

DECLARATION OF JUDGE TOMKA

Order on provisional measures — Scope of the first measure ordered — Insufficient attention paid to reasons underlying decisions of the Supreme Court of Crimea and the Supreme Court of the Russian Federation — Lack of urgency.

1. My vote on point 1 of the operative clause calls for some explanation. While I agree that, in view of its obligations under Articles 2 and 5 of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, the Russian Federation has an obligation to “pursue by all appropriate means . . . a policy of eliminating racial discrimination” (Art. 2) and to prohibit and eliminate racial discrimination in the enjoyment of certain rights, such as for instance, the “right to freedom of peaceful assembly and association” (Art. 5 (d) (ix)), by all Crimean Tatars, I consider that the Court is going too far when it requires the Russian Federation to “refrain from maintaining . . . limitations on the ability of the Crimean Tatar community to conserve . . . the *Mejlis*” (para. 106 (1) (a)).

2. The activities of the *Mejlis*, the 33-member representative and executive body of the Crimean Tatar people elected by the *Kurultai*¹, the congress of that people, were banned by the Supreme Court of Crimea on 26 April 2016, on the proposal of the Prosecutor of Crimea, having been found to be an “extremist organization” that was supporting “extremist activities”. That decision was appealed to the Supreme Court of the Russian Federation which, by a judgment dated 29 September 2016, confirmed the ban. These judgments were brought to the attention of this Court which, however, remains silent about their content, thus raising a question whether it paid any attention to these judicial decisions. The measure now indicated by this Court under point 1 of the operative clause can be read as requiring the Russian Federation to lift or at least suspend the existing ban on the activities of the *Mejlis*. This raises some concerns.

3. First, the Russian Federation pointed out during the hearings that the judgment of the Supreme Court of Crimea provided a number of reasons said to justify the decision to ban the activities of the *Mejlis*. The Supreme Court made reference to statements made by leaders of the

¹ Ukraine uses this transcription of the name of the body, the Russian Federation refers to it as the *Qurultay*, like the official website of the *Mejlis* of the Crimean Tatar People. As the Court refers in this Order to *Kurultai*, I follow it in using that term.

DÉCLARATION DE M. LE JUGE TOMKA

[Traduction]

Ordonnance en indication de mesures conservatoires — Portée de la première mesure indiquée — Attention insuffisante prêtée aux raisons sous-tendant les décisions de la Cour suprême de Crimée et de la Cour suprême de la Fédération de Russie — Absence d'urgence.

1. Mon vote concernant le point 1 du dispositif appelle quelques explications. Si je conviens que, du fait des obligations lui incombant au titre des articles 2 et 5 de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, la Fédération de Russie est tenue de «poursuivre par tous les moyens appropriés ... une politique tendant à éliminer toute forme de discrimination raciale» (art. 2), ainsi que d'interdire et d'éliminer la discrimination raciale dans la jouissance, par l'ensemble des Tatars de Crimée, de certains droits comme le «[d]roit à la liberté de réunion et d'association pacifiques» (point ix) de l'alinéa *d*) de l'article 5), il me semble toutefois que la Cour est allée trop loin en prescrivant à la Fédération de Russie de «[s]'abstenir de maintenir ... des limitations à la capacité de la communauté des Tatars de Crimée de conserver ... le *Majlis*» (alinéa *a*) du point 1 du paragraphe 106).

2. Les activités du *Majlis*, organe exécutif représentant les Tatars de Crimée dont les trente-trois membres sont élus par le *Kurultai*¹, le congrès de ce peuple, ont été interdites par la Cour suprême de Crimée le 26 avril 2016, sur la proposition du procureur de Crimée, au motif qu'il s'agissait d'une «organisation extrémiste» encourageant des «activités extrémistes». Il a été interjeté appel de cette décision devant la Cour suprême de la Fédération de Russie qui, par une décision datée du 29 septembre 2016, a confirmé l'interdiction. Bien qu'informée de ces décisions de justice, la Cour a gardé le silence sur leur contenu, ce qui conduit à se demander si elle y a prêté la moindre attention. La mesure qu'elle a indiquée ce jour au point 1 du dispositif peut être interprétée comme imposant à la Fédération de Russie de lever ou, à tout le moins, de suspendre l'interdiction en vigueur visant les activités du *Majlis*. Cette mesure m'inspire certaines préoccupations.

