

SEPARATE OPINION OF JUDGE BHANDARI

A. INTRODUCTION

1. I am in agreement with the Court's Order to indicate provisional measures in respect of the International Convention on the Suppression of All Forms of Racial Discrimination (CERD)¹. However, I feel compelled to write this separate opinion in order to clarify my views concerning the Court's decision not to indicate provisional measures in relation to the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism (ICSFT)². In the facts and circumstances of the case, on the preliminary examination of the evidence provided by both Parties, I am of the view that the Court ought to have indicated provisional measures in relation to the ICSFT also.

2. In this opinion, I will deal both with the breaches of the ICSFT as alleged by Ukraine, and with the response of the Russian Federation, in order to ascertain whether a case has been made for the indication of provisional measures under Article 41 of the Statute.

3. Ukraine invoked its rights under Article 18 of the ICSFT. Article 18 reads as follows:

"1. States Parties shall cooperate in the prevention of the offences set forth in article 2 by taking all practicable measures, *inter alia*, by adapting their domestic legislation, if necessary, to prevent and counter preparations in their respective territories for the commission of those offences within or outside their territories, including:

(a) Measures to prohibit in their territories illegal activities of persons and organizations that knowingly encourage, instigate, organize or engage in the commission of offences set forth in article 2;

(b) Measures requiring financial institutions and other professions involved in financial transactions to utilize the most efficient measures available for the identification of their usual or occasional customers, as well as customers in whose interest accounts

¹ 660 United Nations, *Treaty Series (UNTS)* 195.

² 2178 *UNTS* 197.

OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE BHANDARI

[Traduction]

A. INTRODUCTION

1. Je souscris à l'ordonnance de la Cour en ce qu'elle porte indication de mesures conservatoires au regard de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (ci-après, la «CIEDR»)¹. Je m'estime néanmoins tenu de rédiger le présent exposé de mon opinion individuelle afin de préciser mes vues quant à la décision de la Cour de ne pas indiquer de mesures conservatoires au regard de la convention internationale pour la répression du financement du terrorisme (ci-après, la «CIRFT»)². Compte tenu des faits et des circonstances de l'espèce, et sur la base d'un examen préliminaire des éléments de preuve présentés par les deux Parties, je suis en effet d'avis qu'il eût été opportun que la Cour indiquât également de telles mesures au regard de ce second instrument.

2. Dans cet exposé de mon opinion individuelle, je me pencherai à la fois sur les violations de la CIRFT alléguées par l'Ukraine et sur les réponses apportées par la Fédération de Russie, afin de déterminer si l'opportunité pour la Cour d'indiquer des mesures conservatoires au titre de l'article 41 du Statut a été démontrée.

3. Le demandeur a invoqué des droits au regard de l'article 18 de la CIRFT, qui se lit comme suit :

« 1. Les Etats Parties coopèrent pour prévenir les infractions visées à l'article 2 en prenant toutes les mesures possibles, notamment en adaptant si nécessaire leur législation interne, afin d'empêcher et de contrecarrer la préparation sur leurs territoires respectifs d'infractions devant être commises à l'intérieur ou à l'extérieur de ceux-ci, notamment :

- a) Des mesures interdisant sur leur territoire les activités illégales de personnes et d'organisations qui, en connaissance de cause, encouragent, fomentent, organisent ou commettent des infractions visées à l'article 2;
- b) Des mesures faisant obligation aux institutions financières et aux autres professions intervenant dans les opérations financières d'utiliser les moyens disponibles les plus efficaces pour identifier leurs clients habituels ou occasionnels, ainsi que les clients dans

¹ Nations Unies, *Recueil des traités (RTNU)*, vol. 660, p. 195.

² *Ibid.*, vol. 2178, p. 197.

are opened, and to pay special attention to unusual or suspicious transactions and report transactions suspected of stemming from a criminal activity. For this purpose, States Parties shall consider:

- (i) Adopting regulations prohibiting the opening of accounts the holders or beneficiaries of which are unidentified or unidentifiable, and measures to ensure that such institutions verify the identity of the real owners of such transactions;
- (ii) With respect to the identification of legal entities, requiring financial institutions, when necessary, to take measures to verify the legal existence and the structure of the customer by obtaining, either from a public register or from the customer or both, proof of incorporation, including information concerning the customer's name, legal form, address, directors and provisions regulating the power to bind the entity;
- (iii) Adopting regulations imposing on financial institutions the obligation to report promptly to the competent authorities all complex, unusual large transactions and unusual patterns of transactions, which have no apparent economic or obviously lawful purpose, without fear of assuming criminal or civil liability for breach of any restriction on disclosure of information if they report their suspicions in good faith;
- (iv) Requiring financial institutions to maintain, for at least five years, all necessary records on transactions, both domestic or international.

2. States Parties shall further cooperate in the prevention of offences set forth in article 2 by considering:

- (a) Measures for the supervision, including, for example, the licensing, of all money-transmission agencies;
- (b) Feasible measures to detect or monitor the physical cross-border transportation of cash and bearer negotiable instruments, subject to strict safeguards to ensure proper use of information and without impeding in any way the freedom of capital movements.

3. States Parties shall further cooperate in the prevention of the offences set forth in article 2 by exchanging accurate and verified information in accordance with their domestic law and coordinating administrative and other measures taken, as appropriate, to prevent the commission of offences set forth in article 2, in particular by:

- (a) Establishing and maintaining channels of communication between their competent agencies and services to facilitate the secure and rapid exchange of information concerning all aspects of offences set forth in article 2;

l'intérêt desquels un compte est ouvert, d'accorder une attention particulière aux opérations inhabituelles ou suspectes et de signaler les opérations présumées découler d'activités criminelles. A cette fin, les Etats Parties doivent envisager :

- i) D'adopter des réglementations interdisant l'ouverture de comptes dont le titulaire ou le bénéficiaire n'est pas identifié ni identifiable et des mesures garantissant que ces institutions vérifient l'identité des véritables détenteurs de ces opérations;
- ii) S'agissant de l'identification des personnes morales, d'exiger que les institutions financières prennent, si nécessaire, des mesures pour vérifier l'existence et la structure juridiques du client en obtenant d'un registre public ou du client, ou des deux, une preuve de la constitution en société comprenant notamment des renseignements concernant le nom du client, sa forme juridique, son adresse, ses dirigeants et les dispositions régissant le pouvoir d'engager la personne morale;
- iii) D'adopter des réglementations qui imposent aux institutions financières l'obligation de signaler promptement aux autorités compétentes toutes les opérations complexes, inhabituelles, importantes, et tous les types inhabituels d'opérations, lorsqu'elles n'ont pas de cause économique ou licite apparente, sans crainte de voir leur responsabilité pénale ou civile engagées pour violation des règles de confidentialité, si elles rapportent de bonne foi leurs soupçons;
- iv) D'exiger des institutions financières qu'elles conservent, pendant au moins cinq ans, toutes les pièces nécessaires se rapportant aux opérations tant internes qu'internationales.

2. Les Etats Parties coopèrent également à la prévention des infractions visées à l'article 2 en envisageant :

- a) Des mesures pour la supervision de tous les organismes de transfert monétaire, y compris, par exemple, l'agrément de ces organismes;
- b) Des mesures réalistes qui permettent de détecter ou de surveiller le transport physique transfrontière d'espèces et d'effets au porteur négociables, sous réserve qu'elles soient assujetties à des garanties strictes visant à assurer que l'information est utilisée à bon escient et qu'elles n'entravent en aucune façon la libre circulation des capitaux.

3. Les Etats Parties coopèrent en outre à la prévention des infractions visées à l'article 2 en échangeant des renseignements exacts et vérifiés conformément à leur législation interne et en coordonnant les mesures administratives et autres mesures prises, le cas échéant, afin de prévenir la commission des infractions visées à l'article 2, et notamment en :

- a) Etablissant et maintenant des canaux de communication entre leurs organismes et services compétents afin de faciliter l'échange sûr et rapide d'informations sur tous les aspects des infractions visées à l'article 2;

- (b) Cooperating with one another in conducting inquiries, with respect to the offences set forth in article 2, concerning:
- (i) The identity, whereabouts and activities of persons in respect of whom reasonable suspicion exists that they are involved in such offences;
 - (ii) The movement of funds relating to the commission of such offences.
4. States Parties may exchange information through the International Criminal Police Organization (Interpol).”

4. In its Order, the Court found that “Article 18 should be read together with Article 2 of the ICSFT because under Article 18 States parties must co-operate in the prevention of the offences set forth in Article 2”³. Therefore, the obligation under Article 18 to co-operate to prevent terrorism financing only arises if the acts alleged by Ukraine plausibly fall within the scope of Article 2. Article 2 reads as follows:

“1. Any person commits an offence within the meaning of this Convention if that person by any means, directly or indirectly, unlawfully and wilfully, provides or collects funds with the intention that they should be used or in the knowledge that they are to be used, in full or in part, in order to carry out:

- (a) An act which constitutes an offence within the scope of and as defined in one of the treaties listed in the annex; or
- (b) Any other act intended to cause death or serious bodily injury to a civilian, or to any other person not taking an active part in the hostilities in a situation of armed conflict, when the purpose of such act, by its nature or context, is to intimidate a population, or to compel a government or an international organization to do or to abstain from doing any act.

2. (a) On depositing its instrument of ratification, acceptance, approval or accession, a State Party which is not a party to a treaty listed in the annex may declare that, in the application of this Convention to the State Party, the treaty shall be deemed not to be included in the annex referred to in paragraph 1, subparagraph (a). The declaration shall cease to have effect as soon as the treaty enters into force for the State Party, which shall notify the depositary of this fact;

- (b) When a State Party ceases to be a party to a treaty listed in the annex, it may make a declaration as provided for in this article, with respect to that treaty.

³ Order, para. 73.

- b)* Coopérant entre eux pour mener des enquêtes relatives aux infractions visées à l'article 2 portant sur :
- i)* L'identité, les coordonnées et les activités des personnes dont il est raisonnable de soupçonner qu'elles ont participé à la commission de telles infractions;
 - ii)* Les mouvements de fonds en rapport avec la commission de ces infractions.
4. Les Etats Parties peuvent échanger des informations par l'intermédiaire de l'Organisation internationale de police criminelle (Interpol).»

4. Dans son ordonnance, la Cour a jugé que «[l']article 18 d[evait] être lu conjointement avec l'article 2 de la CIRFT, étant donné qu'il y est précisé que les Etats sont tenus de coopérer pour prévenir les infractions visées à l'article 2»³. L'obligation de coopérer pour prévenir le financement du terrorisme, énoncée à l'article 18, ne s'applique donc que si les actes allégués par l'Ukraine relèvent plausiblement du champ d'application de l'article 2, qui est ainsi libellé :

«1. Commet une infraction au sens de la présente Convention toute personne qui, par quelque moyen que ce soit, directement ou indirectement, illicitement et délibérément, fournit ou réunit des fonds dans l'intention de les voir utilisés ou en sachant qu'ils seront utilisés, en tout ou partie, en vue de commettre :

- a)* Un acte qui constitue une infraction au regard et selon la définition de l'un des traités énumérés en annexe;
- b)* Tout autre acte destiné à tuer ou blesser grièvement un civil, ou toute autre personne qui ne participe pas directement aux hostilités dans une situation de conflit armé, lorsque, par sa nature ou son contexte, cet acte vise à intimider une population ou à contraindre un gouvernement ou une organisation internationale à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte quelconque.

2. *a)* En déposant son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion, un Etat Partie qui n'est pas partie à un traité énuméré dans l'annexe visée à l'alinéa *a)* du paragraphe 1 du présent article peut déclarer que, lorsque la présente Convention lui est appliquée, ledit traité est réputé ne pas figurer dans cette annexe. Cette déclaration devient caduque dès l'entrée en vigueur du traité pour l'Etat Partie, qui en notifie le dépositaire;

b) Lorsqu'un Etat Partie cesse d'être partie à un traité énuméré dans l'annexe, il peut faire au sujet dudit traité la déclaration prévue dans le présent article.

³ Ordonnance, par. 73.

3. For an act to constitute an offence set forth in paragraph 1, it shall not be necessary that the funds were actually used to carry out an offence referred to in paragraph 1, subparagraphs (a) or (b).

4. Any person also commits an offence if that person attempts to commit an offence as set forth in paragraph 1 of this article.

5. Any person also commits an offence if that person:

- (a) Participates as an accomplice in an offence as set forth in paragraph 1 or 4 of this article;
- (b) Organizes or directs others to commit an offence as set forth in paragraph 1 or 4 of this article;
- (c) Contributes to the commission of one or more offences as set forth in paragraphs 1 or 4 of this article by a group of persons acting with a common purpose. Such contribution shall be intentional and shall either:
 - (i) Be made with the aim of furthering the criminal activity or criminal purpose of the group, where such activity or purpose involves the commission of an offence as set forth in paragraph 1 of this article; or
 - (ii) Be made in the knowledge of the intention of the group to commit an offence as set forth in paragraph 1 of this article.”

5. Ukraine requested the Court to find that the requirements for the indication of provisional measures in accordance with Article 41 of the Statute are met in the facts and circumstances of the case⁴.

6. In the opinion, I will examine each requirement for the indication of provisional measures in turn. First, I will discuss *prima facie* jurisdiction. Second, I will examine plausibility, with specific reference to whether the acts alleged by Ukraine fall within the scope of Article 2 of the ICSFT. Third, I will turn to the existence of a real and imminent risk of irreparable prejudice. Fourth, I will examine the presence of a link between the rights invoked by Ukraine and the provisional measures requested. In the present case, both Parties adduced extensive evidence to the Court in order to show that the requirements for the indication of provisional measures were or were not met. It is of paramount importance to preliminarily examine such evidence for it to be subsequently appraised in accordance with the test laid down in the Court’s jurisprudence for indicating provisional measures.

⁴ CR 2017/1, p. 24, para. 18 (Zerkal).

3. Pour qu'un acte constitue une infraction au sens du paragraphe 1, il n'est pas nécessaire que les fonds aient été effectivement utilisés pour commettre une infraction visée aux alinéas *a)* ou *b)* du paragraphe 1 du présent article.

4. Commet également une infraction quiconque tente de commettre une infraction au sens du paragraphe 1 du présent article.

5. Commet également une infraction quiconque :

- a)* Participe en tant que complice à une infraction au sens des paragraphes 1 ou 4 du présent article ;
- b)* Organise la commission d'une infraction au sens des paragraphes 1 ou 4 du présent article ou donne l'ordre à d'autres personnes de la commettre ;
- c)* Contribue à la commission de l'une ou plusieurs des infractions visées aux paragraphes 1 ou 4 du présent article par un groupe de personnes agissant de concert. Ce concours doit être délibéré et doit :
 - i)* Soit viser à faciliter l'activité criminelle du groupe ou en servir le but, lorsque cette activité ou ce but supposent la commission d'une infraction au sens du paragraphe 1 du présent article ;
 - ii)* Soit être apporté en sachant que le groupe a l'intention de commettre une infraction au sens du paragraphe 1 du présent article. »

5. L'Ukraine a demandé à la Cour de dire que les faits et circonstances de l'affaire satisfaisaient aux critères régissant l'indication de mesures conservatoires au titre de l'article 41 du Statut⁴.

6. Dans le présent exposé de mon opinion individuelle, j'étudierai tour à tour chacun des critères régissant l'indication de mesures conservatoires. Premièrement, je m'intéresserai à l'établissement de la compétence *prima facie*. Deuxièmement, j'examinerai la question de la plausibilité, en me demandant plus particulièrement si les actes allégués par l'Ukraine tombaient sous le coup de l'article 2 de la CIRFT. Troisièmement, je rechercherai s'il existait un risque réel et imminent de préjudice irréparable. Quatrièmement, je m'interrogerai sur l'existence d'un lien entre les droits invoqués par l'Ukraine et les mesures conservatoires sollicitées. En l'espèce, les Parties ont fourni à la Cour de nombreux éléments de preuve en vue de démontrer que les conditions préalables à l'indication de mesures conservatoires étaient ou non réunies. Il est donc primordial de commencer par passer en revue les éléments visés au dossier avant d'apprécier leur valeur probante à l'aune des critères énoncés dans la jurisprudence de la Cour en matière d'indication de mesures conservatoires.

⁴ CR 2017/1, p. 24, par. 18 (Zerkal).

B. THE PROCEDURAL PRECONDITIONS FOR INDICATING
PROVISIONAL MEASURES

7. In order to examine the treaty provisions relied upon by Ukraine to found the Court's jurisdiction, it is essential to outline the test for prima facie jurisdiction. In its 2016 Order on provisional measures in *Equatorial Guinea v. France*, the Court stated that, in order to find that it had prima facie jurisdiction, it:

“must ascertain whether the acts complained of by Equatorial Guinea are prima facie capable of falling within the provisions of [the Convention against Transnational Organized Crime (CTOC)] and whether, as a consequence, the dispute is one which the Court has jurisdiction *ratione materiae* to entertain”⁵.

In that case, the Court found that “prima facie, a dispute capable of falling within the provisions of the [CTOC] and therefore concerning the interpretation or the application of Article 4 of that Convention does not exist between the Parties”⁶.

