

DECLARATION OF JUDGE OWADA

1. While I have voted in favour of all the *dispositifs* as contained in paragraph 154 of the Judgment, I wish to elaborate on some salient points of the Judgment, with a view to adding clarity to what I wanted to convey through the language of the Judgment. First, I wish to show how I have come to the conclusion that France's first preliminary objection be upheld, especially in the context of the alleged violations by France of the provisions other than Article 4 of the Palermo Convention; second, I wish to put my own view on why the conclusion of the Judgment that France's third preliminary objection is to be rejected is justified, in particular in view of the essential nature of this objection in relationship to the specific structure of preliminary objections as stipulated in Article 79, paragraph 9, of the Rules of Court as revised in 1978 from the original formulation.

(A) THE RELEVANCE OF ARTICLE 4 OF THE PALERMO CONVENTION
TO THE ALLEGED VIOLATION

(1) *The Scope of Obligations of Article 4 as Such*

2. The relevance of Article 4 to the alleged violation of the Convention as claimed by Equatorial Guinea is, in my view, twofold. First, I concur with paragraph 102 of the Judgment that "Article 4 does not incorporate the customary international rules relating to immunities of States and State officials". The Court did not accept the argument advanced by the Applicant that Article 4 had the legal effect of amounting to the so-called "incorporation by reference" of customary rules of international law. This term, when used as a technical legal term, means, according to the *Black's Law Dictionary*, "[t]he method of making one document of any kind become a part of another separate document by referring to the former in the latter, and declaring that the former shall be taken and considered as a part of the latter as if it were fully set out therein" (*Black's Law Dictionary* (5th ed., 1979), p. 690). As the Judgment clearly demonstrates in its interpretation of Article 4 in accordance with its ordinary meaning, I agree that Article 4 does not amount to a provision that justifies the legal effect of such "incorporation by reference".

3. Second, however, this is not the end of the story in relation to the issue of relevance of Article 4 claimed by Equatorial Guinea. The afore-

DÉCLARATION DE M. LE JUGE OWADA

[Traduction]

1. Bien qu'ayant voté en faveur de tous les points du dispositif énoncés au paragraphe 154 de l'arrêt, je tiens à revenir sur certains éléments importants qui figurent dans cette décision, afin de préciser davantage ce que j'entends par les termes employés dans l'arrêt. En premier lieu, je souhaite indiquer comment je suis parvenu à la conclusion que la première exception préliminaire soulevée par la France devait être retenue, en particulier s'agissant des violations des dispositions autres que l'article 4 de la convention de Palerme qui lui sont reprochées. En second lieu, je voudrais expliquer pourquoi, de mon point de vue, la conclusion de l'arrêt rejetant la troisième exception préliminaire soulevée par la France est justifiée, compte tenu notamment du caractère particulier de cette troisième exception au regard du paragraphe 9 de l'article 79 du Règlement de la Cour dans la version révisée de 1978.

A) LA PERTINENCE DE L'ARTICLE 4 DE LA CONVENTION DE PALERME S'AGISSANT DE LA VIOLATION ALLÉGUÉE

1) *La portée des obligations prévues à l'article 4*

2. Pour ce qui est de la violation de la convention alléguée par la Guinée équatoriale, l'article 4 est à mon avis pertinent à double titre. Premièrement, je suis d'accord avec le paragraphe 102 de l'arrêt, où il est dit que «les règles du droit international coutumier relatives aux immunités des Etats et de leurs agents ne sont pas incorporées dans l'article 4». La Cour n'a pas retenu l'argument avancé par la demanderesse, selon qui l'article 4 avait pour effet juridique d'«incorporer par référence» des règles du droit international coutumier à la convention. Dans un contexte juridique technique, l'«incorporation par référence» consiste, selon le *Black's Law Dictionary*, à «incorporer, en y faisant référence, un document de quelque nature que ce soit dans un autre document, le premier étant dès lors considéré comme faisant partie du second au même titre que si ses termes y étaient intégralement repris» (*Black's Law Dictionary* (5^e éd., 1979), p. 690). Je m'accorde à reconnaître que l'article 4, comme le démontre clairement la Cour dans l'interprétation qu'elle en fait suivant son sens ordinaire, n'est pas une disposition susceptible de produire l'effet juridique d'une «incorporation par référence».

3. Deuxièmement, cependant, le débat est loin d'être clos en ce qui concerne la question de la pertinence de l'article 4 qu'invoque la Guinée

mentioned finding of the Judgment does not free the Court from its task of scrutinizing Equatorial Guinea's claims based on provisions other than Article 4 of the Convention, in the context of the legal obligation arising under Article 4 as defined by the Judgment. The Judgment clearly accepted that Article 4 (1) of the Palermo Convention, unlike Article I of the Treaty of Amity between Iran and the United States, which was interpreted by the Court in the case concerning *Oil Platforms* as "preambular in character merely formulating a general aim", imposes a legal obligation on States parties to perform other obligations of the Convention "in a manner consistent with the principles [as referred to therein]" (paragraph 92 of the Judgment). Thus, some of the Applicant's claims based on the provisions other than Article 4 of the Convention have been advanced independently of Equatorial Guinea's specific interpretation of Article 4 based on the doctrine of "incorporation by reference". Given this latter obligation prescribed by Article 4, the provisions other than Article 4, such as Articles 6, 7, 8 and 25, read in conjunction with Article 4 as interpreted by the Court, will thus become relevant in evaluating France's acts complained of by Equatorial Guinea.

