

## SEPARATE OPINION OF JUDGE OWADA

1. I have voted in favour of the Order in support of all points contained in its operative paragraph 106. I also agree with the Court's decision not to grant Ukraine's request for provisional measures concerning the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism (ICSFT). Nevertheless, I have arrived at the same conclusion of the Order on the ICSFT through a different path. In particular, it is my considered view that the rights claimed by Ukraine under the ICSFT are plausible, but that there is no real and imminent risk at this moment that irreparable prejudice will be caused to those rights.

I. THE NATURE OF THE CONDITIONS  
FOR PROVISIONAL MEASURES

2. While the term "plausible" has come to be accepted as a standard term for referring to a certain element within the purview of an examination of whether provisional measures can be granted or not, a proper understanding of the nature of the plausibility requirement should start with an examination of what Article 41, paragraph 1, of the Statute of the Court provided on this issue. This paragraph provides: "The Court shall have the power to indicate, if it considers that circumstances so require, any provisional measures which ought to be taken to preserve the respective rights of either party."

3. The rationale of this provision is explained in the recent Order on the Request for the indication of provisional measures of protection in the *Georgia v. Russia* case of 2008 as follows:

"the power of the Court to indicate provisional measures under Article 41 of the Statute of the Court has its object the preservation of the respective rights of the parties pending the decision of the Court, in order to ensure that irreparable prejudice shall not be caused to rights which are the subject of dispute in judicial proceedings; . . . it follows that the Court must be concerned to preserve by such measures the rights which may subsequently be adjudged by the Court to belong either to the Applicant or to the Respondent" (*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*, pp. 388-389, para. 118).

## OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE OWADA

[Traduction]

1. J'ai voté en faveur de tous les points du dispositif de l'ordonnance figurant au paragraphe 106 de celle-ci. Je souscris également à la décision de la Cour de ne pas faire droit à la demande de mesures conservatoires présentée par l'Ukraine au titre de la convention internationale pour la répression du financement du terrorisme (ci-après, la «CIRFT»). Je suis cependant parvenu à cette même conclusion en suivant un raisonnement différent. Après mûre réflexion, j'ai notamment estimé que les droits revendiqués par l'Ukraine au titre de la CIRFT étaient plausibles, mais qu'il n'existait, pour l'heure, pas de risque réel et imminent qu'un préjudice irréparable leur soit causé.

### I. LA NATURE DES CONDITIONS PRÉSIDANT À L'INDICATION DE MESURES CONSERVATOIRES

2. Si le terme «plausible» est désormais reconnu comme étant celui dont doit pouvoir être qualifié un élément donné aux fins de déterminer s'il convient d'indiquer des mesures conservatoires, ce critère de plausibilité ne peut être correctement appréhendé que sur la base d'un examen du paragraphe 1 de l'article 41 du Statut de la Cour, qui confère à celle-ci sa compétence en la matière. Cette disposition est ainsi libellée: «La Cour a le pouvoir d'indiquer, si elle estime que les circonstances l'exigent, quelles mesures conservatoires du droit de chacun doivent être prises à titre provisoire.»

3. La raison d'être de cette disposition est exposée dans l'ordonnance que la Cour a rendue en 2008 sur la demande en indication de mesures conservatoires présentée en l'affaire *Géorgie c. Russie*:

«le pouvoir d'indiquer des mesures conservatoires que la Cour tient de l'article 41 de son Statut a pour objet de sauvegarder le droit de chacune des parties en attendant qu'elle rende sa décision, afin qu'un préjudice irréparable ne soit pas causé aux droits en litige dans une procédure judiciaire;... il s'ensuit que la Cour doit se préoccuper de sauvegarder par de telles mesures les droits que l'arrêt qu'elle aura ultérieurement à rendre pourrait éventuellement reconnaître, soit au demandeur, soit au défendeur» (*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. 388-389, par. 118*).

4. While a facile analogy of this legal institution with similar institutions in private law should naturally be carefully avoided, given that the specific purposes for which a legal institution similar in name could be considerably different, it is important to recognize that the *rationale* for this institution introduced in the Statute of the Court finds resonance in similar institutions stipulated in a number of domestic legal systems, such as the institution of an “interlocutory injunction” under common law. In the doctrine of common law it is explained that the usual purpose of an interlocutory injunction is “to preserve the *status quo* until the rights of the parties have been determined in the action”. To grant such an injunction, the principal elements to be applied are summarized as follows: (1) the plaintiff must establish that he had a *good arguable claim* to the right he seeks to protect; (2) it is enough that the plaintiff shows that there is a *serious question to be tried*; and (3) if the plaintiff satisfies these tests, the grant or refusal of an injunction is a matter of *the Court’s discretion on the balance of convenience*” (*The Supreme Court Practice, 1995, Vol. 1, Part 1, (London, 1994), p. 514; emphasis added*). The precise requirements for provisional relief, naturally, vary across different legal systems, but the rationale for this institution can be regarded as being aptly summarized in this formulation.