3. Tout d'abord, la Fédération de Russie a relevé lors des audiences que, dans sa décision, la Cour suprême de Crimée avait exposé plusieurs motifs justifiant selon elle d'interdire les activités du *Majlis*. La Cour suprême s'était ainsi référée à des propos tenus par des dirigeants du

¹ Transcription utilisée par l'Ukraine, la Fédération de Russie employant quant à elle la graphie *Qurultay*, qui est également utilisée sur le site Internet officiel du *Majlis* des Tatars de Crimée. La Cour faisant référence au *Kurultai* dans son ordonnance, j'utiliserai également cette graphie.

Mejlis encouraging “a full-scale military conflict with Russia”, the declaration of “a state of war with Russia”, and urging preparation for “open war” with it. These statements were not disowned by the *Mejlis*. The leaders of the *Mejlis* were also involved in organizing a blockade of freight transportation of goods to Crimea. The *Mejlis* leaders urged Ukraine to stop any trade with, and any supply, including electricity, to Crimea. According to the Supreme Court of Crimea, the *Mejlis* also participated in November and December 2015 in the organization of a blockade preventing the speedy repair of electricity transmission lines from Ukraine to Crimea, destroyed by an explosion in November 2015, thus causing the disruption of power supply to vital infrastructure and households in Crimea for several weeks in the winter period. Those reasons were confirmed in the appellate decision of the Supreme Court of the Russian Federation. Moreover, certain reports from international organizations appear to confirm that at least certain of these activities have taken place. The Russian Federation submitted that “[i]n the light of this evidence, it is difficult to argue that Russia was not manifestly entitled to ban the *Mejlis* and to take the necessary steps to protect public order.”

4. It is not appropriate at the provisional measures stage to reach any firm conclusion on these issues. However, I am concerned with the cavalier approach of the Court in requiring the Russian Federation to alter the decision adopted by a judicial body, and affirmed on appeal by its highest judicial authority, without any consideration having been given to these issues. This Court does not act as a court of appeal from national courts and should not simply overturn the decisions of such courts, in particular at the provisional measures stage (cf. *LaGrand (Germany v. United States of America)*, *Judgment*, *I.C.J. Reports 2001*, p. 486, para. 52).

5. It has to be noted that the purpose of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination is to guarantee the equality of all human beings in rights by prohibiting and eliminating racial discrimination in the enjoyment of civil, political, economic, social and cultural rights. These rights as such are recognized in other international instruments, such as the International Covenant on Civil and Political Rights and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. These rights are, however, not unlimited. For instance, restrictions can be imposed on the freedom of peaceful assembly and association under Article 21 (second sentence), and Article 22, paragraph 2, of the International Covenant on Civil and Political Rights. Such restrictions can be “imposed in conformity with the law” (Art. 21) or “prescribed by law” (Art. 22, para. 2) when they are “necessary in a democratic society in the interests of national security or public safety, public order (*ordre public*), the protection of public health or morals or the protection of the rights and freedoms of others.” What the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimina-

Majlis en faveur d'«un conflit militaire généralisé avec la Russie», à la déclaration d'«un état de guerre avec la Russie», ainsi qu'à des appels à se préparer à une «guerre ouverte» contre celle-ci. Le *Majlis* n'a pas désavoué ces déclarations. Ses dirigeants ont par ailleurs pris part à l'organisation d'un blocus contre le fret de marchandises à destination de la Crimée. Ils ont exhorté l'Ukraine à cesser tout commerce avec la Crimée et tout approvisionnement de celle-ci, notamment en électricité. Selon la Cour suprême de Crimée, le *Majlis* a également participé en novembre et décembre 2015 à l'organisation d'une opération visant à empêcher la réparation rapide de lignes à haute tension allant d'Ukraine en Crimée qui avaient été détruites par une explosion au mois de novembre, privant ainsi d'énergie des infrastructures essentielles et des foyers de Crimée plusieurs semaines durant, en plein hiver. Ces motifs ont été confirmés en appel par la Cour suprême de la Fédération de Russie. En outre, certains rapports d'organisations internationales semblent confirmer qu'au moins certaines de ces activités ont effectivement eu lieu. La Fédération de Russie a plaidé que, «[à] la lumière de ces éléments, il est difficile de prétendre qu'[elle] n'était manifestement pas en droit d'interdire le *Majlis* et de prendre les mesures nécessaires à la protection de l'ordre public».

