

## SEPARATE OPINION OF JUDGE SHAHABUDDEN

I have voted for the Order made by the Court but would like to consider a little more specifically than the Court has done Guinea-Bissau's principal argument (referred to in paragraph 25 of the Order) on the particular point on which the decision has turned against it. Guinea-Bissau seemed to be contending for a more liberal view than that adopted by the Court of the kind of link which should exist between rights sought to be preserved by provisional measures and rights sought to be adjudicated in the case. The argument has given me some difficulty.

Accepting that the cases "have shown the need for a clear connection between the object of the incidental request and that of the principal one", Guinea-Bissau correctly submitted that the "establishment of the connection is necessary inasmuch as the subject of the request is to protect the *rights in dispute*, not other rights that are beyond the scope of the proceedings" (CR 90/1, p. 27, 12 February 1990). These propositions reflect the traditional principle that provisional measures "should have the effect of protecting the rights forming the subject of the dispute submitted to the Court" (*Polish Agrarian Reform, P.C.I.J., Series A/B, No. 58, p. 177*).

In this case, it is clear that the maritime rights of the Parties, which are sought to be preserved by the requested provisional measures, will not be determined by a determination of the dispute pending before the Court as to the existence and validity of the award. In the result, as it has been argued in the Court's Order, the provisional measures requested are not directed to the preservation of the rights of the Parties in that particular and somewhat specialized dispute. Indeed, when the traditional principle is pressed to its logical conclusion, it is difficult to conceive of circumstances which could ground an indication of provisional measures relating to the substantive rights sought to be determined by an arbitral award where the dispute in the main case relates only to the existence and validity of the award.

Guinea-Bissau sought to overcome this problem by contending, in effect, for a more liberal view of the applicable principles than that on which the Court has acted. As I understand its case (CR 90/1, pp. 28-39), its argument is that, although the rights sought to be preserved by the requested provisional measures are not themselves part of the rights which form the subject of the specific dispute relating to the existence and validity of the award, the two sets of rights are logically linked, and that this link is such as to justify the Court in exercising its competence under Article 41 of the Statute to indicate provisional measures "if it considers the circumstances so require". The link has been presented within a theor-

## OPINION INDIVIDUELLE DE M. SHAHABUDDEN

[Traduction]

J'ai voté pour l'ordonnance rendue par la Cour, mais j'aimerais examiner d'un peu plus près que ne l'a fait la Cour l'argument principal avancé par la Guinée-Bissau (visé au paragraphe 25 de l'ordonnance) en ce qui concerne le point particulier qui a amené la Cour à prendre une décision qui lui est défavorable. La Guinée-Bissau semble défendre, quant au type de lien qui devrait exister entre les droits que l'on cherche à sauvegarder par des mesures conservatoires et ceux sur lesquels on voudrait qu'il soit statué dans l'affaire, une conception plus libérale que celle adoptée par la Cour, et son argument m'a causé quelque difficulté.

Reconnaissant que d'autres affaires « ont montré la nécessité d'un lien clairement établi entre l'objet de la demande incidente et celui de la requête principale », la Guinée-Bissau estime à juste titre que « l'établissement de ce lien est nécessaire car l'objet de la demande est de protéger les *droits en litige* et non pas d'autres droits en dehors du procès » (CR 90/1, p. 27, 12 février 1990). Ces déclarations reflètent le principe traditionnel selon lequel il faut que les mesures conservatoires « tendent à sauvegarder les droits objet du différend dont la Cour est saisie » (*Réforme agraire polonaise, C.P.J.I. série A/B n° 58, p. 177*).

Dans la présente affaire, il est clair que le règlement du différend dont la Cour est saisie en ce qui concerne l'existence et la validité de la sentence n'emportera pas détermination des droits maritimes des Parties dont la sauvegarde est l'objet des mesures conservatoires demandées. Il en résulte, comme la Cour le relève dans son ordonnance, que les mesures conservatoires demandées ne visent pas à sauvegarder les droits des Parties dans ce différend particulier et quelque peu spécialisé. En fait, si l'on pousse le principe traditionnel jusqu'à sa conclusion logique, il est difficile d'imaginer des circonstances pouvant justifier l'indication de mesures conservatoires de droits qu'on voudrait voir déterminés quant au fond par une sentence arbitrale, dès lors qu'au principal le différend n'a trait qu'à l'existence et à la validité de la sentence.