5. As far as the jurisprudence of this Court is concerned, the Court has consistently held that “(1) it may indicate provisional measures if certain requirements, such as the provisions relied on by the Applicant appear, *prima facie*, to afford a basis on which its jurisdiction could be founded” (see *Immunities and Criminal Proceedings (Equatorial Guinea v. France), Provisional Measures, Order of 7 December 2016, I.C.J. Reports 2016 (II), p. 1155, para. 31*); (2) “the rights asserted by the party requesting provisional measures are at least plausible in the sense that a link must exist between the rights which form the subject of the proceedings and the provisional measures being sought” (see *ibid.*, pp. 1165-1166, paras. 71-72); (3) “irreparable prejudice can be caused to the rights which are the subject of judicial proceedings” (see *ibid.*, p. 1168, para. 82); and (4) “there is urgency, in the sense that there is a real and imminent risk that irreparable prejudice will be caused to the rights before the Court gives its final decision” (see *ibid.*, para. 83).

6. While all these elements are required in order for the Court to be able to indicate provisional measures, a distinction could be observed between the first two elements (*prima facie* jurisdiction and plausibility) and the last two elements (risk of irreparable prejudice and urgency) in their legal character.

7. The first two requirements relate to the scope of the legal framework in which the Court is entitled to exercise its power under Article 41 to indicate provisional measures. Thus, in order for the Court to be able to indicate provisional measures that “preserve the respective rights of either party” the Court must ascertain that jurisdiction to deal with the alleged rights exists, at least *prima facie*, on the basis of the Convention in ques-

4. S'il convient naturellement de se garder de toute analogie facile entre l'institution juridique des mesures conservatoires établie par le Statut de la Cour et des institutions de droit privé désignées de manière semblable mais pouvant obéir à des buts très différents, force est de reconnaître que la raison d'être de la première trouve un écho dans certaines institutions similaires existant dans plusieurs systèmes juridiques nationaux, telle que celle de l'*interlocutory injunction* (injonction avant dire droit) en *common law*. Dans la doctrine de la *common law*, il est ainsi précisé que l'*interlocutory injunction* a généralement pour but «de préserver le *statu quo* jusqu'à ce que les droits des parties aient été établis dans le cadre de la procédure au fond». Les principales conditions à remplir pour que pareille mesure soit décidée sont résumées comme suit : «1) le demandeur doit établir que *sa prétention* au droit qu'il cherche à protéger *est défendable*; 2) il lui suffit de démontrer qu'*une question sérieuse doit être tranchée*; et 3) si ces conditions sont remplies, l'octroi ou non de l'injonction est à la *discrétion du tribunal*, selon qu'il juge cette mesure opportune ou non» (*The Supreme Court Practice, 1995*, vol. 1, 1<sup>re</sup> partie (Londres, 1994), p. 514; les italiques sont de moi). Bien que les conditions précises qui président à pareille décision conservatoire varient naturellement d'un système juridique à l'autre, l'on peut considérer que la raison d'être de cette institution est correctement résumée dans le passage précité.

5. En ce qui concerne la jurisprudence de la Cour, celle-ci a toujours affirmé qu'elle ne peut indiquer des mesures conservatoires que 1) si «les dispositions invoquées par le demandeur semblent *prima facie* constituer une base sur laquelle sa compétence pourrait être fondée» (voir *Immunités et procédures pénales (Guinée équatoriale c. France), mesures conservatoires, ordonnance du 7 décembre 2016, C.I.J. Recueil 2016 (II)*, p. 1155, par. 31); 2) si «les droits invoqués par la partie qui sollicite des mesures de cette nature sont au moins plausibles» en ce sens qu'«un lien doit exister entre les droits qui font l'objet de l'instance pendante devant la Cour sur le fond de l'affaire et les mesures conservatoires sollicitées» (voir *ibid.*, p. 1165-1166, par. 71-72); 3) si «un préjudice irréparable risque d'être causé aux droits en litige dans une procédure judiciaire» (voir *ibid.*, p. 1168, par. 82); et 4) «s'il y a urgence, c'est-à-dire s'il existe un risque réel et imminent qu'un préjudice irréparable soit causé aux droits en litige avant que la Cour ne rende sa décision définitive» (voir *ibid.*, par. 83).

6. Quoique tous ces éléments doivent être réunis pour que la Cour puisse indiquer des mesures conservatoires, une distinction fondée sur leur nature juridique pourrait être opérée entre les deux premiers (compétence *prima facie* et plausibilité) et les deux derniers (risque de préjudice irréparable et urgence).