4. Le moment n'est pas encore venu, au stade des mesures conservatoires, de se forger quelque opinion définitive sur ces questions. Toutefois, j'éprouve certaines préoccupations quant à l'attitude cavalière dont la Cour a fait montre en prescrivant à la Fédération de Russie de rapporter la décision prise par une instance judiciaire, et confirmée en appel par sa plus haute autorité judiciaire, sans prêter la moindre attention à ces questions. La Cour n'est pas une cour d'appel et devrait s'abstenir d'infirmier purement et simplement les décisions prises par des juridictions nationales, en particulier au stade des mesures conservatoires (voir *LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2001, p. 486, par. 52).

5. Il convient de noter que la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale a pour objet de garantir l'égalité en droits de tous les êtres humains en visant l'interdiction et l'élimination de la discrimination raciale dans la jouissance de droits civils, politiques, économiques, sociaux et culturels. Ces droits sont eux-mêmes reconnus dans d'autres instruments internationaux, au nombre desquels figurent le pacte international relatif aux droits civils et politiques et le pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels. Toutefois, les droits en question peuvent faire l'objet de limitations. Ainsi, des restrictions peuvent être apportées à la liberté de réunion et d'association pacifiques visée à l'article 21 (seconde phrase) et au paragraphe 2 de l'article 22 du pacte international relatif aux droits civils et politiques. De telles restrictions peuvent être «imposées conformément à la loi» (art. 21) ou «prévues par la loi» (paragraphe 2 de l'article 22) lorsqu'elles se révèlent «nécessaires dans une société démocratique, dans l'intérêt de la sécurité nationale, de la sûreté publique, de l'ordre public, ou pour protéger la santé ou la moralité publiques ou les droits et les libertés d'autrui».

tion guarantees is that any such restriction shall not be based on racial considerations, resulting in racial discrimination. On the other hand, the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination does not provide for immunity from such restrictions when their imposition is necessary for the above-mentioned purposes.

6. When considering requests for provisional measures the Court is expected to weigh and balance the respective rights of the parties in light of their arguments. This has been the practice of the Court in a number of cases (see, e.g., *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. 154-155, 157-158, paras. 33, 36, 42, and 46; *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, *Provisional Measures, Order of 13 July 2006*, *I.C.J. Reports 2006*, pp. 130-131, paras. 66 and 67; *Passage through the Great Belt (Finland v. Denmark)*, *Provisional Measures, Order of 29 July 1991*, *I.C.J. Reports 1991*, p. 16, para. 16; *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland)*, *Interim Protection, Order of 17 August 1972*, *I.C.J. Reports 1972*, pp. 16-17, paras. 22-24). Recent jurisprudence of the International Tribunal for the Law of the Sea provides another example of this exercise (see *Delimitation of the Maritime Boundary in the Atlantic Ocean (Ghana v. Côte d'Ivoire)*, *Provisional Measures, Order of 25 April 2015*, *ITLOS Reports 2015*, pp. 164-165, paras. 96, 99-102). As Judge Abraham has opined

“[w]hen acting on a request for the indication of provisional measures, the Court is necessarily faced with conflicting rights (or alleged rights), those claimed by the two parties, and it cannot avoid weighing those rights against each other. On one side stands (stand) the right (rights) asserted by the requesting party, which it claims to be under threat and for which it seeks provisional protection, and on the other the right(s) of the opposing party, consisting at a minimum in every case of the fundamental right of each and every sovereign entity to act as it chooses provided that its actions are not in breach of international law. Yet the measure sought by the first party from the Court often — as in the present case — consists of enjoining the other party to take an action which it does not wish to take or to refrain — temporarily — from taking an action which it wishes, and indeed intended, to take. In issuing such injunctions, the Court necessarily encroaches upon the respondent’s sovereign rights, circumscribing their exercise.” (*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, p. 139, para. 6.)

7. There is a dispute between the Parties as far as sovereignty over Crimea is concerned. The Court cannot rule on this matter as it is beyond its jurisdiction and Ukraine, knowing the limits of the Court’s jurisdiction

La convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, elle, interdit que pareilles restrictions soient fondées sur des considérations raciales, donnant lieu à une discrimination raciale. Cela étant, elle ne prévoit pas d'immunité quand leur imposition est nécessaire aux fins susmentionnées.

