

DISSENTING OPINION OF VICE-PRESIDENT XUE

1. With much regret, I departed from the majority and voted against the decision on the jurisdiction of the Court with regard to the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism (hereinafter the “ICSFT”). I firmly believe that the Court does not have jurisdiction under Article 24, paragraph 1, of the ICSFT in this case.

2. Ukraine’s claim as presented in its Application and Memorial, in my opinion, concerns more the alleged military and financial support by the Russian Federation to the armed groups in the course of armed conflict in eastern Ukraine, where violations of international humanitarian law may have occurred, than the Russian Federation’s failure in preventing and suppressing the financing of terrorism. The materials submitted by Ukraine do not present a plausible case that falls within the scope of the ICSFT.

3. Identification of the subject-matter of the dispute is essential for the Court to determine its jurisdiction *ratione materiae*. More often than not, a dispute arises from a complicated political context, where the legal question brought before the Court is mixed with various political aspects. That fact alone does not preclude the Court from founding its jurisdiction. As the Court pointed out in the case concerning *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran)*, “legal disputes between sovereign States by their very nature are likely to occur in political contexts, and often form only one element in a wider and long-standing political dispute between the States concerned” (*Judgment, I.C.J. Reports 1980*, p. 20, para. 37). Moreover, “never has the view been put forward before that, because a legal dispute submitted to the Court is only one aspect of a political dispute, the Court should decline to resolve for the parties the legal questions at issue between them” (*ibid.*). What the Court had to take into account when determining the question of jurisdiction was whether there was connection, legal or factual, between the “overall problem” in the context and the particular events that gave rise to the dispute, which precluded the separate examination of the applicant’s claims by the Court.

4. The essential element in this criterion is the separability of the claim from the overall problem. In determining the question of jurisdiction *ratione materiae*, either *proprio motu*, or at the request of a party, the Court has to ascertain whether the dispute can be detached or separated

OPINION DISSIDENTE DE M^{me} LA JUGE XUE,
VICE-PRÉSIDENTE

[Traduction]

1. A mon grand regret, je n'ai pu m'associer à la majorité et j'ai voté contre la décision concernant la compétence de la Cour au regard de la convention internationale pour la répression du financement du terrorisme (ci-après la « CIRFT »). Je suis convaincue que, en l'espèce, la Cour n'a pas compétence au titre du paragraphe 1 de l'article 24 de cet instrument.

2. Les demandes de l'Ukraine, telles que présentées dans la requête et le mémoire, concernent, de mon point de vue, davantage l'appui militaire et financier que la Fédération de Russie aurait fourni aux groupes armés dans le cadre du conflit armé en Ukraine orientale, qui a pu être le théâtre de violations du droit international humanitaire, que le manquement de la Fédération de Russie à l'obligation lui incombant de prévenir et de réprimer le financement du terrorisme. Les éléments soumis par le demandeur ne permettent pas d'établir la plausibilité d'infractions entrant dans le champ de la CIRFT.

3. La détermination de l'objet du différend est essentielle pour permettre à la Cour de se prononcer sur sa compétence *ratione materiae*. Un différend survient, fort souvent, dans un contexte politique complexe où, à la question juridique dont la Cour est saisie, viennent se mêler diverses considérations d'un autre ordre. La Cour n'en sera pas, pour autant, empêchée de se déclarer compétente. Ainsi, dans l'arrêt qu'elle a rendu en l'affaire relative au *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*, elle a dit que « les différends juridiques entre Etats souverains [avaient], par leur nature même, toutes chances de surgir dans des contextes politiques et ne représent[aient] souvent qu'un élément d'un différend politique plus vaste et existant de longue date entre les Etats concernés » (*C.I.J. Recueil 1980*, p. 20, par. 37). Elle a ensuite souligné que « [n]ul n'a[vait] ... jamais prétendu que, parce qu'un différend juridique soumis à la Cour ne constitu[ait] qu'un aspect d'un différend politique, la Cour d[evait] se refuser à résoudre dans l'intérêt des parties les questions juridiques qui les oppos[aient] » (*ibid.*). Pour trancher la question de sa compétence, la Cour avait alors dû rechercher s'il existait, en droit ou en fait, un rapport entre le « problème d'ensemble » et les faits particuliers à l'origine du différend qui lui aurait interdit d'examiner indépendamment les réclamations du demandeur.