7. Les deux premières conditions ont trait au cadre juridique dans lequel la Cour est habilitée à exercer le pouvoir d'indiquer des mesures conservatoires qu'elle tient de l'article 41. Ainsi, pour pouvoir indiquer des «mesures conservatoires du droit de chacun», la Cour doit s'assurer qu'elle a compétence, au moins *prima facie*, pour connaître des droits allégués, sur la base de la convention à l'examen, et que les droits dont la

tion, and that the rights whose protection is sought must exist on the basis of the provisions prescribed in the Convention. There must be a link between the rights whose protection is sought and the measures requested. These are legal requirements that the Court must satisfy before exercising its power to indicate provisional measures of protection.

8. The last two requirements, on the other hand, belong to the *discretionary power* that the Court can exercise in determining whether to indicate provisional measures or not. They flow directly from the Court's power to indicate provisional measures "if it considers that circumstances so require". On these questions the Court has the discretion to determine what these circumstances are, but such power does not extend to the first two requirements which are prescribed by the legal scope of the institution.

9. This distinction is not merely academic. It carries significant consequences in relation to the thesis that provisional measures of protection should not amount to a prejudgment of the case. There is no question that the Court's Order on the indication of provisional measures should never prejudge and determine any question relating to the final determination on jurisdiction of the Court, the admissibility of the Application, and especially any aspect of the merits of the dispute. The first two requirements thus should carry a great weight in order to avoid the danger of falling into a prejudgment and an infringement of their final decision, at the stage of these preliminary proceedings, which is incidental to the main proceedings on the merits.

## II. THE STANDARD OF PLAUSIBILITY

10. In light of this understanding on the nature of the conditions for provisional measures, the so-called "test of plausibility" of the existence of the asserted rights — which, in my view, is a shorthand term to refer to the condition that "a link must exist between the right whose protection is sought and the measures requested — cannot and should not be as high as it would be the case with the test of "prima facie case" for the existence of such asserted rights. This low requirement of the threshold should only be obvious, if regard is had to the point that the determination on whether the rights are plausible should not prejudge the merits of the dispute. In other words, it could and should merely indicate whether there is some arguable possibility — be it high or low — that the asserted rights exist, justifying the exercise of the Court's power to indicate provisional measures. If, on the other hand, this standard were too high, a determination on whether the right is plausible could risk resulting in a prejudgment of the merits of the dispute. A negative determination that the rights in question would not be plausible, could suggest a conclusion at this stage that the asserted rights could not exist under the Convention, leading to a conclusion, in fact if not in law, that the Court would be prevented, from embarking upon further examination of the legal validity of the

protection est recherchée existent au regard des prescriptions de ce même instrument. De plus, un lien doit exister entre lesdits droits et les mesures sollicitées. Telles sont les conditions juridiques auxquelles il doit être satisfait pour que la Cour puisse exercer son pouvoir d'indiquer des mesures conservatoires.

8. Les deux dernières conditions relèvent, quant à elles, du *pouvoir discrétionnaire* de la Cour en matière d'indication de mesures conservatoires. Elles découlent directement de la faculté dont celle-ci dispose d'indiquer de telles mesures «si elle estime que les circonstances l'exigent». Sur ces deux points, la Cour a le pouvoir discrétionnaire de déterminer quelles sont les circonstances en question, pouvoir qui ne s'étend pas aux deux premières conditions, qui sont prescrites par la portée juridique de l'institution des mesures conservatoires.

9. Cette distinction n'est pas seulement théorique; elle a une incidence importante sur la thèse selon laquelle, en indiquant des mesures conservatoires, le Cour ne saurait préjuger l'affaire. Il ne fait aucun doute que la Cour, en rendant une ordonnance en indication de mesures conservatoires, ne devrait jamais préjuger ni trancher aucune question touchant à sa compétence, à la recevabilité de la requête ou, plus particulièrement, à un quelconque aspect du fond du différend qui lui est soumis. Pour éviter cet écueil à ce stade préliminaire, et dans le cadre d'une procédure incidente, une grande importance doit donc être attachée aux deux premières conditions.

## II. LE CRITÈRE DE PLAUSIBILITÉ

10. La nature des conditions présidant à l'indication de mesures conservatoires ayant été ainsi définie, ce que l'on appelle le «critère de plausibilité» de l'existence des droits revendiqués — qui, à mon sens, n'est qu'une façon abrégée d'exprimer l'idée selon laquelle «un lien doit exister entre les droits dont la protection est recherchée et les mesures sollicitées» — ne peut et ne devrait pas être appliqué de manière aussi rigoureuse que ne le serait un critère de l'existence «*prima facie*» de ces droits. Le caractère peu strict du critère de plausibilité apparaît clairement si l'on tient compte de ce que toute décision quant au caractère plausible ou non des droits à l'examen ne saurait préjuger le fond de l'affaire. Autrement dit, la Cour peut et doit se contenter d'établir s'il existe une possibilité — qu'elle soit élevée ou faible — que les droits revendiqués existent, ce qui justifierait l'exercice par elle de son pouvoir d'indiquer des mesures conservatoires. Si, au contraire, ce critère était trop strict, elle risquerait, en déterminant si un droit est ou non plausible, de préjuger le fond de l'affaire. Dire qu'ils ne sont pas plausibles pourrait alors laisser entendre, à ce stade préliminaire, que les droits revendiqués ne peuvent exister au regard de la convention en cause, ce qui conduirait, de fait si ce n'est en droit, à empêcher la Cour d'examiner plus avant la validité juri-