8. The situation before the Court in *Equatorial Guinea v. France* is similar to the situation before the Court in the present case. Ukraine alleged that certain acts amount to terrorism as defined in Article 2 of the ICSFT, while the Russian Federation denied that they do, and, as a consequence, stated that such acts fall outside the scope of that provision. The Russian Federation's obligation to co-operate to prevent terrorism financing under Article 18 of the ICSFT would thus not be engaged. In this case, Ukraine relied on Article 24 of the ICSFT for the purposes of prima facie jurisdiction. Article 24 of the ICSFT reads as follows:

“1. Any dispute between two or more States Parties concerning the interpretation or application of this Convention which cannot be settled through negotiation within a reasonable time shall, at the request of one of them, be submitted to arbitration. If, within six months from the date of the request for arbitration, the parties are unable to agree on the organization of the arbitration, any one of those parties may refer the dispute to the International Court of Justice, by application, in conformity with the Statute of the Court.

2. Each State may at the time of signature, ratification, acceptance or approval of this Convention or accession thereto declare that it

⁵ *Immunities and Criminal Proceedings (Equatorial Guinea v. France), Provisional Measures, Order of 7 December 2016, I.C.J. Reports 2016 (II)*, p. 1159, para. 47. See also Convention against Transnational Organized Crime, 2225 UNTS 209.

⁶ *Immunities and Criminal Proceedings (Equatorial Guinea v. France), Provisional Measures, Order of 7 December 2016, I.C.J. Reports 2016 (II)*, p. 1160, para. 50.

B. LES CONDITIONS PROCÉDURALES PRÉALABLES À L'INDICATION DE MESURES CONSERVATOIRES

7. Afin d'examiner les dispositions conventionnelles invoquées par l'Ukraine pour établir la compétence de la Cour, il est essentiel de rappeler les critères relatifs à la compétence *prima facie*. Dans l'ordonnance en indication de mesures conservatoires qu'elle a rendue en 2016 en l'affaire *Guinée équatoriale c. France*, la Cour a indiqué que, pour établir si elle avait compétence *prima facie*, elle

«d[evait] rechercher si les actes dont la Guinée équatoriale tir[ait] grief [étaient], *prima facie*, susceptibles d'entrer dans les prévisions de [la convention contre la criminalité transnationale organisée] et si, par suite, le différend [était] de ceux dont la Cour pourrait avoir compétence pour connaître *ratione materiae*»⁵.

En ladite affaire, la Cour a considéré qu'«il n'exist[ait] pas, *prima facie*, de différend entre les Parties susceptible d'entrer dans les prévisions de la convention contre la criminalité transnationale organisée, et donc de concerner l'interprétation ou l'application de l'article 4 de celle-ci»⁶.

8. La situation dont la Cour avait à connaître en l'affaire *Guinée équatoriale c. France* est similaire à celle de la présente espèce. L'Ukraine a allégué que certains actes relevaient du terrorisme, tel qu'il est défini à l'article 2 de la CIRFT, ce qu'a nié la Fédération de Russie en affirmant que les actes en question n'entraient pas dans le champ d'application de cette disposition. En pareille hypothèse, le défendeur n'aurait pas été tenu de coopérer pour prévenir le financement du terrorisme en application de l'article 18 de la CIRFT. Aux fins d'établir la compétence *prima facie* de la Cour, l'Ukraine a invoqué l'article 24 de la CIRFT. Cet article se lit comme suit :

«1. Tout différend entre des Etats Parties concernant l'interprétation ou l'application de la présente Convention qui ne peut pas être réglé par voie de négociation dans un délai raisonnable est soumis à l'arbitrage, à la demande de l'un de ces Etats. Si, dans les six mois qui suivent la date de la demande d'arbitrage, les Parties ne parviennent pas à se mettre d'accord sur l'organisation de l'arbitrage, l'une quelconque d'entre elles peut soumettre le différend à la Cour internationale de Justice, en déposant une requête conformément au Statut de la Cour.

2. Tout Etat peut, au moment où il signe, ratifie, accepte ou approuve la présente Convention ou y adhère, déclarer qu'il ne se

⁵ *Immunités et procédures pénales (Guinée équatoriale c. France), mesures conservatoires, ordonnance du 7 décembre 2016, C.I.J. Recueil 2016 (II), p. 1159, par. 47. Voir également la convention contre la criminalité transnationale organisée, RTNU, vol. 2225, p. 209.*

⁶ *Immunités et procédures pénales (Guinée équatoriale c. France), mesures conservatoires, ordonnance du 7 décembre 2016, C.I.J. Recueil 2016 (II), p. 1160, par. 50.*

does not consider itself bound by paragraph 1. The other States Parties shall not be bound by paragraph 1 with respect to any State Party which has made such a reservation.

3. Any State which has made a reservation in accordance with paragraph 2 may at any time withdraw that reservation by notification to the Secretary-General of the United Nations.”

Under this provision, in order for the Court to have jurisdiction, there must be (i) a dispute; (ii) that has not been settled “through negotiation within a reasonable time”; and (iii) a request for arbitration and no agreement regarding the organization of an arbitration within six months of the first request. I will examine the evidence submitted by the Parties in respect of these three elements.

9. Ukraine argued that “[g]iven the two-year history of negotiations between the Parties to resolve their dispute over the interpretation and application of the Terrorism Financing Convention . . . and given the lack of agreement on the organization of arbitration, *prima facie* jurisdiction may readily be found”⁷. According to Ukraine,

“the dispute had crystallized long before. In a diplomatic note dated 28 July 2014, Ukraine gave notice that it considered the Russian Federation to be violating the Terrorism Financing Convention. In further correspondence and in-person negotiations, Ukraine continued, repeatedly, to inform the Russian Federation of the nature of its claims.”⁸

10. In its written documents, Ukraine submitted, regarding the existence of a dispute, the Notes Verbales exchanged between the Parties from June 2014 until recently. Such Notes Verbales concern both the interpretation of the ICSFT, and requests to negotiate in regard to their respective obligations arising under the ICSFT⁹. In the Court’s jurisprudence, a dispute is defined as a “disagreement on a point of law or fact, a conflict of legal views or interests between two persons”¹⁰. In *Georgia v. Russia*, the Court stated that “[a]n express specification [concerning the subject-matter of the dispute] would remove any doubt about one State’s understanding of the subject-matter in issue”¹¹. Ukraine’s Notes

⁷ CR 2017/1, p. 35, para. 3 (Cheek).

⁸ *Ibid.*, para. 4 (Cheek).

⁹ E.g., Note Verbale dated 28 July 2014, Annex 85, Documents in support of Ukraine’s Request for provisional measures; see also the Notes Verbales contained in Annexes 86-100 of the Documents in support of Ukraine’s Request for provisional measures.

¹⁰ *Mavrommatis Palestine Concessions, Judgment No. 2, 1924, P.C.I.J., Series A, No. 2*, p. 11.

¹¹ *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. 85, para. 30.

considère pas lié par les dispositions du paragraphe 1 du présent article. Les autres Etats Parties ne sont pas liés par lesdites dispositions envers tout Etat Partie qui a formulé une telle réserve.

3. Tout Etat qui a formulé une réserve conformément aux dispositions du paragraphe 2 du présent article peut la retirer à tout moment en adressant une notification à cet effet au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies.»

Conformément à cette disposition, pour que la Cour ait compétence, il faut i) qu'existe un différend ii) qui n'ait pas été réglé «par voie de négociation dans un délai raisonnable» et iii) qu'ait été formée une demande d'arbitrage et qu'aucun accord n'ait été trouvé sur l'organisation de celui-ci dans les six mois suivant la date de cette demande. J'examinerai à présent les éléments de preuve présentés par les Parties concernant ces trois aspects.

9. L'Ukraine a déclaré que, «[é]tant donné que, deux années durant, les Parties [avaient] négocié en vue de régler leur différend concernant l'interprétation et l'application de la convention contre le financement du terrorisme ... et ... qu'elles [n'étaient] pas parvenues à se mettre d'accord sur l'organisation de l'arbitrage, la compétence de la Cour *prima facie* [était] évidente»⁷. Selon le demandeur,

«ce différend s'était cristallisé bien avant. Dans une note diplomatique datée du 28 juillet 2014, l'Ukraine avait fait savoir qu'elle faisait grief à la Fédération de Russie de violer la convention contre le financement du terrorisme. Dans d'autres lettres et de vive voix lors des négociations, elle a continué, sans relâche, à porter la nature de ses griefs à la connaissance de la Fédération de Russie»⁸.

10. Entre autres documents, l'Ukraine a présenté, s'agissant de l'existence d'un différend, les notes verbales échangées par les Parties de juin 2014 jusqu'à une date récente. Ces notes concernaient l'interprétation de la CIRFT et constituaient une invitation à négocier au sujet des obligations que cet instrument impose à chacune des Parties⁹. La jurisprudence de la Cour définit un différend comme un «désaccord sur un point de droit ou de fait, une contradiction, une opposition de thèses juridiques ou d'intérêts entre deux personnes»¹⁰. En l'affaire *Géorgie c. Russie*, la Cour a déclaré qu'«[u]ne référence expresse ôterait tout doute quant à ce qui ... constitue l'objet du différend»¹¹. Or, dans ses notes verbales,

⁷ CR 2017/1, p. 35, par. 3 (Cheek).

⁸ *Ibid.*, par. 4 (Cheek).

⁹ Par exemple, note verbale datée du 28 juillet 2014, annexe 85, documents à l'appui de la demande en indication de mesures conservatoires de l'Ukraine; voir également les notes verbales contenues aux annexes 86 à 100 des documents à l'appui de la demande en indication de mesures conservatoires de l'Ukraine.

¹⁰ *Concessions Mavrommatis en Palestine, arrêt n° 2, 1924, C.P.J.I. série A n° 2*, p. 11.

¹¹ *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. 85, par. 30.

Verbales specifically refer to the ICSFT, as well as specific acts it believed to fall under the ICSFT, engaging the Russian Federation's obligations. For example, in a Note Verbale dated 28 July 2014, Ukraine stated that "under the 1999 International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism the Russian Side must take measures as necessary . . . in order to investigate" the alleged financing of terrorism in eastern Ukraine¹².

11. Concerning the negotiations between the Parties to settle their dispute, Ukraine contended that:

"Ukraine spent nearly two years attempting to settle this dispute with the Russian Federation. Over that period of time, . . . the Parties exchanged 40 diplomatic notes and participated in four rounds of bilateral negotiations. Unfortunately, the Russian Federation largely ignored Ukraine's claims and refused to discuss issues that Ukraine views as central to the dispute."¹³

Ukraine also submitted that it sent a request to initiate an arbitration concerning potential ICSFT violations by the Russian Federation, but:

"[t]he Parties were then unable to agree on the organization of an arbitration in the six-month period provided by the Convention. For the first two months of that period, Ukraine's request for arbitration simply received no response. Russia finally did respond, and eventually the Parties met twice and exchanged correspondence concerning their respective proposals. By the end of the six-month period, however, differences between the Parties remained."¹⁴

12. Ukraine contended that the Parties attempted to resolve their dispute through negotiation but failed to do so "within a reasonable time"¹⁵. Ukraine submitted evidence contending that the Parties have engaged in four rounds of negotiations regarding their obligations under the ICSFT between 2015 and 2016¹⁶. Concerning the failure of such negotiations and its aftermath, Ukraine argued that a request to arbitrate was communicated to the Russian Federation, and an agreement on the composition of the arbitration was not reached within six months of Ukraine's first request. On 16 April 2016, Ukraine submitted a Note Verbale requesting the Russian Federation to submit a proposal regarding

¹² Note Verbale dated 28 July 2014, Ann. 85, Documents in support of Ukraine's Request for provisional measures.

¹³ CR 2017/1, p. 36, para. 7 (Cheek).

¹⁴ *Ibid.*, p. 37, para. 10 (Cheek).

¹⁵ Article 24, ICSFT.

¹⁶ Note Verbale dated 19 April 2016, Ann. 28, Documents in support of Ukraine's Request for provisional measures (noting that negotiations were held on 22 January 2015, 2 July 2015, 29 October 2015, and 17 March 2016).

l'Ukraine s'est spécifiquement référée à la CIRFT, ainsi qu'à des actes particuliers qui, selon elle, relevaient de cet instrument et engageaient la Fédération de Russie. Dans une note verbale datée du 28 juillet 2014, elle a ainsi déclaré que, «en application de la convention internationale pour la répression du financement du terrorisme de 1999, la partie russe d[evait] prendre les mesures nécessaires ... pour enquêter» sur le financement allégué du terrorisme en Ukraine orientale¹².

11. En ce qui concerne les négociations menées entre les Parties pour régler leur différend, l'Ukraine a soutenu qu'elle

«s'[était] évertuée pendant près de deux ans à tenter de régler le présent différend avec la Fédération de Russie. Pendant tout ce temps ... les Parties ont échangé plus de quarante notes diplomatiques et pris part à quatre tours de négociations bilatérales. Malheureusement, la Fédération de Russie a largement ignoré les griefs de l'Ukraine et refusé de discuter des questions qui, selon cette dernière, étaient au cœur du différend.»¹³

Le demandeur a également fait valoir qu'il avait adressé au défendeur une demande tendant à soumettre à l'arbitrage la question des violations de la CIRFT qu'aurait commises la Fédération de Russie, mais que

«[[les Parties [n'étaient] ensuite pas parvenues à s'entendre sur l'organisation d'un arbitrage dans le délai de six mois prévu par la convention. Les deux premiers mois, la demande d'arbitrage présentée par l'Ukraine est simplement restée lettre morte. La Russie a fini par y répondre, et les Parties se sont rencontrées à deux occasions et ont échangé des lettres concernant leurs propositions respectives. A l'issue de la période de six mois, cependant, des divergences persistaient entre elles.»¹⁴

12. L'Ukraine a précisé que les Parties avaient tenté de résoudre leur différend par voie de négociation, mais n'y étaient pas parvenues «dans un délai raisonnable»¹⁵. Elle a produit des éléments de preuve montrant que, entre 2015 et 2016, les deux États avaient ainsi mené quatre cycles de négociations concernant leurs obligations découlant de la CIRFT¹⁶. S'agissant de l'échec de ce processus et de ses conséquences, elle a indiqué avoir adressé à la Fédération de Russie une demande d'arbitrage, ajoutant qu'aucun accord n'avait été trouvé sur l'organisation de celui-ci dans les six mois suivant la date de sa demande. Le 16 avril 2016, elle a adressé une note verbale à la Fédération de Russie lui demandant de

¹² Note verbale datée du 28 juillet 2014, annexe 85, documents à l'appui de la demande en indication de mesures conservatoires de l'Ukraine.

¹³ CR 2017/1, p. 36, par. 7 (Cheek).

¹⁴ *Ibid.*, p. 37, par. 10 (Cheek).

¹⁵ Article 24 de la CIRFT.

¹⁶ Note verbale datée du 19 avril 2016, annexe 28, documents à l'appui de la demande en indication de mesures conservatoires de l'Ukraine (indiquant que des négociations ont eu lieu les 22 janvier 2015, 2 juillet 2015, 29 octobre 2015 et 17 mars 2016).

the establishment of an arbitration in accordance with Article 24 of the ICSFT¹⁷.

13. The Russian Federation argued that the events Ukraine relied on for invoking the ICSFT, particularly in the context of Article 18, could not fall under the ICSFT, and thus that a dispute did not exist between the Parties¹⁸. However, this shows that at a prima facie level the Parties appear to be in disagreement regarding mutual legal obligations that are “positively opposed by the other”¹⁹. Concerning the negotiation attempts under the ICSFT, the Russian Federation argued that these negotiations were not conducted in good faith, and “without any kind of willingness to engage in a meaningful discussion . . . on issues falling within the scope of the ICSFT”²⁰. The Russian Federation also argued that Ukraine “consistently came forward with allegations well beyond the scope of the ICSFT”, most notably with allegations concerning the use of force²¹. While the Russian Federation argued that the negotiations were not conducted in good faith²², the validity of this argument cannot be assessed by the Court at this stage in the proceedings without prejudging the decisions to be made in the subsequent phases of the case. At this stage Ukraine must simply show that the Parties made “some attempt” at negotiation that subsequently failed²³. The Russian Federation argued that the request to arbitrate was not genuine, as Ukraine took the position that an *ad hoc* chamber at the Court should be created to adjudicate the dispute²⁴. However, examining whether Ukraine’s attempt to arbitrate was genuine, or whether the proposal to refer the dispute to an *ad hoc* Chamber of the Court could satisfy the arbitration requirement, is improper at this stage of the proceedings.

14. The preliminary examination of the evidence before the Court shows that the three conditions for the Court to have prima facie jurisdiction under Article 24 of the ICSFT are met. First, regarding the existence of a dispute, Ukraine submitted numerous Notes Verbales exchanged by the Parties from June 2014 until recently, which concern both the interpretation of the ICSFT, and requests to negotiate with respect to their respective obligations arising under the

¹⁷ Note Verbale dated 19 April 2016, Ann. 28, Documents in support of Ukraine’s Request for provisional measures.