La Guinée-Bissau a essayé de surmonter cet obstacle en revendiquant, en fait, une conception des principes applicables plus libérale que celle qui a guidé la Cour dans sa décision. Si je comprends bien son raisonnement (CR 90/1, p. 28-39), elle arguë que même si les droits que l'on cherche à sauvegarder ne font pas eux-mêmes partie de ceux qui sont l'objet du différend spécifique concernant l'existence et la validité de la sentence, les uns et les autres sont logiquement liés, et que ce lien est tel qu'il justifie l'exercice par la Cour de la compétence que lui confère l'article 41 du Statut d'indiquer des mesures conservatoires « si elle estime que les circonstances l'exigent ». Le lien a été présenté dans un cadre théorique

etical framework in which the dispute as to the actual maritime rights of the Parties is regarded as a principal or first-order dispute and the dispute as to the existence and validity of the award is regarded as a subordinate or second-order dispute. To do justice to Professor Miguel Galvao Teles's arguments on the point, it is necessary to reproduce the following passages from his oral submissions:

"Now, save, possibly, in so far as measures relating to evidence are concerned, provisional measures always relate to the basic interests and are justified by them; and, in the second place, they must be declared admissible by reference to these interests even if the Tribunal is seised of a subordinate dispute or one of the second order." (CR 90/1, p. 32.)

"As is the case with the interests of the parties, decisions taken on subordinate disputes and disputes of the second order have no intrinsic value. Their value is due only to the contribution they make to the final solution of the basic dispute. What needs to be safeguarded, at any procedural stage, are the practical conditions of this final solution, peace with respect to the basic conflict, and, equally, the interests of the parties that are the object of the conflict, whatever the procedural stage reached, because, should the practical conditions of the final solution be impaired, the same will be true of the decision on the subordinate dispute or the dispute of the second order, because if peace is jeopardized the procedural stage at which one finds oneself is of no consequence." (*Ibid.*, pp. 33-34.)

"The fact that provisional measures are not conceived as a provisional anticipation of a possible final decision and that they are regarded by the Statute and the Rules as being based first of all on the interest of the international community itself — in the enforcement of judicial decisions and in peace — is the justification that the link essential for the admissibility of measures is the link between the measures contemplated and the conflict of interests underlying the question or questions put to the Court, whether the latter is seised of a main dispute or of a subsidiary dispute, a fundamental dispute or a secondary dispute, on the sole condition that the decision by the Court on questions of substance which are put to it are a *necessary prerequisite* of the settlement or the status of the settlement of the conflict of interests to which the measures relate, as implicitly recognized by the Permanent Court of International Justice in the case concerning the *Denunciation of the Treaty of 2 November 1865 between China and Belgium*, and by this eminent Court itself in the case concerning the *Anglo-Iranian Oil Co.*" (*Ibid.*, p. 37.)

In the first case so cited by learned counsel for Guinea-Bissau — the *Denunciation of the Treaty of 2 November 1865 between China and Belgium* (P.C.I.J., Series A, No. 8) — provisional measures were indicated to preserve the rights of Belgium and its nationals under a treaty although the formal relief sought in the substantive case was only a judgment that

définissant le différend quant aux droits maritimes des Parties proprement dits comme un différend de base ou de premier ordre et le différend concernant l'existence et la validité de la sentence comme un différend de second ordre ou sous-différend. Pour faire justice aux arguments de M. Miguel Galvao Teles sur ce point, il est nécessaire de reproduire les passages suivants de ses observations orales :

« Or, sauf éventuellement en ce qui concerne des mesures ayant égard à des moyens de preuve, les mesures conservatoires se rapportent toujours aux intérêts de base et sont justifiées par eux ; et, deuxièmement, elles doivent être jugées admissibles par référence à ces intérêts même si le tribunal est saisi d'un sous-différend ou d'un différend de second ordre. » (CR 90/1, p. 32.)