asserted rights under the Convention in question. Such prejudgment would clearly be inappropriate in light of the fact that, at the stage of provisional measures, the parties have not had sufficient opportunity to furnish all the evidence to establish their arguments in full, nor the Court has had sufficient opportunity to consider the totality of the evidence and arguments that the parties would like to present at the merits stage.

11. The correctness of this understanding on the standard of plausibility is borne out by the jurisprudence of the Court. Although the Court formally introduced this requirement into its Order as an express terminology for the first time in *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. 151, para. 57), it is my understanding that this formal introduction did nothing more than making explicit what had long been implicit in the jurisprudence of the Court and its predecessor, the PCIJ. Over the course of this implicit and explicit history of the issue of “plausibility” in the jurisprudence of the Court and its predecessor, the requirement of plausibility has been consistently understood to be at a reasonable level in light of the nature of the exercise.

12. This understanding can already be seen in the discussion of the issue in the PCIJ days, such as in the case concerning *Polish Agrarian Reform and German Minority [Germany v. Poland]* before the Permanent Court of International Justice. In his opinion to the Order on interim measures of protection in that case, Judge Anzilotti remarked:

“If the *summaria cognitio*, which is characteristic of a procedure of this kind, enabled us to take into account the *possibility* of the right claimed by the German Government, and the *possibility* of the danger to which that right was exposed, I should find it difficult to imagine any request for the indication of interim measures more just, more opportune or more appropriate than the one which we are considering.” (*Interim Measures of Protection, Order of 29 July 1933, P.C.I.J., Series A/B, No. 58*, p. 181; emphasis in the original.)

13. The same understanding can also be seen much more recently in the case concerning *Passage through the Great Belt (Finland v. Denmark)* before this Court. In his opinion to the Order on provisional measures, Judge Shahabuddeen, after exhaustively analysing the precedents of this Court and its predecessor, stated on this point as follows:

“[I]n measuring the danger of prejudgment, it has to be borne in mind that what the Court is considering is not whether the right sought to be preserved definitively exists, but whether the requesting State has shown *any possibility* of its existence.” (*Provisional Measures, Order of 29 July 1991, I.C.J. Reports 1991*, p. 30; emphasis added.)



dique desdits droits. Préjuger ainsi le fond de l'affaire serait manifestement inapproprié étant donné que, au stade des mesures conservatoires, les parties n'ont pas suffisamment eu l'occasion de produire tous les éléments de preuve étayant leurs arguments, pas plus que la Cour n'a eu celle d'examiner la totalité des éléments de preuve et arguments que les parties souhaiteraient présenter au stade de l'examen de l'affaire au fond.

11. La jurisprudence de la Cour vient étayer le bien-fondé de cette conception du critère de plausibilité. Bien que ce dernier n'ait été formellement et expressément introduit que dans l'ordonnance qu'elle a rendue en l'affaire relative à des *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. 151, par. 57)*, la Cour n'a ainsi, selon moi, fait que formuler explicitement ce qui était depuis longtemps contenu implicitement dans sa jurisprudence et celle de sa devancière, la Cour permanente de Justice internationale (ci-après, la «CPJI»). Or, il a toujours été entendu que, compte tenu de la nature de l'exercice, le critère de plausibilité — qu'il soit implicite ou explicite — devait être appliqué de manière raisonnable.

12. Cette conception du critère de plausibilité ressort déjà des discussions qui ont eu lieu sur la question à l'époque de la CPJI, notamment dans l'affaire concernant la *Réforme agraire polonaise et minorité allemande [Allemagne c. Pologne]*. Dans l'exposé de son opinion qu'il a joint à l'ordonnance en indication de mesures conservatoires rendue par la CPJI dans cette affaire, le juge Anzilotti a ainsi déclaré ce qui suit :

«Si la *summaria cognitio*, qui est le propre de ce genre de procédure, permettait de retenir la *possibilité* du droit revendiqué par le Gouvernement allemand, et la *possibilité* du danger auquel ce droit serait exposé, il me serait difficile d'imaginer une demande en indication de mesures conservatoires plus juste, plus opportune, plus appropriée que celle dont il s'agit.» (*Mesures conservatoires, ordonnance du 29 juillet 1933, C.P.J.I. série A/B n° 58, p. 181*; les italiques sont dans l'original.)

