaient sans rapport avec l'objet du présent différend, qui se limitait exclusivement aux faits antérieurs à 2017, lesquels revêtaient un caractère fondamentalement différent. Ainsi qu'il était indiqué dans l'ordonnance en indication de mesures conservatoires de 2017, « l'affaire dont [la Cour] [était] saisie [était] d'une portée limitée »¹⁶⁶.

165. Deuxièmement, il est difficile d'imaginer en quoi les événements de 2022 auraient pu « aggraver » ou « influencer » un différend qui avait été soumis à la Cour par la demanderesse en 2017, qui était à l'examen depuis déjà cinq ans et ferait peu de temps après l'objet d'une dernière série d'audiences, consacrées au fond. Il semble évident qu'aucun moyen de régler les questions en litige n'aurait pu être découvert au cours de ces quelques mois qui n'eût déjà été disponible au cours des années précédentes. En réalité, ces événements n'ont eu aucune incidence notable sur le raisonnement juridique ou les prises de position des Parties devant la Cour.

¹⁶⁵ Arrêt, par. 397.

¹⁶⁶ *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. 13, par. 16.*

166. In *LaGrand*, on which the Court relies to support the binding character of provisional measures¹⁶⁷, no measure related to non-aggravation was issued. In *Georgia v. Russian Federation* (2008) the Court did issue such a measure — however, despite the applicant calling for a pronouncement of a violation of the order by the respondent, the Court did not even entertain these calls on substance and restricted itself, in its Judgment on jurisdiction and admissibility, to stating the following:

“The Court in its Order of 15 October 2008 indicated certain provisional measures. *This Order ceases to be operative upon the delivery of this Judgment.* The Parties are under a duty to comply with their obligations under CERD, of which they were reminded in that Order.”¹⁶⁸ (Emphasis added.)

167. This, in my view, is the true extent of the effect of a non-aggravation provisional measure after the case has been successfully concluded. There had been no “aggravation” of the *Georgia v. Russian Federation* dispute on CERD in 2008 (despite the military clash and tensions between the two countries), as there had been no “aggravation” of the ICSFT/CERD dispute in the present case.

168. Thirdly, the 2017 Order concerning non-aggravation was addressed to *both* Russia and Ukraine: “*Both Parties* shall refrain from any action which might aggravate or extend the dispute before the Court or make it more difficult to resolve.”¹⁶⁹ (Emphasis added.)

169. The Court, however, never even attempted to examine whether Ukraine was also complying with this provisional measure, despite Russia drawing attention to the fact that Ukraine continued its attacks on Donbass and consistently refused to implement the UN-backed peaceful solution to the crisis (the Minsk Agreements)¹⁷⁰, as well as Ukraine’s refusal to enter into negotiations concerning a possible settlement between the Parties¹⁷¹.

170. Summing up, the Majority’s decision on this matter goes beyond the scope of the provisional measures Order, the scope of the entire case, even the scope of the Convention itself, and does not conform to the principle of

¹⁶⁷ Judgment, para. 388.

¹⁶⁸ *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2011 (I)*, p. 140, para. 186.

¹⁶⁹ *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. 141, para. 106 (2).

¹⁷⁰ RR, paras. 29-32.

¹⁷¹ *Ibid.*, para. 1253.

166. En l'affaire *LaGrand*, sur laquelle la Cour s'est fondée ici pour affirmer le caractère contraignant des mesures conservatoires¹⁶⁷, aucune mesure visant à éviter l'aggravation du différend n'avait été indiquée. En l'affaire *Géorgie c. Fédération de Russie* (2008), la Cour a indiqué une mesure en ce sens — mais, bien que la demanderesse lui eût demandé de constater que la défenderesse avait violé l'ordonnance, elle n'a pas même examiné ces demandes au fond et s'est limitée, dans l'arrêt qu'elle a rendu sur la compétence et la recevabilité, à déclarer ce qui suit :

«La Cour a, dans son ordonnance du 15 octobre 2008, indiqué certaines mesures conservatoires. *Cette ordonnance cesse de produire ses effets dès le prononcé du présent arrêt.* Les Parties ont le devoir de s'acquitter de leurs obligations découlant de la CIEDR, devoir que la Cour a rappelé dans ladite ordonnance.»¹⁶⁸ (Les italiques sont de moi.)