¹⁸ CR 2017/2, p. 16, para. 2 (Rogachev).

¹⁹ *South West Africa (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa)*, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1962, p. 328.

²⁰ CR 2017/2, p. 47, para. 61 (Zimmermann).

²¹ *Ibid.*, para. 62.

²² *Ibid.*

²³ *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation)*, Provisional Measures, Order of 15 October 2008, I.C.J. Reports 2008, p. 388, para. 114.

²⁴ CR 2017/2, p. 48, para. 68 (Zimmermann).

soumettre une proposition sur l'organisation de l'arbitrage conformément à l'article 24 de la CIRFT¹⁷.

13. La Fédération de Russie a avancé que les événements sur lesquels s'appuyait l'Ukraine pour invoquer la CIRFT et, en particulier, l'article 18 de cet instrument ne pouvaient entrer dans les prévisions de ce dernier et que, partant, il n'existait pas de différend entre les Parties¹⁸. Cela montre néanmoins que celles-ci étaient *prima facie* en désaccord quant à leurs obligations juridiques mutuelles, et que la réclamation de l'une «se heurt[ait] à l'opposition manifeste de l'autre»¹⁹. A propos des tentatives de négociations dans le cadre de la CIRFT, la Fédération de Russie a affirmé que l'Ukraine n'avait pas fait preuve de bonne foi et avait négocié «sans montrer la moindre volonté d'engager une discussion sérieuse ... sur des questions relevant de la convention contre le financement du terrorisme»²⁰. Et le défendeur d'ajouter que «l'Ukraine a[vait] constamment avancé des allégations dépassant de loin le champ d'application de [cette] convention», notamment des allégations relatives à l'emploi de la force²¹. Or, le bien-fondé de l'argument relatif à l'absence de bonne foi pendant les négociations²² ne pouvait être apprécié par la Cour à ce stade sans préjuger les questions relevant des phases ultérieures de la procédure. Pour l'heure, l'Ukraine devait simplement montrer que les Parties avaient «tenté» de négocier, et ce, sans succès²³. La Fédération de Russie a affirmé que l'Ukraine ne lui avait pas présenté une véritable demande d'arbitrage, puisqu'elle soutenait qu'il convenait de créer une chambre *ad hoc* de la Cour pour régler le différend²⁴. Or, la question de savoir s'il s'agissait d'une véritable tentative d'engager une procédure d'arbitrage ou si la proposition de renvoyer le différend devant une telle chambre pouvait satisfaire aux conditions relatives à l'arbitrage n'était pas opportune à ce stade de la procédure.

14. Il ressort donc d'un examen préliminaire des éléments de preuve produits devant la Cour que les trois conditions pour établir la compétence *prima facie* de celle-ci au titre de l'article 24 de la CIRFT étaient remplies. Premièrement, s'agissant de l'existence d'un différend, l'Ukraine a présenté nombre de notes verbales échangées par les Parties de juin 2014 jusqu'à une date récente, notes qui concernaient l'interprétation de la CIRFT et constituaient une invitation à négocier au sujet des obligations

¹⁷ Note verbale datée du 19 avril 2016, annexe 28, documents à l'appui de la demande en indication de mesures conservatoires de l'Ukraine.

¹⁸ CR 2017/2, p. 16, par. 2 (Rogachev).

¹⁹ *Sud-Ouest africain (Ethiopie c. Afrique du Sud; Libéria c. Afrique du Sud), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1962*, p. 328.

²⁰ CR 2017/2, p. 47, par. 61 (Zimmermann).

²¹ *Ibid.*, par. 62.

²² *Ibid.*

²³ *Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie), mesures conservatoires, ordonnance du 15 octobre 2008, C.I.J. Recueil 2008*, p. 388, par. 114.

²⁴ CR 2017/2, p. 48, par. 68 (Zimmermann).

ICSFT²⁵. Second, Ukraine has prima facie shown that the Parties attempted to resolve their dispute through negotiation but failed to do so “within a reasonable time”. The Parties have engaged in four rounds of negotiations regarding their obligations under the ICSFT between 2015 and 2016²⁶. As Ukraine must simply show that the Parties undertook “some attempt”²⁷ at negotiation that subsequently failed, the requirement to engage in negotiations is satisfied for purposes of prima facie jurisdiction. Third, Ukraine has prima facie shown that a request to arbitrate was communicated to the Russian Federation, and an agreement on the composition of the arbitration was not reached within six months of Ukraine’s first request. On 16 April 2016, Ukraine submitted a Note Verbale requesting the Russian Federation to submit a proposal regarding the establishment of an arbitration in accordance with Article 24 of the ICSFT²⁸. The fact that Ukraine made an “explicit offer . . . to have recourse to arbitration”²⁹ is sufficient for establishing prima facie jurisdiction at this stage.

C. WHETHER THE ACTS ALLEGED BY UKRAINE FALL WITHIN THE SCOPE OF THE ICSFT

15. A principal issue that faces the Court is whether the acts alleged by Ukraine fall within the scope of the ICSFT. Specifically, the question is whether the acts Ukraine alleged could amount to terrorism, as defined in Article 2 of the ICSFT. In its Order, the Court assessed this matter by applying the plausibility test.

1. *The Plausibility Test*

16. The Court introduced the plausibility requirement in the aftermath of *LaGrand*. As developed since its first appearance in *Belgium v. Senegal*³⁰, the plausibility test entails a two-step examination by the Court:

²⁵ E.g., Note Verbale dated 28 July 2014, Annex 85, Documents in support of Ukraine’s Request for provisional measures; see also Annexes 86-100 of the Documents in support of Ukraine’s Request for provisional measures.

²⁶ Note Verbale dated 19 April 2016, Ann. 28, Documents in support of Ukraine’s Request for provisional measures (noting that negotiations were held on 22 January 2015, 2 July 2015, 29 October 2015, and 17 March 2016).

²⁷ *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation), Provisional Measures, Order of 15 October 2008, I.C.J. Reports 2008*, p. 388, para. 114.

²⁸ Note Verbale dated 19 April 2016, Ann. 28, Documents in support of Ukraine’s Request for provisional measures.

²⁹ *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), Provisional Measures, Order of 28 May 2009, I.C.J. Reports 2009*, p. 150, para. 52.

³⁰ *Ibid.*, p. 151, para. 57.

que cet instrument impose à chacune des Parties²⁵. Deuxièmement, elle a établi *prima facie* que celles-ci avaient tenté de résoudre leur différend par voie de négociation, mais n'y étaient pas parvenues «dans un délai raisonnable». Les Parties ont ainsi mené quatre cycles de négociations concernant leurs obligations découlant de la CIRFT entre 2015 et 2016²⁶. Etant donné que le demandeur devait simplement montrer qu'elles avaient «tenté»²⁷ de négocier, et ce, sans succès, il était satisfait, aux fins d'établir la compétence *prima facie* de la Cour, à la condition consistant à engager des négociations. Troisièmement, l'Ukraine a montré *prima facie* qu'elle avait adressé à la Fédération de Russie une demande d'arbitrage, et qu'aucun accord n'avait été trouvé sur l'organisation dudit arbitrage dans les six mois suivant la date de sa demande. Le 16 avril 2016, elle a adressé une note verbale à la Fédération de Russie lui demandant de soumettre une proposition sur l'organisation de l'arbitrage conformément à l'article 24 de la CIRFT²⁸. Le fait que le demandeur ait formulé une «offre explicite ... [tendant à] recourir à une procédure d'arbitrage»²⁹ suffisait, à ce stade, à établir la compétence *prima facie* de la Cour.

C. LA QUESTION DE SAVOIR SI LES ACTES ALLÉGUÉS PAR L'UKRAINE TOMBAIENT SOUS LE COUP DE L'ARTICLE 2 DE LA CIRFT

15. L'une des principales questions auxquelles la Cour devait répondre était de savoir si les actes allégués par l'Ukraine tombaient sous le coup de l'article 2 de la CIRFT et, plus spécifiquement, s'ils pouvaient relever du terrorisme tel qu'il est défini dans cet article. Dans son ordonnance, la Cour a examiné cette question à l'aune du critère de plausibilité.

1. Le critère de plausibilité

16. La Cour a introduit le critère de plausibilité à la suite de l'affaire *LaGrand*. Employé pour la première fois en l'affaire *Belgique c. Sénégal*³⁰, celui-ci suppose un examen en deux étapes visant à déterminer, première-

²⁵ A titre d'exemple, voir la note verbale datée du 28 juillet 2014, annexe 85, documents à l'appui de la demande en indication de mesures conservatoires de l'Ukraine; voir également les annexes 86 à 100 des documents à l'appui de la demande en indication de mesures conservatoires de l'Ukraine.

²⁶ Note verbale datée du 19 avril 2016, annexe 28, documents à l'appui de la demande en indication de mesures conservatoires de l'Ukraine (indiquant que des négociations ont eu lieu les 22 janvier 2015, 2 juillet 2015, 29 octobre 2015 et 17 mars 2016).

²⁷ *Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie), mesures conservatoires, ordonnance du 15 octobre 2008, C.I.J. Recueil 2008*, p. 388, par. 114.

²⁸ Note verbale datée du 19 avril 2016, annexe 28, documents à l'appui de la demande en indication de mesures conservatoires de l'Ukraine.

²⁹ *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal), mesures conservatoires, ordonnance du 28 mai 2009, C.I.J. Recueil 2009*, p. 150, par. 52.

³⁰ *Ibid.*, p. 151, par. 57.

first, whether the rights asserted by the applicant State exist in the abstract; second, whether the applicant State holds such rights in the circumstances of the case. The applicant State does not need to show that it has good chances to succeed on the merits, the so-called *fumus boni iuris*³¹. Conversely, the applicant State must show that the rights it invokes are not manifestly unfounded, the so-called *fumus non mali iuris*³².

2. *The Financing of Alleged Acts of Terrorism*

17. Ukraine contended that the *travaux préparatoires* reflect that terrorism financing by State actors is covered by the ICSFT³³. It clarified that the ICSFT does not cover terrorist acts carried out by State actors, but simply terrorism financing by State actors, and that it would be a “twisted reading . . . to assume that a State can simply look the other way if its own public organs and officials are engaged in the financing of terrorism”³⁴. While the Court is likely to analyse whether the ICSFT covers terrorism financing by State actors in the further stages of the proceedings, to make such a legal determination at this stage would prejudge the merits of the case.

18. Pursuant to Article 2, it must be determined whether there exist instances of terrorism financing falling within the scope of the Convention. While Ukraine submitted evidence of the transmission of cash to armed groups in eastern Ukraine³⁵, it also relied on evidence regarding the transmission of weapons. Ukraine submitted various pieces of evidence. For instance, a *New York Times* article reported that certain separatist groups solicit donations through their websites, and that “[a]n examination . . . of the groups’ websites, social media postings and other records found more than a dozen groups in Russia that are raising money for the separatists, aiding a conflict that has killed more than 6,400 people”³⁶. The article also reported that “[a]ccording to their own online appeals, the organizations have directed that donations be made via State-owned or State-controlled banks in Russia, including the country’s largest, Sberbank, or credit cards issued by those banks, some branded

³¹ This was the version of the plausibility test wrongly suggested by the Russian Federation, see CR 2017/2, p. 23, para. 6 (Wordsworth); *ibid.*, p. 25, para. 10 (Wordsworth); *ibid.*, p. 30, para. 22 (Wordsworth); CR 2017/4, p. 21, para. 37 (Wordsworth); *ibid.*, p. 25, para. 55 (Wordsworth).

³² On this point, see *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, *Provisional Measures, Order of 13 July 2006*, *I.C.J. Reports 2006*, separate opinion of Judge Abraham, pp. 140-141, para. 10.

³³ CR 2017/3, p. 21, para. 22 (Koh); *ibid.*, pp. 46-49, paras. 36-45 (Cheek).

³⁴ *Ibid.*, p. 47, para. 40 (Cheek).

³⁵ Jo Becker and Steven Lee Myers, “Russian Groups Crowdfund the War in Ukraine”, *The New York Times*, 11 June 2015, Ann. 51, Documents in support of Ukraine’s Request for provisional measures.

³⁶ *Ibid.*

ment, si les droits dont cherche à se prévaloir le demandeur existent dans l'absolu et, deuxièmement, si cet Etat détient de tels droits dans les circonstances de l'affaire. Point n'est besoin pour le demandeur de démontrer qu'il a de fortes chances de l'emporter au fond, c'est-à-dire le *fumus boni juris*³¹. Il lui faut néanmoins établir que les droits qu'il invoque ne sont pas manifestement infondés, c'est-à-dire le *fumus non mali juris*³².

2. Le financement des actes de terrorisme allégués

17. Selon l'Ukraine, il ressort des travaux préparatoires de la CIRFT que celle-ci s'étend au financement du terrorisme par des acteurs étatiques³³. Le demandeur a indiqué que cet instrument visait non pas les actes de terrorisme commis par ces acteurs, mais seulement le financement du terrorisme par ceux-ci, précisant que le fait d'«estimer qu'un Etat pourrait tout simplement fermer les yeux lorsque ses organes et ses représentants se livrent à des actes de financement du terrorisme procéderait d'une lecture pour le moins contestable de cette disposition»³⁴. S'il est probable que la Cour se penchera sur ce point au cours des étapes ultérieures de la procédure, rendre pareille décision juridique à ce stade aurait préjugé le fond de l'affaire.

18. Encore convenait-il de déterminer s'il existait, au regard de l'article 2, des cas de financement du terrorisme relevant du champ d'application de la convention. Sur ce point, l'Ukraine a présenté des éléments attestant que des groupes armés agissant dans la partie orientale de son territoire avaient reçu de l'argent en espèces³⁵, mais aussi des armes. Elle a ainsi produit différents éléments de preuve, parmi lesquels un article paru dans le *New York Times* signalant que certains groupes séparatistes sollicitaient des dons sur leurs sites Internet et qu'«[i]l ressort[ait] de l'examen ... [de ces] sites ... des messages publics sur les réseaux sociaux et d'autres documents que plus d'une dizaine de groupes en Russie collectaient des fonds pour le compte des séparatistes, entretenant un conflit ayant fait plus de 6400 morts»³⁶. De plus, d'après ce même article, «[d]ans leurs appels en ligne, les organisations donnent pour instruction d'effectuer les dons par l'intermédiaire de banques détenues ou contrôlées par

³¹ Il s'agit là de la version du critère de plausibilité proposée de manière erronée par la Fédération de Russie, voir CR 2017/2, p. 23, par. 6 (Wordsworth); *ibid.*, p. 25, par. 10 (Wordsworth); *ibid.*, p. 30, par. 22 (Wordsworth); CR 2017/4, p. 21, par. 37 (Wordsworth); *ibid.*, p. 25, par. 55 (Wordsworth).

³² Sur ce point, voir *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, mesures conservatoires, ordonnance du 13 juillet 2006, C.I.J. Recueil 2006, opinion individuelle de M. le juge Abraham, p. 140-141, par. 10.

³³ CR 2017/3, p. 21, par. 22 (Koh); *ibid.*, p. 46-49, par. 36-45 (Cheek).

³⁴ *Ibid.*, p. 47, par. 40 (Cheek).

³⁵ Jo Becker et Steven Lee Myers, «Des groupes russes ont recours au financement participatif pour soutenir la guerre en Ukraine», *The New York Times*, 11 juin 2015, annexe 51, documents à l'appui de la demande en indication de mesures conservatoires de l'Ukraine.

³⁶ *Ibid.*

with MasterCard and Visa logos”³⁷. In this regard, the Russian Federation “which strictly regulates nongovernmental organizations to monitor opposition political activity, has done little to stop the fundraising”³⁸. Moreover, a report of the Atlantic Council stated that

“[s]eparatist forces have been relying on a steady flow of Russian supplies, including heavy weapons such as tanks, armored personnel carriers, artillery, and advanced anti-aircraft systems, including the Buk surface-to-air missile system . . . that shot down Malaysia Airlines Flight 17 in July 2014”³⁹.

19. In an affidavit submitted by Ukraine and dated 27 February 2017, Colonel V. V. Skibitskyi stated that there is a continuous flow of weaponry from the territory of the Russian Federation into Ukraine. He stated that “[b]ased on . . . intelligence reports gathered in the regular operations of my office, I have personal knowledge of the supply of weapons by the Russian Federation”⁴⁰. According to Colonel Skibitskyi, “the only way weapons can get to [the Donetsk People’s Republic (DPR)] and [the Luhansk People’s Republic (LPR)] is through the uncontrolled part of the Russian-Ukrainian border in Luhansk and Donetsk Oblasts”⁴¹.

20. The Russian Federation questioned whether the ICSFT covers terrorism financing by State actors, or whether it is limited to terrorism financing by private individuals. The Russian Federation argued that the Convention’s *travaux préparatoires* suggest that the ICSFT excludes State actors and State responsibility from its scope, and that it was intended by the drafters to cover only terrorism financing by private individuals. According to the Russian Federation,

“the text of the ICSFT is largely based on a working document originally submitted by France . . . That French draft convention had contained in its Article 5, paragraph 5, a specific provision on State responsibility, which stated that . . . : “[t]he provisions of this article cannot have the effect of calling into question the responsibility of the State as a legal entity.”⁴²

³⁷ Cf. note 35 *supra*.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ The Atlantic Council, *Hiding in Plain Sight*, May 2015, Ann. 44, Documents in support of Ukraine’s Request for provisional measures.

