

## SEPARATE OPINION OF JUDGE DUGARD

*Circumstances to be considered in deciding when to remove case from the List — Manifest lack of jurisdiction warranting removal from List when no reasonable possibility that jurisdiction may be established in subsequent proceedings — Grounds advanced for jurisdiction in present proceedings manifestly unfounded — Need to remove Application from List — Expression of concern that Court's even-handed comments on situation might be improperly interpreted.*

1. While I agree with the Order of the Court rejecting the request for the indication of provisional measures submitted by the Democratic Republic of the Congo, I am unable to agree with the Order of the Court that the case should not be removed from the Court's List.

2. For many years there has been a debate over the question whether an Order for provisional measures, made under Article 41 of the Statute of the International Court of Justice, is binding or not. In the *LaGrand* case, the Court gave its answer: such an Order is binding upon States (*LaGrand (Germany v. United States of America), Judgment, I.C.J. Reports 2001*, pp. 498-508, paras. 92-116). As a consequence of this decision, provisional measures will assume a greater importance than before and there will be a greater incentive on the part of States to request such measures. In these circumstances, the Court should be cautious in making Orders for provisional measures where there are serious doubts about the basis for jurisdiction and strict in its response to requests for provisional measures where the jurisdictional basis for the claim is manifestly unfounded. If it fails to adopt such an approach, the Court will be inundated with requests for provisional measures.

3. The Court has expressed itself clearly on the need for caution in the granting of provisional measures where there is inadequate basis for the exercise of jurisdiction on the merits of the case<sup>1</sup>. In the case concerning *Legality of Use of Force (Yugoslavia v. Belgium)* the Court stated that it ought not to grant a request for provisional measures "unless the provisions invoked by the applicant appear, prima facie, to afford a basis on which the jurisdiction of the Court might be established" (*Legality of Use*

---

<sup>1</sup> For a survey of this jurisprudence, see the separate opinion of Judge Higgins in the case concerning *Legality of Use of Force (Yugoslavia v. Belgium), Provisional Measures, Order of 2 June 1999, I.C.J. Reports 1999 (I)*, pp. 164-168, paras. 12-25.

## OPINION INDIVIDUELLE DE M. DUGARD

[Traduction]

*Circonstances à prendre en considération au moment de décider s'il convient de radier une affaire du rôle — Incompétence manifeste justifiant la radiation du rôle en l'absence de toute possibilité raisonnable d'établir la compétence de la Cour dans la suite de la procédure — Caractère manifestement infondé des chefs de compétence invoqués en la présente espèce — Nécessité de rayer l'affaire du rôle — Expression de la crainte de voir les observations également adressées par la Cour à l'une et l'autre Partie au sujet de la situation donner lieu à une interprétation abusive.*

1. Si je souscris à l'ordonnance de la Cour lorsque celle-ci rejette la demande en indication de mesures conservatoires présentée par la République démocratique du Congo, je ne puis m'y rallier lorsqu'elle décide de ne pas rayer l'affaire de son rôle.

2. Pendant longtemps, la question s'est posée de savoir si les ordonnances indiquant des mesures conservatoires, rendues au titre de l'article 41 du Statut de la Cour internationale de Justice, avaient ou non un caractère obligatoire. Dans l'affaire *LaGrand*, la Cour a tranché: ces ordonnances s'imposent aux Etats (*LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2001*, p. 498-508, par. 92-116). Par suite de cette décision, les mesures conservatoires revêtiront désormais une importance plus grande que par le passé, et les Etats se sentiront davantage encouragés à en requérir l'indication. Dans ces conditions, la Cour doit, au moment de rendre des ordonnances indiquant des mesures conservatoires, faire preuve de prudence lorsque les chefs de compétence invoqués suscitent des doutes sérieux, et de rigueur dans sa réponse aux demandes en indication de mesures conservatoires lorsque la base de compétence invoquée par le requérant est manifestement absente. Faute d'adopter une telle attitude, la Cour se verra inondée de telles demandes.