167. Telle est, à mon sens, la véritable portée de l'effet que produit une mesure conservatoire de non-aggravation après la conclusion effective d'une affaire. Il n'y avait pas eu d'«aggravation» en 2008 dans l'affaire relative à la CIEDR opposant la Géorgie à la Fédération de Russie (malgré les affrontements militaires et les tensions entre les deux pays) et, de même, il n'y a pas eu d'«aggravation» du différend relatif à la CIRFT/CIEDR en la présente espèce.

168. Troisièmement, les mesures de non-aggravation prescrites en 2017 étaient indiquées *aussi bien* à l'égard de la Russie qu'à l'égard de l'Ukraine : «*Les deux Parties* doivent s'abstenir de tout acte qui risquerait d'aggraver ou d'étendre le différend dont la Cour est saisie ou d'en rendre la solution plus difficile.»¹⁶⁹ (Les italiques sont de moi.)

169. La Cour, toutefois, n'a à aucun moment ne serait-ce que tenté de déterminer si l'Ukraine respectait pour sa part cette mesure conservatoire, alors que la Russie avait appelé son attention sur la poursuite de ses attaques contre le Donbass, son refus constant d'appliquer le mécanisme de règlement pacifique de la crise adopté avec le soutien des Nations Unies (les accords de Minsk)¹⁷⁰, ainsi que son refus d'entamer des négociations en vue d'un éventuel règlement entre les Parties¹⁷¹.

170. Pour résumer, la décision de la majorité sur cette question dépasse la portée de l'ordonnance en indication de mesures conservatoires, la portée de l'affaire tout entière et même la portée de la convention, et n'est pas

¹⁶⁷ Arrêt, par. 388.

¹⁶⁸ *Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2011 (I), p. 140, par. 186.*

¹⁶⁹ *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. 141, par. 106, point 2.*

¹⁷⁰ DFR, par. 29-32.

¹⁷¹ *Ibid.*, par. 1253.

impartiality and equal treatment of the Parties. In any event, the Court does not afford Ukraine any specific remedy with regard to this decision, so it will have no particular impact on the current situation.

(Signed) Bakhtiyar TUZMUKHAMEDOV.

conforme au principe d'impartialité et d'égalité de traitement des Parties. En tout état de cause, la Cour n'a adjugé à l'Ukraine aucun remède spécifique à cet égard, de sorte que cette décision n'aura aucune incidence concrète sur la situation actuelle.

(Signé) Bakhtiyar TUZMUKHAMEDOV.

CONTENTS OF THE FASCICLE

	Page
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)	
JUDGMENT OF 31 JANUARY 2024	78
Separate opinion of President Donoghue	214
Declaration of Judge Tomka	226
Declaration of Judge Abraham	229
Declaration of Judge Bennouna	232
Declaration of Judge Yusuf	234
Dissenting opinion of Judge Sebutinde	240
Separate opinion of Judge Bhandari	252
Separate opinion of Judge Iwasawa	261
Separate opinion of Judge Charlesworth	270
Declaration of Judge Brant	287
Separate opinion of Judge <i>ad hoc</i> Pocar	289
Separate opinion, partly concurring and partly dissenting, of Judge <i>ad hoc</i> Tuzmukhamedov	304



SOMMAIRE DU FASCICULE

	Page
APPLICATION DE LA CONVENTION INTERNATIONALE POUR LA RÉPRESSION DU FINANCEMENT DU TERRORISME ET DE LA CONVEN- TION INTERNATIONALE SUR L'ÉLIMINATION DE TOUTES LES FORMES DE DISCRIMINATION RACIALE (UKRAINE c. FÉDÉRATION DE RUSSIE)	
ARRÊT DU 31 JANVIER 2024	78
Opinion individuelle de M ^{me} la juge Donoghue, présidente	214
Déclaration de M. le juge Tomka	226
Déclaration de M. le juge Abraham	229
Déclaration de M. le juge Bennouna	232
Déclaration de M. le juge Yusuf	234
Opinion dissidente de M ^{me} la juge Sebutinde	240
Opinion individuelle de M. le juge Bhandari	252
Opinion individuelle de M. le juge Iwasawa	261
Opinion individuelle de M ^{me} la juge Charlesworth	270
Déclaration de M. le juge Brant	287
Opinion individuelle de M. le juge <i>ad hoc</i> Pocar	289
Opinion individuelle, en partie concordante et en partie dissi- dente, de M. le juge <i>ad hoc</i> Tuzmukhamedov	304

ISBN 978-92-1-003476-0



9 789210 034760