4. The principles of sovereign equality and non-intervention referred to in Article 4 (1) of the Convention are not intended to have the effect of incorporating the specific rules of customary international law relating to immunities. Neither the *travaux préparatoires* of Article 4 (1) of the Palermo Convention, nor those of Article 2 of the Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances of 1988, which "inspire[d]" Article 4 of the Palermo Convention, indicate otherwise (see United Nations (1988), "United Nations Conference for the Adoption of a Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances, Vienna, 25 November-20 December 1988, Official Records", Vol. II, pp. 155-156, 171, 176-177). This means that States parties to the Palermo Convention are obligated to carry out their obligations under Articles 6, 7, 8, 15 and 25 of the Convention "in a manner consistent with the principles of sovereign equality and non-intervention". The question is, therefore, in deciding on the jurisdiction conferred upon the Court under Article 35 of the Palermo Convention, to determine whether there is a dispute concerning "the interpretation or application [of these articles] of this Convention" and to determine whether the acts of France complained of by Equatorial Guinea do or do not fall within the scope of Articles 6 and 15 of the Convention *read in conjunction with Article 4 as interpreted by the Judgment*.

(2) *Articles 5, 6, 8 and 23, Read in Conjunction with Article 4*

5. To identify the scope of the jurisdiction conferred upon the Court under Article 35 of the Palermo Convention, it is necessary to examine the nature and the scope of the obligations prescribed by the provisions of the Convention, where "interpretation or application is at issue"

équatoriale. La conclusion précitée de l'arrêt ne dispense pas la Cour d'examiner les griefs que la Guinée équatoriale tire des dispositions autres que l'article 4 de la convention, au regard de l'obligation juridique découlant de cet article, telle que définie dans l'arrêt. Dans sa décision, la Cour a clairement reconnu que, contrairement à l'article premier du traité d'amitié entre l'Iran et les Etats-Unis qu'elle a interprété en l'affaire des *Plates-formes pétrolières* comme «un préambule et la simple formulation d'un but général», le paragraphe 1 de l'article 4 de la convention de Palerme impose aux Etats parties l'obligation juridique de s'acquitter de leurs autres obligations au titre de la convention «d'une manière compatible avec les principes auxquels il fait référence» (paragraphe 92 de l'arrêt). En conséquence, la Guinée équatoriale a tiré certains griefs de dispositions autres que l'article 4 de la convention, indépendamment de l'interprétation spécifique qu'elle a fait de cet article en se fondant sur la notion d'«incorporation par référence». Compte tenu de l'obligation juridique énoncée dans l'article 4, les dispositions autres que l'article 4, notamment les articles 6, 7, 8 et 25, si on les rapproche de l'article 4 tel qu'interprété par la Cour, deviennent pertinentes pour apprécier les actes que la Guinée équatoriale reproche à la France.

4. La référence aux principes de l'égalité souveraine et de la non-intervention, au paragraphe 1 de l'article 4 de la convention, ne vise pas à incorporer les règles spécifiques du droit international coutumier relatives aux immunités. Rien, dans les travaux préparatoires relatifs au paragraphe 1 de l'article 4 de la convention de Palerme ou à l'article 2 de la convention de 1988 contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes qui a «inspir[é]» ledit article, n'indique le contraire (Conférence des Nations Unies pour l'adoption d'une convention contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, Vienne, 25 novembre-20 décembre 1988, *Documents officiels*, vol. II, p. 155, 156, 171, 176 et 177). Cela signifie que les Etats parties à la convention de Palerme sont tenus d'exécuter leurs obligations découlant des articles 6, 7, 8, 15 et 25 «d'une manière compatible avec les principes de l'égalité souveraine et de la non-intervention». Il convient donc, pour apprécier la compétence conférée à la Cour par l'article 35 de cette convention, d'établir s'il existe un différend relatif à «l'interprétation ou l'application» de ces articles et de déterminer si les actes que la Guinée équatoriale reproche à la France entrent ou non dans le champ des articles 6 et 15 *lus conjointement avec l'article 4, tel qu'interprété par l'arrêt.*

2) *Les articles 5, 6, 8 et 23, lus conjointement avec l'article 4*

5. Pour définir les limites de la compétence conférée à la Cour par l'article 35 de la convention de Palerme, il est nécessaire d'examiner la nature et la portée des obligations prévues par les dispositions de cet instrument, dès lors qu'une «question d'interprétation ou d'application en cause»

between the parties as “subject-matter of the dispute”. It is important to take note of the fact that the Palermo Convention was adopted by State parties “convinced of the urgent need to strengthen co-operation to prevent and combat such activities more effectively at the national, regional and international levels” (United Nations doc. A/RES/55/25, 15 November 2000). The purpose of the Convention is clearly set out in its Article 1 as “promot[ing] co-operation to prevent and combat transnational organized crime more effectively”.

6. In implementation of this approach to these “predicate crimes”, the Palermo Convention obligates States to “*criminalize these crimes* in their respective domestic legal systems”, thus establishing a level playing field for strengthening international co-operation under the Convention, rather than a more traditional approach of “international legislation” (e.g. the Genocide Convention of 1949), by which State parties are obligated directly by the participation in the Convention to carry out (i.e. to exercise jurisdiction over) the obligation to prevent and punish the criminals in their respective domestic legal system.