3. La Cour s'est exprimée clairement sur la nécessité de procéder avec prudence avant d'indiquer des mesures conservatoires dans les cas où les bases invoquées pour établir sa compétence au fond sont inadéquates<sup>1</sup>. Dans l'affaire relative à la *Licéité de l'emploi de la force (Yougoslavie c. Belgique)*, elle a estimé ne pouvoir faire droit à une demande en indication de mesures conservatoires «que si les dispositions invoquées par le demandeur semblent *prima facie* constituer une base sur laquelle la com-

<sup>1</sup> Pour un historique de la jurisprudence sur ce sujet, voir l'opinion individuelle de M<sup>me</sup> Higgins dans l'affaire relative à la *Licéité de l'emploi de la force (Yougoslavie c. Belgique)*, mesures conservatoires, ordonnance du 2 juin 1999, *C.I.J. Recueil 1999 (I)*, p. 164-168, par. 12-25.

of Force (*Yugoslavia v. Belgium*), *Provisional Measures, Order of 2 June 1999*, *I.C.J. Reports 1999 (I)*, p. 132, para. 21). This test is endorsed by the Court in its present Order (para. 58).

4. The jurisprudence of the Court is less clear on the action it should take, if any, where the Applicant requesting provisional measures has failed to establish, *prima facie*, a basis for jurisdiction. No doubt this is because before the cases concerning the *Legality of Use of Force* between Yugoslavia and ten NATO States in 1999, there was no case in which the Applicant requesting provisional measures had failed to establish a *prima facie* basis for jurisdiction. In these cases the Court addressed the question of what to do in such circumstances and held that two of the ten Applications, those brought by Yugoslavia against Spain and the United States, should be removed from the List of cases before the Court. In these two cases the Court held that where it “manifestly” lacked jurisdiction, by reason, *inter alia*, of the reservations by Spain and the United States of America to the Genocide Convention excluding the jurisdiction of the Court, the cases should be removed from the List because

“within a system of consensual jurisdiction, to maintain on the General List a case upon which it appears certain that the Court will not be able to adjudicate on the merits would most assuredly not contribute to the sound administration of justice” (*Legality of Use of Force (Yugoslavia v. Spain)*, *Provisional Measures, Order of 2 June 1999*, *I.C.J. Reports 1999 (II)*, p. 773, para. 35; *Legality of Use of Force (Yugoslavia v. United States of America)*, *Provisional Measures, Order of 2 June 1999*, *I.C.J. Reports 1999 (II)*, p. 925, para. 29).

In the eight other Applications brought by Yugoslavia against NATO States, which were parties to the Genocide Convention but had failed to exclude the Court’s jurisdiction by reservation, the Court held that although “at this stage of the proceedings” it could not find that the acts imputed by Yugoslavia to the respondent States fell within the provisions of the Genocide Convention, and could thus afford a basis for the exercise of jurisdiction under Article IX of the Convention, it might be possible for Yugoslavia to develop its position in this respect at a later stage. Hence it refused to remove the cases from the List.

5. It is not my intention to explore the reasoning of the Court on this matter. Suffice it to say that the Court reached its decision in these cases on the circumstances of these cases without attempting to expound any general test for deciding when it “manifestly” lacked jurisdiction. Several formulations which give greater guidance were, however,

pétence de la Cour pourrait être fondée» (*Licéité de l'emploi de la force (Yougoslavie c. Belgique)*, mesures conservatoires, ordonnance du 2 juin 1999, C.I.J. Recueil 1999 (I), p. 132, par. 21). Cette condition est réaffirmée par la Cour dans la présente ordonnance (par. 58).

4. La jurisprudence de la Cour est moins explicite sur ce que celle-ci devrait, le cas échéant, faire lorsque la partie demandant l'indication de mesures conservatoires n'est pas parvenue à établir une base de compétence *prima facie* sans doute parce que, avant les instances relatives à la *Licéité de l'emploi de la force* introduites par la Yougoslavie contre dix Etats membres de l'OTAN en 1999, il n'y avait eu aucune affaire dans laquelle la partie demandant l'indication de mesures conservatoires n'avait pas été en mesure d'établir une telle base de compétence. S'agissant de ces dix affaires, la Cour s'est interrogée sur la marche à suivre en pareilles circonstances, et a conclu que deux d'entre elles — celles portées devant la Cour par la Yougoslavie contre l'Espagne et les Etats-Unis — devaient être rayées du rôle. Dans ces deux cas, la Cour a jugé que, étant «manifestement» incompétente du fait, entre autres, des réserves émises par l'Espagne et les Etats-Unis d'Amérique à l'égard de la convention sur le génocide pour exclure la compétence de la Cour, elle devait rayer de son rôle les affaires en question au motif que :

«dans un système de juridiction consensuelle, maintenir au rôle général une affaire sur laquelle il apparaît certain que la Cour ne pourra se prononcer au fond ne participerait assurément pas d'une bonne administration de la justice» (*Licéité de l'emploi de la force (Yougoslavie c. Espagne)*, mesures conservatoires, ordonnance du 2 juin 1999, C.I.J. Recueil 1999 (II), p. 773, par. 35; *Licéité de l'emploi de la force (Yougoslavie c. Etats-Unis d'Amérique)*, mesures conservatoires, ordonnance du 2 juin 1999, C.I.J. Recueil 1999 (II), p. 925, par. 29).