13. Cette même conception du critère à l'examen ressort également de l'affaire bien plus récente du *Passage par le Grand-Belt (Finlande c. Danemark)*, dont a eu à connaître la présente Cour. Dans l'exposé de son opinion qu'il a joint à l'ordonnance en indication de mesures conservatoires rendue dans cette affaire, le juge Shahabuddeen, après s'être livré à une analyse exhaustive des précédents contenus dans la jurisprudence de la Cour et de sa devancière, s'est prononcé comme suit sur ce point :

«[D]ans l'évaluation du risque qu'il y a à préjuger du fond, il faut se rappeler que ce que la Cour examine ce n'est pas la question de savoir si le droit qu'on cherche à sauvegarder existe effectivement, mais si l'Etat requérant a démontré *une quelconque possibilité* de son existence.» (*Mesures conservatoires, ordonnance du 29 juillet 1991, C.I.J. Recueil 1991, p. 30*; les italiques sont de moi.)



14. Admittedly, when the Court introduced the plausibility requirement in express terms in *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite*, the choice of the word “plausible” may not have made the standard sufficiently precise. The term “plausible” is not a term of art that exists in the legal science but a term used in common life, as signifying “seeming reasonable and probable” and could be held to be synonymous to “likely, believable”, as well as “specious, meretricious” (*Oxford Dictionary* and *Thesaurus*). The *Oxford English Dictionary* defines “plausible” as “seeming reasonable, probable, or truthful; convincing, believable”. The *Merriam-Webster Dictionary* defines it as “superficially fair, reasonable, or valuable but often specious; superficially pleasing or persuasive; appearing worthy of belief”. And the *Larousse Dictionary* defines “*plausible*” as “*qui semble pouvoir être admis, accepté, tenu pour vrai*”. As a result, the word alone could be seen as indicating a low or high standard.

15. Nevertheless, the Court’s choice of the word “plausible” reveals that the Court at the very least wished to distinguish it from the “prima facie” standard that applies for jurisdiction. As Judge Shahabuddeen noted in the *Passage through the Great Belt (Finland v. Denmark)*:

“Judge Anzilotti’s formula, referred to above, appears to be potentially less productive of any risk of prejudgment than the prima facie test, as commonly understood; and I prefer it.” (*Provisional Measures, Order of 29 July 1991, I.C.J. Reports 1991, p. 36.*)

16. It is important to note that the Court’s jurisprudence on the requirement since the Order in *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite*, when this terminology was introduced, reveals that the standard applied has always been fairly low. This can be seen first and foremost by the fact that, aside from the present Order, the Court has always found the rights in question to be plausible. Today is the first time that the Court has found that a right does not meet the plausibility requirement.

17. In the recent case law, the Court has employed languages indicating a standard of plausibility that has been adopted above in explaining why certain rights were “plausible”. In *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, the Court held that the right in question was plausible because it was “grounded in a *possible interpretation*” of the Convention against Torture (*Provisional Measures, Order of 28 May 2009, I.C.J. Reports 2009, p. 152, para. 60, emphasis added*). And in *Questions relating to the Seizure and Detention of Certain Documents and Data (Timor-Leste v. Australia)*, the Court held that one

14. Il est vrai que la Cour, en introduisant expressément le critère de plausibilité dans l'affaire relative à des *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader*, n'a peut-être pas opté pour un terme suffisamment précis. En effet, il ne s'agit pas d'un terme scientifique consacré en droit, mais il est emprunté au langage courant, où, selon les dictionnaires anglais, il signifie «seeming reasonable and probable» [qui semble raisonnable et probable] et pourrait être tenu pour synonyme de «likely, believable» [probable, crédible], ainsi que de «specious, meretricious» [spécieux, superficiel] (*Oxford Dictionary* et *Thesaurus*). L'*Oxford English Dictionary* définit le mot «plausible» comme «seeming reasonable, probable, or truthful; convincing, believable» [qui semble raisonnable, probable ou exact; convaincant, crédible] et le *Merriam-Webster Dictionary*, comme «superficially fair, reasonable, or valuable but often specious; superficially pleasing or persuasive; appearing worthy of belief» [en apparence juste, raisonnable ou valable, mais souvent spécieux; en apparence agréable ou convaincant; qui paraît digne de foi]. Le dictionnaire français *Larousse*, quant à lui, en donne la définition suivante: «qui semble pouvoir être admis, accepté, tenu pour vrai». Il s'ensuit donc que le mot lui-même pourrait être perçu comme désignant un critère strict ou non.