« De la même façon que les intérêts des parties, les décisions de sous-différends ou de différends de deuxième ordre n'ont pas de valeur en elles-mêmes. Leur valeur ne provient que de la contribution qu'elles apportent à la solution finale du différend de base. Ce sont les conditions de pratique de cette solution finale, c'est la paix par rapport au conflit de base, comme ce sont les intérêts de parties objet de ce conflit qu'il faut sauvegarder, à tout état procédural — parce que si les conditions de pratique de la solution finale sont affectées, les sont aussi celles de la décision du sous-différend ou du différend de deuxième ordre, parce que si la paix est mise en cause peu importe à quel stade procédural l'on est. » (*Ibid.*, p. 33-34.)

« Le fait que les mesures conservatoires ne soient pas conçues comme une anticipation provisoire d'une possible décision finale et qu'elles soient pensées par le Statut et par le Règlement comme étant fondées tout d'abord par l'intérêt de la communauté internationale elle-même — à l'exécution des décisions de justice et à la paix — justifie que le lien indispensable à l'admissibilité des mesures soit le lien entre les mesures envisagées et le conflit d'intérêts sous-jacent à la question ou aux questions posées à la Cour, que celle-ci soit saisie d'un différend principal ou d'un sous-différend, d'un différend de base ou d'un différend de second ordre, à la seule condition que la décision par la Cour des questions de fond qui lui sont posées soit un *préalable nécessaire* du règlement ou du statut du règlement du conflit d'intérêts que les mesures concernent, ainsi que l'a implicitement retenu la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire de la *Dénonciation du traité sino-belge du 2 novembre 1865* et cette haute Cour, elle-même, dans l'affaire de l'*Anglo-Iranian Oil Co.* » (*Ibid.*, p. 37.)

Dans la première affaire ainsi citée par l'éminent conseil de la Guinée-Bissau — l'affaire relative à la *Dénonciation du traité sino-belge du 2 novembre 1865* (C.P.J.I. série A n° 8) — la Cour a indiqué des mesures conservatoires pour sauvegarder les droits de la Belgique et de ses nationaux en vertu d'un traité alors même que tout ce qui lui était demandé au

China was “not entitled unilaterally to denounce the Treaty . . .”. However, the issue so presented in the substantive case was not a purely theoretical one, for China had in fact denounced the treaty (*P.C.I.J., Series A, No. 8*, p. 5). It followed that, there being no denial that Belgium and its nationals had rights under the treaty if still in force, the existence of those rights would be directly affected by a determination that China had no right of denunciation. In this respect, the Order of Court read:

“Whereas the Chinese Government has declared the aforementioned Treaty to have ceased to be effective, whilst the Belgian Government, on the other hand, maintains that it is still in force, and as, consequently, the situation secured by the Treaty to Chinese nationals resident in Belgium has undergone no modification, whilst the corresponding situation of Belgian nationals in China has been altered in virtue of the abovementioned Presidential Order” (i.e., the Order issued by the President of the Republic of China relating to the denunciation of the Treaty. *Ibid.*, p. 6. See also *P.C.I.J., Series E, No. 3*, p. 127.)

It seems, therefore, that the Court approached the matter on the footing that the rights sought to be preserved by the requested provisional measures were part of the rights which formed the subject of the dispute as to whether China had a right of denunciation and would be directly affected by a determination of the latter.