7. This interpretation is confirmed by the *travaux préparatoires*. The record of discussion in the *Ad Hoc* Committee on the Elaboration of a Convention against Transnational Organized Crime shows that several delegations raised concern that the draft article on jurisdiction “could be understood to allow States Parties to apply their domestic laws to the territory of other States”. In response, it was pointed out that what became Article 4 (1) “emphasized the principles of sovereign equality, territorial integrity and non-intervention in the domestic affairs of other States and that those principles applied also to any exercise of jurisdiction” (United Nations doc. A/AC.254/4/Rev.4, p. 20, fn. 102). Indeed, the focus was on what became Article 4 as a safeguard against intervention on the territory of another State.

8. A series provisions for the mechanism of international co-operation, in the implementation of this obligation to criminalize these offences and to establish jurisdiction, such as extradition (Article 16), transfer of sentenced persons (Article 17), mutual legal assistance (Article 18), and joint investigations (Article 20) follow these series of provisions which obligates States parties to establish the criminalization of offences under the Convention (such as Article 6) and to establish jurisdiction over them (such as Article 15). The structure of the Convention thus indicates that the Palermo Convention requires the States parties to adopt legislative, administrative, or judicial measures *to establish their jurisdictions* over these offences, without directly concerning itself with the actual modalities of its exercise.

9. This construction contrasts with some other international conventions that oblige States parties to prevent or punish crimes prescribed under the conventions. For instance, Article I of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (1949) obligates

entre les parties constitue l'«objet du différend». Il importe de noter que la convention de Palerme a été adoptée par les Etats parties «convaincu[s] qu'il fall[ai]t d'urgence renforcer la coopération pour prévenir et combattre plus efficacement ces activités aux niveaux national, régional et international» (A/RES/55/25, 15 novembre 2000). L'objet de la convention est énoncé clairement en son article premier : «promouvoir la coopération afin de prévenir et de combattre plus efficacement la criminalité transnationale organisée».

6. Pour ce qui est de l'application de cette approche aux «infractions principales», la convention de Palerme impose aux Etats d'*incriminer ces actes* «dans leurs systèmes juridiques respectifs», de façon à établir des règles du jeu équitables pour renforcer la coopération internationale au titre de la convention, plutôt que de suivre une approche plus traditionnelle fondée sur une «législation internationale» (par exemple, la convention de 1948 sur le génocide) qui oblige directement chaque Etat partie à exécuter l'obligation de prévenir les actes criminels et d'en punir les auteurs dans son système juridique (c'est-à-dire, à exercer sa compétence en la matière).

7. Cette interprétation est confirmée par les travaux préparatoires. Il ressort des comptes rendus des débats du Comité spécial sur l'élaboration d'une convention contre la criminalité transnationale organisée que plusieurs délégations ont fait observer que le projet d'article relatif à la compétence «pouvait être entendu comme autorisant les Etats Parties à appliquer leur droit interne sur le territoire d'autres Etats». En réponse, il a été relevé que ce qui est devenu le paragraphe 1 de l'article 4 «mettait l'accent sur les principes de l'égalité souveraine, de l'intégrité territoriale et de la non-ingérence dans les affaires intérieures des autres Etats, et que ces principes s'appliquaient également à tout exercice de compétence» (Nations Unies, doc. A/AC.254/4/Rev.4, p. 20, note de bas de page 102). En effet, ce qui est devenu l'article 4 a été essentiellement conçu comme une protection contre les interventions d'un Etat sur le territoire d'un autre Etat.

8. Une série de dispositions relatives au mécanisme de coopération internationale, aux fins de la mise en œuvre par chaque Etat partie des mesures nécessaires pour incriminer les actes visés par la convention et établir sa compétence, notamment en matière d'extradition (article 16), de transfert des personnes condamnées (article 17), d'entraide judiciaire (article 18) et d'enquêtes conjointes (article 19), fait suite à une autre série de dispositions qui obligent les Etats parties à incriminer lesdits actes (par exemple, article 6) et à établir leur compétence à l'égard de ces infractions (par exemple, article 15). La structure de la convention de Palerme montre donc que celle-ci impose aux Etats parties d'adopter des mesures législatives, administratives ou judiciaires *pour établir leur compétence* à l'égard de ces infractions, sans traiter directement des modalités concrètes de cet exercice.

9. Cette construction contraste avec d'autres conventions internationales qui obligent les Etats parties à prévenir ou à réprimer les infractions qu'elles visent. Par exemple, l'article premier de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (1948) oblige les parties

the contracting parties “to prevent and to punish” genocide, as a crime under international law. Article 2, paragraph 1, of the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (1984) obligates each State party to “take effective legislative, administrative, judicial or other measures to prevent acts of torture in any territory under its jurisdiction”. Unlike these conventions, the obligations under the Palermo Convention is essentially addressed to criminalizing offences and to establishing jurisdiction over them in their domestic legal systems. The prevention and combatting of transnational organized crime is intended to be attained as a result of such international co-operation in establishing jurisdiction to “criminalize” these acts in their domestic legal systems.

10. This analysis leads me to conclude that the proper appreciation of the aforementioned nature of the Convention is crucial in determining the scope of the compromissory clause of the Palermo Convention contained in its Article 35 “concerning the interpretation or application” of the Palermo Convention. Since the relevant articles of the Convention is of the nature to obligate States parties to establish their jurisdictions over offences within their domestic legal systems by adopting legislative, administrative, or judicial measures, the actual exercise of such jurisdiction which is the actual subject-matter of the dispute in the present case (see Judgment, paragraph 67) cannot fall within the scope of the compromissory clause of this Convention.

