

## DISSENTING OPINION OF JUDGE SHI

To my regret, I am unable to concur with the findings of the Court that, given the limitation *ratione temporis* contained in the declaration of acceptance of compulsory jurisdiction made by the Federal Republic of Yugoslavia (hereinafter Yugoslavia), the Court lacked prima facie jurisdiction under Article 36, paragraph 2, of the Statute, to which both the Applicant and the Respondent are parties. This conclusion prevented the Court from exercising its power under Article 41, paragraph 1, of the Statute to indicate provisional measures to the Parties.

Yugoslavia signed the declaration of acceptance of the compulsory jurisdiction of the Court on 25 April 1999. By that declaration, Yugoslavia recognized compulsory jurisdiction “in all disputes arising or which may arise after the signature of the present Declaration, with regard to the situations or facts subsequent to this signature . . .”.

This limitation *ratione temporis* of recognition of the Court’s jurisdiction belongs to the category of the so-called “double exclusion formula”. In cases where the Court is confronted with this “double exclusion formula”, it has to ascertain both the date of the dispute and the situations or facts with regard to which the dispute has arisen.

Regarding the first aspect of the limitation *ratione temporis* in the present case, that is to say, whether the date on which the dispute arose is before or after the signature by Yugoslavia of the declaration of acceptance, the Court has, in this connection, to consider what is the subject of the dispute, as it did in a similar situation in the *Right of Passage* case, where the Court stated:

“In order to form a judgment as to the Court’s jurisdiction it is necessary to consider what is the subject of the dispute.” (*Right of Passage over Indian Territory, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1960*, p. 33).

In the present case, the Application of Yugoslavia contains a section bearing the title “Subject of the Dispute”, which indicates the subject as acts of the Respondent

“by which it has violated its international obligation banning the use of force against another State, the obligation not to intervene in the internal affairs of another State, the obligation not to violate the sovereignty of another State, the obligation to protect the civilian

## OPINION DISSIDENTE DE M. SHI

[Traduction]

A mon grand regret, je ne peux pas souscrire aux conclusions de la Cour quand celle-ci, compte tenu de la limitation *ratione temporis* figurant dans la déclaration d'acceptation de la juridiction obligatoire faite par la République fédérale de Yougoslavie (ci-après la Yougoslavie), estime ne pas avoir compétence *prima facie* en vertu de l'article 36, paragraphe 2, du Statut, auquel le demandeur et le défendeur sont l'un et l'autre parties. Cette conclusion a empêché la Cour d'exercer le pouvoir qui lui est conféré par le paragraphe 1 de l'article 41 de son Statut d'indiquer aux Parties des mesures conservatoires.

La Yougoslavie a signé sa déclaration d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour le 25 avril 1999. Par cette déclaration, la Yougoslavie a reconnu cette juridiction comme obligatoire «pour tous les différends, surgissant ou pouvant surgir après la signature de la présente déclaration, qui ont trait à des situations ou à des faits postérieurs à ladite signature...»

Cette limitation *ratione temporis* de la reconnaissance de la juridiction de la Cour appartient à une catégorie de réserves qualifiée de «formule de la double exclusion». Quand elle est face à cette «formule», la Cour doit établir à quelle date le différend a surgi, d'une part, et de l'autre, à quelle date remontent les situations ou les faits au regard desquels le différend a surgi.

En ce qui concerne, en l'espèce, le premier aspect de la limitation *ratione temporis*, c'est-à-dire le point de savoir si la date à laquelle le différend a surgi est antérieure ou postérieure à la signature par la Yougoslavie de sa déclaration d'acceptation, la Cour doit donc considérer quel est l'objet du différend, comme elle l'a fait dans une situation analogue dans l'affaire du *Droit de passage*, dans laquelle elle a déclaré :

«Pour apprécier la compétence de la Cour, il faut considérer quel est l'objet du différend.» (*Droit de passage sur le territoire indien, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1960, p. 33.*)

Dans la présente espèce, il figure dans la requête de la Yougoslavie une section portant l'intitulé «Objet du différend», dans laquelle il est dit que l'objet du différend porte sur les actes commis par le défendeur

«en violation de son obligation internationale de ne pas recourir à l'emploi de la force contre un autre Etat, de l'obligation de ne pas s'immiscer dans les affaires intérieures d'un autre Etat, de l'obligation de ne pas porter atteinte à la souveraineté d'un autre Etat, de

population and civilian objects in wartime, the obligation to protect the environment, the obligation relating to free navigation on international rivers, the obligation regarding fundamental human rights and freedoms, the obligation not to use prohibited weapons, the obligation not to deliberately inflict conditions of life calculated to cause the physical destruction of a national group”.