In a sense, the position in that case seemed similar to that in the *Fisheries Jurisdiction* case (*United Kingdom v. Iceland*), *Interim Protection (I.C.J. Reports 1972*, p. 12) in which it was clear that the British fisheries rights sought to be preserved by the requested provisional measures would be directly affected by the ultimate decision in the case even though the formal reliefs sought in the latter were declarations which related not to those rights themselves, but only, in substance, to the question whether Iceland’s claim to an exclusive fisheries zone of 50 miles was valid in international law (*I.C.J. Pleadings, Fisheries Jurisdiction*, Vol. 1, p. 10, para. 21; and the argument of Sir Peter Rawlinson, *ibid.*, pp. 98 ff.). Paragraphs 13 and 14 of the Order of Court in that case reasoned the position this way:

“13. Whereas in the Application by which the Government of the United Kingdom instituted proceedings, that Government, by asking the Court to adjudge that the extension of fisheries jurisdiction by Iceland is invalid, is in fact requesting the Court to declare that the contemplated measures of exclusion of foreign fishing vessels cannot be opposed by Iceland to fishing vessels registered in the United Kingdom.

principal était de dire et juger qu'« il n'appartient pas à la Chine de dénoncer unilatéralement le traité... » Néanmoins, la question ainsi présentée au principal n'était pas purement théorique, car la Chine avait effectivement dénoncé le traité (*C.P.J.I. série A n° 8*, p. 5). Par suite, comme il n'était pas contesté que la Belgique et ses nationaux avaient des droits en vertu du traité si celui-ci était toujours en vigueur, l'existence de ces droits serait directement affectée si la Cour jugeait que la Chine n'avait pas le droit de dénoncer le traité. A cet égard, l'ordonnance de la Cour était ainsi libellée :

« Attendu que c'est le Gouvernement de Chine qui a déclaré que le traité précité a cessé de produire ses effets, le Gouvernement de Belgique se plaçant, au contraire, au point de vue qu'il reste en vigueur; que, par conséquent, la situation garantie par le traité aux ressortissants chinois résidant en Belgique n'a subi aucune modification, tandis que la situation correspondante des ressortissants belges en Chine a été changée en vertu dudit mandat présidentiel » (c'est-à-dire le mandat du président de la République de Chine relatif à la dénonciation du traité. *Ibid.*, p. 6. Voir aussi *C.P.J.I. série E n° 3*, p. 127.)

Il semble par conséquent que la Cour ait considéré que les droits que l'on cherchait à sauvegarder par les mesures conservatoires demandées faisaient partie des droits objet du différend sur le point de savoir si la Chine avait le droit de dénoncer le traité, et qu'ils seraient directement affectés par un arrêt sur ce point.

En un sens, la position adoptée dans cette affaire semble similaire à celle adoptée dans l'affaire de la *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*, *mesures conservatoires (C.I.J. Recueil 1972*, p. 12) dans laquelle il était clair que les droits de la Grande-Bretagne en matière de pêcheries que les mesures conservatoires demandées visaient à sauvegarder seraient directement affectés par la décision finale qui serait prise dans l'affaire, même si dans cette dernière il était officiellement demandé à la Cour de se prononcer non sur ces droits eux-mêmes mais seulement, en substance, sur la question de savoir si la revendication par l'Irlande d'une zone exclusive de pêche d'une largeur de 50 milles marins était valide en droit international (*C.I.J. Mémoires, Compétence en matière de pêcheries*, vol. 1, p. 10, par. 21; et argumentation de sir Peter Rawlinson, *ibid.*, p. 98 et suiv.). Aux paragraphes 13 et 14 de l'ordonnance qu'elle a rendue dans cette affaire, la Cour justifie sa position comme suit :

« 13. Considérant que, dans sa requête introductive d'instance, le Gouvernement du Royaume-Uni, en priant la Cour de dire que l'extension de la compétence de l'Islande en matière de pêcheries n'est pas valable, a demandé en fait à la Cour de déclarer que les mesures d'exclusion des navires de pêche étrangers envisagées par l'Islande ne sont pas opposables aux navires de pêche immatriculés au Royaume-Uni;

14. Whereas the contention of the Applicant that its fishing vessels are entitled to continue fishing within the above-mentioned zone of 50 nautical miles is part of the subject-matter of the dispute submitted to the Court, and the request for provisional measures designed to protect such rights is therefore directly connected with the Application filed on 14 April 1972" (*I.C.J. Reports 1972*, p. 15).