15. Quoi qu'il en soit, le fait que la Cour ait choisi d'employer le mot «plausible» indique qu'elle souhaitait à tout le moins opérer une distinction avec l'expression «*prima facie*», qui qualifie le critère s'appliquant à sa compétence. Ainsi que l'a relevé le juge Shahabuddeen dans l'affaire du *Passage par le Grand-Belt (Finlande c. Danemark)*,

«[l]a formule de M. Anzilotti, évoquée ci-dessus, semble moins susceptible de créer un risque de préjuger du fond que la vérification *prima facie* telle qu'elle est couramment comprise; et je la préfère» (*mesures conservatoires, ordonnance du 29 juillet 1991, C.I.J. Recueil 1991, p. 36*).

16. Il est important de noter que, depuis l'ordonnance rendue en l'affaire relative à des *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader*, lorsque le terme à l'examen a été introduit, la Cour a toujours appliqué ce critère de manière assez peu stricte. Cela ressort d'abord et avant tout du fait que, si l'on excepte la présente ordonnance, elle a toujours déclaré plausibles les droits qui étaient invoqués devant elle; c'est en effet la première fois aujourd'hui qu'elle conclut qu'un droit ne satisfait pas au critère de plausibilité.

17. Dans sa jurisprudence récente, la Cour a, en exposant les raisons pour lesquelles certains droits étaient «plausibles», employé des termes allant dans le sens de l'interprétation du critère de plausibilité énoncée ci-dessus. Dans l'affaire relative à des *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, elle a ainsi estimé que les droits en question étaient plausibles car ils étaient «fondés sur une *interprétation possible*» de la convention contre la torture (*mesures conservatoires, ordonnance du 28 mai 2009, C.I.J. Recueil 2009, p. 152, par. 60*; les italiques sont de moi). Dans l'affaire relative à des *Questions concernant la*

of the rights in question was plausible because it “*might be derived*” from the principle of the sovereign equality of States (*Provisional Measures, Order of 3 March 2014, I.C.J. Reports 2014*, p. 153, para. 27, emphasis added). The use of the words “possible” and “might” confirms that the standard is fairly low.

18. Moreover, at least, on one occasion the Court seems to have suggested that the degree of certainty required to find a right plausible could be thus lower than fifty per cent in the context of the asserted rights of the opposing party. In *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)*, the Court held:

“Whereas it appears to the Court, after a careful examination of the evidence and arguments presented by the Parties, that the title to sovereignty claimed by Costa Rica over the entirety of Isla Portillos is plausible; whereas the Court is not called upon to rule on the plausibility of the title to sovereignty over the disputed territory advanced by Nicaragua.” (*Provisional Measures, Order of 8 March 2011, I.C.J. Reports 2011 (I)*, p. 19, para. 58.)

19. If “plausibility” were to imply a degree of certainty greater than fifty per cent, then a finding that Costa Rica’s claim was plausible would necessarily imply that Nicaragua’s claim was not plausible. Therefore, based on this passage, the Court appeared to consider that “plausibility” could be a certainty of fifty per cent or less.

20. In light of this jurisprudence, and in light of the nature of this requirement of so-called “plausibility” as discussed above, it is my considered view that the standard of plausibility is, and must be, fairly low. The question to be asked should therefore be that of whether an asserted right is “possible” or “arguable” that it exists.

### III. THE PLAUSIBILITY OF THE RIGHTS ASSERTED BY UKRAINE UNDER THE ICSFT

21. Applying this analysis, I come to the conclusion that the rights asserted by Ukraine concerning the ICSFT should be held to be plausible.

22. I agree with the Court’s finding that “the obligations under Article 18 and the corresponding rights are premised on the acts identified in Article 2” in this final analysis. However, I do not accept the view of the majority that, in the same paragraph,

“in the context of a request for the indication of provisional measures, a State party to the Convention [ICSFT] may rely on Article 18 to require another State party to co-operate with it in the prevention of

*saisie et la détention de certains documents et données (Timor-Leste c. Australie)*, elle a jugé que l'un des droits en question était plausible parce qu'il «*pourrait être inféré*» du principe de l'égalité souveraine des Etats (*mesures conservatoires, ordonnance du 3 mars 2014, C.I.J. Recueil 2014*, p. 153, par. 27; les italiques sont de moi). L'emploi des mots «possible» et «pourrait» confirme que le critère appliqué n'est guère strict.

18. Par ailleurs, la Cour semble avoir laissé entendre, en une occasion au moins, que le degré de certitude requis pour conclure à la plausibilité d'un droit pouvait être inférieur à 50% par rapport aux droits revendiqués par la partie adverse. Dans l'affaire relative à *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua)*, elle a en effet indiqué ce qui suit :

«*Considérant qu'il apparaît à la Cour, après un examen attentif des éléments de preuve et des arguments présentés par les Parties, que le titre de souveraineté revendiqué par le Costa Rica sur l'entièreté de Isla Portillos est plausible; que la Cour n'a pas à se prononcer sur la plausibilité du titre de souveraineté avancé par le Nicaragua sur le territoire litigieux.*» (*Mesures conservatoires, ordonnance du 8 mars 2011, C.I.J. Recueil 2011 (I)*, p. 19, par. 58.)