4. L'élément fondamental aux fins de cette analyse réside dans la possibilité de séparer la réclamation du « problème d'ensemble ». Lorsqu'elle examine, d'office ou à la demande d'une partie, la question de sa compétence *ratione materiae*, la Cour doit rechercher si le différend peut être

from the overall political context and presented as a self-standing issue, either in law or fact, capable of judicial settlement by the Court. When the dispute constitutes an inseparable part of the overall problem and any legal pronouncement by the Court on that particular dispute would necessarily step into the area beyond its jurisdiction, judicial prudence and self-restraint is required. In international judicial settlement of disputes between States, the question of jurisdiction is just as important as merits. This policy is designed and reflected in each and every aspect of the jurisdictional system of the Court.

5. The dispute between Ukraine and the Russian Federation arose from the internal armed conflict in eastern Ukraine. Acts alleged by Ukraine all took place during this period. Apparently, attacks that targeted civilians with the intention to create “terror” in the event of an armed conflict are serious violations of international humanitarian law and human rights law. To draw a clear legal distinction between such violations and the acts of terrorism alleged by Ukraine in the present context, however, is likely difficult, if not impossible. To characterize military and financial support from Russia’s side, by whomever possible, as terrorism financing, would inevitably bear the legal implication of defining the nature of the armed conflict in eastern Ukraine, which, in my view, extends well beyond the limit of the Court’s jurisdiction under the ICSFT. In other words, Ukraine’s allegations against the Russian Federation under the ICSFT bear an inseparable connection with the overall situation of the ongoing armed conflict in eastern Ukraine. Factually, documents before the Court do not demonstrate that the alleged terrorism financing can be discretely examined without passing a judgment on the overall situation of the armed conflict in the area; Ukraine’s claim under the ICSFT forms an integral part of the whole issue in eastern Ukraine. Judicially, the Court is not in a position to resolve the dispute as presented by Ukraine.

6. My second reason for upholding the Russian Federation’s objection to the jurisdiction of the Court under Article 24, paragraph 1, of the ICSFT relates to the scope of the Convention. The term “any person” in Article 2, paragraph 1, of the ICSFT must be interpreted within the framework of the Convention to which States parties agreed to accept. Under Articles 3 and 7 of the ICSFT, State parties undertake to establish in their domestic law territorial, national and universal criminal jurisdiction over offences defined in Article 2, paragraph 1, thereof. As the Court recalls in the Judgment, the drafting history of the Convention demonstrates that the Convention only addresses offences committed by individuals and does not cover the financing by a State of acts of terrorism, which lies outside the scope of the Convention (Judgment, para. 59). During the proceedings this point was not contested between the Parties. This interpretation, however, becomes blurred when the meaning of the term

dissocié du contexte politique global et appréhendé comme une question indépendante, en droit ou en fait, susceptible de faire l'objet d'un règlement judiciaire. Dès lors que le différend est indissociable du problème d'ensemble, et que, en statuant sur tel ou tel point de droit dans ce cadre particulier, la Cour déborderait nécessairement le champ de sa compétence, prudence et réserve judiciaires s'imposent. Dans le cadre du règlement judiciaire international des différends entre Etats, la question de la compétence revêt autant d'importance que le fond. Cette approche imprègne tous les aspects de la politique judiciaire de la Cour.

5. Le différend entre l'Ukraine et la Fédération de Russie est né du conflit armé interne sévissant en Ukraine orientale. Les faits allégués par le demandeur s'inscrivent tous dans ce cadre. Lors d'un conflit armé, les attaques perpétrées contre des civils dans l'intention de créer un climat de «terreur» constituent de toute évidence des violations graves du droit international humanitaire et du droit international des droits de l'homme. Il est toutefois difficile, si ce n'est impossible, d'établir une distinction juridique claire entre de telles violations et les actes de terrorisme allégués par l'Ukraine dans la présente espèce. Qualifier d'actes de financement du terrorisme l'appui militaire et financier en provenance de la Russie, quelles qu'en soient les sources, impliquerait nécessairement, en droit, une qualification de la nature du conflit armé en Ukraine orientale qui, à mon avis, dépasserait largement les limites de la compétence conférée à la Cour par la CIRFT. En d'autres termes, les allégations formulées par l'Ukraine contre la Fédération de Russie sur le fondement de cet instrument sont indissociablement liées à la situation d'ensemble que constitue le conflit armé en cours en Ukraine orientale. D'un point de vue factuel, les éléments versés au dossier de l'affaire ne permettent pas de penser que la Cour pourrait examiner les allégations de financement du terrorisme indépendamment, sans se prononcer sur cette situation d'ensemble. Les demandes formulées par l'Ukraine sur le fondement de la CIRFT sont inséparables de la question globale de l'Ukraine orientale. La Cour n'est donc pas en mesure, d'un point de vue judiciaire, de régler le différend tel que présenté par l'Ukraine.

