

DECLARATION OF JUDGE BHANDARI

Two kinds of applications for provisional measures, to be treated differently — Test for the indication of provisional measures under Article 41 of the Court's Statute — Binding assurances before the Court — The Court is required to examine only one element of the test, i.e. prima facie jurisdiction — Unnecessary to examine other elements of the test.

1. I agree with the Court's decision not to indicate provisional measures. I make this declaration to set out my view on the appropriate approach to a party's request for the indication of provisional measures in circumstances where, as here, the opposing party has made binding assurances or undertakings before the Court substantively in the terms of the requested measures.

2. The test for granting provisional measures under Article 41 of the Statute is well established in the Court's jurisprudence. The test in general comprises the following elements: (1) the provisions relied on by the applicant appear, *prima facie*, to afford a basis on which its jurisdiction could be founded, but it need not satisfy itself in a definitive manner that it has jurisdiction as regards the merits of the case; (2) the rights asserted by the party requesting such measures are at least plausible; (3) irreparable prejudice could be caused to those rights or the alleged disregard of such rights may entail irreparable consequences; (4) the power of the Court to indicate provisional measures will be exercised only if there is urgency, in the sense that there is a real and imminent risk that irreparable prejudice will be caused to the rights claimed before the Court gives its final decision (the condition of urgency is met when the acts susceptible of causing irreparable prejudice can occur at any moment before the Court makes a final decision on the case) (see, e.g. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel)*, *Provisional Measures, Order of 26 January 2024*, *I.C.J. Reports 2024 (I)*, p. 11, para. 15, p. 17, para. 35, and p. 24, paras. 60 and 61).

3. In my view, the Court must make a distinction between an ordinary application for the indication of provisional measures and an application for the indication of provisional measures where the opposing party offers

DÉCLARATION DE M. LE JUGE BHANDARI

[Traduction]

Existence de deux types de demande en indication de mesures conservatoires, devant être traités différemment — Critère permettant de déterminer s'il convient d'indiquer des mesures conservatoires au titre de l'article 41 du Statut de la Cour — Assurances contraignantes ayant été données devant la Cour — Cour n'étant tenue d'examiner qu'un seul des éléments composant ledit critère, à savoir celui qui concerne la compétence prima facie — Examen des autres éléments étant inutile.

1. Je souscris à la décision de la Cour de ne pas indiquer de mesures conservatoires. Je joins la présente déclaration à l'ordonnance afin d'exposer mes vues sur la manière dont il convient d'examiner une demande en indication de mesures conservatoires lorsque, comme en l'espèce, le défendeur a, devant la Cour, offert des assurances ou pris des engagements contraignants reprenant pour l'essentiel la formulation des mesures sollicitées.

2. Le critère permettant de déterminer s'il convient d'indiquer des mesures conservatoires au regard de l'article 41 du Statut est bien établi dans la jurisprudence de la Cour. Il est généralement composé des éléments suivants : 1) les dispositions invoquées par le demandeur semblent *prima facie* constituer une base sur laquelle pourrait être fondée la compétence de la Cour, laquelle n'a toutefois pas besoin de s'assurer de manière définitive qu'elle a compétence quant au fond de l'affaire ; 2) les droits revendiqués par le demandeur sont au moins plausibles ; 3) un préjudice irréparable risque d'être causé à ces droits ou la méconnaissance alléguée de ces droits risque d'entraîner des conséquences irréparables ; 4) la Cour n'exerce son pouvoir d'indiquer des mesures conservatoires que s'il y a urgence, c'est-à-dire s'il existe un risque réel et imminent qu'un préjudice irréparable soit causé aux droits revendiqués avant qu'elle ne rende sa décision définitive (la condition d'urgence étant remplie dès lors que les actes susceptibles de causer un préjudice irréparable peuvent intervenir à tout moment avant que la Cour ne se prononce de manière définitive en l'affaire) (voir, par exemple, *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide dans la bande de Gaza (Afrique du Sud c. Israël)*, mesures conservatoires, ordonnance du 26 janvier 2024, C.I.J. Recueil 2024 (I), p. 11, par. 15, p. 17, par. 35, et p. 24, par. 60 et 61).

3. À mon sens, la Cour doit établir une distinction entre les demandes en indication de mesures conservatoires ordinaires et celles auxquelles le défendeur répond en offrant des assurances ou en prenant des engagements

legally binding assurances or undertakings substantively in the terms of the requested measures.