19. Si la «plausibilité» supposait un degré de certitude supérieur à 50%, le fait d'avoir jugé plausible la prétention du Costa Rica impliquerait nécessairement que celle du Nicaragua ne l'était pas. Au vu du passage précité, il apparaît donc que la Cour a estimé que la «plausibilité» pouvait correspondre à un degré de certitude de 50% ou moins.

20. A la lumière de cette jurisprudence, ainsi que de la nature du critère de «plausibilité» telle qu'examinée ci-dessus, je suis d'avis que le seuil applicable en la matière est, et doit être, peu élevé. La question qu'il convient de se poser est donc de savoir si l'existence d'un droit revendiqué est «possible» ou «défendable».

### III. LA PLAUSIBILITÉ DES DROITS REVENDIQUÉS PAR L'UKRAINE AU TITRE DE LA CIRFT

21. En appliquant cette analyse à la présente espèce, j'en viens à ma conclusion selon laquelle la Cour aurait dû considérer que les droits revendiqués par l'Ukraine au titre de la CIRFT étaient plausibles.

22. Bien qu'estimant, comme la Cour, que «les obligations qui découlent de l'article 18 et les droits correspondants n'existent que relativement aux actes visés à l'article 2», je suis en revanche en désaccord avec l'opinion de la majorité exprimée dans ce même paragraphe, selon laquelle,

«dans le contexte d'une demande en indication de mesures conservatoires, un Etat partie à la convention [la CIRFT] ne peut se fonder sur l'article 18 pour exiger d'un autre Etat partie qu'il coopère avec

certain types of acts *only if it is plausible that such acts constitute offences under Article 2 of the ICSFT*” (Order, para. 74, emphasis added)

and that

“in order to determine whether the rights for which Ukraine seeks protection are at least plausible, it is necessary to ascertain whether there are sufficient reasons for considering that the other elements set out in Article 2, paragraph 1, such as the elements of intention or knowledge noted above [. . .] and the element of purpose specified in Article 2, paragraph 1 (b), are present” (*ibid.*, para. 75).

23. In my view, such determination would prejudge the merits. What is required at this stage is to determine merely whether it is “possible” or “arguable” that the asserted rights arguably fall within the scope of Article 2 of the ICSFT in accordance with the arguments presented by the requesting party. In my opinion, this determination does not require a detailed examination of whether the requirements of intention, knowledge, and purpose as prescribed in Article 2 have been met. Such an examination would require a thorough analysis of the evidence that would go well beyond what is required at this stage of the proceedings.

24. It may be true that Ukraine has not furnished in the course of the present proceedings conclusive evidence that the requirements of intention, knowledge, and purpose are satisfied. But at this early stage of the proceedings, the Court should not expect Ukraine to have done so. All that Ukraine should be required to show is that its asserted rights under the ICSFT are at least “possible” or “arguable”. And I think that Ukraine has provided sufficient material to allow the Court to reach this conclusion.

#### IV. REAL AND IMMINENT RISK OF IRREPARABLE PREJUDICE

25. While it is my view that the rights asserted by Ukraine under the ICSFT are plausible, I believe that the assessment by the Court of the factual elements involved with respect to the last two elements mentioned above (see para. 6 above) may well be different. As mentioned above, the risk of prejudgment does not lie there with respect to the last two requirements, the fate of which will depend upon the discretionary determination of the Court on whether at this stage of the proceedings, the Court recognizes that there is a need and imminent risk to the rights asserted in light of the assessment to be made by the Court in the present situation. It is entirely within the Court’s discretion, in assessing whether there is real and imminent risk, to take into account such elements as intention, knowledge and purpose specified in Article 2 of the ICSFT as relevant factors. It cannot be denied that in light of the ongoing fluid

lui en vue de prévenir un certain type d'actes *que s'il est plausible que les actes en cause puissent constituer des infractions au sens de l'article 2 de la CIRFT*» (ordonnance, par. 74; les italiques sont de moi),

et selon laquelle,

«afin de déterminer si les droits dont l'Ukraine recherch[ait] la protection [étaient] au moins plausibles, il [était] nécessaire de rechercher s'il exist[ait] des raisons suffisantes pour considérer que les autres éléments figurant au paragraphe 1 de l'article 2, tels que les éléments de l'intention ou de la connaissance qui ont été mentionnés ci-dessus (voir le paragraphe 74), et celui relatif au but auquel il est fait référence à l'alinéa b) dudit paragraphe, [étaient] réunis» (*ibid.*, par. 75).