As in the *Right of Passage* case, the legal dispute before the Court, as shown above, consists of a number of constituent elements. Prior to the coming into existence of all the constituent elements, the dispute cannot be said to arise. None of the above elements existed before the critical date of 25 April 1999. It is true that the aerial bombing of the territory of Yugoslavia began some weeks before this critical date of signature of the declaration. But aerial bombing and its effects are merely facts or situations and as such do not constitute a legal dispute. The constituent elements of the present dispute are not present before the critical date and only exist at and from the date of Yugoslavia's Application on 29 April 1999. It is true that, prior to the critical date, Yugoslavia had accused NATO (Security Council Meetings of 24 and 26 March 1999, S/PV.3988 and 3989) of illegal use of force against it. However, this complaint constitutes at the most one of the many constituent elements of the dispute. Besides, in no way could NATO be identified with the Respondent, and NATO cannot be the Respondent in the present case *ratione personae*. The legal dispute only arose at the date of the Application, which is subsequent to the signature of the declaration of acceptance. Therefore, the time condition in order for the present dispute to be within the scope of acceptance of compulsory jurisdiction *ratione temporis*, as contained in Yugoslavia's declaration, has been satisfied.

With respect to the second aspect of Yugoslavia's double exclusion formula, the situations or facts which the Court has to consider are those with regard to which the dispute has arisen, i.e., those situations or facts which are the source of the present legal dispute.

Article 25, paragraph 1, of the Draft Articles on State Responsibility, adopted at first reading by the International Law Commission, provides:

“1. The breach of an international obligation by an act of the State having a continuing character occurs at the moment when that act begins. Nevertheless, the time of commission of the breach extends over the entire period during which the act continues and remains not in conformity with the international obligation.” (*ILC Yearbook*, 1978, Vol. II, Part Two, p. 89.)

l'obligation de protéger les populations civiles et les biens de caractère civil en temps de guerre, de l'obligation de protéger l'environnement, de l'obligation touchant à la liberté de navigation sur les cours d'eau internationaux, de l'obligation concernant les droits et libertés fondamentaux de la personne humaine, de l'obligation de ne pas utiliser des armes interdites, de l'obligation de ne pas soumettre intentionnellement un groupe national à des conditions d'existence devant entraîner sa destruction physique».

Comme dans l'affaire du *Droit de passage*, le différend d'ordre juridique dont la Cour est saisie comprend, comme on vient de le voir, plusieurs éléments constitutifs. Avant qu'existent tous ces éléments constitutifs, on ne peut pas dire que le différend a surgi. Or, aucun des éléments ci-dessus n'existait avant la date critique du 25 avril 1999. Il est exact que les bombardements aériens du territoire de la Yougoslavie ont commencé quelques semaines avant cette date critique de la signature de la déclaration. Mais les bombardements aériens et leurs effets ne sont que des faits ou des situations et, à ce titre, ne constituent pas un différend d'ordre juridique. Les éléments constitutifs du différend actuel ne sont pas présents avant la date critique et ils n'existent qu'à la date de la requête de la Yougoslavie, le 29 avril 1999, et à compter de ladite date. Il est exact qu'antérieurement à cette date critique, la Yougoslavie avait accusé l'OTAN de recourir contre elle à un usage illicite de la force (voir les réunions du Conseil de sécurité en date des 24 et 26 mars 1999, S/PV.3988 et 3989). Toutefois, cette plainte ne constitue tout au plus que l'un des nombreux éléments constitutifs du différend. En outre, il est impossible d'identifier l'OTAN au défendeur et, en l'espèce, l'OTAN ne saurait non plus être le défendeur *ratione personae*. Le différend d'ordre juridique n'a surgi qu'à la date de la requête, laquelle est postérieure à la signature de la déclaration d'acceptation. Par conséquent, la condition d'ordre temporel à remplir pour que le présent différend entre dans le champ de l'acceptation de la juridiction obligatoire *ratione temporis* tel qu'il est défini dans la déclaration de la Yougoslavie, est bel et bien remplie.

En ce qui concerne le second aspect de la formule de double exclusion de la Yougoslavie, c'est-à-dire la situation ou les faits que la Cour doit prendre en considération, ce sont ceux au regard desquels le différend a surgi, c'est-à-dire les situations ou les faits qui en sont l'origine.