⁴⁰ Affidavit of Testimony of Colonel V. V. Skibitskyi, 27 February 2017, Ann. 79, Documents in support of Ukraine’s Request for provisional measures.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² CR 2017/2, p. 41, paras. 27-28 (Zimmermann).

l'Etat russe, notamment la plus grande du pays, Sberbank, ou au moyen de cartes de crédit émises par ces banques, dont certaines du type MasterCard ou Visa»³⁷. A cet égard, la Fédération de Russie, «qui réglemente strictement le fonctionnement des organisations non gouvernementales pour contrôler les activités politiques de l'opposition, a pris très peu de mesures pour mettre fin à la collecte de fonds»³⁸. Par ailleurs, dans un rapport de l'Atlantic Council, il est indiqué ce qui suit :

«Les forces séparatistes s'appuient sur des livraisons régulières russes comprenant des armes lourdes comme des chars et des véhicules blindés de transport de troupes, de l'artillerie et des systèmes avancés de défense antiaérienne, notamment la batterie de missiles sol-air Bouk ... qui a abattu l'appareil de la Malaysia Airlines assurant le vol MH17 en juillet 2014.»³⁹

19. Dans une déclaration sous serment présentée par le demandeur et datée du 27 février 2017, le colonel V. V. Skibitskyi a fait état d'un flux continu d'armes en provenance du territoire de la Fédération de Russie à destination de l'Ukraine. Il a déclaré ce qui suit : «Grâce aux rapports de renseignement que j'ai pu consulter dans l'exercice régulier de mes fonctions, je suis personnellement au courant des livraisons d'armes qu'effectue la Fédération de Russie.»⁴⁰ Selon le colonel Skibitskyi, «la seule manière d'acheminer des armes vers [la République populaire de Donetsk (RPD)] et [la République populaire de Louhansk (RPL)] est de passer par la partie non contrôlée de la frontière russo-ukrainienne dans les *oblast* de Donetsk et de Louhansk»⁴¹.

20. Au sujet de la question de savoir si la CIRFT couvre le financement du terrorisme par des acteurs étatiques ou seulement par des personnes privées, la Fédération de Russie a estimé qu'il ressortait des travaux préparatoires de la convention que les acteurs étatiques et la responsabilité de l'Etat n'entraient pas dans le champ d'application de cet instrument et que les rédacteurs n'entendaient traiter que du financement du terrorisme par des personnes privées. Selon les termes employés par le défendeur,

«le texte de la convention contre le financement du terrorisme repose largement sur un document de travail initialement soumis par la France... Ce projet de convention émanant de la France contenait, au paragraphe 5 de son article 5, une disposition spécifique concernant la responsabilité de l'Etat ... qui était libellée comme suit : «Les dispositions du présent article ne peuvent avoir pour effet la mise en cause de la responsabilité de l'Etat en tant que personne morale.»»⁴²

³⁷ Cf. note 35 *supra*.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ The Atlantic Council, *Caché en plein jour*, mai 2015, annexe 44, documents à l'appui de la demande en indication de mesures conservatoires de l'Ukraine.

⁴⁰ Déclaration sous serment du colonel V. V. Skibitskyi, 27 février 2017, annexe 79, documents à l'appui de la demande en indication de mesures conservatoires de l'Ukraine.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² CR 2017/2, p. 41, par. 27-28 (Zimmermann).

3. *Intent or Knowledge*

21. Article 2 of the ICSFT requires that a private individual provide funds with the knowledge or intent that they might be used for acts defined in Article 2. The Russian Federation argued that such knowledge or intent was not shown by Ukraine, and thus that the instances of financing Ukraine relies upon do not fall within the scope of the ICSFT⁴³. On this issue, the Court found that “Ukraine has not put . . . evidence which affords a sufficient basis to find it plausible that these elements are present”⁴⁴. However, the Court’s finding does not seem entirely warranted based on the assessment of the evidence on record.

22. The question of whether funds were supplied with the requisite intent is delicate, and one that the Court must assess with prudence in order to leave the merits of the dispute untouched. At this stage it must only be shown that individuals allegedly financing terrorism had at least knowledge that the funds might be used for carrying out acts defined in Article 2 of the ICSFT. Knowledge in this case could be inferred from a pattern of behaviour, namely previous actions that could plausibly fall under Article 2, thus putting individuals allegedly financing terrorism “on notice” regarding how funds may be used should they be provided. In this case, such individuals were “on notice” that civilians may be deliberately targeted in order to spread terror following the shooting of civilian aircraft MH17 in July 2014. Additionally, such individuals were also “on notice” that the DPR and LPR were engaging in shelling in civilian areas indiscriminately and, perhaps, intentionally, which put them “on notice” that funds may be used in the future for a similar purpose. Ukraine submitted reputable news reports indicating that individuals allegedly financing armed groups in eastern Ukraine continued to do so despite being “on notice” as to the potential use of the funds provided⁴⁵. Ukraine also submitted that the so-called “Buratino”, a weapon that fires indiscriminately, was provided to armed groups in eastern Ukraine⁴⁶.

23. The evidence as submitted by Ukraine affords a basis on which the Court could have found that “funds” have been plausibly provided to the DPR and LPR with intent or knowledge that they would be used, or are

⁴³ CR 2007/2, p. 24, para. 7 (Wordsworth).

⁴⁴ Order, para. 75.

⁴⁵ Jo Becker and Steven Lee Myers, “Russian Groups Crowdfund the War in Ukraine”, *The New York Times*, 11 June 2015, Ann. 51, Documents in support of Ukraine’s Request for provisional measures; “Sergei Mironov Received a Thank You Letter from the Head of the LPR Valery Bolotov”, Ann. 58, Documents in support of Ukraine’s Request for provisional measures.

⁴⁶ BBC News, “Ukraine Rebels Have Powerful New Russian-made Rockets — OSCE”, 2 October 2015, Ann. 47, Documents in support of Ukraine’s Request for provisional measures.

3. *Intention ou connaissance*

21. L'article 2 de la CIRFT vise les agissements de personnes privées fournissant des fonds en sachant qu'ils pourraient être utilisés pour commettre l'un des actes qui y sont énumérés ou dans l'intention qu'ils le soient. La Fédération de Russie a affirmé que le demandeur n'avait pas démontré que tel était le cas et que, dès lors, les exemples de financement invoqués n'entraient pas dans les prévisions de la CIRFT⁴³. Sur ce point, la Cour a jugé que «l'Ukraine n'a[vait] pas soumis ... de preuves offrant une base suffisante pour que la réunion de ces éléments puisse être jugée plausible»⁴⁴. Au vu des éléments de preuve versés au dossier, cette conclusion ne me semble cependant pas totalement fondée.

22. La question de savoir si des fonds ont été fournis avec l'intention requise est délicate et fait partie de celles que la Cour devait examiner avec prudence afin de ne pas empiéter sur le fond du différend. A ce stade, il suffisait d'établir que les personnes soupçonnées de financement du terrorisme savaient au moins qu'il était possible que les fonds soient utilisés pour commettre certains actes définis à l'article 2 de la CIRFT. En l'occurrence, cette connaissance pouvait résulter de l'observation d'une ligne de conduite, c'est-à-dire d'actes antérieurs relevant plausiblement de l'article 2 et ayant «avisé» les personnes soupçonnées de financer le terrorisme de l'usage susceptible d'être fait des fonds qu'elles fournissaient. Ces personnes avaient ainsi été «avisées», par la destruction de l'aéronef civil assurant le vol MH17 en juillet 2014, de ce que des civils pouvaient être délibérément pris pour cible afin de répandre la terreur. Elles étaient également «avisées» de ce que la RPD et la RPL bombardaient des zones civiles de manière aveugle, voire intentionnelle, et que, partant, les fonds pourraient servir à l'avenir aux mêmes fins. Sur ce point, le demandeur a présenté des articles de presse publiés par des organes de référence indiquant que les personnes soupçonnées de financer des groupes armés en Ukraine orientale continuaient de le faire alors même qu'elles étaient «avisées» de l'utilisation potentielle des fonds⁴⁵. Il a également signalé que le système lance-roquettes de type «Buratino», dont le tir est aveugle, avait été fourni à des groupes armés agissant dans cette région⁴⁶.

23. Sur la base des éléments de preuve produits par l'Ukraine, la Cour aurait donc pu juger plausible que les personnes ayant fourni des «fonds» à la RPD et à la RPL l'avaient fait en sachant que ceux-ci seraient utilisés

⁴³ CR 2007/2, p. 24, par. 7 (Wordsworth).

⁴⁴ Ordonnance, par. 75.

⁴⁵ Jo Becker et Steven Lee Myers, «Des groupes russes ont recours au financement participatif pour soutenir la guerre en Ukraine», *The New York Times*, 11 juin 2015, annexe 51, documents à l'appui de la demande en indication de mesures conservatoires de l'Ukraine; «Sergueï Mironov reçoit une lettre de remerciements du leader de la RPL, Valery Bolotov», annexe 58, documents à l'appui de la demande en indication de mesures conservatoires de l'Ukraine.

⁴⁶ BBC News, «Les rebelles ukrainiens disposent de nouvelles et puissantes roquettes russes — source : OSCE», 2 octobre [2015], annexe 47, documents à l'appui de la demande en indication de mesures conservatoires de l'Ukraine.

to be used, to carry out the acts referred to in subparagraph (b) of Article 2 (1).

4. Attacks on Civilians

24. The Russian Federation argued that the incidents Ukraine relied on could not fall under the definition of terrorism in Article 2 of the ICSFT, and, at most, could amount to violations of international humanitarian law (IHL)⁴⁷. However, at this point the Court need only determine that it is not manifestly unfounded that the acts, evidence of which was provided by Ukraine, might fall within the scope of the ICSFT. What the definition of terrorism under Article 2 exactly covers should not be decided at this time, as it would prejudge the merits of the case. For instance, wading too deeply into the *travaux préparatoires* of the Convention, as the Russian Federation suggested⁴⁸, is inappropriate at this stage of the proceedings.

25. In its oral submissions, Ukraine argued that in and around the territory controlled by the DPR and LPR there is a pattern of attacks on civilians. Speaking of the escalation of violence in Avdiivka, Ukraine stated that “[a]s a result of indiscriminate shellings, the city has suffered widespread destruction of residential buildings and critical infrastructure, leaving civilians without electricity, water supplies, and even heat, at harsh temperatures far below zero”⁴⁹. Similarly, speaking of Avdiivka and Mariupol it contended that “[o]nly weeks after Ukraine filed its Application in this Court, Russian-supplied rockets rained down on civilians living in the town of Avdiivka. The civilians of Mariupol, already victims of large-scale terrorism, live in fear”⁵⁰. With respect to violence in Mariupol, Ukraine argued that “[t]he United Nations Under-Secretary-General confirmed to the Security Council that the civilian population had been ‘knowingly targeted’”⁵¹. Moreover, Ukraine also stated that:

“[t]he destruction of Flight MH17 with a Russian Buk system did not stop Russian financing of terrorism. With that continued support, we suffered an attack on a bus at Volnovakha. A mere two weeks later, Mariupol was bombarded, and Kramatorsk a few weeks after that. In Kharkiv, a peaceful population was terrified by a string of bombings. These were not isolated incidents, but the result of Russia’s sponsorship of terrorism.”⁵²

⁴⁷ CR 2017/2, p. 17, paras. 5-8 (Rogachev).

⁴⁸ *Ibid.*, p. 41, para. 26 (Zimmermann).

⁴⁹ CR 2017/1, p. 22, para. 7 (Zerkal).

⁵⁰ *Ibid.*, p. 25, para. 1 (Koh).

⁵¹ *Ibid.*, p. 28, para. 12 (Koh).

⁵² *Ibid.*, p. 22, para. 8 (Zerkal).

pour commettre des actes visés à l'alinéa *b*) du paragraphe 1 de l'article 2, ou dans l'intention qu'ils le soient.

4. *Attaques contre des civils*

24. La Fédération de Russie a fait valoir que les incidents invoqués par l'Ukraine ne sauraient relever de la définition du terrorisme énoncée à l'article 2 de la CIRFT et pouvaient tout au plus constituer des violations du droit international humanitaire⁴⁷. Or, à ce stade, la Cour devait simplement déterminer qu'il n'était pas manifestement infondé que les actes que l'Ukraine avait établis par des éléments de preuve puissent relever du champ d'application de la CIRFT. Point n'était besoin de rechercher ce que recouvre exactement le terrorisme au sens de l'article 2, car cela serait revenu à préjuger le fond de l'affaire. Ainsi, l'examen fort approfondi des travaux préparatoires de la convention auquel invitait la Fédération de Russie⁴⁸ n'était pas opportun à ce stade de la procédure.

25. Dans ses plaidoiries, l'Ukraine a affirmé que des attaques systématiques contre des civils avaient été commises sur le territoire contrôlé par la RPD et la RPL, et aux environs de celui-ci. Au sujet de l'escalade de la violence à Avdiivka, elle a déclaré que «[l]es bombardements aveugles qui [avaient] frappé cette ville [avaient] entraîné d'importantes destructions d'immeubles d'habitation et d'infrastructures essentielles, privant la population civile d'électricité, d'eau et même de chauffage, alors que les températures étaient bien inférieures à zéro»⁴⁹. De même, concernant Avdiivka et Marioupol, elle a soutenu que, «[q]uelques semaines à peine après que l'Ukraine eut déposé sa requête devant la Cour, une pluie de roquettes fournies par la Russie s'[était] abattue sur la population civile de la ville d'Avdiivka» et que «[l]es civils de Marioupol, déjà victimes d'activités terroristes menées à grande échelle, viv[ai]ent dans la peur»⁵⁰. Et le demandeur d'ajouter, à propos des violences à Marioupol, que «[l]e Secrétaire général adjoint des Nations Unies a[vait] confirmé au Conseil de sécurité que la population civile avait été «sciemment pris[e] pour cible»»⁵¹. L'Ukraine a en outre indiqué ce qui suit :

«La destruction de l'appareil assurant le vol MH17 à l'aide d'un système de missiles russe Bouk n'a pas mis fin au financement du terrorisme par la Russie. En raison de ce soutien continu, un bus a été pris pour cible à Volnovakha. A peine quinze jours plus tard, Marioupol a été bombardée et, quelques semaines après, cela a été le tour de Kramatorsk. La population de Kharkiv elle aussi a été terrorisée par une série d'attaques à la bombe. Et ce n'étaient pas là des incidents isolés, mais le résultat du soutien apporté par la Russie au terrorisme.»⁵²

⁴⁷ CR 2017/2, p. 17-18, par. 5-8 (Rogachev).

⁴⁸ *Ibid.*, p. 41, par. 26 (Zimmermann).

⁴⁹ CR 2017/1, p. 22, par. 7 (Zerkal).

⁵⁰ *Ibid.*, p. 25, par. 1 (Koh).

⁵¹ *Ibid.*, p. 28, par. 12 (Koh).

⁵² *Ibid.*, p. 22, par. 8 (Zerkal).

26. According to Ukraine,

“[o]ver the last decade Russia’s interference in Ukrainian affairs has steadily escalated. It reached dangerous levels in 2014. Russia decided to intervene in Ukraine militarily; sponsor illegal groups that commit acts of terrorism on Ukrainian soil; and violate the human rights of millions of people of Ukraine. Including, for too many, their right to life.”⁵³

In relation to the shooting down of Flight MH17, Ukraine argued that

“Russian-supported fighters ruthlessly shot it down over eastern Ukraine, murdering 298 innocent civilians, including citizens from many . . . nations . . . The MH17 shoot-down was nothing less than an attack on humanity: nationals of the Netherlands, Australia, Belgium, Canada, Germany, Indonesia, Malaysia, New Zealand, the Philippines, the United Kingdom, and the United States of America were all killed.”⁵⁴

In addition, Ukraine argued that violence on civilians spread well beyond the immediate conflict zone. It argued that

“[a]s 2014 turned into 2015, Russian-financed terrorists launched a concerted bombing campaign against Kharkiv, Ukraine’s second-largest city, far from active hostilities. In November 2014, Russian-backed terrorists struck a nightclub popular with supporters of the Revolution of Dignity. Three months later, they carried out a deadly attack on a peaceful parade and rally.”⁵⁵

27. In its written documents, Ukraine submitted that the DPR and LPR forces indiscriminately bombarded civilian areas and deliberately attacked the civilian population far from military targets. One example is the well-documented destruction of civilian aircraft MH17⁵⁶. In that case, the aircraft, entirely boarded with civilians, was shot down in a heavily trafficked civilian-only fly zone, well above the airspace used by Ukrainian military aircrafts, as reported in the Dutch Safety Board’s investiga-

⁵³ CR 2017/1, p. 23, para. 13 (Zerkal).

⁵⁴ *Ibid.*, p. 25, para. 10 (Koh).

⁵⁵ *Ibid.*, pp. 28-29, para. 13 (Koh).