11. Articles 5, 6, 8 and 23 obligate States parties both to prevent and combat the “predicate crime” predetermined by the Convention, by enacting legislative or other administrative, judicial measures *to criminalize* offences as defined in other provisions of the Convention, including offences committed “outside the jurisdiction of the State Party in question” under certain conditions (Article 6 (2) (c)). It is significant that Article 4 (1) functions here as a safeguard to allow a State party to establish its jurisdiction over criminal offences committed in the territory of another State, to the extent that it is carried out in a manner that can be regarded as consistent with the principles, *inter alia*, of sovereign equality and of non-intervention. In this respect, Article 6 (2) (c) of the Convention provides that

“offences committed outside the jurisdiction of a State Party shall constitute predicate offences only when the relevant conduct is a criminal offence under the domestic law of the State where it is committed and would be a criminal offence under the domestic law of the State Party implementing or applying this article had it been committed there”.

This sets the dual criminality requirement as the limitation on the prescriptive power of Article 6 in establishing jurisdiction over offences com-

contractantes «à prévenir et à punir» le génocide en tant que crime en droit international. Le paragraphe 1 de l'article 2 de la convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (1984) impose à chaque Etat partie de «prend[re] des mesures législatives, administratives, judiciaires et autres mesures efficaces pour empêcher que des actes de torture soient commis dans tout territoire sous sa juridiction». A rebours de celles découlant de ces conventions, les obligations prévues par la convention de Palerme visent essentiellement à incriminer des actes et à établir la compétence des Etats à l'égard de ces infractions dans leurs systèmes juridiques nationaux. La prévention et la répression de la criminalité transnationale organisée constituent des objectifs devant être atteints au moyen de la coopération nationale, par l'établissement de la compétence des Etats pour «incriminer» ces actes dans leurs systèmes juridiques nationaux.

10. Cette analyse m'amène à conclure que, comme indiqué ci-dessus, la juste appréciation de la nature de la convention est cruciale pour déterminer la portée de la clause compromissoire prévue à l'article 35 «concernant l'interprétation ou l'application» de la convention de Palerme. Etant donné que les articles pertinents sont de nature à obliger les Etats parties à établir dans leurs systèmes juridiques respectifs leur compétence à l'égard d'infractions en adoptant des mesures législatives, administratives ou judiciaires, l'exercice effectif de cette compétence, qui est l'objet même du différend en l'espèce (voir le paragraphe 67 de l'arrêt), ne peut pas entrer dans le champ de la clause compromissoire de la convention.

11. Les articles 5, 6, 8 et 23 obligent les Etats parties à prévenir et à combattre les «infractions principales» visées par la convention, en adoptant des mesures législatives, administratives, judiciaires, ou autres pour *incriminer* les actes définis dans d'autres dispositions, y compris ceux commis «à l'extérieur du territoire relevant de la compétence de l'Etat Partie en question» sous certaines conditions (article 6, paragraphe 2) c)). Il est significatif que le paragraphe 1 de l'article 4 fonctionne ici comme un garde-fou en permettant à un Etat partie d'établir sa compétence à l'égard d'infractions pénales commises sur le territoire d'un autre Etat sous réserve que cette compétence s'exerce d'une manière qui peut être considérée comme compatible avec les principes, entre autres, de l'égalité souveraine et de la non-intervention. A cet égard, le paragraphe 2) c) de l'article 6 de la convention prévoit que

«une infraction commise à l'extérieur du territoire relevant de la compétence d'un Etat Partie ne constitue une infraction principale que lorsque l'acte correspondant est une infraction pénale en vertu du droit interne de l'Etat où il a été commis et constituerait une infraction pénale en vertu du droit interne de l'Etat Partie appliquant le présent article s'il avait été commis sur son territoire».

Il s'ensuit que la condition de la double incrimination limite le pouvoir normatif d'un Etat, prévu à l'article 6, d'établir sa compétence à l'égard

mited on the territory of another State. While there is no explicit reference to Article 4 (1), it seems clear that Article 6 (2) (c) is to be construed in a manner to reflect the spirit of Article 4 (1) which provides a safeguard against foreign intervention by way of extraterritorial jurisdiction. To the extent that a State party limits its exercise of criminal jurisdiction over offences of laundering of proceeds of crime committed abroad in conformity with the language of Article 6 (2) (c), the State can be said to be under the obligation to carry out its obligation in a manner consistent with the principles of sovereign equality and non-intervention prescribed by Article 4 (1) of the Convention. This prescriptive of “dual criminality” can be said to set the limits of the establishment of jurisdiction in terms of the criminalization of the acts of money laundering as a category of crimes to be provided for in both jurisdictions. However, this does not mean that this extends to *the actual exercise of jurisdiction* on concrete acts of money laundering allegedly committed. It is possible, at any rate arguable, that it could constitute the crime of money laundering, which could be a question that could only be determined by examining the merits of the case, but not belonging to the scope of jurisdiction.