L'article 25 du projet d'articles sur la responsabilité des Etats, adopté en première lecture par la Commission du droit international, dispose au paragraphe 1 :

«1. La violation d'une obligation internationale par un fait de l'Etat ayant un caractère de continuité se produit au moment où ce fait commence. Toutefois, le temps de perpétration de la violation s'étend sur la période entière durant laquelle ce fait continue et reste non conforme à l'obligation internationale.» (*Annuaire de la Commission du droit international*, 1978, vol. II, deuxième partie, p. 101.)

This concept of the duration of a “continuing” wrongful act is commonly accepted by international tribunals and legal scholars.

In the present case, the dispute relates to the alleged breach of various international obligations by acts of force, in the form of aerial bombing of the territories of Yugoslavia, which are attributed by the Applicant to the respondent State. It is obvious that the alleged breach of obligations by such a “continuing” act first occurred at the moment when the act began, weeks before the critical date of 25 April 1999. Given that the acts of aerial bombing continued well beyond the critical date and still continue, the time of commission of the breach extends over the whole period during which the acts continue and ends only when the acts of the respondent State cease or when the international obligations alleged to be breached by the acts of that State cease to exist or are no longer in force for it.

The conclusion may be drawn from the above analysis that the limitation *ratione temporis* in the double exclusion formula contained in Yugoslavia’s declaration of acceptance of the compulsory jurisdiction in no way constitutes a bar to founding prima facie jurisdiction upon Article 36, paragraph 2, of the Statute for the purpose of indication of provisional measures in the present case.

It is regrettable that, as a result of its mistaken findings on this point, the Court was not in a position to indicate provisional measures to the Parties in the urgent situation of human tragedy with loss of life and human suffering in the territories of Yugoslavia arising from the use of force in and against that country.

Moreover, I am of the opinion that, confronted with that urgent situation, the Court ought to have contributed to the maintenance of international peace and security in so far as its judicial functions permit. The Court would have been fully justified in point of law if, immediately upon receipt of the request by the Applicant for the indication of provisional measures, and regardless of what might be its conclusion on prima facie jurisdiction pending its final decision, it had issued a general statement appealing to the Parties to act in compliance with their obligations under the Charter of the United Nations and all other rules of international law relevant to the situation, including international humanitarian law, and at least not to aggravate or extend their dispute. In my view, nothing in the Statute or Rules of Court prohibits the Court from so acting. According to the Charter of the United Nations, the Court is after all the principal judicial organ of the United Nations, with its Statute as an integral part of the Charter; and by virtue of the purposes and principles of the Charter, including Chapter VI (Pacific Settlement of Disputes), the Court has been assigned a role within the general framework of the United

Cette conception de la durée d'un acte illicite «ayant un caractère de continuité» est communément acceptée par les juridictions internationales et les commentateurs faisant autorité.

Dans la présente espèce, le différend a trait à la violation alléguée de diverses obligations internationales sous l'effet de l'emploi de la force, lequel revêt la forme de bombardements aériens des territoires de la Yougoslavie, bombardements qui sont imputés par le demandeur à l'Etat défendeur. Il est évident que la violation alléguée de certaines obligations par ce fait qui a un «caractère de continuité» s'est produite pour la première fois au moment où le fait a commencé, c'est-à-dire des semaines avant la date critique du 25 avril 1999. Comme les bombardements aériens se sont poursuivis bien au-delà de la date critique et se poursuivent encore aujourd'hui, le temps de perpétration de la violation s'étend sur la période entière durant laquelle ces faits continuent et ne prend fin que lorsque les actes ainsi commis par l'Etat défendeur prennent fin ou lorsque les obligations internationales qui seraient violées par les faits dudit Etat cessent d'exister ou bien ne sont plus en vigueur pour ledit Etat.

Il est possible de déduire de l'analyse ci-dessus que la limitation *ratione temporis* figurant dans la formule de double exclusion adoptée par la Yougoslavie dans sa déclaration d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour n'empêche nullement celle-ci de fonder sa compétence *prima facie* sur l'article 36, paragraphe 2, de son Statut, aux fins d'indiquer en l'occurrence des mesures conservatoires.

Il est regrettable qu'ayant abouti à des conclusions erronées sur ce point, la Cour n'ait pas été à même d'indiquer aux Parties des mesures conservatoires à appliquer dans une situation d'urgence marquée par le drame humain, les pertes en vies humaines et les souffrances que connaissent les territoires de la Yougoslavie sous l'effet de l'emploi de la force dans ce pays et contre lui.