4. In my opinion, in dealing with applications involving binding assurances and undertakings, the Court is required to examine only one element of the test, i.e. prima facie jurisdiction, as mentioned in paragraph 2 of this declaration. The Court need not examine other elements of the test. The application can be disposed of in terms of the assurances and undertakings.

5. There have been previous instances in which a party has, in response to a request for the indication of provisional measures, provided assurances in the form of a binding undertaking in the terms (or at least partially so) of requested measures. On 28 September 2023, Armenia filed a Request for the indication of provisional measures in *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Armenia v. Azerbaijan)* (Armenia had filed other such requests in those proceedings before). The Court made its Order further to that request on 17 November 2023. In those proceedings, however, Azerbaijan provided undertakings, including at the hearing, that mirrored the terms of several of Armenia’s requested measures (CR 2023/22, pp. 22-23, para. 27 (Mammadov)).

6. In its 17 November 2023 Order in that case, the Court held that these undertakings were legally binding on Azerbaijan (*Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Armenia v. Azerbaijan), Provisional Measures, Order of 17 November 2023, I.C.J. Reports 2023 (II)*, p. 638, para. 62). The Court then stated as follows:

“63. The Court observes that many of Azerbaijan’s undertakings address the concerns expressed by Armenia in the fifth Request, although the undertakings do not correspond in all respects to the measures requested by Armenia.

.....

64. In the view of the Court, the undertakings made by the Agent of Azerbaijan at the public hearing on the afternoon of 12 October 2023 contribute towards mitigating the imminent risk of irreparable prejudice resulting from the operation commenced by Azerbaijan in Nagorno-Karabakh on 19 September 2023 but do not remove the risk entirely” (*ibid.*, paras. 63-64).

7. Similarly, in an Order in the same case dated 22 February 2023, the Court took note of an undertaking the Agent of Azerbaijan had made during the hearing on 30 January 2023 on a request by Armenia for the indication of provisional measures. The Court then added, however, that this undertak-

juridiquement contraignants essentiellement formulés dans les mêmes termes que les mesures sollicitées.

4. Selon moi, lorsqu'un défendeur, en réponse à une demande en indication de mesures conservatoires, offre des assurances ou prend des engagements qui sont contraignants, la Cour n'est tenue d'examiner qu'un seul des éléments composant le critère susmentionné, à savoir celui qui concerne la compétence *prima facie*, tel que mentionné au paragraphe 2 de la présente déclaration. Point n'est besoin pour elle d'examiner les autres éléments ; elle peut statuer sur la demande sur la base desdits engagements et assurances.

5. Il est déjà arrivé qu'une partie donne, en réponse à une demande en indication de mesures conservatoires, des assurances sous la forme d'un engagement contraignant reprenant (au moins partiellement) la formulation des mesures sollicitées. Le 28 septembre 2023, l'Arménie a présenté une demande en indication de mesures conservatoires en l'affaire relative à l'*Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Arménie c. Azerbaïdjan)* (ce n'était pas la première demande de ce type qu'elle déposait en l'espèce). La Cour a rendu son ordonnance sur cette demande le 17 novembre 2023. Or, dans cette instance, l'Azerbaïdjan avait pris des engagements, notamment à l'audience, formulés dans les mêmes termes que plusieurs des mesures demandées par l'Arménie (CR 2023/22, p. 22-23, par. 27 (Mammadov)).

6. Dans l'ordonnance qu'elle a rendue le 17 novembre 2023 dans cette affaire, la Cour a conclu que lesdits engagements étaient juridiquement contraignants pour l'Azerbaïdjan (*Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Arménie c. Azerbaïdjan), mesures conservatoires, ordonnance du 17 novembre 2023, C.I.J. Recueil 2023 (II)*, p. 638, par. 62). Elle a ensuite dit ce qui suit :

« 63. La Cour constate que nombre des engagements de l'Azerbaïdjan répondent aux préoccupations exprimées par l'Arménie dans la cinquième demande, bien qu'ils ne correspondent pas à tous égards aux mesures sollicitées.

.....

64. De l'avis de la Cour, les engagements pris par l'agent de l'Azerbaïdjan à l'audience publique tenue l'après-midi du 12 octobre 2023 contribuent à atténuer le risque imminent de préjudice irréparable résultant de l'opération déclenchée par l'Azerbaïdjan au Haut-Karabakh le 19 septembre 2023, mais ne l'écartent pas totalement » (*ibid.*, par. 63-64).