In the second case relied on by Guinea-Bissau, namely, the *Anglo-Iranian Oil Co., Interim Protection* (*I.C.J. Reports 1951*, p. 89), provisional measures were indicated for the protection of the company's property rights, although the United Kingdom's primary claim was only for a declaration that Iran was under a duty to submit the dispute to arbitration. This situation seems a little closer to the thesis of Guinea-Bissau. However, three observations may be made. First, in the absence of provisional measures, the execution of a possible decision by the Court that Iran was under a duty to submit to arbitration in respect of the property rights claimed by the company could be prejudiced (see the language used in the *Electricity Company of Sofia and Bulgaria* case, *P.C.I.J., Series A/B, No. 79*, p. 199). Secondly, if the Court held that Iran was under such a duty, the arbitration would presumably follow on the Court's judgment and so constitute, together with the decision of the Court, a connected series of proceedings leading to a definitive determination of the dispute concerning the substantive property rights. This perhaps explains why, in its main application, the United Kingdom also requested a declaration that Iran was additionally "under a duty . . . to accept and carry out any award issued as a result of such arbitration" (*I.C.J. Pleadings, Anglo-Iranian Oil Co.*, p. 18, para. 21 (a)). And, thirdly, the United Kingdom had in any event sought, if only alternatively, a declaration from the Court as to the substantive property rights of the company (*ibid.*, pp. 18-19, para. 21 (b)).

These cases suggest that the approach taken by Guinea-Bissau is subject to a limiting factor represented by the reflection that the situation created by an indication of provisional measures should be consistent with the effect of a possible decision in the main case in favour of the State applying for such measures. This was obviously the position in the two cases cited by Guinea-Bissau. But here, if provisional measures were indicated to restrain the Parties from carrying out any activities in the area in question, the situation so created would not be consistent with a possible decision in favour of Guinea-Bissau on the issue of the existence or validity of the award. As pointed out by the Court, such a decision would not determine the actual rights of the Parties in the area in question. In the particular circumstances of this case, all that would happen if Guinea-Bissau succeeded would be that the original dispute would resume without any machinery being automatically instituted to resolve it, and with each Party being at liberty to act within the limits allowed by international law

14. Considérant que la thèse du demandeur suivant laquelle ses navires ont le droit de continuer à pratiquer la pêche dans la zone de 50 milles marins ci-dessus mentionnée constitue l'un des éléments de l'objet du différend soumis à la Cour et que la demande en indication de mesures conservatoires destinées à protéger ce droit est donc directement liée à la requête déposée le 14 avril 1972» (*C.I.J. Recueil 1972*, p. 15).

Dans la seconde affaire invoquée par la Guinée-Bissau, celle de l'*Anglo-Iranian Oil Co., mesures conservatoires, ordonnance du 5 juillet 1951* (*C.I.J. Recueil 1951*, p. 89), la Cour a indiqué des mesures conservatoires pour protéger les droits patrimoniaux de la société, bien qu'au principal le Royaume-Uni lui demandât seulement de déclarer que l'Iran était tenu de soumettre le différend à l'arbitrage. Cette situation semble un peu plus proche de la thèse de la Guinée-Bissau. On peut néanmoins faire trois observations. Premièrement, en l'absence de mesures conservatoires, l'exécution d'une décision par laquelle la Cour jugerait que l'Iran était tenu de soumettre à l'arbitrage le différend relatif aux droits patrimoniaux revendiqués par la société pourrait être compromise (voir les termes utilisés dans l'affaire de la *Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie, C.P.J.I. série A/B n° 79*, p. 199). Deuxièmement, si la Cour considérait qu'une telle obligation s'imposait à l'Iran, on peut supposer que l'arbitrage suivrait l'arrêt de la Cour et constituerait ainsi, avec ce dernier, une série de procédures liées entre elles aboutissant à un règlement définitif quant au fond du différend relatif aux droits patrimoniaux. Ceci explique peut-être pourquoi, dans sa demande principale, le Royaume-Uni priait aussi la Cour de déclarer que l'Iran était « tenu d'accepter et d'exécuter la sentence rendue à la suite de cet arbitrage » (*C.I.J. Mémoires, Anglo-Iranian Oil Co.*, p. 18, par. 21 a)). Troisièmement, le Royaume-Uni avait de toute façon demandé à la Cour, même si c'était seulement à titre subsidiaire, de se prononcer au fond sur les droits patrimoniaux de la société (*ibid.*, p. 18-19, par. 21 b)).