(3) *Article 15 Read in Conjunction with Article 4*

12. The same holds true with regard to Article 15 of the Convention, which allows a State party to establish its jurisdiction over offences committed in the territory of another State (Article 15 (2)). At first glance, this provision might appear to provide a basis for jurisdictional intervention on a foreign territory by way of establishing extraterritorial jurisdiction. Nevertheless, such capacity of a State party to extend its jurisdiction is circumscribed by Article 15 (2) (c) (i) and (ii), which allows the State to do so only when a certain offence is committed abroad, *inter alia*, “with a view to the commission of [a certain offence] within its territory”. Put differently, the establishment of jurisdiction having an extraterritorial reach is permitted only to the extent that the effect of offences is directed against the territory of the State exercising such jurisdiction. Admittedly, this arrangement is explicitly linked with the principles referred to in Article 4 through the express qualification that it is “[s]ubject to article 4 of th[e] Convention” in the *chapeau* of Article 15 (2). It is to be noted, however, that the principle of sovereign equality which is contained in Article 4 and which is thus referenced by the qualifying language of Article 15 (2) is a general principle of international law. While it helps to identify the scope of the permissible exercise of jurisdiction based on the effect of offences committed abroad, it does not amount to the direct application of concrete rules that emerge from this principle in such a way as to affect the manner in which this extraterritorial jurisdiction has to be exercised.

d'infractions commises sur le territoire d'un autre Etat. Il semble clair que le paragraphe 2) c) de l'article 6, même s'il ne renvoie pas expressément au paragraphe 1 de l'article 4, doit être interprété comme reflétant l'esprit de cette disposition, qui constitue un garde-fou contre toute intervention étrangère au moyen d'une compétence extraterritoriale. Dans la mesure où, conformément au libellé du paragraphe 2) c) de l'article 6, il limite l'exercice de sa compétence pénale à l'égard de l'infraction de blanchiment du produit du crime commise à l'étranger, un Etat partie peut être considéré comme étant tenu d'exercer son obligation d'une manière compatible avec les principes de l'égalité souveraine et de la non-intervention prévus au paragraphe 1 de l'article 4 de la convention. Nous pouvons dire que la condition de la «double incrimination» définit les limites de l'établissement de la compétence des Etats pour ce qui est de la répression des actes de blanchiment d'argent, catégorie d'infraction qui doit être prévue dans les deux juridictions. Toutefois, l'on ne saurait en inférer que cela couvre *l'exercice réel de la compétence* à l'égard des actes concrets de blanchiment d'argent qui auraient été commis. Il est possible, à tout le moins défendable, que l'infraction de blanchiment d'argent puisse être constituée, mais cette question ne pourra être tranchée qu'en examinant le fond de l'affaire et ne relève pas de la compétence.

3) *L'article 15, lu conjointement avec l'article 4*

12. Il en va de même en ce qui concerne l'article 15 de la convention, qui permet à un Etat partie d'établir sa compétence à l'égard des infractions commises sur le territoire d'un autre Etat (paragraphe 2 de l'article 15). A première vue, cette disposition peut sembler habiliter un Etat à exercer sa compétence sur le territoire d'un autre Etat en établissant une compétence extraterritoriale. Toutefois, cette capacité d'un Etat partie d'étendre sa compétence est limitée par les sous-alinéas i) et ii) du paragraphe 2 c) de l'article 15, qui n'autorisent l'Etat à le faire que quand une infraction particulière est commise hors de son territoire, notamment, «en vue de la commission, sur son territoire, d'une infraction [particulière]». En d'autres termes, l'établissement d'une compétence à portée extraterritoriale est autorisé uniquement dans la mesure où les infractions concernées sont de nature à avoir un effet sur le territoire de l'Etat exerçant cette compétence. Bien entendu, cet arrangement est explicitement lié aux principes mentionnés à l'article 4 par la condition expresse «[s]ous réserve de l'article 4 de la convention» qui figure dans le chapeau du paragraphe 2 de l'article 15. Il convient de noter, toutefois, que le principe de l'égalité souveraine mentionné à l'article 4, auquel renvoie ainsi le paragraphe 2 de l'article 15, est un principe général du droit international. S'il est utile pour cerner la portée de l'exercice admissible de la compétence des Etats en se fondant sur l'effet des infractions commises à l'étranger, ce principe ne suppose pas d'appliquer directement des règles concrètes qui en découlent de sorte à influencer sur la manière dont cette compétence extraterritoriale doit être exercée.

13. Based on this analysis on the scope of Articles 6 and 15 read in conjunction with Article 4 of the Palermo Convention, it is my view that the conclusion reached by the Judgment is justified. To put it differently, these provisions deal only with the formal *establishment* (be it legislative, administrative or judicial), but not the actual *exercise*, of such jurisdiction by a judicial breach of the State parties, including concrete acts which allegedly may have a certain extraterritorial reach. In the present case, by comparison, the acts of the French court complained of by Equatorial Guinea is the initiation of the actual exercise of criminal proceedings against Mr. Teodoro Nguema Obiang Mangue, which is properly characterized as the *exercise* rather than the *establishment* of jurisdiction by France. Even if such exercise of criminal jurisdiction by France were to amount to an exercise of jurisdiction with a certain extraterritorial reach that arguably could constitute an internationally wrongful act, provided that Mr. Teodoro Nguema Obiang Mangue were entitled to immunity as argued by Equatorial Guinea, such act cannot fall within the jurisdictional scope of these provisions for the purpose of determining the jurisdictional scope conferred upon the Court under Article 35 of the Convention.

(B) FRANCE'S THIRD PRELIMINARY OBJECTION
BASED ON "ABUSE OF RIGHTS"

14. I concur with the *dispositif* contained in the Judgment which states that it simply "rejects" France's third preliminary objection. The Judgment does not declare that "[this] objection does not possess an exclusively preliminary character". The relevant part of the Judgment however does not explain in detail why the Court has not chosen the course to declare that the objection on alleged "abuse of rights" does not possess an exclusively preliminary character pursuant to Article 79, paragraph 9, of the Rules of Court. Paragraph 151 of the Judgment simply states that "abuse of rights cannot be invoked as a ground of inadmissibility when *the establishment of the right in question* is properly a matter for the merits" (emphasis added). In my view, this point would seem to require further elaboration on the reasoning of the Court on this point.