Concernant les huit autres requêtes formées par la Yougoslavie contre des Etats membres de l'OTAN qui étaient parties à la convention sur le génocide mais n'avaient pas exclu par une réserve la compétence de la Cour, celle-ci a estimé que, bien qu'elle ne fût pas en mesure de conclure, «à ce stade de la procédure», que les actes imputés par la Yougoslavie aux Etats défendeurs entraient dans les prévisions de la convention sur le génocide et que l'article IX de la convention constituait, de ce chef, une base sur laquelle la Cour pouvait s'appuyer pour exercer sa compétence, la Yougoslavie aurait la possibilité de développer à un stade ultérieur ses arguments à cet égard. En conséquence, la Cour a refusé de rayer ces affaires de son rôle.

5. Il n'est pas dans mes intentions d'examiner en détail le raisonnement de la Cour sur ce point. Je me bornerai à préciser que celle-ci s'est prononcée dans ces affaires au vu des circonstances propres à chacune d'elles, sans essayer de fixer de critère général permettant de déterminer les cas où elle se trouve manifestement dépourvue de compétence. Dans

advanced by individual judges in these cases. Judge Higgins stated that where

“it is clear beyond doubt that no jurisdiction exists in a particular case, good administration of justice requires that the case be immediately struck off the List *in limine*” (*Legality of Use of Force (Yugoslavia v. Belgium), Provisional Measures, Order of 2 June 1999, I.C.J. Reports 1999 (I)*, p. 169, para. 29).

Judge Gaja, in considering “the situation in which the Applicant invokes a jurisdictional clause in a treaty, but has not shown that a reasonable connection exists between the dispute submitted to the Court and the treaty including the clause”, maintained that in such circumstances the case should be struck off the List “only if no such connection could be established at subsequent stages of the proceedings” (*Legality of Use of Force (Yugoslavia v. Italy), Provisional Measures, Order of 2 June 1999, I.C.J. Reports 1999 (I)*, p. 502). He continued by stating that

“When on the contrary a reasonable connection may conceivably appear in the future, it would be too drastic a solution to remove the case from the List. The applicant State should therefore be given an opportunity to develop its position in a memorial — whether or not its arguments are meritorious.” (*Ibid.*)

Judge Oda, in holding that all ten of Yugoslavia’s Applications against NATO States should be struck off the List, reasoned that where the Court finds in an Application for provisional measures that “there is not even a *prima facie* basis of jurisdiction”, this

“should be interpreted as a ruling that it has no jurisdiction whatsoever to entertain the Applications, without leaving any room to retain these cases and to deal with the issue of jurisdiction in the future” (*Legality of Use of Force (Yugoslavia v. Belgium), Provisional Measures, Order of 2 June 1999, I.C.J. Reports 1999 (I)*, p. 159, para. 27).

6. Judge Oda’s suggestion that once the Court has found that there is no *prima facie* basis for jurisdiction in an Application for provisional measures the case should automatically be struck off the List is probably too drastic a response as it fails to allow for a consideration of the circumstances of individual cases. It seems wiser therefore to adopt guidelines for the interpretation of the test of “manifest lack of jurisdiction” which would enable the Court to consider the factors such as the history of the Application, the likelihood that the Applicant will be able to show in future that there exists a reasonable connection between the dispute and the treaty invoked to found jurisdiction (as suggested by Judge Gaja) and the prospects of any preconditions for the establishment of jurisdiction being met. Such guidelines might be subsumed in a test of

le cadre des mêmes affaires, un certain nombre de juges se sont, à titre individuel, exprimés plus en détail. M<sup>me</sup> Higgins a ainsi déclaré que :

«[s]’il apparaît clairement, sans l’ombre d’un doute, que [la Cour] n’est pas compétente pour connaître d’une affaire donnée, la bonne administration de la justice impose de rayer immédiatement l’affaire du rôle *in limine*» (*Licéité de l’emploi de la force (Yougoslavie c. Belgique)*, mesures conservatoires, ordonnance du 2 juin 1999, C.I.J. Recueil 1999 (I), p. 169, par. 29).