⁵⁶ The destruction of Flight MH17 plausibly falls within the scope of the 1971 Montreal Convention (974 UNTS 177). By virtue of Article 1 of the ICSFT, which incorporates offences under the 1971 Montreal Convention within the scope of the ICSFT, the destruction of Flight MH17 also falls within the scope of the definition of terrorism under the ICSFT.

26. Selon le demandeur,

«[a]u cours de ces dix dernières années, l'ingérence de la Russie dans les affaires ukrainiennes s'est régulièrement accrue, jusqu'à atteindre des niveaux dangereux en 2014. La Russie a décidé d'intervenir militairement en Ukraine, de soutenir des groupes illégaux commettant des actes de terrorisme sur le sol ukrainien et de violer les droits de l'homme de millions d'Ukrainiens, y compris, pour nombre d'entre eux, leur droit à la vie.»⁵³

S'agissant de la destruction de l'appareil assurant le vol MH17, l'Ukraine a souligné ce qui suit :

«Des combattants soutenus par la Russie l'ont abattu sans pitié alors qu'il survolait l'Ukraine orientale, tuant 298 civils innocents, dont ... des nationaux de [nombreux] pays... La destruction de l'appareil assurant le vol MH17 était tout simplement une attaque contre l'humanité : des ressortissants des Pays-Bas, de l'Australie, de la Belgique, du Canada, de l'Allemagne, de l'Indonésie, de la Malaisie, de la Nouvelle-Zélande, des Philippines, du Royaume-Uni et des Etats-Unis d'Amérique ont été tués.»⁵⁴

De plus, le demandeur a relevé que les violences perpétrées contre des civils s'étendaient bien au-delà de la zone immédiate du conflit :

«A la fin de 2014 et au début de 2015, des terroristes financés par la Russie ont mené une campagne concertée d'attaques à la bombe contre la deuxième plus grande ville d'Ukraine, Kharkiv, pourtant éloignée du terrain des hostilités actives. En novembre 2014, des terroristes soutenus par la Russie ont frappé une discothèque fréquentée par des partisans de la Révolution de la dignité. Trois mois plus tard, ils ont mené une attaque mortelle contre une marche et un rassemblement pacifiques.»⁵⁵

27. Dans ses écritures, l'Ukraine a affirmé que les forces de la RPD et de la RPL avaient bombardé sans discrimination des zones civiles et délibérément pris pour cible des populations civiles éloignées de tout objectif militaire. A cet égard, la destruction de l'appareil civil assurant le vol MH17 constitue un exemple bien documenté⁵⁶. Ainsi que cela ressort du rapport d'enquête du bureau néerlandais de la sécurité, l'appareil, à bord duquel se trouvaient uniquement des civils, a en effet été abattu dans

⁵³ CR 2017/1, p. 23, par. 13 (Zerkal).

⁵⁴ *Ibid.*, p. 25, par. 10 (Koh).

⁵⁵ *Ibid.*, p. 28-29, par. 13 (Koh).

⁵⁶ Il est plausible que la destruction de l'appareil assurant le vol MH17 entre dans les prévisions de la convention de Montréal de 1971 (*RTNU*, vol. 974, p. 185). En vertu de l'article 1 de la CIRFT, qui incorpore dans le champ d'application de cet instrument les infractions visées par la convention de Montréal, la destruction de l'appareil assurant le vol MH17 est donc également couverte par la définition du terrorisme énoncée par la CIRFT.

tive report⁵⁷. Ukraine also submitted evidence regarding a rocket blast hitting a civilian bus in Volnovakha, killing 12 persons and injuring 17 others⁵⁸. The OSCE report stated that:

“A Grad rocket struck close to a civilian bus when it stopped at a Ukrainian Armed Forces checkpoint approximately 2 km north of Volnovakha The [Special Monitoring Mission (SMM)] arrived at the location of the incident at 17:45hrs and . . . witnessed the removal of two of the dead from the bus. The bus had shrapnel damage consistent with a nearby rocket impact, estimated by the SMM to be 12-15 metres from the side of the bus. The SMM visited the Volnovakha hospital where the staff confirmed that ten persons on the bus were killed instantly, while two died later in the hospital. Another 17 passengers were injured.”⁵⁹

28. Furthermore, the OSCE reported of shelling in residential areas of Mariupol. According to the report:

“The SMM in government-controlled Mariupol heard at its location incoming massed Multi-Launch Rocket System (MLRS) attacks from a north-east direction, consisting of an extremely heavy barrage lasting 35 seconds. Twenty minutes later the SMM received information from the Joint Centre for Control and Co-ordination (JCCC) in Mariupol and other sources, that shelling had occurred in the area of Olimpiiska Street, in Ordzhonikidzevskiyi district, 8.5 km north-east of Mariupol city centre, approximately 400 metres from a Ukrainian Armed Forces checkpoint The SMM observed in an area of 1.6 km by 1.1 km, including an open market, multiple impacts on buildings, retail shops, homes and a school. The SMM observed cars

⁵⁷ Dutch Safety Board, “Crash of Malaysian Airlines MH17: Hrabove, Ukraine”, 17 July 2014, October 2015, Ann. 34, Documents in support of Ukraine’s Request for provisional measures.

⁵⁸ Organization for Security and Co-operation in Europe (OSCE), *Latest from OSCE Special Monitoring Mission (SMM) to Ukraine Based on Information Received as of 18:00 (Kiev time), 13 January 2015*, 14 January 2015, Ann. 13, Documents in support of Ukraine’s Request for provisional measures; OSCE, *Latest from OSCE Special Monitoring Mission (SMM) to Ukraine Based on Information Received as of 18:00 (Kiev time), 16 January 2015*, 17 January 2015, Ann. 14, Documents in support of Ukraine’s Request for provisional measures.

⁵⁹ OSCE, *Latest from OSCE Special Monitoring Mission (SMM) to Ukraine Based on Information Received as of 18:00 (Kiev time), 13 January 2015*, 14 January 2015, Ann. 13, Documents in support of Ukraine’s Request for provisional measures.

une zone aérienne réservée aux aéronefs civils très fréquentée, bien au-dessus de l'espace aérien utilisé par les appareils militaires ukrainiens⁵⁷. Le demandeur a également produit des éléments de preuve concernant l'explosion d'une roquette à proximité d'un autocar civil à Volnovakha, qui a fait douze morts et dix-sept blessés⁵⁸. Le rapport de l'OSCE fait ainsi état de ce qui suit :

« Une roquette Grad a explosé à proximité d'un autocar civil alors qu'il était arrêté au poste de contrôle des Forces armées ukrainiennes à environ 2 kilomètres au nord de Volnovakha... La Mission spéciale d'observation (MSO) est arrivée sur les lieux à 17 h 45 et a constaté l'enlèvement de deux des victimes faisant partie des passagers de l'autocar. Celui-ci était endommagé par des éclats caractéristiques d'un impact de roquette, dont la MSO a estimé qu'il s'était produit à 12 ou 15 mètres sur le côté du car. La MSO s'est rendue à l'hôpital de Volnovakha où le personnel a confirmé que dix personnes qui se trouvaient dans le car avaient été tuées sur le coup, deux autres étant décédées plus tard à l'hôpital. Dix-sept autres passagers du car étaient blessés. »⁵⁹

28. En outre, l'OSCE a rendu compte de tirs d'artillerie dans des zones résidentielles de Marioupol. D'après le rapport établi à ce sujet :

« La MSO de Marioupol, ville contrôlée par le gouvernement, a entendu, de l'endroit où elle se trouvait, se produire des attaques massives aux lance-roquettes multiples (MLRS) en provenance du nord-est, sous la forme d'un tir de barrage extrêmement puissant qui a duré trente-cinq secondes. Vingt minutes plus tard, la MSO a reçu des informations émanant du Centre conjoint de contrôle et de coordination (JCCC) de Marioupol et d'autres sources, selon lesquelles le bombardement avait eu lieu vers la rue Olimpiiska, dans le district d'Ordzhonikidzevskiy, à 8,5 kilomètres au nord-est du centre-ville de Marioupol, à environ 400 mètres d'un poste de contrôle des Forces armées ukrainiennes... La MSO a observé, dans une zone de 1,6 kilomètre par 1,1 kilomètre com-

⁵⁷ Bureau néerlandais de la sécurité, «Crash [de l'appareil assurant le] vol MH17 Malaysia Airlines», Hrabove, Ukraine, 17 juillet 2014, octobre 2015, annexe 34, documents à l'appui de la demande en indication de mesures conservatoires de l'Ukraine.

⁵⁸ Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (OSCE), «Dernières nouvelles de la Mission spéciale d'observation (MSO) de l'OSCE en Ukraine sur la base d'informations reçues à 18 heures (heure de Kiev) le 13 janvier 2015», 14 janvier 2015, annexe 13, documents à l'appui de la demande en indication de mesures conservatoires de l'Ukraine; OSCE, «Dernières nouvelles de la Mission spéciale d'observation (MSO) de l'OSCE en Ukraine compilées à partir d'informations datant du 16 janvier 2015, 18 heures (heure de Kiev)», le 17 janvier 2015, annexe 14, documents à l'appui de la demande en indication de mesures conservatoires de l'Ukraine.

⁵⁹ OSCE, «Dernières nouvelles de la Mission spéciale d'observation (MSO) de l'OSCE en Ukraine sur la base d'informations reçues à 18 heures (heure de Kiev) le 13 janvier 2015», 14 janvier 2015, annexe 13, documents à l'appui de la demande en indication de mesures conservatoires de l'Ukraine.

on fire and windows facing the north-eastern side of a nine-storey building shattered. The SMM was able to count 19 rocket strikes and is certain there are more. Four hospitals and the emergency service in the city informed the SMM that at least 20 people died and 75 people were injured and hospitalized.”⁶⁰

In February 2017, the OSCE also reported that civilian monitors were targeted.⁶¹ The United Nations Under-Secretary for Political Affairs classified the bombings in Mariupol as incidents of “knowingly targeting” civilians⁶². Additionally, in February 2017 comments of the OSCE Special Monitoring Mission in Ukraine reported of artillery, mortar, and MLRS strikes in and around residential areas on both sides of the conflict line⁶³. Whether such attacks and shelling took place in the vicinity of military targets, which might justify them under IHL, is a question to be determined at the merits stage of the proceedings.

29. The UN Office of the High Commissioner for Human Rights (OHCHR) also reported of summary killings and arbitrary executions in eastern Ukraine. The report on accountability for killings in Ukraine from January 2014 to May 2016 stated that

“[o]n 18 April 2014, the bodies of Horlivka city councillor, Mr. Volodymyr Rybak, and of a student and Maidan activist, Mr. Yurii Popravko, were found in the river of Kazennyi Torets, near the settlement of Raigorodok (Sloviansk district, Donetsk region), bearing signs of torture. According to the forensic expertise, before his death, Rybak was tied; his abdomen ripped off, and he was thrown into the water. On 28 April, the body of a student and Maidan activist, Mr. Yurii Diakovskiy, was recovered from the river at the same site, also bearing signs of torture.”⁶⁴

⁶⁰ OSCE, *Spot Report by OSCE SMM to Ukraine, 24 January 2015: Shelling Incident on Olimpiiska Street in Mariupol*, 24 January 2015, Ann. 21, Documents in support of Ukraine’s Request for provisional measures.

⁶¹ OSCE, *OSCE Chief Monitor in Ukraine Condemns Targeting of Monitors and Seizure of Unmanned Aerial Vehicle*, 24 February 2017, Ann. 18, Documents in support of Ukraine’s Request for provisional measures.

⁶² UN doc. S/PV.7368, 26 January 2015, Ann. 4, Documents in support of Ukraine’s Request for provisional measures.

⁶³ Transcript of Alexander Hug, Principal Deputy Chief Monitor of the OSCE Special Monitoring Mission to Ukraine, Ann. 22, Documents in support of Ukraine’s Request for provisional measures.

⁶⁴ OHCHR, *Accountability for Killing in eastern Ukraine from January 2014 to May 2016* (2016), para. 33, Ann. 6, Documents in support of Ukraine’s Request for provisional measures.

prenant un marché en plein air, de multiples impacts sur des bâtiments, des boutiques, des maisons et une école. Elle a vu des voitures en feu et des fenêtres soufflées sur la façade nord-est d'un bâtiment de neuf étages. La MSO a pu compter dix-neuf tirs de roquettes et est certaine qu'il y en a eu d'autres. Quatre hôpitaux et les services d'urgence de la ville l'ont informée qu'au moins vingt personnes étaient mortes et que soixante-quinze personnes étaient blessées et hospitalisées.»⁶⁰

En février 2017, l'OSCE a également indiqué que des observateurs civils avaient été pris pour cible⁶¹. Le Secrétaire général adjoint aux affaires politiques des Nations Unies a estimé que les bombardements à Marioupol avaient «sciemment pris pour cible» des civils⁶². De plus, en février 2017, la Mission spéciale d'observation de l'OSCE en Ukraine a observé des tirs d'artillerie, de mortier et de lance-roquettes multiples dans des zones résidentielles et leurs abords de part et d'autre de la ligne de conflit⁶³. La question de savoir si de tels bombardements et attaques ont eu lieu à proximité de cibles militaires, ce qui pourrait les justifier au regard du droit international humanitaire, relevait du fond de la procédure.

29. Le Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme (HCDH) a aussi fait état d'exécutions sommaires et arbitraires en Ukraine orientale. Dans son rapport intitulé «Responsabilité des meurtres commis en Ukraine de janvier 2014 à mai 2016», on peut lire ce qui suit :

«Le 18 avril 2014, les corps d'un conseiller municipal de Horlivka, M. Volodymyr Rybak, et d'un étudiant et activiste du Maïdan, M. Yurii Popravko, ont été retrouvés dans la rivière Kazennyi Torets, près de la citadelle de Raigorodok (district de Sloviansk, région de Donetsk); les corps portaient des marques de torture. D'après l'expertise médico-légale, avant sa mort, M. Rybak a été attaché, éventré, puis jeté dans la rivière. Le 28 avril, le corps de l'étudiant et activiste du Maïdan, Yurii Diakovskiy, a été repêché dans la rivière au même endroit; il portait également des marques de torture.»⁶⁴

⁶⁰ OSCE, *Compte rendu immédiat de la Mission spéciale d'observation (MSO) de l'OSCE en Ukraine*, le 24 janvier 2015: «Tirs d'artillerie dans la rue Olimpiiska à Marioupol», 24 janvier 2015, annexe 21, documents à l'appui de la demande en indication de mesures conservatoires de l'Ukraine.

⁶¹ OSCE, «L'observateur en chef de l'OSCE en Ukraine condamne le fait que des observateurs soient pris pour cible ainsi que la saisie d'un engin aérien sans pilote», 24 février 2017, annexe 18, documents à l'appui de la demande en indication de mesures conservatoires de l'Ukraine.

⁶² Nations Unies, doc. S/PV.7368, 26 janvier 2015, annexe 4, documents à l'appui de la demande en indication de mesures conservatoires de l'Ukraine.

⁶³ Transcription des observations formulées par Alexander Hug, premier observateur en chef adjoint de la Mission spéciale d'observation de l'OSCE en Ukraine, annexe 22, documents à l'appui de la demande en indication de mesures conservatoires de l'Ukraine.

⁶⁴ Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme (HCDH), «Responsabilité des meurtres commis en Ukraine [orientale] de janvier 2014 à mai 2016» (2016), par. 33, annexe 6, documents à l'appui de la demande en indication de mesures conservatoires de l'Ukraine.

The OHCHR reported also that:

“[o]n 8 June 2014, in the town of Sloviansk then controlled by armed groups, the parishioners of the evangelical church ‘Transfiguration of Christ’ were holding the Sunday worship. By the end of the worship, armed men arrived at the church yard, designated four cars, and ordered their owners to come forward and have a talk with them. The deacons, Mr. Viktor Bradarskyi and Mr. Volodymyr Velichko, and two sons of the church’s Head — Mr. Albert Pavenko and Mr. Ruvim Pavenko — came forward. The armed men forced them to get into their own cars and drove away.”⁶⁵

The bodies of the above-mentioned persons were later found, alongside bodies of other people. They

“displayed multiple gunshot wounds and signs of torture. The other bodies belonged to victims of executions ordered by the ‘martial court’ of the ‘Donetsk people’s republic’ in Sloviansk and individuals who either died or was killed during the armed hostilities in the town.”⁶⁶

5. *Intimidation of the Population*

30. Ukraine also cited several instances of intimidation of the local population. In June 2014, the OHCHR reported a pattern of “systematic persecution” against civil society in areas controlled by the DPR and LPR, aimed at suppressing support for Ukrainian unity⁶⁷. The OHCHR specifically reported that the systematic persecution of activists, journalists, and councillors led to a spreading of fear in the Donetsk and Luhansk regions due to “an increasing number of acts of intimidation and violence by armed groups, targeting ‘ordinary’ people who support Ukrainian unity or who openly oppose either of the two ‘people’s republics’”⁶⁸. This was reported again by the OHCHR in 2016: the interviewees, largely activists, journalists, and local community leaders, stated that they were targeted by the armed groups, and believed it was due to their pro-Ukraine positions⁶⁹.