15. It often happens in a contentious case before the Court that a preliminary objection is raised either on the ground of the lack of jurisdiction or inadmissibility in circumstances where the existence of a substantive right at issue and the manner in which its exercise has been denied. In such situations it is sometimes hard to establish the issue of jurisdiction or admissibility of claim without an extensive examination in fact and in law of the merits of the case. Such an examination is very often neither feasible nor appropriate at an early stage of preliminary objections when the parties have no opportunity to elaborate respective arguments without getting into the merits. This is the *raison d'être* of Article 79, paragraph 9, of the Rules of Court, which provides, in addition to either to uphold or

13. J'estime, en m'appuyant sur cette analyse de la portée des articles 6 et 15, lus conjointement avec l'article 4 de la convention de Palerme, que la conclusion de l'arrêt est justifiée. Pour le dire autrement, ces dispositions concernent uniquement l'*établissement* officiel (sur le plan législatif, administratif ou judiciaire), mais non l'*exercice* proprement dit, d'une telle compétence par une branche judiciaire des Etats parties, y compris des actes concrets qui pourraient avoir une certaine portée extraterritoriale. Dans la présente affaire, en comparaison, l'acte que la Guinée équatoriale reproche à la justice française est l'engagement d'une procédure pénale contre M. Teodoro Nguema Obiang Mangue, engagement qui est qualifié à juste titre d'*exercice* plutôt que d'*établissement* par la France de sa compétence. Même si cet exercice de sa compétence pénale par la France s'avérait être un exercice de compétence d'une certaine portée extraterritoriale susceptible de constituer un acte internationalement illégitime, pour autant que M. Teodoro Nguema Obiang Mangue jouisse d'une immunité comme le soutient la Guinée équatoriale, cet acte ne relèverait pas du cadre juridictionnel de ces dispositions aux fins de la détermination des limites de la compétence conférée à la Cour par l'article 35 de la convention.

B) TROISIÈME EXCEPTION PRÉLIMINAIRE DE LA FRANCE,
FONDÉE SUR UN « ABUS DE DROIT »

14. Je me rallie au dispositif de l'arrêt, dans lequel la Cour « rejette » tout simplement la troisième exception préliminaire soulevée par la France. Dans sa décision, la Cour ne dit pas que « cette exception n'a pas un caractère exclusivement préliminaire ». Elle n'explique cependant pas en détail, dans la partie pertinente de l'arrêt, pourquoi elle n'a pas choisi de déclarer que l'exception soulevée pour « abus de droit » allégué n'avait pas un caractère exclusivement préliminaire, comme le prévoit le paragraphe 9 de l'article 79 du Règlement de la Cour. Elle se borne en effet à dire, au paragraphe 151, que « l'abus de droit ne peut être invoqué comme cause d'irrecevabilité alors que *l'établissement du droit en question* relève du fond de l'affaire » (les italiques sont de moi). A mon avis, il aurait été utile que la Cour donne des précisions sur le raisonnement qu'elle a suivi sur ce point.

15. Il arrive souvent, dans une affaire contentieuse portée devant la Cour, qu'une exception préliminaire pour incompétence ou irrecevabilité soit soulevée alors que l'objet du différend est l'existence d'un droit fondamental et la manière dont son exercice a été empêché. Dans ces cas, il est parfois difficile de trancher la question de la compétence ou de la recevabilité de la demande sans procéder à un examen approfondi des questions de fait et de droit au fond de l'affaire. Un tel examen n'est très souvent ni faisable ni approprié au stade des exceptions préliminaires, alors que les parties n'ont pas la possibilité de faire valoir leurs arguments respectifs sans entrer dans le fond de l'affaire. C'est la raison d'être du paragraphe 9 de l'article 79 du Règlement de la Cour, qui prévoit que

reject the objection raised, that the Court has the third option to declare that the objection at issue “does not possess an exclusively preliminary character” (see Eduardo Jiménez de Aréchaga, “The Amendments to the Rules of Procedure of the International Court of Justice”, *American Journal of International Law*, Vol. 67 (1973), pp. 11-19).

16. At a first glance, Equatorial Guinea’s original alleged claims to the immunity of Mr. Teodoro Nguema Obiang Mangue and to the inviolability of the building located at 42 Avenue Foch in Paris and France’s obligation thereto could appear to fall under such category. It could appear that it required a further extensive examination of the facts and the law surrounding the legal status of Mr. Obiang Mangue and the building in relation to the establishment of the jurisdiction of the Court on the basis of Article 35 of the Palermo Convention and Article I of the Optional Protocol to the Vienna Convention on Diplomatic Relations.

17. The Court however did not take this third course, as envisaged in Article 79, paragraph 9, of the Rules of Court, to declare that France’s third objection did not possess an exclusively preliminary character. In essence, what is significant in France’s argument on the abuse of rights is that France advances a thesis that Equatorial Guinea’s claim in its entirety relates to the fundamental issue of the legal validity of Equatorial Guinea’s claim as a “valid legal claim” that is capable of seising the Court as a legitimate claim. Thus, France argues that

“it is not the individual elements which France has brought to this Court’s attention, considered in isolation, that constitute an abuse of process. Taken as a whole, however, they establish that Equatorial Guinea’s application to the Court is abusive, since it in fact forms part of a strategy to use the principle of diplomatic immunities as a contrivance for the benefit of an individual who is not a diplomat, and thereby to obstruct the criminal proceedings initiated against him in France and avoid the potential confiscation of the personal property he has acquired there.” (CR 2018/2, p. 53, para. 21 (Pellet).)