M. Gaja a soutenu que, s’agissant de «la situation dans laquelle le demandeur invoque une clause juridictionnelle figurant dans un traité, mais n’a pas prouvé qu’il existe un lien raisonnable entre le différend soumis à la Cour et le traité énonçant ladite clause», l’affaire ne devrait être rayée du rôle «qu’au cas où il ne serait pas possible d’établir un tel lien aux stades ultérieurs de la procédure» (*Licéité de l’emploi de la force (Yougoslavie c. Italie)*, mesures conservatoires, ordonnance du 2 juin 1999, C.I.J. Recueil 1999 (I), p. 502). Il poursuivait en ces termes :

«Quand, au contraire, on peut imaginer qu’un tel lien raisonnable soit ultérieurement établi, rayer l’affaire du rôle serait une solution trop radicale. Il faudrait par conséquent donner à l’Etat demandeur l’occasion de développer sa position dans un mémoire — que ses arguments soient ou non valables.» (*Ibid.*)

M. Oda, qui a jugé que l’ensemble des dix instances introduites par la Yougoslavie contre les Etats membres de l’OTAN devaient être rayées du rôle, a fait valoir à ce sujet qu’une conclusion de la Cour suivant laquelle «il n’existe pas même une base de compétence *prima facie*» à l’égard d’une demande en indication de mesures conservatoires

«doit être interprétée comme revenant à décider qu’elle n’a aucune compétence pour connaître des requêtes, sans lui laisser la moindre possibilité de se pencher sur ces affaires et d’examiner ultérieurement la question de sa compétence» (*Licéité de l’emploi de la force (Yougoslavie c. Belgique)*, mesures conservatoires, ordonnance du 2 juin 1999, C.I.J. Recueil 1999 (I), p. 159, par. 27).

6. En soutenant que l’affaire devrait être automatiquement rayée du rôle dès lors que la Cour a conclu, au stade de la démarche en indication de mesures conservatoires, qu’il n’existe pas de base de compétence *prima facie*, M. Oda prône probablement une solution trop radicale, en ce sens que celle-ci ne permet pas de prendre en considération les circonstances propres à chaque espèce. Il semblerait par conséquent plus sage d’adopter, à l’égard du critère d’«incompétence manifeste», des principes d’interprétation qui permettraient à la Cour de tenir compte d’éléments tels que l’historique de la requête, la probabilité que le demandeur puisse, dans la suite de la procédure, mettre en évidence l’existence d’un lien raisonnable entre le différend et le traité invoqué pour fonder la compétence de la Cour (comme le suggère M. Gaja), et la perspective que soient remplies

reasonableness; a case should be removed from the List where there is no reasonable possibility, based on the facts and circumstances of the unsuccessful Application, that the Applicant will at some future date be able to establish the jurisdiction of the Court on the instruments invoked for jurisdiction in the Application for provisional measures.

7. In the present case the Court has rightly held that the instruments invoked by the Applicant, *prima facie*, provide no basis for jurisdiction. It does not, however, go so far as to hold that there is a “manifest lack of jurisdiction” warranting the removal of the Application from the List (Order, para. 91). The Court gives no clear reason for this finding, but suggests that the failure of the Applicant to meet preconditions for the establishment of jurisdiction or to show a connection between the dispute before the Court and the treaties relied upon for jurisdiction “at this stage in the proceedings” (Order, paras. 79, 82 and 88) might be remedied at a later stage of the proceedings (Order, para. 90). In my view, such a finding sets too low a threshold for “manifest lack of jurisdiction” in the circumstances of the present case, and sets a dangerous precedent for the Court.

8. In the present Application the Congo has relied on eight instruments to found jurisdiction, six of which *manifestly* do not provide the remotest basis for jurisdiction — as shown by the Court in its Order. The Convention against Torture of 1984 provides no basis for jurisdiction as Rwanda is not a party to this Convention (Order, para. 61). The Convention on Racial Discrimination of 1966 and the Genocide Convention of 1948 provide no basis for jurisdiction as Rwanda has by reservation excluded the jurisdiction of the Court (Order, paras. 67 and 72). The Vienna Convention on the Law of Treaties is inapplicable as there is no dispute whatsoever between the Congo and Rwanda concerning a conflict between a treaty and preemptory norm of international law, as provided for in Articles 53 and 66 (Order, para. 75). The Unesco Constitution is likewise inapplicable as there is no dispute whatsoever between the Congo and Rwanda over the interpretation of the Unesco Constitution as contemplated by Article XIV, paragraph 2, of this Constitution (Order, para. 85). The Constitution of the World Health Organization places obligations on the World Health Organization and not on member States to promote health (Arts. 1 and 2). Article 75 of the Constitution of the WHO could not therefore give the Court jurisdiction over a dispute concerning an allegation that a State had undermined the health of persons in another country (Order, para. 82).