6. Lorsqu'elle examine des demandes en indication de mesures conservatoires, la Cour doit peser et tenter de concilier les droits respectifs des parties à la lumière de leurs arguments. Telle est effectivement la pratique qu'elle a suivie dans nombre d'affaires (voir, par exemple, *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. 154-155, 157-158, par. 33, 36, 42 et 46; *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, mesures conservatoires, ordonnance du 13 juillet 2006, C.I.J. Recueil 2006, p. 130-131, par. 66 et 67; *Passage par le Grand-Belt (Finlande c. Danemark)*, mesures conservatoires, ordonnance du 29 juillet 1991, C.I.J. Recueil 1991, p. 16, par. 16; *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*, mesures conservatoires, ordonnance du 17 août 1972, C.I.J. Recueil 1972, p. 16-17, par. 22-24). La jurisprudence récente du Tribunal international du droit de la mer illustre également cette pratique (voir *Différend relatif à la délimitation de la frontière maritime entre le Ghana et la Côte d'Ivoire dans l'océan Atlantique (Ghana/Côte d'Ivoire)*, mesures conservatoires, ordonnance du 25 avril 2015, TIDM Recueil 2015, p. 164-165, par. 96, 99-102). Comme le juge Abraham l'a déclaré,

«[q]uand elle est saisie d'une demande de mesures provisoires, la Cour est forcément en présence de droits (ou de prétendus droits) opposés, ceux que les deux parties revendiquent, qu'elle ne peut pas éviter de confronter les uns aux autres. Il y a, d'un côté, le(s) droit(s) revendiqué(s) par le demandeur, que celui-ci prétend menacé(s), et dont il réclame la protection provisoire. Mais il y a aussi, de l'autre, le(s) droit(s) du défendeur, et au moins, dans tous les cas, le droit fondamental qui appartient à toute entité souveraine d'agir comme bon lui semble pourvu que son action ne soit pas contraire au droit international. Or, la mesure sollicitée de la Cour par le demandeur consiste souvent — comme dans la présente affaire — à enjoindre au défendeur d'accomplir un acte qu'il ne souhaite pas accomplir, ou de s'abstenir — provisoirement — d'accomplir un acte qu'il souhaite, et entendait bien, accomplir. En adressant de telles injonctions, la Cour interfère nécessairement avec les droits souverains du défendeur, dont elle limite l'exercice.» (*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. 139, par. 6.)

7. Il existe entre les Parties un différend concernant la souveraineté sur la Crimée. La Cour ne peut se prononcer sur cette question puisqu'elle échappe à sa compétence et l'Ukraine, consciente des limites de la compé-

ratione materiae, has not asked the Court to make any pronouncement on this highly contested issue. What is, however, not disputed is the fact that the Russian Federation exercises control and jurisdiction over Crimea. Both Parties are in agreement that the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination is applicable to Crimea and the Russian Federation has obligations thereunder as far as people in that territory are concerned. Whatever is the legal basis for the exercise of control and jurisdiction in the territory of Crimea by the Russian Federation and the applicability of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, the Russian Federation must be able to take measures necessary to ensure public order and safety. This, in my view, needs to be taken into account when considering what kind of measures should be indicated by the Court in the present case.

8. Moreover, one of the requirements for the Court to order provisional measures is that it be satisfied that there is urgency, in the sense of there being “a real and imminent risk that irreparable prejudice *will* be caused to the rights in dispute before the Court gives its final decision” (*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, emphasis added). While the Court has once again articulated this requirement, explaining urgency as there being “a real and imminent risk that irreparable prejudice *will* be caused to the rights in dispute” (Order, para. 89, emphasis added), it applies it in a rather “loose” way. It, first, states that various “rights stipulated in Article 5, paragraphs (c), (d) and (e) of [the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination] are of such a nature that prejudice to them is *capable* of causing irreparable harm” (*ibid.*, para. 96, emphasis added), in order then to conclude that it considers that there is an imminent risk that the acts, described earlier in the Order, “*could lead* to irreparable prejudice to the rights invoked by Ukraine” (*ibid.*, para. 98, emphasis added). I am not convinced that such requirement of urgency has been shown to exist in the case at hand.

9. The claims made by Ukraine are likely to be adjudicated within the next four years. It may be noted that the Russian Federation has presented evidence that there are a number of other organizations of Crimean Tatars in Crimea. Whether or not they have “the same degree of representativeness and legitimacy as the *Mejlis*” (see *ibid.*, para. 97), Ukraine does not deny that these organizations exist, and they appear to be in a position to advance the interests of the Crimean Tatars to at least some extent during the intervening period. Moreover, the *Kurultai*, which elected the *Mejlis* and which constitutes the highest assembly of Crimean Tatars, has not been, according to the Russian Federation, prohibited².