31. In its oral submissions, the Russian Federation argued that the acts mentioned by Ukraine could not fall within the scope of the ICSFT, and

⁶⁵ Cf. note 64 *supra*, para. 39.

⁶⁶ *Ibid.*, para. 41.

⁶⁷ OHCHR, *Report on the Human Rights Situation in Ukraine*, 15 June 2014, Ann. 7, Documents in support of Ukraine’s Request for provisional measures.

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ OHCHR, *Report on the Human Rights Situation in Ukraine 16 February-15 May 2016* (2016), Ann. 8, Documents in support of Ukraine’s Request for provisional measures.

Le HCDH a en outre indiqué ceci :

«Le 8 juin 2014, dans la ville de Sloviansk alors contrôlée par des groupements armés, les paroissiens de l'église évangélique «Transfiguration du Christ» assistaient à l'office du dimanche. A la fin de l'office, des hommes armés sont entrés dans les jardins paroissiaux, ont désigné quatre voitures et ordonné aux conducteurs de les suivre pour avoir une petite discussion avec eux. Les diacres, M. Viktor Bradarskyi et M. Volodymyr Velichko, et deux fils du prêtre — M. Albert Pavenko et M. Ruvim Pavenko — se sont approchés. Les hommes armés les ont forcés à entrer dans des voitures et les ont emmenés.»⁶⁵

Les corps de ces personnes ont été découverts ultérieurement, ainsi que d'autres. Ils

«portaient les traces de multiples blessures par balles et des marques de torture. Les autres corps étaient ceux de victimes d'exécutions ordonnées par la «cour martiale» de la «République populaire de Donetsk» à Sloviansk ou ceux de personnes mortes ou tuées pendant les hostilités armées dans la ville.»⁶⁶

5. *Intimidation de la population*

30. L'Ukraine a également mentionné plusieurs cas d'actes d'intimidation perpétrés à l'encontre de la population locale. En juin 2014, le HCDH a ainsi signalé l'existence de «persécutions systématiques» de la société civile dans les zones contrôlées par la RPD et la RPL, visant à éliminer tout soutien à l'unité ukrainienne⁶⁷. Il a expressément indiqué que la persécution systématique des activistes, journalistes et conseillers municipaux avait conduit à la propagation de la terreur dans les régions de Donetsk et Louhansk par suite d'un «nombre croissant d'actes d'intimidation et de violence ... ciblant des personnes «ordinaires» qui sout[enaient] l'unité ukrainienne ou ... s'oppos[ai]ent ouvertement à l'une ou l'autre des deux «républiques «populaires»»⁶⁸. Ces faits ont de nouveau été signalés par le HCDH en 2016, les personnes interrogées — essentiellement des activistes, journalistes et chefs de communautés locales — ayant déclaré avoir été prises pour cible par les groupes armés en raison, selon elles, de leurs positions pro-ukrainiennes⁶⁹.

31. Dans ses exposés oraux, la Fédération de Russie a avancé que les actes mentionnés par l'Ukraine ne pouvaient entrer dans le champ d'ap-

⁶⁵ Cf. note 64 *supra*, par. 39.

⁶⁶ *Ibid.*, par. 41.

⁶⁷ HCDH, Rapport sur la situation des droits de l'homme en Ukraine (15 juin 2014), annexe 7, documents à l'appui de la demande en indication de mesures conservatoires de l'Ukraine.

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ HCDH, Rapport sur la situation des droits de l'homme en Ukraine, 16 février-15 mai 2016 (2016), annexe 8, documents à l'appui de la demande en indication de mesures conservatoires de l'Ukraine.

therefore could not be considered to be acts of terrorism. However, the Russian Federation did not deny that the events to which Ukraine referred took place. For instance, it argued that “most of the civilian casualties are in the DPR and the LPR, and multiple sources confirm that Ukrainian armed forces are themselves responsible for numerous acts of indiscriminate shelling”⁷⁰, pointing out that “[s]hould the Applicant’s approach to the applicability of the ICSFT be accepted, Ukraine’s own conduct would constitute a central feature of these very proceedings”⁷¹. According to the Russian Federation, “about 40 per cent of all expenses of the DPR/LPR-controlled territories are covered by trade, taxes and other financing by Ukraine”⁷². Concerning the shooting down of Flight MH17, the Russian Federation submitted that:

“[t]he investigation of this tragedy is still ongoing. Russia has co-operated extensively with the Dutch Safety Board (DSB) and the Joint Investigative Team (JIT), in particular by providing them with the assistance requested. The Russian authorities and experts have expressed disagreement with the findings of the DSB and the JIT²⁰, and note that much evidence was left untouched by the investigators as, for example, recorded by two Dutch journalists who recently visited the accident site.”⁷³

In relation to the Ukrainian contention that there is a continuous flow of arms from the Russian Federation into the DPR and LPR-controlled territories, it was argued that

“the primary source of weapons and ammunition to the military of the DPR and the LPR are stockpiles inherited by Ukraine in 1991 from the Soviet Army that was formerly tasked to hold off the entire NATO. A lot of these stockpiles were deposited in the old mines of Donbass and later captured by rebels. Another source of weapons was the retreating Ukrainian army itself.”⁷⁴

32. The Russian Federation principally argued that the OSCE and OHCHR reports submitted by Ukraine do not make any connection between the shelling of civilian areas and terrorism. In respect of the OHCHR report concerning accountability for killings in Ukraine from January 2014 to May 2016, the Russian Federation contended that “civilian casualties [were] caused by ‘indiscriminate shelling’ on

⁷⁰ CR 2017/2, p. 17, para. 6 (Rogachev).

⁷¹ *Ibid.*, p. 18, para. 7 (Rogachev).

⁷² *Ibid.*, p. 19, para. 13 (Rogachev).

⁷³ *Ibid.*, pp. 19-20, para. 14 (Rogachev).

⁷⁴ *Ibid.*, pp. 20-21, para. 19 (Rogachev).

plication de la CIRFT, et ne sauraient donc être considérés comme des actes de terrorisme. Elle n'a toutefois pas contesté que les événements auxquels l'Ukraine se référerait avaient bien eu lieu. Le défendeur a par exemple soutenu que «la plupart des victimes civiles se trouv[ai]ent dans les rangs de la RPD et de la RPL, et [que] de multiples sources confirm[ai]ent que les forces armées ukrainiennes [étaient] elles-mêmes responsables de nombreux tirs d'artillerie aveugles»⁷⁰, soulignant que, «[s]i l'approche [de l'Ukraine] au sujet de l'applicabilité de la convention contre le financement du terrorisme était acceptée, c'est [le] propre comportement [du demandeur] qui se retrouverait en cause dans cette même procédure»⁷¹. Selon la Fédération de Russie, «40% environ de la totalité des dépenses des territoires sous contrôle de la RPD et de la RPL sont couvertes par le commerce, les taxes et autres financements apportés par l'Ukraine»⁷². En ce qui concerne la destruction de l'appareil assurant le vol MH17, le défendeur a fait valoir ce qui suit :

«L'enquête sur cette tragédie est toujours en cours. La Russie a largement coopéré avec le bureau néerlandais de la sécurité et l'équipe d'enquête conjointe, notamment en leur fournissant toute l'assistance requise. Les autorités et experts russes ont fait part de leur désaccord avec les conclusions de ces deux entités, et relevé que de nombreux éléments de preuve n'avaient pas été examinés par les enquêteurs — comme l'ont d'ailleurs constaté deux journalistes néerlandais qui se sont récemment rendus sur le lieu de l'accident.»⁷³

S'agissant de l'affirmation de l'Ukraine selon laquelle on assiste à un flux continu d'armes en provenance de la Fédération de Russie vers les territoires contrôlés par la RPD et la RPL, le défendeur a avancé que

«les armes et les munitions fournies aux militaires de la RPL et de la RPD prov[enaient] principalement des stocks dont l'Ukraine a hérité en 1991 de l'armée soviétique autrefois chargée de tenir à distance l'OTAN tout entière. L'essentiel de ces stocks était entreposé dans les anciennes mines du Donbass avant que les rebelles ne s'en emparent. L'armée ukrainienne en retraite a elle-même également fourni des armes.»⁷⁴

32. La Fédération de Russie a, pour l'essentiel, fait valoir que les rapports de l'OSCE et du HCDH soumis par l'Ukraine ne permettaient pas d'établir un lien entre les tirs d'artillerie contre des zones civiles et le terrorisme. S'agissant du rapport du HCDH concernant la responsabilité pour les meurtres commis en Ukraine entre janvier 2014 et mai 2016, le défendeur a affirmé que les «pertes civiles [avaient] été causées par «des

⁷⁰ CR 2017/2, p. 17, par. 6 (Rogachev).

⁷¹ *Ibid.*, p. 18, par. 7 (Rogachev).

⁷² *Ibid.*, p. 19, par. 13 (Rogachev).

⁷³ *Ibid.*, p. 19-20, par. 14 (Rogachev).

⁷⁴ *Ibid.*, p. 20-21, par. 19 (Rogachev).

areas controlled by both sides, not terrorism”⁷⁵. Similarly, it was argued that

“when the Court goes through the multiple reports of the OHCHR, the OSCE and the [International Committee of the Red Cross (ICRC)], it will see that the acts of indiscriminate shelling by all parties to the conflict in East Ukraine are never characterized as acts of ‘terrorism’. Instead, these acts are characterized by the OHCHR and the ICRC as violations of the IHL principles of distinction, proportionality and precaution.”⁷⁶

Moreover, the Russian Federation argued that the shelling of civilians alleged by Ukraine was not the sole responsibility of the DPR and LPR forces, but also of Ukraine’s military. However, these arguments do not show that the acts alleged by Ukraine cannot be terrorist acts under the ICSFT, but simply that they could also be regarded as IHL violations committed by both Parties to the conflict in eastern Ukraine.

6. *Examination of the Evidence in regard to Plausibility*

33. The part of the Court’s Order dedicated to the plausibility of the rights invoked by Ukraine under the ICSFT could have benefitted from a closer discussion of the evidence submitted by the Parties. The evidence presented by Ukraine effectively shows that the elements set out in Article 2 of the ICSFT are met, and therefore that the acts alleged by Ukraine plausibly amount to terrorism under the Convention. Ukraine submitted evidence of the continuous flow of weapons, which could plausibly be considered to be “funds” across the Russian-Ukrainian border. Article 1 of the ICSFT states that funds are “assets of any kind, whether tangible or intangible, movable or immovable”. This appears to encompass “funds” other than financial assets, which might include weapons. At this stage, a careful examination of the exact definition of “funds” would be inappropriate, as it would prejudice the Court’s decision in the later stages of the proceedings. The Court should have just noted, at this stage, that the Convention plausibly covers items such as weapons in its definition of “funds”. In any event, Ukraine also provided evidence of financial assets being transferred through the Russian banking system, thanks to the DPR and LPR’s reliance on online appeals for financial contributions.

⁷⁵ CR 2017/2, p. 25, para. 14 (Wordsworth).

⁷⁶ *Ibid.*, pp. 25-26, para. 15 (Wordsworth).

tirs d'artillerie aveugles» de la part de toutes les parties au conflit, et non [par le] terrorisme»⁷⁵. De la même manière, il a avancé ce qui suit :

«lorsque la Cour examinera les nombreux rapports produits par le HCDH, l'OSCE et le CICR, elle constatera que les tirs d'artillerie aveugles de la part des deux parties au conflit en Ukraine orientale ne sont jamais qualifiés d'actes de «terrorisme», et que le HCDH et le CICR les qualifient au contraire régulièrement de violations des principes de distinction, de proportionnalité et de précaution prévus par le droit international humanitaire»⁷⁶.

En outre, la Fédération de Russie a affirmé que les tirs d'artillerie contre des civils invoqués par le demandeur ne relevaient pas de la seule responsabilité des forces de la RPD et de la RPL, mais également de l'armée ukrainienne. Ces arguments n'établissent cependant pas que les actes allégués par l'Ukraine ne sauraient constituer des actes de terrorisme au sens de la CIRFT, mais tout simplement qu'ils pourraient aussi être considérés comme des violations du droit international humanitaire commises par les deux Parties au conflit en Ukraine orientale.

6. Examen des éléments de preuve au regard du critère de plausibilité

33. Il aurait été préférable que, dans la partie de son ordonnance consacrée à la plausibilité des droits invoqués par l'Ukraine au titre de la CIRFT, la Cour examine de manière plus approfondie les éléments de preuve soumis par les Parties. Ceux qui ont été présentés par l'Ukraine montrent en effet que les conditions énoncées à l'article 2 de la CIRFT étaient remplies, et que les actes invoqués par le demandeur constituaient donc plausiblement des actes de terrorisme au regard de ladite convention. L'Ukraine a ainsi présenté des preuves attestant l'afflux continu d'armes — qui peuvent plausiblement être considérées comme des «fonds» — par la frontière russo-ukrainienne. L'article premier de la CIRFT définit en effet les «fonds» comme «des biens de toute nature, corporels ou incorporels, mobiliers ou immobiliers», ce qui semble comprendre des éléments autres que les actifs financiers, et pourrait inclure les armes. A ce stade, il n'aurait toutefois pas été opportun de se pencher sur la définition exacte du terme «fonds», car cela aurait préjugé de la décision que prendra la Cour à un stade ultérieur de la procédure. La Cour aurait simplement dû noter que la définition du terme «fonds» qui figure dans la convention englobe, de manière plausible, certains éléments tels que des armes. En tout état de cause, l'Ukraine a également fourni des preuves se rapportant à des actifs financiers transitant par le système bancaire russe, grâce aux appels à contribution financière lancés en ligne par la RPD et la RPL.

⁷⁵ CR 2017/2, p. 25, par. 14 (Wordsworth).

⁷⁶ *Ibid.*, p. 25-26, par. 15 (Wordsworth).

34. The provision of “funds” through the State-owned banks in the Russian Federation is also instrumental to plausibly showing that “funds” are provided with the requisite intent or knowledge that they will be used or are to be used in order to commit one of the offences in Article 2. As stated above, knowledge in this case could be inferred from a pattern of behaviour relating to the indiscriminate targeting of civilians. This would put potential individuals providing “funds” on notice that such “funds” may be used to carry out acts falling within the scope of Article 2 of the ICSFT.

35. Moreover, it is plausible that the acts Ukraine alleged were aimed at targeting civilians or persons not taking direct part in hostilities. The evidence put forward by Ukraine plausibly shows that weapons are used which fire indiscriminately, and that certain attacks have seemingly been carried out in areas far removed from military objectives. Instances of this were the shooting down of Flight MH17, the attack on the bus in Volnovakha, the attacks in Mariupol’s residential areas, as well as the attack in a night club in Kharkiv. The targets of such attacks, namely civilians and persons not taking direct parts in hostilities, plausibly show that they were “intended to cause death or serious bodily injury to a civilian, or to any other person not taking an active part in the hostilities in a situation of armed conflict”, within the terms of Article 2.

36. Finally, Ukraine’s evidence also demonstrated that the “purpose of such act[s], by [their] nature or context, is to intimidate a population”. I referred to a pattern of targeting civilians and persons not taking direct part in hostilities, in areas far removed from military objectives. At this stage in the proceedings, such a pattern is sufficient to plausibly show that the acts alleged by Ukraine have the purpose of intimidating the population. More detailed determinations are inappropriate at this stage, and should only be made in the subsequent phases of the proceedings.

37. By adducing evidence that the acts alleged by it are capable of falling within the scope of the ICSFT, Ukraine has demonstrated that the plausibility requirement for indicating provisional measures is satisfied.

D. THE EXISTENCE OF A REAL AND IMMINENT RISK OF IRREPARABLE PREJUDICE TO THE RIGHTS INVOKED BY UKRAINE

38. In the Court’s jurisprudence, irreparable prejudice and urgency are compounded into one single requirement, namely that there must be an “imminent risk that irreparable prejudice may be caused to the rights in

34. Le fait que des «fonds» soient fournis par l'intermédiaire des banques d'Etat de la Fédération de Russie est également essentiel pour montrer de manière plausible qu'ils le sont, comme le requiert la convention, dans l'intention de les voir utilisés ou en sachant qu'ils seront utilisés en vue de commettre l'une des infractions visées à l'article 2. Comme indiqué plus haut, en l'espèce, cette connaissance pouvait résulter de l'observation d'une ligne de conduite consistant à prendre des civils pour cible, les personnes susceptibles de fournir des «fonds» étant ainsi avisées que ceux-ci pourraient être utilisés pour commettre des actes tombant sous le coup de l'article 2 de la CIRFT.

35. Par ailleurs, il est plausible que les actes allégués par l'Ukraine aient eu pour but de prendre pour cible des civils ou des personnes ne participant pas directement aux hostilités. Les éléments soumis par le demandeur montrent en effet de manière plausible que certaines armes utilisées n'autorisent que des tirs indiscriminés, et que certaines attaques ont apparemment été menées dans des zones très éloignées des objectifs militaires. Entre autres exemples, citons la destruction de l'appareil assurant le vol MH17, l'attaque contre un autocar à Volnovakha, les attaques commises dans des zones résidentielles de Marioupol, ainsi que l'attentat perpétré dans une discothèque de Kharkiv. Les cibles de ces attaques, à savoir des civils et des personnes ne participant pas directement aux hostilités, montrent de manière plausible que ces violences étaient «destiné[s] à tuer ou blesser grièvement [des] civil[s], ou toute autre personne qui ne participe pas directement aux hostilités dans une situation de conflit armé», pour reprendre la formulation de l'article 2.