In other words, the Applicant’s claim, as understood and presented by France, has an essential legal flaw that vitiates the whole claim of Equatorial Guinea as a “valid claim” that can seize the Court, in light of the surrounding circumstances of the case. This is a “far cry” from the system of preliminary objection to jurisdiction or admissibility envisaged under Article 79 of the Rules of Court and cannot be said to fall within the framework of the system of preliminary objections provided under the Rules (Incidental Proceedings).

18. For an objection to be covered by Article 79, it is to be “an objection [that] must . . . possess a ‘preliminary’ character” (*Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the*

celle-ci peut retenir ou rejeter l'exception soulevée, mais également — troisième possibilité — déclarer que l'exception en question «n'a pas un caractère exclusivement préliminaire» (voir Eduardo Jiménez de Aréchaga, «The Amendments to the Rules of Procedure of the International Court of Justice», *American Journal of International Law*, vol. 67 (1973), p. 11-19).

16. A première vue, les prétentions initiales de la Guinée équatoriale relatives à l'immunité de M. Teodoro Nguema Obiang Mangue et à l'inviolabilité de l'immeuble sis au 42 avenue Foch à Paris, ainsi qu'à l'obligation de la France à cet égard, pourraient sembler relever de cette catégorie. Il pourrait sembler nécessaire de procéder à un examen approfondi des faits et du droit en ce qui concerne le statut juridique de M. Obiang Mangue et de l'immeuble pour apprécier l'établissement de la compétence de la Cour au titre de l'article 35 de la convention de Palerme et de l'article premier du protocole de signature facultative à la convention de Vienne sur les relations diplomatiques.

17. La Cour n'a cependant pas emprunté cette troisième voie prévue au paragraphe 9 de l'article 79 de son Règlement : elle n'a pas déclaré que la troisième exception soulevée par la France n'avait pas un caractère exclusivement préliminaire. En substance, ce qui importe dans l'argumentation de la France relative à l'abus de droit, c'est la thèse selon laquelle c'est pour la requête de la Guinée équatoriale dans son intégralité que se pose la question fondamentale de sa validité juridique en tant que «demande juridiquement valable» dont la légitimité justifie la saisine de la Cour. Ainsi, la France fait valoir que

«ce ne sont pas les différents éléments que la France a portés à l'attention de votre haute juridiction, considérés individuellement, qui constituent un abus de procédure. En revanche, pris dans leur ensemble, ils établissent que le recours de la Guinée équatoriale à la Cour est abusif car il procède en réalité d'une stratégie visant à utiliser de manière totalement artificielle le principe des immunités diplomatiques au profit d'une personne qui n'est pas un diplomate, pour entraver les poursuites pénales engagées à son encontre en France et soustraire les biens personnels qu'il y a acquis à leur éventuelle confiscation.» (CR 2018/2, p. 53, par. 21 (Pellet).)

En d'autres termes, la requête de la Guinée équatoriale, telle que comprise et présentée par la France, est entachée d'un vice juridique fondamental qui l'invalide dans son intégralité et signifie qu'elle ne constitue pas une «demande valable» dont la Cour pourrait être saisie, compte tenu des circonstances de l'espèce. On est très loin en l'espèce du système d'exception préliminaire d'incompétence ou d'irrecevabilité envisagé à l'article 79 du Règlement de la Cour et on ne saurait voir ici une exception préliminaire telle que le prévoit le Règlement (Procédures incidentes).

18. Pour entrer dans le champ d'application de l'article 79 du Règlement, «une exception doit ... revêtir un caractère «préliminaire»» (*Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971*

Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom), *Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1998*, p. 26, para. 47). If an objection does not possess such a “preliminary” character, it cannot fall within the mechanism of preliminary objections provided for in Part III, Section D (Incidental Proceedings), Subsection 2 (Preliminary Objections) of the Rules of Court. Aside from the legal soundness of France’s argument on this point, it is clear that this claim of France in the form in which it is presented by her can no longer be in its nature “a preliminary objection” in a procedural sense. In this legal situation the Judgment has no option to declare that such objection does not possess an “exclusively preliminary character” pursuant to paragraph 9 of Article 79. The examples of these “abuse of rights” cases as cited by France (*Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic*, ICSID Case No. ARB/06/5, Award of 15 April 2009; *Renée Rose Levy and Gremcitel S.A. v. Republic of Peru*, ICSID Case No. ARB/11/17, Award of 9 January 2015) also testify to the fact that the relevant arbitral tribunals accepted the argument of the Respondent not as a preliminary objection to be determined before proceeding to the merits, but as an issue that touches the very basis of the claims advanced by the Applicant. It is true that Article 79 is said to cover “any objection” raised by the parties, such objection must possess the effect that “will be, if the objection is upheld, to interrupt further proceedings in the case, and which it will therefore be appropriate for the Court to deal with before enquiring into the merits” (*Panevezys-Saldutiskis Railway (Estonia v. Lithuania)*, *Preliminary Objections, Judgment, 1939, P.C.I.J., Series A/B, No. 76*, p. 16). This clearly is not the situation that the Court is faced with here.