6. La seconde raison qui milite, selon moi, en faveur de l'exception soulevée par la Fédération de Russie s'agissant de la compétence de la Cour au titre du paragraphe 1 de l'article 24 de la CIRFT tient au champ d'application de cet instrument. L'expression «toute personne» employée au paragraphe 1 de l'article 2 doit être interprétée dans le contexte de la convention dont les Etats parties ont accepté les dispositions. Aux termes des articles 3 et 7, ceux-ci se sont engagés à établir dans leur droit interne leur compétence territoriale, nationale et universelle en matière pénale, à l'égard des infractions définies au paragraphe 1 de l'article 2. Ainsi que la Cour le rappelle dans l'arrêt, il ressort des travaux préparatoires de la convention que celle-ci ne porte que sur les infractions commises par des individus et non sur le financement par un Etat d'actes de terrorisme, qui n'entre pas dans le champ d'application de cet instrument (arrêt, par. 59). Ce point n'a donné lieu à aucun désaccord entre les Parties lors de la

“any person” in Article 2, paragraph 1, is given. According to the majority’s view,

“[t]he Convention contains no exclusion of any category of persons. It applies both to persons who are acting in a private capacity and to those who are State agents. As the Court noted . . . State financing of acts of terrorism is outside the scope of the ICSFT; therefore, the commission by a State official of an offence described in Article 2 does not in itself engage the responsibility of the State concerned under the Convention. However, all States parties to the ICSFT are under an obligation to take appropriate measures and to co-operate in the prevention and suppression of offences of financing acts of terrorism committed by whichever person. Should a State breach such an obligation, its responsibility under the Convention would arise.” (Judgment, para. 61.)

This seemingly straightforward statement unfortunately cannot be sustained by the rules of State responsibility.

7. I agree that the term “any person” does not preclude State officials and there is no question about jurisdictional immunity. There are possible cases where a State official’s act may invoke the application of the Convention. For example, when a State official of State A has allegedly committed an offence of terrorism financing to a group located in State B for conducting terrorist acts, State A, as a party to the ICSFT, is obliged to provide legal assistance to another State party, State B, and take measures to suppress the crime. If such State official is found in the territory of State C, State C has to take measures to bring him to criminal justice and provide legal assistance to State B, if the latter so requests. In either situation, no State act is alleged.

8. The situation in the present case is an entirely different one; every act of terrorism financing alleged by Ukraine points at the Russian Federation itself. In its Application, Ukraine requests the Court to adjudge and declare that

“the Russian Federation, *through its State organs, State agents, and other persons and entities exercising governmental authority, and through other agents acting on its instructions or under its direction and control*, has violated its obligations under the Terrorism Financing Convention by:

(a) supplying funds, including in-kind *contributions of weapons and training*, to illegal armed groups that engage in acts of terrorism in Ukraine, including the DPR, the LPR, the Kharkiv Partisans, and associated groups and individuals, in violation of Article 18” (emphasis added).

procédure. Une telle interprétation perd toutefois de sa limpidité si l'on envisage le sens de l'expression «toute personne» employée au paragraphe 1 de l'article 2. De l'avis de la majorité,

«[l]a convention ne contient aucun élément de nature à exclure quelque catégorie de personnes que ce soit. Elle s'applique tant aux personnes agissant à titre privé qu'à celles ayant le statut d'agent d'un Etat. Comme l'a relevé la Cour ..., le financement étatique d'actes de terrorisme n'entre pas dans le champ d'application de la CIRFT; partant, la commission par l'agent d'un Etat d'une infraction visée à l'article 2 n'engage pas par elle-même la responsabilité de l'Etat concerné au titre de la convention. Toutefois, les Etats parties à la CIRFT sont tenus de prendre les mesures nécessaires et de coopérer pour prévenir et réprimer les infractions de financement d'actes de terrorisme commises par quelque personne que ce soit. Dans l'éventualité où un Etat manquerait à cette obligation, sa responsabilité au titre de la convention se trouverait engagée.» (Arrêt, par. 61.)