9. This leaves only the compromissory clauses in the Montreal Convention for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Civil Aviation (hereinafter Montreal Convention) and the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (hereinafter

toutes les conditions préalables à l'établissement de la compétence. De tels principes pourraient être subsumés sous le critère du caractère raisonnable; une affaire devrait être rayée du rôle dès lors qu'il ne serait pas raisonnablement possible, au vu des faits exposés dans la requête infructueuse et des circonstances entourant celle-ci, que son auteur soit par la suite en mesure de fonder la compétence de la Cour sur les instruments invoqués à cet effet dans sa demande en indication de mesures conservatoires.

7. Dans la présente espèce, la Cour a, à juste titre, jugé que les instruments invoqués par le demandeur ne fournissaient, *prima facie*, aucune base à sa compétence. Elle n'est toutefois pas allée jusqu'à conclure à une «incompétence manifeste» qui justifierait que l'affaire soit rayée du rôle (ordonnance, par. 91). La Cour ne motive pas clairement cette conclusion, mais laisse entendre que si le demandeur n'a été en mesure, «à ce stade de la procédure», ni de satisfaire aux conditions préalables pour fonder la compétence de la Cour, ni de démontrer l'existence d'un lien entre le différend soumis à celle-ci et les traités invoqués pour fonder sa compétence (ordonnance, par. 79-82 et 88), il pourrait néanmoins y parvenir dans la suite de l'instance (ordonnance, par. 90). A mon sens, cette conclusion place trop haut le seuil d'«incompétence manifeste» dans les circonstances de la présente espèce et crée ainsi un dangereux précédent pour la Cour.

8. Dans sa requête, le Congo a invoqué huit instruments pour fonder la compétence de la Cour, dont six n'offrent *manifestement* aucune base de compétence, si minime soit-elle — comme la Cour l'a montré dans son ordonnance. La convention de 1984 contre la torture ne fournit aucune base de compétence, le Rwanda n'étant pas partie à cette convention (ordonnance, par. 61). La convention de 1966 sur la discrimination raciale et la convention de 1948 sur le génocide, à l'égard desquelles le Rwanda a émis une réserve concernant la compétence de la Cour, ne peuvent non plus fournir de base de compétence (ordonnance, par. 67-72). La convention de Vienne sur le droit des traités ne s'applique pas en l'espèce, attendu qu'il n'existe entre le Congo et le Rwanda aucun différend au sujet d'un conflit entre un traité et une norme impérative de droit international, tel que visé aux articles 53 et 66 (ordonnance, par. 75), pas plus que ne s'applique la convention Unesco, en l'absence de tout différend, au sens du paragraphe 2 de l'article IX, qui opposerait le Congo au Rwanda quant à l'interprétation de cet instrument (ordonnance, par. 85). La Constitution de l'Organisation mondiale de la Santé met à la charge, non des Etats membres, mais de l'OMS l'obligation de promouvoir la santé (art. 1 et 2). L'article 75 de la Constitution de l'OMS ne peut dès lors conférer de compétence à la Cour pour connaître d'une allégation selon laquelle un Etat aurait nui à la santé de personnes vivant dans un autre Etat (ordonnance, par. 82).

9. Ainsi, seules pourraient fournir une base de compétence les clauses compromissaires de la convention de Montréal pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile (dénommée ci-après la «convention de Montréal»), et de la convention sur l'élimination de



Convention on Discrimination against Women) as possible grounds for the establishment of jurisdiction.