Ces affaires donnent à penser que la position adoptée par la Guinée-Bissau connaît des limites tenant au fait que la situation créée par l'indication de mesures conservatoires doit être compatible avec l'effet d'une éventuelle décision au principal en faveur de l'Etat demandant de telles mesures. Telle était à l'évidence la situation dans les deux affaires citées par la Guinée-Bissau. Mais en l'espèce, si la Cour indiquait des mesures conservatoires pour empêcher les Parties de se livrer à des activités dans la zone en question, la situation ainsi créée ne serait pas compatible avec une éventuelle décision en faveur de la Guinée-Bissau sur la question de l'existence ou de la validité de la sentence. Comme l'a fait observer la Cour, une telle décision ne déterminerait pas les droits effectifs des Parties dans la zone en question. Tout ce qui se passerait, si dans les circonstances particulières de l'espèce la Guinée-Bissau obtenait gain de cause, serait que le différend originel reprendrait sans qu'aucun mécanisme soit institué automatiquement pour le régler, et que chaque Partie serait libre d'agir

in the light of the merits of its position as it exists independently of the award. This liberty of action, arising from the situation so created by a decision in favour of Guinea-Bissau on the question of the existence or validity of the award, would be actually inconsistent with the situation created by an indication of provisional measures restraining the Parties from carrying out any activities, instead of being consistent with it as in the normal case. The real analogy seems to be with cases in which a request for provisional measures was refused on the ground that the measures sought were intended to preserve rights which did not form part of the rights which were the subject of the substantive dispute (see the cases of the *Polish Agrarian Reform and German Minority (P.C.I.J., Series A/B, No. 58, p. 178)*, and the *Aegean Sea Continental Shelf, Interim Protection (I.C.J. Reports 1976, p. 11, para. 34)*).

For these reasons, I feel unable to consider that the interesting and learned arguments of Guinea-Bissau on the point in question could lead to a result other than that reached by the Court.

(Signed) Mohamed SHAHABUDEEN.

---

dans les limites autorisées par le droit international compte tenu du bien-fondé de sa position considérée indépendamment de la sentence. Cette liberté d'action, découlant de la situation ainsi créée par une décision de la Cour en faveur de la Guinée-Bissau sur la question de l'existence et de la validité de la sentence, serait effectivement incompatible avec la situation créée par l'indication de mesures conservatoires ordonnant aux parties de s'abstenir de se livrer à des activités, au lieu d'être compatible avec elle comme il serait normal. En fait, il semble que c'est plutôt avec les affaires dans lesquelles une demande en indication de mesures conservatoires a été rejetée au motif que les mesures demandées visaient à sauvegarder des droits qui ne faisaient pas partie de ceux faisant l'objet du différend dont la Cour était saisie au principal que l'on puisse faire une analogie (voir les affaires de la *Réforme agraire polonaise et minorité allemande* (C.P.J.I. série A/B n° 58, p. 178) et du *Plateau continental de la mer Egée, mesures conservatoires* (C.I.J. Recueil 1976, p. 11, par. 34)).

Pour ces raisons, je ne suis pas en mesure de conclure que les arguments intéressants et savamment présentés par la Guinée-Bissau sur le point en question pourraient aboutir à un autre résultat que celui auquel la Cour est parvenue.

(Signé) Mohamed SHAHABUDEEN.

---