36. Enfin, les éléments de preuve présentés par l'Ukraine établissent que, de «par [leur] nature ou [leur] contexte, ce[s] actes vis[aient] à intimider une population». J'ai fait référence à la ligne de conduite consistant à prendre pour cible des civils et des personnes ne participant pas directement aux hostilités, dans des zones fort éloignées des objectifs militaires. Or, à ce stade de la procédure, cette ligne de conduite suffisait à établir de manière plausible que les actes allégués par l'Ukraine avaient pour but d'intimider la population. Il n'était en revanche pas opportun de formuler des conclusions plus précises à cet égard, lesquelles ne seront énoncées que lors d'une phase ultérieure de la procédure.

37. En présentant des éléments établissant que les actes qu'elle alléguait étaient susceptibles de relever du champ d'application de la CIRFT, l'Ukraine a montré qu'il avait été satisfait au critère de plausibilité aux fins d'indiquer des mesures conservatoires.

D. L'EXISTENCE D'UN RISQUE RÉEL ET IMMINENT QUE SOIT CAUSÉ UN PRÉJUDICE IRRÉPARABLE AUX DROITS INVOQUÉS PAR L'UKRAINE

38. Dans la jurisprudence de la Cour, les notions de préjudice irréparable et d'urgence sont combinées en une exigence unique, à savoir qu'il doit exister «un risque réel et imminent qu'un préjudice irréparable soit

dispute before the Court has given its final decision”⁷⁷. Appraising irreparable prejudice and urgency is closely connected to the facts of a case. According to the Court’s most recent orders on provisional measures, prejudice to a State’s rights is “irreparable” if, without indicating provisional measures pending the Court’s judgment disposing of a case, it would be impossible to restore the *status quo ante* once the dispute is finally settled⁷⁸. Clear cases of irreparable prejudice are the so-called “death penalty cases”, such as *LaGrand* and *Avena*, in which it would be impossible to restore a State’s rights under the Vienna Convention on Consular Relations (VCCR) once the individual whose consular assistance was denied has been executed⁷⁹.

39. In *Georgia v. Russia*, the Court found that “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 risk that action prejudicial to the rights of either party might be taken before the Court has given its final decision”⁸⁰. The Court, in assessing whether urgency exists in the circumstances of a case, must determine whether the acts allegedly carried out by the respondent State might create a situation in which it would be impossible to restore the rights of the applicant State to the *status quo ante*. In this perspective, the possibility to suffer irreparable prejudice is a precondition of urgency, as there cannot be urgency if the acts allegedly carried out by the respondent State are not capable of causing irreparable prejudice to the rights of the applicant State.

40. The ICSFT aims to assist States in combating terrorism financing. Article 18 requires States to “take all practicable measures . . . to prevent and counter preparations in their respective territories for the commission of those offences within or outside their territories”. However, it is logically unsound to state that, while a State has an obligation *to co-operate*

⁷⁷ *Request for Interpretation of the Judgment of 15 June 1962 in the Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand) (Cambodia v. Thailand)*, Provisional Measures, Order of 18 July 2011, I.C.J. Reports 2011 (II), p. 548, para. 47.

⁷⁸ *Immunities and Criminal Proceedings (Equatorial Guinea v. France)*, Provisional Measures, Order of 7 December 2016, I.C.J. Reports 2016 (II), p. 1169, para. 90; *Questions relating to the Seizure and Detention of Certain Documents and Data (Timor-Leste v. Australia)*, Provisional Measures, Order of 3 March 2014, I.C.J. Reports 2014, p. 154, para. 32.

⁷⁹ *LaGrand (Germany v. United States of America)*, Provisional Measures, Order of 3 March 1999, I.C.J. Reports 1999 (I), p. 15, para. 24; *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, Provisional Measures, Order of 5 February 2003, I.C.J. Reports 2003, p. 91, para. 55. See also 596 UNTS 261.

⁸⁰ *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation)*, Provisional Measures, Order of 15 October 2008, I.C.J. Reports 2008, p. 392, para. 129. See also *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, Provisional Measures, Order of 28 May 2009, I.C.J. Reports 2009, p. 152, para. 62.

causé aux droits en litige avant que la Cour n'ait rendu sa décision définitive»⁷⁷. L'appréciation du préjudice irréparable et du caractère d'urgence est étroitement liée aux faits de l'affaire. Selon les plus récentes ordonnances en indication de mesures conservatoires rendues par la Cour, le préjudice causé aux droits d'un Etat est «irréparable» si, à défaut de mesures conservatoires dans l'attente de l'arrêt de la Cour en l'affaire, il est impossible de rétablir le *statu quo ante* une fois le différend définitivement tranché⁷⁸. Parmi les cas manifestes de préjudice irréparable, on retiendra les «affaires mettant en jeu la peine de mort», telles que les affaires *LaGrand* et *Avena*, dans lesquelles il aurait été impossible de restaurer les droits de l'Etat au titre de la convention de Vienne sur les relations consulaires après l'exécution des personnes s'étant vu refuser l'assistance consulaire⁷⁹.

39. Dans l'affaire *Géorgie c. Russie*, la Cour a précisé que son «pouvoir ... d'indiquer des mesures conservatoires ne sera[it] exercé que s'il y a urgence, c'est-à-dire s'il existe un réel risque qu'une action préjudiciable aux droits de l'une ou de l'autre Partie ne soit commise avant qu[elle] n'ait rendu sa décision définitive»⁸⁰. La Cour, lorsqu'elle recherche s'il existe un caractère d'urgence dans les circonstances d'une affaire donnée, doit déterminer si les actes qu'aurait commis le défendeur sont susceptibles d'engendrer une situation dans laquelle il serait impossible de rétablir le *statu quo ante* en ce qui concerne les droits du demandeur. Aux fins de cet examen, la possibilité que soit causé un préjudice irréparable est une condition préalable au caractère d'urgence, puisqu'il ne saurait y avoir urgence si les actes censés avoir été commis par le défendeur ne sont pas susceptibles de causer pareil préjudice aux droits du demandeur.

40. L'objectif de la CIRFT est d'aider les Etats à lutter contre le financement du terrorisme. L'article 18 leur impose de «pren[dre] toutes les mesures possibles,... afin d'empêcher et de contrecarrer la préparation sur leurs territoires respectifs d'infractions devant être commises à l'intérieur ou à l'extérieur de ceux-ci». Cela étant, il serait illogique de soutenir que,

⁷⁷ *Demande en interprétation de l'arrêt du 15 juin 1962 en l'affaire du Temple de Préah Vihear (Cambodge c. Thaïlande) (Cambodge c. Thaïlande), mesures conservatoires, ordonnance du 18 juillet 2011, C.I.J. Recueil 2011 (II), p. 548, par. 47.*

⁷⁸ *Immunités et procédures pénales (Guinée équatoriale c. France), mesures conservatoires, ordonnance du 7 décembre 2016, C.I.J. Recueil 2016 (II), p. 1169, par. 90; Questions concernant la saisie et la détention de certains documents et données (Timor-Leste c. Australie), mesures conservatoires, ordonnance du 3 mars 2014, C.I.J. Recueil 2014, p. 154, par. 32.*

⁷⁹ *LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique), mesures conservatoires, ordonnance du 3 mars 1999, C.I.J. Recueil 1999 (I), p. 15, par. 24; Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. Etats-Unis d'Amérique), mesures conservatoires, ordonnance du 5 février 2003, C.I.J. Recueil 2003, p. 91, par. 55. Voir aussi RTNU, vol. 596, p. 261.*

⁸⁰ *Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie), mesures conservatoires, ordonnance du 15 octobre 2008, C.I.J. Recueil 2008, p. 392, par. 129. Voir aussi Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal), mesures conservatoires, ordonnance du 28 mai 2009, C.I.J. Recueil 2009, p. 152, par. 62.*

to prevent terrorism financing, it does not also have an obligation to prevent terrorism financing. Although it is not necessary, at the present stage of the proceedings, to make definitive findings in this regard, it is possible that the former obligation is a corollary of the latter. While Article 18 of the ICSFT only refers to an obligation of co-operation to prevent, it could also be read to entail an obligation to prevent, which could thus be seen to be incumbent upon the States party to the ICSFT. To state otherwise would deprive the provision under Article 18 of the ICSFT of *effet utile*.

41. Ukraine alleged that the Russian Federation failed to “take all practicable measures” to co-operate under the ICSFT, and has allowed its territory to serve as a conduit for the financing of terrorism in eastern Ukraine. As already detailed above, there have been numerous civilian deaths, including the attack on civilian Flight MH17, intense shelling in Avdiivka, Mariupol and Kramatorsk, attacks on a civilian bus at a checkpoint in Volnovakha, as well as numerous others. Besides constituting a loss for humanity, every civilian death amounts to irreparable prejudice to the rights of Ukraine to seek compliance by the Russian Federation both with its obligation to co-operate to prevent terrorism financing, and with its obligation to prevent terrorism financing. From this perspective, it must be concluded that the rights of Ukraine are suffering and are likely to suffer irreparable prejudice before the Court may hand down the judgment disposing of the case.

42. From the point of view of irreparable prejudice, the present case resembles *LaGrand*. In that case, Germany invoked Article 36, paragraph 1 (b), of the VCCR as the rights it sought to protect on the merits⁸¹. That provision confers on individuals the right, to be informed “without delay of [the] rights under this subparagraph”, namely that the consular post of the State of nationality of foreign individuals be informed of their detention. The Court found that Walter LaGrand’s “execution would cause irreparable harm to the rights claimed by Germany in this particular case”⁸². Although it did not say so explicitly, the Court found that there was irreparable prejudice since, as Germany had argued⁸³, it would not have been possible to restore the *status quo ante* after Walter LaGrand’s death. First, the present case also concerns the loss of human life, which, similarly to *LaGrand*, makes it impossible to restore the *status quo ante*. Second, similarly to *LaGrand*, in the present case a State argued that a right it plausibly holds under international law could be

⁸¹ *LaGrand (Germany v. United States of America)*, Provisional Measures, Order of 3 March 1999, I.C.J. Reports 1999 (1), p. 14, para. 16.

⁸² *Ibid.*, p. 15, para. 24.

⁸³ *Ibid.*, p. 12, para. 8.

si un Etat est tenu *de coopérer pour empêcher* le financement du terrorisme, il n'est pas pour autant tenu *d'empêcher* pareil financement. Bien qu'il ne soit pas nécessaire, au stade actuel de la procédure, d'énoncer des conclusions définitives à cet égard, il est possible que la première obligation soit le corollaire de la seconde. Même s'il ne vise que l'obligation de coopérer pour empêcher des infractions, l'article 18 de la CIRFT pourrait également être interprété comme englobant l'obligation d'empêcher ces mêmes infractions, laquelle pourrait ainsi être considérée comme incombant aux Etats parties à la CIRFT. Soutenir le contraire reviendrait à priver la disposition énoncée à l'article 18 de la convention de son effet utile.

41. Le demandeur a soutenu que la Fédération de Russie n'avait pas «pr[is] toutes les mesures possibles» pour coopérer conformément à la CIRFT, et avait permis que son territoire soit utilisé pour le financement du terrorisme en Ukraine orientale. Comme cela a déjà été exposé en détail plus haut, l'on a recensé de nombreuses victimes civiles, notamment par suite de l'attaque contre le vol civil MH17, des tirs d'artillerie nourris à Avdiivka, Marioupol et Kramatorsk, de l'attaque commise contre un autocar à un poste de contrôle de Volnovakha, ainsi que de nombreuses autres attaques. Outre qu'elle constitue une perte pour l'humanité, toute victime civile cause un préjudice irréparable aux droits de l'Ukraine à ce que la Fédération de Russie satisfasse tant à son *obligation de coopérer* pour empêcher le financement du terrorisme qu'à son *obligation d'empêcher* ce financement. De ce point de vue, force est de conclure que les droits de l'Ukraine sont mis à rude épreuve et qu'ils risquent de subir un préjudice irréparable avant que la Cour n'ait pu rendre son arrêt en l'affaire.

42. S'agissant de la question du préjudice irréparable, il existe des analogies entre la présente espèce et l'affaire *LaGrand*. L'Allemagne avait alors invoqué le paragraphe 1 b) de l'article 36 de la convention de Vienne sur les relations consulaires pour définir les droits qu'elle voulait voir protégés au fond⁸¹. Cette disposition confère à toute personne détenue à l'étranger le droit d'être informée «sans retard ... de ses droits aux termes du présent alinéa», c'est-à-dire à ce que son poste consulaire soit avisé de sa détention. La Cour a conclu que l'«exécution [de Walter LaGrand] porterait un préjudice irréparable aux droits revendiqués par l'Allemagne au cas particulier»⁸². Même si elle ne l'a pas dit expressément, elle a jugé qu'il existait un risque de préjudice irréparable puisque, comme l'avait soutenu l'Allemagne⁸³, il aurait été impossible de rétablir le *statu quo ante* après la mort de Walter LaGrand. Or, premièrement, la présente espèce a elle aussi trait à la perte de vies humaines, ce qui, tout comme dans l'affaire *LaGrand*, rend impossible le rétablissement du *statu quo ante*.

⁸¹ *LaGrand* (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique), mesures conservatoires, ordonnance du 3 mars 1999, C.I.J. Recueil 1999 (I), p. 14, par. 16.

⁸² *Ibid.*, p. 15, par. 24.

⁸³ *Ibid.*, p. 12, par. 8.

irreparably prejudiced by acts aimed at depriving individuals of their life. Third, similarly to *LaGrand*, the Court is asked to protect the rights of a State, not the rights of an individual, and the loss of human life would be the cause of irreparable prejudice to the State's right. Consistency in the Court's jurisprudence would require in this instance a decision similar to the one in *LaGrand*.

43. Ukraine alleged that urgency exists particularly in light of the recent escalation of violence in Avdiivka. The OSCE, the ICRC, and reliable news agencies have reported on the increase in violence in civilian areas in Avdiivka since early 2017, as well as on incidents of indiscriminate shelling in the town's residential areas⁸⁴. Alexander Hug, Principal Deputy Chief Monitor of the OSCE Special Monitoring Mission to Ukraine, noted that it was the worst violence the area has seen in months⁸⁵. Such violence has led to violations of the Minsk II Package of Measures by both sides of the conflict⁸⁶. In addition to the increase in violence, there are several reports that OSCE representatives have not had full access to conflict areas, as well as border regions, in order to sufficiently monitor the situation. For example, one OSCE report highlighted that monitors were blocked by LPR members from accessing an area close to the Russian

⁸⁴ Transcript of Alexander Hug, Principal Deputy Chief Monitor of the OSCE Special Monitoring Mission to Ukraine, Ann. 22, Documents in support of Ukraine's Request for provisional measures; ICRC, *ICRC Warns of Deteriorating Humanitarian Situation amid Intensifying Hostilities in Eastern Ukraine*, 2 February 2017, Ann. 42, Documents in support of Ukraine's Request for provisional measures; "Avdiivka Civilian Caught in Crossfire as Clashes Rage: Thousands without Heating or Electricity in Town of Avdiivka as Ukrainian Troops and Rebels Remain Locked in Fighting", *Al Jazeera*, 5 February 2017, Ann. 45, Documents in support of Ukraine's Request for provisional measures; Christian Borys, "'Everything Is Destroyed': On the Ground as Latest Surge of Deadly Violence Strikes Eastern Ukraine", *The Independent*, 4 February 2017, Ann. 48, Documents in support of Ukraine's Request for provisional measures; Christian Borys, "Losing Everything in Ukraine: As Violence Escalates in Eastern Ukraine Front, One Family Copes with Losing Their Livelihood in the Shelling", *Al Jazeera*, 5 February 2017, Ann. 49, Documents in support of Ukraine's Request for provisional measures; John Wendle, "Avdiivka, evacuating again as fighting escalates — Civilians in Avdiivka wonder if they will survive the cold nights and random, incessant shelling", *Al Jazeera*, 8 February 2017, Ann. 52, Documents in support of Ukraine's Request for provisional measures.

⁸⁵ Transcript of Alexander Hug, Principal Deputy Chief Monitor of the OSCE Special Monitoring Mission to Ukraine, Ann. 22, Documents in support of Ukraine's Request for provisional measures.

⁸⁶ *Ibid.*

Deuxièmement, de la même manière que, en l'affaire *LaGrand*, un Etat a fait valoir en l'espèce que, par la commission d'actes visant à priver des personnes de leur vie, il serait causé un préjudice irréparable à un droit qu'il détient plausiblement au regard du droit international. Troisièmement, à l'instar de ce qui s'est produit en l'affaire *LaGrand*, il était demandé à la Cour de protéger les droits d'un Etat et non pas d'une personne, la perte de vies humaines constituant le préjudice irréparable causé au droit de cet Etat. La cohérence de la jurisprudence de la Cour appelait donc une décision analogue à celle qui avait été rendue en l'affaire *LaGrand*.