10. The claim that Article 14 of the Montreal Convention provides a basis for jurisdiction must be seen in its historical context. In 1999 the Congo brought an Application before the Court similar to the present one in which it sought to found the jurisdiction of the Court on the compromissory clause in the Montreal Convention, alleging that in 1998 a civil aircraft had been shot down by the forces of Rwanda, Uganda or Burundi. Following Rwanda's Memorial in response to this allegation, in which it denied that the Congo had defined the nature of the dispute or complied with the preconditions of negotiation or arbitration laid down in Article 14 of the Convention, the Congo notified the Court on 15 January 2001 that it wished to discontinue the proceedings but that it "reserved the right to invoke subsequently new grounds of jurisdiction of the Court" (*I.C.J. Yearbook 2000-2001*, No. 55, p. 286). In the present Application the Congo again argued that the Court had jurisdiction over the dispute under Article 14 of the Montreal Convention on the basis of the shooting down of the civil aircraft in 1998, but made no request to indicate any provisional measure relating to rights under the Montreal Convention (Order, para. 88). Nor did it even suggest that it had made any attempt at negotiation or arbitration in respect of the dispute over the shooting down of the aircraft in 1998, before or after the withdrawal of its earlier Application in January 2001, despite Rwanda's warning in its Memorial of 2000 that failure to do this constituted a flaw in its argument on jurisdiction. The accumulation of objections to the establishment of jurisdiction under Article 14 of the Montreal Convention — non-compliance with the preconditions for jurisdiction, failure to specify the nature of the dispute or to request provisional measures relating to rights under the Convention and the resurrection of a complaint of 1998 in the form of a cause of action for urgent measures in 2002 — surely indicates that the Montreal Convention *manifestly* does not constitute a basis for the establishment of jurisdiction. It is "clear beyond doubt that no jurisdiction exists" in this case on the basis of the Montreal Convention — in the words of Judge Higgins (see paragraph 5 above). Moreover, the discontinuance of proceedings based on this jurisdictional ground in 2001 and the rejection of this jurisdictional argument in the present proceedings demonstrates that there is no real possibility that a reasonable connection between the dispute submitted to the Court and Article 14 of the Montreal Convention could be established at subsequent stages of the proceedings (see the comment by Judge Gaja, paragraph 5 above).

11. It is clear that women have suffered disproportionately in the con-

toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (dénommée ci-après la «convention sur la discrimination à l'égard des femmes»).

10. La thèse selon laquelle cette compétence serait fondée sur l'article 14 de la convention de Montréal doit être replacée dans son contexte historique. En 1999, le Congo avait soumis à la Cour une requête semblable à celle qui a introduit la présente espèce, en cherchant à fonder la compétence de la Cour sur la clause compromissoire figurant dans cette convention, au motif que, en 1998, les forces du Rwanda, de l'Ouganda ou du Burundi auraient abattu un aéronef civil. Le Rwanda ayant répondu dans son mémoire à cette allégation en montrant que le Congo n'avait pas défini la nature du différend ni satisfait aux conditions préalables relatives à la négociation ou à l'arbitrage énoncées à l'article 14 de la convention, le Congo a fait savoir à la Cour, le 15 janvier 2001, qu'il souhaitait se désister de l'instance mais «se réserv[ait] la possibilité de faire valoir ultérieurement de nouveaux chefs de compétence de la Cour» (*C.I.J. Annuaire 2000-2001*, n° 55, p. 286). Dans la requête qui est à l'origine de la présente espèce, le Congo a de nouveau soutenu que la Cour était compétente pour connaître du différend en vertu de l'article 14 de la convention de Montréal, en invoquant l'incident de l'aéronef civil abattu en 1998, mais n'a cependant demandé à la Cour l'indication d'aucune mesure conservatoire en rapport avec des droits que le Congo tiendrait de cette convention (ordonnance, par. 88). Le Congo n'a pas non plus ne fût-ce que laissé entendre qu'il aurait fait la moindre tentative, avant ou après le retrait de sa précédente requête en janvier 2001, pour engager des négociations ou organiser une procédure d'arbitrage en vue de régler le différend né de l'incident aérien de 1998, et ce alors même que, en 2000, le Rwanda avait, dans son mémoire, attiré l'attention du Congo sur le fait que l'argumentation de ce dernier concernant la compétence s'en trouvait dès lors viciée. De l'accumulation d'exceptions à une compétence de la Cour fondée sur l'article 14 de la convention de Montréal — non-respect des conditions préalables permettant de fonder cette compétence, absence de définition de la nature du différend ou d'une demande en indication de mesures conservatoires en rapport avec des droits que le Congo tiendrait de la convention et résurrection d'un grief datant de 1998 sous la forme d'une demande en indication de mesures conservatoires en 2002 —, il ressort très nettement que cette convention ne fournit *manifestement* pas de base de compétence. Pour reprendre les mots de M<sup>me</sup> Higgins (voir paragraphe 5 ci-dessus), il «apparaît clairement, sans l'ombre d'un doute, que [la Cour] n'est pas compétente» en la présente espèce au titre de la convention de Montréal. En outre, le désistement survenu en 2001 dans une instance fondée sur ce chef de compétence et le rejet, dans la présente espèce, de cet argument relatif à la compétence démontrent qu'il n'existe pas de réelle possibilité qu'un lien raisonnable entre le différend soumis à la Cour et l'article 14 de la convention de Montréal puisse être établi dans la suite de la procédure (voir l'observation formulée par M. Gaja, paragraphe 5 ci-dessus).