7. De même, dans l'ordonnance rendue le 22 février 2023 dans la même affaire, la Cour a pris note de l'engagement pris par l'agent de l'Azerbaïdjan le 30 janvier 2023, lors de la procédure orale consacrée à l'une des demandes en indication de mesures conservatoires de l'Arménie. Elle a toutefois

ing “does not remove entirely the imminent risk of irreparable prejudice” (*Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Armenia v. Azerbaijan), Provisional Measures, Order of 22 February 2023, I.C.J. Reports 2023 (I)*, p. 28, para. 56).

8. As is clear from the passages above, the Court took the undertakings in those proceedings into account under the heading of “risk of irreparable prejudice”. The undertakings, therefore, in the Court’s view in that case, had an effect on whether that particular element for the test for indicating provisional measures had been satisfied.

9. Here, too, the Court states at paragraph 34 of its Order that “[i]n light of [Ecuador’s binding assurances before the Court], the Court considers that there is at present . . . no . . . imminent risk of irreparable prejudice to the rights claimed by the Applicant”. The Court then adds at paragraph 35:

“[T]he conditions for the indication of provisional measures identified in its jurisprudence are cumulative. Therefore, having found that one such condition has not been met, the Court is not required to examine whether the other conditions are satisfied.”

Ecuador’s assurances are set out at paragraphs 30 and 31 of the Order.

10. In my view, however, the effect of such binding assurances is broader. Where a party offers legally binding assurances in response to a request for the indication of provisional measures and those assurances mirror the terms of the request, then the Court need not, if it is satisfied on a *prima facie* basis that it has jurisdiction, examine the other elements of the test. Rather, the assurances remove the need for provisional measures to the extent they mirror the terms of the request. It strikes me as unnecessary to analyse such assurances under the heading of “risk of irreparable prejudice”. Instead, they go to the more general question of whether it is necessary to indicate provisional measures at all, which can go beyond the question of whether there is a risk of irreparable harm.

(Signed) Dalveer BHANDARI.

précisé que cet engagement « n'élimin[ait] pas complètement le risque imminent qu'un préjudice irréparable soit causé » (*Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Arménie c. Azerbaïdjan), mesures conservatoires, ordonnance du 22 février 2023, C.I.J. Recueil 2023 (I), p. 28, par. 56*).

8. Comme cela ressort clairement des extraits cités ci-dessus, dans cette affaire, la Cour a tenu compte, pour apprécier l'élément concernant le « risque de préjudice irréparable », des engagements pris. Elle en a conclu que ces engagements avaient une incidence sur le point de savoir si cet élément particulier du critère permettant de déterminer l'opportunité d'indiquer des mesures conservatoires avait été établi.

9. Dans la présente instance également, la Cour dit, au paragraphe 34 de son ordonnance, que, « [à] la lumière [des assurances contraignantes données par l'Équateur devant elle], ... il n'y a, pour l'heure, ... pas de risque ... imminent qu'un préjudice irréparable soit causé aux droits revendiqués par le demandeur ». Elle ajoute ensuite, au paragraphe 35 :

« [L]es conditions pour l'indication de mesures conservatoires précisées dans sa jurisprudence sont cumulatives. Ayant constaté que l'une de ces conditions n'était pas remplie, la Cour n'est donc pas tenue de rechercher si les autres le sont. »

Les assurances fournies par l'Équateur sont reproduites aux paragraphes 30 et 31 de l'ordonnance.

10. À mon sens, cependant, ces assurances contraignantes ont une plus large portée. Lorsqu'une partie fournit, en réponse à une demande en indication de mesures conservatoires, des assurances juridiquement contraignantes formulées dans les mêmes termes que ceux de ladite demande, la Cour, dès lors qu'elle considère avoir compétence *prima facie*, n'a pas à apprécier les autres éléments qui composent le critère. En effet, lesdites assurances, dans la mesure où elles reprennent la formulation de la demande, dispensent la Cour d'indiquer des mesures conservatoires. Il me paraît inutile d'examiner ces assurances au regard de l'élément concernant le « risque de préjudice irréparable », puisque, au-delà de la question de savoir si ce risque existe, elles répondent à celle, plus générale, de savoir s'il est même nécessaire d'indiquer des mesures conservatoires.

(Signé) Dalveer BHANDARI.