Cet énoncé en apparence évident ne peut malheureusement, au regard des règles relatives à la responsabilité de l'Etat, se voir donner effet.

7. Je conviens que les agents de l'Etat ne sauraient être exclus de l'expression «toute personne», l'immunité de juridiction ne trouvant en aucun cas à s'appliquer. Il existe en effet diverses situations dans lesquelles leurs actes peuvent déclencher l'application de la convention. Ainsi, dans le cas où l'agent d'un Etat A est accusé d'avoir fourni un appui financier à un groupe présent dans un Etat B pour y mener des activités de terrorisme, l'Etat A est tenu, en vertu de la CIRFT, d'accorder l'entraide judiciaire à l'Etat B et de prendre des mesures visant à réprimer l'acte illicite. Si l'auteur de l'infraction est arrêté sur le territoire d'un Etat C, celui-ci a l'obligation de prendre des dispositions pour engager des poursuites pénales contre l'intéressé et accorder l'entraide judiciaire à l'Etat B, si ce dernier en fait la demande. Aucune de ces deux situations ne donne lieu à l'invocation de faits de l'Etat.

8. En la présente affaire, la situation est fort différente: toutes les allégations d'actes de financement du terrorisme formulées par l'Ukraine visent directement la Fédération de Russie. Dans sa requête, l'Ukraine prie la Cour de dire et juger que

«la Fédération de Russie, *par l'intermédiaire de ses organes et agents d'Etat, d'autres personnes et entités exerçant des prérogatives de puissance publique, ainsi que d'agents opérant sur ses instructions ou sous sa direction et son contrôle*, a manqué aux obligations qui lui incombent au regard de la convention contre le financement du terrorisme:

- a) en fournissant des fonds, y compris par des *contributions* en nature *sous la forme d'armes et de moyens d'entraînement*, à des groupes armés illégaux qui se livrent à des actes de terrorisme en Ukraine, dont la RPD, la RPL, les Partisans de Kharkiv et d'autres groupes ou personnes qui y sont associés, en violation de l'article 18» (les italiques sont de moi).

Although Ukraine subsequently deleted this submission in the Memorial, instead, accusing the Russian Federation of allowing and encouraging its own officials to finance terrorism, the substance of its claim under the ICSFT remains unchanged. Factually, Ukraine does not draw any distinction between its initial allegation of terrorism financing under the Russian Federation's instruction and direction, and its subsequent claim based on the Russian Federation's permission and encouragement. It is evident that what Ukraine has in mind is primarily the State responsibility of the Russian Federation for the acts done by its officials or agencies, or acts allegedly instructed or directed by the Russian Federation. This intention can be observed from Ukraine's Memorial, where it states that "[w]hen a State allows or encourages its own officials to finance terrorism, it *necessarily* fails to take all 'practicable measures' to prevent the financing of terrorism" (emphasis added). Apparently, this is a case concerning the allegations of the financing by a State of terrorist acts, which, as the Court stated in the Judgment, is explicitly precluded from the scope of the ICSFT.

9. By virtue of the rules of attribution for the invocation of State responsibility, acts done by State officials in the exercise of their functions and acts instructed or directed by the State are regarded as acts of the State in international law. In case the acts alleged by Ukraine were proven, it would be the Russian Federation as the State that should be held responsible for such acts under international law, regardless of individual criminal responsibility under domestic law. The Court should not simply, by relying on Ukraine's amendment of its submissions, come to the conclusion that this case is not about State's financing of terrorist acts without examining the relevant elements of the scope of the Convention, such as the term "funds", and the nature of the alleged acts in light of Article 2, paragraph 1, of the Convention. By narrowly focusing on the obligations in preventing and suppressing terrorism financing, the Court not just unduly expands the scope of its jurisdiction *ratione materiae*, but also creates confusion and uncertainty in the law of State responsibility.

10. Moreover, in the present case, the question whether or not the Russian Federation allowed or encouraged military and financial support to the armed groups in eastern Ukraine is not a matter for the Court to consider, as it falls outside the scope of its jurisdiction under the ICSFT. Should the case proceed to the merits phase, however, the Court may find itself in a position where it has to pronounce on the above question, which, in my view, may raise the issue of judicial propriety.