23. Selon moi, pareil examen revient à préjuger le fond de l'affaire. A ce stade, il convenait simplement de déterminer s'il était «possible» que les droits revendiqués entrent dans les prévisions de l'article 2 de la CIRFT comme l'affirmait le demandeur, ou si cette thèse était «défendable». Il n'était pas nécessaire à cet effet de se livrer à un examen détaillé de la question de savoir si les éléments de l'intention, de la connaissance et du but prescrits à l'article 2 étaient réunis. Pareil examen nécessitait une analyse approfondie des éléments de preuve allant bien au-delà de ce qui était requis à ce stade de la procédure.

24. Il est possible que l'Ukraine n'ait pas fourni de preuves convaincantes démontrant que les éléments de l'intention, de la connaissance et du but étaient réunis, mais la Cour ne devait pas, à ce stade précoce de la procédure, s'attendre à ce qu'elle l'ait fait. Tout ce qu'il incombait à l'Ukraine de démontrer, c'est que les droits qu'elle revendique au titre de la CIRFT étaient au moins «plausibles» ou «défendables». Or, à mon sens, elle avait fourni suffisamment d'éléments pour permettre à la Cour de parvenir à cette conclusion.

#### IV. LA QUESTION DU RISQUE RÉEL ET IMMINENT DE PRÉJUDICE IRRÉPARABLE

25. Bien que je sois d'avis que les droits revendiqués par l'Ukraine au titre de la CIRFT étaient plausibles, j'estime que la Cour aurait pu parvenir à une conclusion différente en ce qui concerne les éléments factuels se rapportant aux deux dernières conditions susmentionnées (voir par. 6 ci-dessus). Ainsi que je l'ai indiqué précédemment, celles-ci n'exposent pas la Cour au risque de préjuger le fond puisqu'elles relèvent de son pouvoir discrétionnaire à ce stade de la procédure consistant à déterminer, à la lumière de son appréciation de la situation, s'il existe ou non un risque réel et imminent pour les droits revendiqués. A cet effet, il aurait été tout à fait loisible à la Cour en l'espèce de tenir compte de facteurs tels que l'intention, la connaissance et le but figurant à l'article 2 de la CIRFT, si elle les avait jugés pertinents. Or, il est indéniable que, étant donné l'instabilité de la situation en Ukraine orientale, de nombreuses incerti-

situation in eastern Ukraine, many uncertainties persist as to whether the flow of financing as well as military supplies from one place to another is taking place, if so by whom and for what purpose. On the basis of this reasoning, I am prepared to accept that there is no real and imminent risk that irreparable prejudice will be caused to the rights asserted by Ukraine under the ICSFT.

26. I am further prepared to accept that any prejudice that would be caused to the rights in question could not be said to be irreparable. The rights in question are basically the rights of Ukraine to require the Russian Federation to co-operate in the prevention of the financing of terrorism. Because of the very nature of such rights, any prejudice to such rights cannot be said to be irreparable at this stage to the extent that Ukraine may still meaningfully demand the Russian Federation to seek for full co-operation in good faith to implement its obligation under Article 18 for the future.

27. In this sense a finding of the Court that there is no real and imminent risk of irreparable prejudice could not affect the Court's final determination on whether the rights in question exist. This finding by the Court would not prejudice the merits of the dispute and could not amount to a prejudgment on the case, as different from a finding of the Court on the issue relating to the jurisdiction or a finding of the Court deny the "plausibility" of the rights asserted by the requesting party.

*(Signed)* Hisashi OWADA.

---



tudes persistaient quant au point de savoir si des flux financiers et des livraisons de matériel militaire se produisaient ou non d'un lieu à un autre et, si tel était le cas, quelles étaient les personnes qui y participaient et dans quel but. C'est pourquoi je suis disposé à admettre qu'il n'existait pas de risque réel et imminent qu'un préjudice irréparable soit causé aux droits revendiqués par l'Ukraine au titre de la CIRFT.

26. Je suis en outre disposé à admettre que tout préjudice susceptible d'être causé aux droits à l'examen ne pouvait pas être qualifié d'irréparable. Ces droits sont essentiellement ceux de l'Ukraine de demander à la Fédération de Russie de coopérer afin de prévenir le financement du terrorisme. De par leur nature même, tout préjudice susceptible de leur être causé ne pouvait être qualifié d'irréparable à ce stade, puisque l'Ukraine peut toujours utilement appeler la Fédération de Russie à coopérer pleinement et de bonne foi à l'avenir pour s'acquitter de l'obligation qui lui incombe au titre de l'article 18.

27. En ce sens, une conclusion de la Cour selon laquelle il n'existait pas de risque réel et imminent de préjudice irréparable n'aurait pu avoir d'incidence sur sa décision finale quant à l'existence des droits en question. Pareille conclusion n'aurait donc pas préjugé le fond de l'affaire, contrairement à toute conclusion sur la question de la compétence ou sur l'absence de «plausibilité» des droits revendiqués par le demandeur.

(*Signé*) Hisashi OWADA.

---