En outre, face à cette situation d'urgence, la Cour aurait dû favoriser le maintien de la paix et de la sécurité internationales dans la mesure où ses fonctions judiciaires l'y autorisent. L'action de la Cour aurait été pleinement justifiée en droit si, dès qu'elle a été saisie de la part du demandeur de sa requête en indication de mesures conservatoires, et indépendamment de son éventuelle conclusion quant à sa compétence *prima facie* dans l'attente de sa décision définitive, elle avait lancé un appel de caractère général aux Parties pour leur demander d'agir conformément aux obligations leur incombant en vertu de la Charte des Nations Unies et de toutes les autres règles du droit international intéressant la situation, y compris le droit international humanitaire, et leur demander à tout le moins de s'abstenir d'aggraver ou étendre leur différend. A mon sens, il n'y a rien dans le Statut ni dans le Règlement de la Cour qui interdise à celle-ci d'agir de cette façon. Aux termes de la Charte, la Cour est après tout le principal organe judiciaire de l'Organisation des Nations Unies, son Statut faisant partie intégrante de la Charte; et, sous l'effet des buts et des principes de ladite Charte, y compris son chapitre VI (relatif au

Nations for the maintenance of international peace and security. There is no doubt that to issue such a general statement of appeal is within the implied powers of the Court in the exercise of its judicial functions. It is deplorable that the Court has failed to take an opportunity to make its due contribution to the maintenance of international peace and security when that is most needed.

Furthermore, in his letter addressed to the President and the Members of the Court, the Agent of Yugoslavia stated:

“Considering the power conferred upon the Court by Article 75, paragraph 1, of the Rules of Court and having in mind the greatest urgency caused by the circumstances described in the Requests for provisional measure of protection I kindly ask the Court to decide on the submitted Requests *proprio motu* or to fix a date for a hearing at earliest possible time.”

In the recent *LaGrand* case, the Court, at the request of the applicant State and despite the objection of the respondent State, decided to make use of its above-mentioned power under Article 75, paragraph 1, of the Rules of Court without hearing the respondent State in either written or oral form (*LaGrand (Germany v. United States of America)*, Order of 3 March 1999, *I.C.J. Reports 1999*, pp. 13 and 14, paras. 12 and 21). By contrast, in the present case the Court failed to take any positive action in response to the similar request made by the Agent of Yugoslavia in a situation far more urgent even than that in the former case.

It is for these reasons that I felt compelled to vote against the operative paragraph 50 (1) of the present Order.

(Signed) SHI Jiuyong.

---

règlement pacifique des différends), il a été attribué un rôle à la Cour dans le cadre général de l'Organisation des Nations Unies aux fins du maintien de la paix et de la sécurité internationales. Il ne fait aucun doute que l'appel de caractère général dont je parle relève implicitement des pouvoirs impartis à la Cour dans l'exercice de ses fonctions judiciaires. Ayant aujourd'hui statué définitivement sur la requête du demandeur, la Cour n'a pas saisi l'occasion qui lui était donnée d'apporter le concours qu'elle aurait dû au maintien de la paix et de la sécurité internationales au moment où ce concours est on ne peut plus indispensable.

En outre, dans la lettre qu'il a adressée au président et aux membres de la Cour, l'agent de la Yougoslavie a dit ceci :

« Considérant le pouvoir conféré à la Cour aux termes du paragraphe 1 de l'article 75 de son Règlement, et compte tenu de l'extrême urgence de la situation née des circonstances décrites dans les demandes en indication de mesures conservatoires, je prie la Cour de bien vouloir se prononcer d'office sur les demandes présentées ou de fixer une date pour la tenue d'une audience dans les meilleurs délais. »

Dans une affaire très récente, l'affaire *LaGrand*, la Cour, sur la requête de l'Etat demandeur et en dépit des objections de l'Etat défendeur, a décidé d'exercer le pouvoir qui lui est ainsi conféré par le paragraphe 1 de l'article 75 de son Règlement sans entendre l'Etat défendeur, ni par écrit ni oralement (*LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique)*, ordonnance du 3 mars 1999, *C.I.J. Recueil 1999*, p. 13-14, par. 12, 21). Par opposition, en l'espèce, la Cour n'a eu aucun geste positif à la suite de la requête similaire formulée par l'agent de la Yougoslavie dans une situation dont le caractère d'urgence était même beaucoup plus prononcé que dans l'exemple que je cite.

Ce sont ces motifs qui m'ont obligé à voter contre le paragraphe 50, alinéa 1 du dispositif de la présente ordonnance.

(Signé) SHI Jiuyong.