43. L'Ukraine a soutenu qu'il y avait urgence, notamment au vu de la récente escalade des violences à Avdiivka. L'OSCE, le CICR et des agences de presse dignes de foi ont fait état de l'intensification des violences dans les zones civiles d'Avdiivka depuis le début de l'année 2017, et de tirs d'artillerie aveugles dans les quartiers résidentiels de la ville⁸⁴. Alexander Hug, observateur en chef adjoint de la mission d'observation spéciale de l'OSCE en Ukraine, a souligné qu'il s'agissait des pires violences que la région ait connues depuis des mois⁸⁵, lesquelles ont conduit à des violations, par les deux parties, des mesures prévues par les accords de Minsk II⁸⁶. Outre cette flambée de violence, il a été signalé que les représentants de l'OSCE n'avaient pu, dans le cadre de leur mission consistant à suivre l'évolution de la situation, accéder à l'ensemble des zones de conflit ou aux régions frontalières. Il est ainsi souligné dans un rapport de l'OSCE que des membres de la RPL ont empêché des observa-

⁸⁴ Transcription des observations formulées par Alexander Hug, premier observateur en chef adjoint de la mission d'observation spéciale de l'OSCE en Ukraine, annexe 22, documents à l'appui de la demande en indication de mesures conservatoires de l'Ukraine; CICR, *Ukraine orientale: le CICR met en garde contre la dégradation de la situation humanitaire alors que les combats s'intensifient*, 2 février 2017, annexe 42, documents à l'appui de la demande en indication de mesures conservatoires de l'Ukraine; «Les civils d'Avdiivka pris entre deux feux alors que les affrontements font rage — Des milliers d'habitants de la ville d'Avdiivka sont privés de chauffage et d'électricité tandis que les soldats et les rebelles ukrainiens continuent à s'affronter», *Al Jazeera*, 5 février 2017, annexe 45, documents à l'appui de la demande en indication de mesures conservatoires de l'Ukraine; Christian Borys, ««Tout est détruit»: situation sur le terrain alors que de nouvelles violences meurtrières font rage en Ukraine orientale», *The Independent*, 4 février 2017, annexe 48, documents à l'appui de la demande en indication de mesures conservatoires de l'Ukraine; Christian Borys, «Tout perdre en Ukraine — Tandis que les violences s'intensifient en Ukraine orientale, une famille tente de survivre après avoir tout perdu à cause du pilonnage de la région», *Al Jazeera*, 5 février 2017, annexe 49, documents à l'appui de la demande en indication de mesures conservatoires de l'Ukraine; John Wendle, «Avdiivka, nouvelle évacuation en pleine escalade de la violence — Les civils se demandent s'ils survivront aux nuits froides et aux tirs d'artillerie aveugles incessants», *Al Jazeera*, 8 février 2017, annexe 52, documents à l'appui de la demande en indication de mesures conservatoires de l'Ukraine.

⁸⁵ Transcription des observations formulées par Alexander Hug, premier observateur en chef adjoint de la mission d'observation spéciale de l'OSCE en Ukraine, annexe 22, documents à l'appui de la demande en indication de mesures conservatoires de l'Ukraine.

⁸⁶ *Ibid.*

border⁸⁷. Moreover, an affidavit dated 15 February 2017 from an interrogated DPR member also reported that areas of the border are used as gateways for transporting weapons⁸⁸. Both sides of the eastern Ukrainian conflict have restricted access to conflict areas, raising concerns that the situation cannot sufficiently be monitored. This raises hurdles for the assessment of the urgency of the situation. However, the need to stop the documented violence involving the civilian population leads me to conclude that there is grave urgency in the circumstances of the case. The Court held in *Georgia v. Russia* that a situation could be urgent if it is “unstable and could rapidly change”⁸⁹. The events in eastern Ukraine, and especially those in Avdiivka, are perfect examples of an “unstable” situation that could “rapidly change”. This justifies the finding that the urgency of the situation requires the indication of provisional measures by the Court.

44. The Minsk II Package of Measures does not remove a real and imminent risk of irreparable prejudice, as argued by the Russian Federation⁹⁰. First, international observers such as the OSCE and the OHCHR have reported of violations of the Minsk II Package of Measures by both Parties. Second, the Court’s jurisprudence shows that the existence of binding international obligations incumbent upon the States party to a case before it does not remove real and imminent risk of irreparable prejudice. For example, in *Timor-Leste v. Australia* the Court found that there was a real and imminent risk of irreparable prejudice despite the Attorney-General of Australia having made a solemn undertaking, binding on its State under international law, that the documents seized from Timor-Leste’s lawyer would not be used except for reasons of national security⁹¹. In the present case it is not yet clear whether the Minsk II Package of Measures could be considered to be a binding treaty, and therefore contain binding international obligations. The Security Council merely *endorsed* it, which conveys that it has not acquired binding force by virtue of being included in a Security Council resolution under Arti-

⁸⁷ OSCE, *Latest from OSCE Special Monitoring Mission (SMM) to Ukraine Based on Information Received as 27 September 2015*, 28 September 2015, Ann. 15, Documents in support of Ukraine’s Request for provisional measures.

⁸⁸ Record of Interrogation of Detained Anonymous Soldier No. 1 Self-Proclaimed “Donetsk People’s Republic”, Security Service of Ukraine, 15 February 2017, Ann. 30, Documents in support of Ukraine’s Request for provisional measures.

⁸⁹ *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation), Provisional Measures, Order of 15 October 2008*, I.C.J. Reports 2008, p. 396, para. 143.

⁹⁰ CR 2017/2, p. 50, para. 76 (Zimmermann).

⁹¹ *Questions relating to the Seizure and Detention of Certain Documents and Data (Timor-Leste v. Australia), Provisional Measures, Order of 3 March 2014*, I.C.J. Reports 2014, pp. 158-159, paras. 46-48.

teurs d'accéder à une zone proche de la frontière russe⁸⁷. Un membre de la RPD a par ailleurs indiqué, dans une déclaration faite le 15 février 2017, que certains secteurs frontaliers étaient utilisés comme voies d'accès pour l'acheminement d'armes⁸⁸. Les deux parties qui s'affrontent en Ukraine orientale ont restreint l'accès aux zones de conflit, ce qui fait craindre que la situation ne puisse pas être surveillée d'assez près et constitue un obstacle à l'appréciation de son caractère d'urgence. La nécessité de mettre un terme aux violences avérées contre la population civile m'amène cependant à conclure qu'il existait, dans les circonstances de l'espèce, une urgence extrême. La Cour a dit, dans l'affaire *Géorgie c. Russie*, qu'une situation pouvait revêtir un caractère d'urgence si elle était « instable et [susceptible de] changer rapidement »⁸⁹. Les événements qui se sont produits en Ukraine orientale, et surtout à Avdiivka, sont de parfaits exemples d'une situation « instable » pouvant « changer rapidement ». Cela prouve le bien-fondé de la conclusion selon laquelle l'urgence de la situation commandait l'indication, par la Cour, de mesures conservatoires.

44. Contrairement à ce qu'a soutenu la Fédération de Russie, l'ensemble de mesures prévues par les accords de Minsk II ne permet pas d'écarter le risque réel et imminent de préjudice irréparable⁹⁰. Premièrement, des observateurs internationaux tels que l'OSCE et le HCDH ont signalé que les deux Parties avaient violé ces mesures. Deuxièmement, il ressort de la jurisprudence de la Cour que l'existence d'obligations internationales contraignantes incombant aux Etats parties à une affaire dont elle est saisie n'écarte pas le risque réel et imminent qu'un préjudice irréparable soit causé. Dans l'affaire *Timor-Leste c. Australie*, la Cour a ainsi estimé que pareil risque existait en dépit du fait que l'*Attorney-General* de l'Australie s'était solennellement engagé, au nom de son gouvernement et conformément au droit international, à ce que les documents saisis dans le cabinet de l'avocat du Timor-Leste ne soient pas utilisés, sauf pour des raisons de sécurité nationale⁹¹. En la présente espèce, l'on ne sait pas encore précisément si l'ensemble de mesures prévues par les accords de Minsk II peut être considéré comme un traité ayant force obligatoire et qui, partant, contiendrait des obligations internationales contraignantes.

⁸⁷ OSCE, Dernières nouvelles de la Mission spéciale d'observation (MSO) de l'OSCE en Ukraine sur la base des informations reçues le 27 septembre 2015, 28 septembre 2015, annexe 15, documents à l'appui de la demande en indication de mesures conservatoires de l'Ukraine.

⁸⁸ Enregistrement de l'interrogatoire du soldat anonyme n° 1 de la « République populaire de Donetsk » autoproclamée, service de sécurité de l'Ukraine, 15 février 2017, annexe 30, documents à l'appui de la demande en indication de mesures conservatoires de l'Ukraine.

⁸⁹ *Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie)*, mesures conservatoires, ordonnance du 15 octobre 2008, C.I.J. Recueil 2008, p. 396, par. 143.

⁹⁰ CR 2017/2, p. 50, par. 76 (Zimmermann).

⁹¹ *Questions concernant la saisie et la détention de certains documents et données (Timor-Leste c. Australie)*, mesures conservatoires, ordonnance du 3 mars 2014, C.I.J. Recueil 2014, p. 158-159, par. 46-48.

cle 25 of the United Nations Charter; moreover, Security Council resolution 2202 (2015) was not taken under Chapter VII. *A fortiori*, it should not be seen as the reason removing a real and imminent risk of irreparable prejudice in the circumstances of this case.

E. THE LINK BETWEEN THE PROVISIONAL MEASURES GRANTED AND THE RIGHTS WHICH UKRAINE SEEKS TO PROTECT

45. In its 2011 Order on provisional measures in *Certain Activities*, the Court held that “a link must exist between the rights which form the subject of the proceedings before the Court on the merits of the case and the provisional measures being sought”⁹². *Arbitral Award of 31 July 1989* was the only case in which the Court refused to grant provisional measures owing to the absence of a link between the provisional measures requested and the rights whose protection the applicant State sought. Guinea-Bissau instituted proceedings against Senegal arguing that the arbitral award of 31 July 1989⁹³, which had settled the maritime delimitation dispute between the two States, was invalid as a matter of international law. Pending the Court’s judgment, Guinea-Bissau asked for provisional measures to be indicated under Article 41 of the Statute, requesting only that Senegal “abstain in the disputed area from any act or action of any kind whatever, during the whole duration of the proceedings until the decision is given by the Court”⁹⁴. The Court found that:

“the Application . . . asks the Court to pass upon the existence and validity of the award [of 31 July 1989] but does not ask the Court to pass upon the respective rights of the Parties in the maritime areas in question; . . . accordingly the alleged rights sought to be made the subject of provisional measures are not the subject of the proceedings before the Court on the merits of the case”⁹⁵.

The only provisional measure requested by Guinea-Bissau was not linked to the rights claimed in the main proceedings, which concerned the valid-

⁹² *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)*, Provisional Measures, Order of 8 March 2011, *I.C.J. Reports 2011 (I)*, p. 18, para. 54.

⁹³ *Delimitation of the Maritime Boundary between Guinea-Bissau and Senegal (Guinea-Bissau/Senegal)*, Award of 31 July 1989, *RIAA*, Vol. XX, p. 119.

⁹⁴ *Arbitral Award of 31 July 1989 (Guinea-Bissau v. Senegal)*, Provisional Measures, Order of 2 March 1990, *I.C.J. Reports 1990*, p. 65, para. 3.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 70, para. 26.

Le Conseil de sécurité n'ayant fait que l'*approuver*, cet ensemble de mesures n'a pas acquis force obligatoire en tant que décision énoncée dans une résolution du Conseil au sens de l'article 25 de la Charte des Nations Unies; de surcroît, la résolution 2202 (2015) du Conseil n'a pas été adoptée en vertu du chapitre VII. *A fortiori*, l'on ne devrait pas considérer, dans les circonstances de l'espèce, que cet ensemble de mesures permet d'écarter le risque réel et imminent qu'un préjudice irréparable soit causé.

E. LE LIEN ENTRE LES MESURES CONSERVATOIRES INDIQUÉES
ET LES DROITS QUE L'UKRAINE CHERCHE À PROTÉGER

45. Dans l'ordonnance en indication de mesures conservatoires qu'elle a rendue en 2011 en l'affaire relative à *Certaines activités*, la Cour a dit qu'«un lien doit exister entre les droits qui font l'objet de l'instance pendante devant [elle] sur le fond de l'affaire et les mesures conservatoires sollicitées»⁹². L'affaire relative à la *Sentence arbitrale du 31 juillet 1989* est la seule dans laquelle la Cour ait refusé d'indiquer des mesures conservatoires en raison de l'absence de lien entre les mesures sollicitées et les droits que l'Etat requérant cherchait à protéger. La Guinée-Bissau avait introduit une instance contre le Sénégal en affirmant que la sentence arbitrale du 31 juillet 1989⁹³, qui avait réglé le différend concernant la délimitation maritime entre les deux Etats, était, au regard du droit international, entachée d'invalidité. Dans l'attente de l'arrêt de la Cour, la Guinée-Bissau avait sollicité l'indication de mesures conservatoires en vertu de l'article 41 du Statut, demandant seulement que le Sénégal «s'abstien[ne] dans la zone en litige de tout acte ou action [quels qu'ils soient] pendant toute la durée de la procédure jusqu'à la décision rendue par la Cour»⁹⁴. Cette dernière a conclu ce qui suit :

«la requête prie ... la Cour de se prononcer sur l'existence et la validité de la sentence [du 31 juillet 1989], mais ... elle ne la prie pas de se prononcer sur les droits respectifs des Parties dans la zone maritime en cause; ... en conséquence les droits allégués dont il est demandé qu'ils fassent l'objet de mesures conservatoires ne sont pas l'objet de l'instance pendante devant la Cour sur le fond de l'affaire»⁹⁵.

La seule mesure conservatoire sollicitée par la Guinée-Bissau était sans lien avec les droits revendiqués dans la procédure principale, qui avait

⁹² *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua)*, mesures conservatoires, ordonnance du 8 mars 2011, C.I.J. Recueil 2011 (I), p. 18, par. 54.

⁹³ *Délimitation maritime entre la Guinée-Bissau et le Sénégal (Guinée-Bissau c. Sénégal)*, sentence du 31 juillet 1989, RSA, vol. XX, p. 119.

⁹⁴ *Sentence arbitrale du 31 juillet 1989 (Guinée-Bissau c. Sénégal)*, mesures conservatoires, ordonnance du 2 mars 1990, C.I.J. Recueil 1990, p. 65, par. 3.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 70, par. 26.

ity of the arbitral award of 31 July 1989. Therefore, Guinea-Bissau's request for provisional measures was denied.

46. In the present case, the provisional measures requested by Ukraine in relation to the ICSFT are all linked to the right claimed on the merits, which concerns co-operation to prevent terrorism financing. Some of the provisional measures requested by Ukraine could be seen to touch upon the merits of the dispute. However, the Court could have indicated some of the provisional measures requested. For example, the Court could have indicated a provisional measure requiring both the Russian Federation and Ukraine to co-operate to effectively control the Russian-Ukrainian border in order to monitor and prevent the transfer of "funds" for the commission of acts plausibly amounting to terrorism. Furthermore, the Court could have reminded both Parties of their treaty obligation to co-operate under Article 18 of the ICSFT, and perhaps given some concrete guidance on how to implement such a provisional measure.

F. CONCLUSION

47. The preliminary examination of the entire evidence on record affords a sufficient basis to arrive at a plausible view that all elements under Article 2 of the ICSFT are satisfied in this case. Therefore, the Court ought to have indicated provisional measures in relation to the ICSFT.

(Signed) Dalveer BHANDARI.

trait à la validité de la sentence arbitrale du 31 juillet 1989. En conséquence, la demande de la Guinée-Bissau a été rejetée.

46. En la présente espèce, les mesures conservatoires sollicitées par l'Ukraine au regard de la CIRFT avaient toutes un lien avec le droit revendiqué au fond, qui a trait à la coopération en matière de prévention du financement du terrorisme. Certaines de ces mesures pouvaient être considérées comme touchant au fond du différend, mais la Cour aurait pu en indiquer d'autres en prescrivant, par exemple, aux deux Parties de coopérer pour surveiller de manière effective la frontière russo-ukrainienne, afin de contrôler et d'empêcher le transfert de «fonds» en vue de commettre des actes pouvant plausiblement être qualifiés de terroristes. En outre, la Cour aurait pu rappeler aux deux Parties l'obligation de coopérer que leur impose l'article 18 de la CIRFT, et peut-être leur fournir des indications concrètes sur la manière dont il convenait de mettre en œuvre cette mesure conservatoire.

F. CONCLUSION

47. L'examen préliminaire de l'ensemble des éléments de preuve versés au dossier offre une base suffisante pour conclure de manière plausible que toutes les conditions énumérées à l'article 2 de la CIRFT étaient remplies en l'espèce. Il eût donc été opportun que la Cour indiquât des mesures conservatoires au regard de cet instrument.

(Signé) Dalveer BHANDARI.