19. Thus in the present case, I consider that France’s objection based on the abuse of rights does not possess such a “preliminary” character. The alleged substantive right in question is Equatorial Guinea’s right to the immunity *ratione personae* of the Vice-President in charge of National Defence and Security and to immunity and inviolability of the building located at 42 Avenue Foch in Paris. This has been challenged by France that such a claim is tarnished by the abuse of rights. According to France, the Applicant exploited such rights purely and exclusively for the purposes of manipulating the ostensible rights granted, with a view to shielding Mr. Teodoro Nguema Obiang Mangue and his properties from the French criminal proceedings. For France, such use of immunity and inviolability is nothing else than abusive because the purpose of privileges and immunities under the Vienna Convention, which is to safeguard the independence of the State and its representatives abroad, and not to benefit the individuals who enjoy them (Preliminary Objections of the French Republic, paras. 78-80), is completely ignored and manipulated to block the unlawful activities to be brought to justice.

20. The Judgment has found that there has not been enough evidence to establish this contention of France. However, whether this contention

résultant de l'incident aérien de Lockerbie (*Jamahiriya arabe libyenne c. Royaume-Uni*), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1998, p. 26, par. 47). A défaut, elle n'est pas couverte par le mécanisme des exceptions préliminaires prévu dans la sous-section 2 (Exceptions préliminaires) de la section D (Procédures incidentes) du titre III du Règlement de la Cour. Abstraction faite de la solidité juridique de son argument sur ce point, il est clair que la demande de la France, dans la forme sous laquelle elle est présentée, ne peut plus être considérée comme étant par nature «une exception préliminaire» au sens procédural. Dans la présente situation juridique, il était impossible pour la Cour de déclarer dans son arrêt qu'une telle exception ne revêtait pas le «caractère exclusivement préliminaire» requis par le paragraphe 9 de l'article 79. Les exemples d'affaires «d'abus de droit» cités par la France (*Phoenix Action, Ltd. c. The Czech Republic*, affaire CIRDI n° ARB/06/5, sentence arbitrale du 15 avril 2009; *Renée Rose Levy and Gremcitel S.A. c. Republic of Peru*, affaire CIRDI n° ARB/11/17, sentence arbitrale du 9 janvier 2015) montrent aussi que les juridictions arbitrales pertinentes ont accepté l'argument des défendeurs non pas en tant qu'exception préliminaire devant être tranchée avant l'examen au fond, mais en tant que question touchant au fondement même des allégations avancées par les demandeurs. Il est vrai que l'article 79 est censé couvrir «[t]oute exception» soulevée par les parties et s'applique à toute exception dont l'effet, «si elle était retenue par la Cour, serait de mettre fin à la procédure dans l'affaire en cause, et dont il conviendrait, par conséquent, pour la Cour de s'occuper avant d'aborder le fond» (*Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis (Estonie c. Lituanie)*, exceptions préliminaires, arrêt, 1939, C.P.J.I., série A/B n° 76, p. 16). Ce n'est à l'évidence pas la situation que la Cour doit examiner ici.

19. Dans la présente affaire, par conséquent, je considère que l'exception fondée par la France sur l'abus de droit ne revêt pas ce caractère «préliminaire». Le droit fondamental allégué en l'espèce est le droit de la Guinée équatoriale à l'immunité *ratione personae* de son vice-président chargé de la défense et de la sécurité de l'Etat, ainsi qu'à l'immunité et à l'inviolabilité de l'immeuble sis au 42 avenue Foch à Paris. La requête de la Guinée équatoriale a été contestée par la France au motif qu'elle est constitutive d'un abus de droit. Selon la France, la demanderesse a exploité ces droits accordés officiellement à la seule fin de les détourner, en vue de soustraire M. Teodoro Nguema Obiang Mangue et ses biens aux poursuites pénales engagées par la France. Pour celle-ci, cette utilisation de l'immunité et de l'inviolabilité n'est rien d'autre qu'abusive, car le but des privilèges et des immunités prévus par la convention de Vienne, qui est de préserver l'indépendance de l'Etat et de ses représentants à l'étranger, et non d'accorder un avantage personnel à leurs bénéficiaires (exceptions préliminaires de la République française, par. 78-80), est entièrement méconnu et dévoyé de manière à soustraire des activités illicites aux voies judiciaires.

20. La Cour a conclu dans l'arrêt que les éléments de preuve n'étaient pas suffisants pour établir l'allégation de la France. Toutefois, la question

of France is justified or not is not the point at issue in the present situation. France's objection on abuse of rights to immunity and inviolability by Equatorial Guinea, if upheld, could arguably result in a total rejection of Equatorial Guinea's claim as an "invalid claim" rather than the procedural interruption of further proceedings of the present case before dealing with the merits aspects of the claim.

21. It is for these reasons that I joined the conclusion of the Court that France's third preliminary objection be rejected in its entirety, without passing any judgment on the validity of the contention of France in its third preliminary objection, which, if sustained, could have much wider legal implications.

(Signed) Hisashi OWADA.

de savoir si cette allégation est étayée ou non n'est pas pertinente en l'espèce. Si elle était retenue, l'exception de la France relative à l'abus par la Guinée équatoriale du droit à l'immunité et à l'inviolabilité pourrait amener la Cour à rejeter la requête dans sa totalité en tant que « demande non valide », plutôt qu'à porter la procédure jusqu'à l'examen au fond.

21. C'est pour ces raisons que je me suis rangé à la décision de la Cour rejetant dans son intégralité la troisième exception préliminaire soulevée par la France, sans émettre de jugement sur la validité de la thèse avancée — thèse qui, si elle était retenue, pourrait avoir des conséquences juridiques beaucoup plus importantes.

(Signé) Hisashi OWADA.