11. Judicial policy requires the Court to avoid unnecessary prolongation of the legal process if the case does not present itself as plausible. Proper identification of the subject-matter of the dispute that falls within the scope of the jurisdiction *ratione materiae* of the Court is essential for

Si l'Ukraine n'a pas maintenu cette thèse dans son mémoire, reprochant désormais à la Fédération de Russie d'autoriser et d'encourager ses propres agents à financer le terrorisme, la teneur de ses réclamations sur le fondement de la CIRFT demeure inchangée. Du point de vue des faits, l'Ukraine ne fait aucune distinction entre son allégation initiale, à savoir que des actes de financement du terrorisme auraient été commis sur les instructions ou sous la direction de la Fédération de Russie, et celle qu'elle a par la suite formulée, selon laquelle la Fédération de Russie aurait permis et encouragé pareils actes. De toute évidence, elle entend essentiellement invoquer la responsabilité de l'Etat, attribuant au défendeur des actes accomplis par les agents ou organes de celui-ci, et d'autres dont elle soutient qu'ils l'ont été sur ses instructions ou sous sa direction. C'est bien cette intention qui ressort du mémoire, où le demandeur affirme que, «[d]ès lors qu'il autorise ou encourage ses propres agents à financer le terrorisme, l'Etat manque *nécessairement* à son obligation de prendre «toutes les mesures possibles» afin d'empêcher le financement du terrorisme» (les italiques sont de moi). La présente affaire met manifestement en cause le financement par un Etat d'actes de terrorisme, qui, comme le dit la Cour dans l'arrêt, est expressément exclu du champ d'application de la CIRFT.

9. Au regard des règles d'attribution d'un comportement aux fins de l'invocation de la responsabilité de l'Etat, les actes accomplis par les agents de l'Etat dans l'exercice de leurs fonctions ou sur les instructions ou les directives de l'Etat sont considérés, en droit international, comme un fait de l'Etat. Si les allégations de l'Ukraine devaient être établies, c'est la Fédération de Russie en tant qu'Etat qui devrait, au regard du droit international, en être tenue pour responsable, indépendamment des responsabilités individuelles qui pourraient être retenues par les juridictions pénales internes. La Cour ne peut se contenter de conclure, sur la base du revirement de l'Ukraine, que la présente affaire ne porte pas sur le financement par l'Etat d'actes de terrorisme, sans examiner les éléments pertinents du champ de la convention — notamment le terme «fonds» et la nature des actes allégués — à la lumière du paragraphe 1 de l'article 2 de cet instrument. En concentrant son analyse sur les obligations de prévention et de répression du financement du terrorisme, la Cour, outre qu'elle étend indûment le champ de sa compétence *ratione materiae*, sème le trouble et l'incertitude dans le droit de la responsabilité de l'Etat.

10. J'ajoute qu'il ne lui appartient pas, dans la présente espèce, de déterminer si la Fédération de Russie a autorisé ou encouragé l'apport d'un appui militaire et financier à des groupes armés en Ukraine orientale car la CIRFT ne lui confère pas compétence à cet égard. Si l'affaire devait se poursuivre jusqu'à la phase de l'examen au fond, la Cour pourrait toutefois être amenée à devoir trancher cette question, et celle de l'opportunité judiciaire risquerait alors, selon moi, de se poser.

11. La bonne administration de la justice impose à la Cour d'éviter de prolonger inutilement la procédure judiciaire lorsque l'élément de plausibilité semble faire défaut. Dans cette optique et dans un souci d'économie judiciaire, il est indispensable de déterminer correctement l'objet du diffé-

the purposes of good administration of justice and judicial economy. Loose expansion of the scope of the Court's jurisdiction will not be conducive to the peaceful settlement of international disputes, when judicial restraint is clearly called for under the circumstances. To allow this case to proceed to the merits phase, in my view, would neither serve the object and purpose of the ICSFT, nor contribute to the peace process in the region.

(Signed) XUE Hanqin.

rend et de s'assurer que celui-ci relève de la compétence *ratione materiae* de la Cour. Gonfler artificiellement le champ de cette compétence est peu propice au règlement pacifique des différends internationaux, *a fortiori* dans les circonstances de la présente instance, où la réserve judiciaire est clairement requise. La décision d'autoriser la poursuite de la présente affaire au fond ne sert ni la réalisation de l'objet et du but de la CIRFT ni le processus de paix dans la région.

(Signé) XUE Hanqin.