11. Il est clair que les femmes ont souffert de manière disproportion-

flict in the eastern part of the Congo. They have been subjected to rape, torture, mutilation and murder and deliberately infected with HIV by forces employing sexual violence as an instrument of terror and war. Crimes of this kind are the concern of international humanitarian law which brings "rape, sexual slavery, enforced prostitution, forced pregnancy, enforced sterilization, or any other form of sexual violence of comparable gravity" within the definition of crime against humanity (Art. 7, para. 1, of the Rome Statute of the International Criminal Court, 1998) and provides for individual criminal responsibility and punishment for such crimes. Whether the Convention on Discrimination against Women, which obliges States to adopt measures to eliminate discrimination against women in their law and practice, but imposes no effective procedures for its enforcement (such as the procedure for inter-State disputes to be found in Article 11 of the Convention on Race Discrimination), is an appropriate instrument for the protection of women in armed conflict remains uncertain.

The Court was not, however, required to consider this matter as the Congo failed to indicate, even on a *prima facie* basis, that it had complied with the preconditions for the establishment of the Court's jurisdiction under Article 29 of the Convention (Order, para. 79). There was no evidence of a dispute between the Congo and Rwanda over the interpretation or application of the Convention; no evidence of an attempt to settle any dispute under the Convention by negotiation; and no evidence of an attempt to submit any dispute under this Convention to arbitration. The sad truth is that the dispute between the Congo and Rwanda is not about women's rights or the treatment of women but about the armed conflict in the Congo. This was made clear by the Congo in its oral reply when, in response to Rwanda's argument that there had been no negotiation or request for arbitration as required by the compromissory clause in the Convention on Discrimination against Women, it stated that Rwanda had rejected Congo's proposals for "the settlement of certain specific armed conflicts" at a number of conferences and meetings (Order, para. 51).

In these circumstances it is clear that there is no reasonable possibility that Article 29 of the Convention on Discrimination against Women will provide a jurisdictional basis for the present dispute between the Congo and Rwanda over the armed conflict in the eastern Congo. It manifestly provides no basis for jurisdiction as there is no reasonable possibility that the Applicant will in future be able to establish a connection between the dispute before the Court and Article 29.

12. I have endeavoured to show that none of the eight instruments advanced by the Applicant to found jurisdiction in the present proceedings, viewed separately, offers, *prima facie*, a basis for jurisdiction in the

née du conflit qui se déroule dans l'est du Congo. Elles ont été violées, torturées, mutilées, assassinées, et délibérément exposées au VIH par des forces usant de la violence sexuelle en guise d'instrument de terreur et d'arme de guerre. Les crimes de cette nature relèvent du droit international humanitaire, qui assimile à des crimes contre l'humanité les actes suivants: «viol, esclavage sexuel, prostitution forcée, grossesse forcée, stérilisation forcée et toute autre forme de violence sexuelle de gravité comparable» (art. 7, par. 1, du statut de Rome de la Cour pénale internationale, 1998), et prévoit dans ces cas une responsabilité pénale individuelle et des peines. Il demeure difficile de savoir si la convention sur l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, qui fait obligation aux Etats d'adopter des mesures tendant à supprimer de leur législation et de leur pratique toute discrimination mais n'impose en vue de sa mise en œuvre effective aucune procédure (telle que celle afférente aux différends entre Etats prévue par l'article 11 de la convention sur la discrimination raciale), constitue un instrument adapté à la protection des femmes dans des conflits armés.

La Cour n'était toutefois pas appelée à examiner cette question puisque le Congo n'a pas apporté la preuve, fût-ce *prima facie*, qu'il avait rempli les conditions requises pour fonder la compétence de la Cour au titre de l'article 29 de la convention (ordonnance, par. 79). Il n'a apporté aucune preuve de l'existence d'un différend avec le Rwanda concernant l'interprétation ou l'application de la convention; aucune preuve, non plus, qu'il ait tenté de régler par voie de négociation ou dans le cadre d'une procédure d'arbitrage un quelconque différend relevant de cette convention. La triste réalité est que le différend opposant le Congo au Rwanda ne porte pas sur les droits ou le traitement des femmes, mais sur le conflit armé au Congo. Cela a été clairement indiqué par le Congo lui-même durant les plaidoiries lorsque, en réponse au Rwanda qui avait invoqué l'absence de négociations ou de demande d'arbitrage telles que prévues par la clause compromissoire de la convention sur la discrimination à l'égard des femmes, il a déclaré que le Rwanda avait rejeté ses propositions de «règlement de certains conflits spécifiques dans le cadre de l'arbitrage» à l'occasion de diverses conférences et réunions (ordonnance, par. 51).