² This statement was not contradicted during the hearing by Ukraine.

tence de la Cour *ratione materiae*, n'a pas prié celle-ci de se prononcer d'une façon ou d'une autre sur cette question hautement litigieuse. Ce qui n'est pas contesté, en revanche, c'est que la Fédération de Russie exerce son contrôle et sa juridiction sur la Crimée. Les deux Parties s'accordent à reconnaître l'applicabilité à la Crimée de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, qui impose à la Fédération de Russie certaines obligations à l'égard de la population de la péninsule. Ce nonobstant, et quel que soit le fondement juridique de l'exercice de son contrôle et de sa juridiction en Crimée, la Fédération de Russie doit avoir la capacité de prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et l'ordre publics. Il devait, me semble-t-il, être tenu compte de cette nécessité au moment de déterminer la teneur des mesures à indiquer dans la présente affaire.

8. En outre, pour pouvoir indiquer des mesures conservatoires, la Cour doit estimer qu'il y a urgence, c'est-à-dire qu'il existe «un risque réel et imminent qu'un préjudice irréparable *soit* [«will be» dans l'anglais] causé aux droits en litige avant qu[elle] ne rende sa décision définitive» (*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 (les italiques sont de moi)). Bien qu'elle ait une fois encore rappelé cette exigence, en définissant l'urgence comme l'existence d'«un risque réel et imminent qu'un préjudice irréparable *soit* [«will be»] causé aux droits en litige» (ordonnance, par. 89 (les italiques sont de moi)), la Cour l'a appliquée ici avec un certain laxisme. Ainsi, elle déclare tout d'abord que les différents «droits ... établis aux alinéas *c)*, *d)* et *e)* de l'article 5 de la [convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale] sont de nature telle que le préjudice qui leur serait porté *pourrait* se révéler irréparable» (*ibid.*, par. 96 (les italiques sont de moi)), pour conclure ensuite qu'il existe selon elle un risque imminent que les actes décrits plus tôt dans son ordonnance «*puissent* causer un préjudice irréparable aux droits invoqués par l'Ukraine» (*ibid.*, par. 98 (les italiques sont de moi)). Je ne suis pas convaincu que l'existence de l'urgence requise ait effectivement été démontrée dans la présente affaire.

9. La Cour statuera vraisemblablement sur les demandes de l'Ukraine dans les quatre prochaines années. Il est permis de relever que la Fédération de Russie a présenté des éléments attestant la présence de plusieurs autres organisations des Tatars de Crimée dans la péninsule. Que ces organisations aient ou non «le même degré de représentativité et de légitimité que le *Majlis*» (voir *ibid.*, par. 97), l'Ukraine ne nie pas leur existence, et elles semblent à même de défendre, à tout le moins dans une certaine mesure, les intérêts de la communauté tatar de Crimée dans l'attente de la décision définitive de la Cour. De plus, la Fédération de Russie a fait observer² que le *Kurultai*, plus haute assemblée des Tatars de Cri-

² Déclaration non contredite par l'Ukraine à l'audience.

According to information in the public domain, it appears that the ban on the activities of the *Mejlis* has now, some six months after the final decision of the Supreme Court of the Russian Federation, been challenged before the European Court of Human Rights as involving the alleged violation of several provisions in the 1950 Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.

10. For the above reasons, I am of the view that the first measure indicated by the Court is, in the circumstances, inappropriate, while I agree that the obligations of the Russian Federation under the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination remain unaffected.

(Signed) Peter TOMKA.

mée qui a élu les membres du *Majlis*, ne faisait pour sa part l'objet d'aucune interdiction. Selon certaines informations publiquement accessibles, l'interdiction frappant les activités du *Majlis* semble désormais, près de six mois depuis sa confirmation définitive par la Cour suprême de la Fédération de Russie, avoir été portée devant la Cour européenne des droits de l'homme comme allant à l'encontre de plusieurs dispositions de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales adoptée en 1950.

10. Pour les raisons exposées ci-dessus, je suis d'avis que la première mesure indiquée par la Cour est, en pareilles circonstances, inappropriée, mais conviens que les obligations incombant à la Fédération de Russie au titre de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale demeurent inchangées.

(Signé) Peter TOMKA.