Dans ces circonstances, il est évident qu'il n'existe aucune possibilité raisonnable que l'article 29 de la convention sur la discrimination à l'égard des femmes offre à la Cour une base de compétence pour connaître du différend opposant actuellement les Parties au sujet du conflit armé qui se déroule dans l'est du Congo. Cette disposition n'offre manifestement aucune base à la compétence de la Cour, puisqu'il ne saurait être raisonnablement envisagé que le demandeur puisse être ultérieurement en mesure d'établir un lien entre le différend qui est soumis à la Cour et ledit article 29.

12. Je me suis attaché à démontrer que, pris séparément, aucun des huit instruments dont se prévaut le demandeur pour fonder la compétence de la Cour en l'espèce n'offre de base de compétence *prima facie*, ni

present dispute, either now or in future. The absence of jurisdiction is therefore manifest. This conclusion is even stronger if one views the eight instruments cumulatively. The Applicant is clutching at straws to found jurisdiction in this matter. It has clutched at eight straws in the hope that their cumulative effect might compensate for the failure of each one individually to offer a basis for jurisdiction. The Court should show its displeasure for this strategy by striking the Application from the List.

\* \* \*

13. Both Rwanda and the Congo have suffered seriously in the past decade as a result of civil strife and armed conflict. The present Order makes no judgment on the conduct of either Party. It rightly expresses concern about the human suffering in the region of the eastern Congo and calls upon States in the region to abide by the rule of law (Order, paras. 54-56 and 93). It is not possible to infer that, because Rwanda is the Respondent in the present proceedings, the comments of the Court apply more to it than to the Congo. Nor may it be suggested that because Rwanda has declined to accept the Court's jurisdiction in this matter that it has anything to hide. It has simply exercised its right not to submit to the Court's jurisdiction, a right which forms the cornerstone of the present international order in which judicial settlement is premised on consent (Order, paras. 57 and 92).

The Court's call to States to act in conformity with international law, particularly international humanitarian law, applies to all States in the region, including both the Congo and Rwanda. It does not in any way prejudice the issues raised in the present proceedings.

*(Signed)* John DUGARD.

pour le moment ni pour la suite de la procédure. Il y a donc incompétence manifeste. Cette conclusion s'impose avec davantage de force encore si l'on considère les huit instruments conjointement. Le demandeur tente désespérément d'établir la compétence de la Cour en l'espèce. Il a mis en avant huit instruments dans l'espoir que leur effet conjugué compenserait l'impossibilité pour chacun d'entre eux de fournir à lui seul une base de compétence. La Cour aurait dû exprimer son mécontentement à l'égard de ce procédé en rayant l'affaire de son rôle.

\* \* \*

13. Les troubles civils et les conflits armés ont, au cours de la dernière décennie, causé de graves souffrances aussi bien au Rwanda qu'au Congo. Dans la présente ordonnance, la Cour ne se prononce pas sur la conduite de l'une ou l'autre des Parties. Elle se déclare à juste titre préoccupée par les souffrances humaines qui sont à déplorer dans l'est du Congo, et appelle les Etats de la région à respecter la primauté du droit (ordonnance, par. 54-56 et 93). On ne saurait inférer du fait que le Rwanda est l'Etat défendeur en la présente instance que les observations de la Cour s'appliquent davantage à lui qu'au Congo. Pas plus qu'on ne saurait inférer du refus du Rwanda de reconnaître la compétence de la Cour en l'espèce que celui-ci a quelque chose à cacher. Le Rwanda a simplement exercé le droit qui est le sien de ne pas consentir à la compétence de la Cour, un droit qui constitue la pierre angulaire de l'ordre international existant, dans lequel le règlement judiciaire est subordonné au consentement des parties (ordonnance, par. 57 et 92).

L'exhortation adressée par la Cour aux Etats pour que ceux-ci agissent en conformité avec le droit international, en particulier le droit international humanitaire, vise l'ensemble des Etats de la région, dont le Congo et le Rwanda. Elle ne préjuge en rien des questions soulevées en la présente espèce.

(Signé) John DUGARD.