

SEPARATE OPINION OF JUDGE SEBUTINDE

This is not a proper case for the Court to exercise its function under Article 50 of the Statute of the Court and Article 67 of the Rules of Court as it is not a case involving “technical complexities” that the Court cannot handle without recourse to external experts — The Parties to this case have had ample opportunity to tender sufficient evidence before the Court in order to enable it to perform its judicial function without assistance from experts — The proposed terms of reference of the experts contained in the Order have the effect of unfairly interfering with the allocation of the burden of proof and tilting the balance in favour of one Party to the detriment of the other, contrary to the principles of a fair hearing and equality of arms — Alternatively, the terms of reference have the effect of inappropriately delegating the judicial function to the experts.

INTRODUCTION

1. In accordance with the well-settled principle of *onus probandi incumbit actori*, it is the duty of the party that asserts certain facts to establish the existence of such facts¹. I am constrained to write this separate opinion because, in my respectful view, this is not a proper case in which the Court should appoint experts to exercise its powers under Article 50 of the Statute of the Court and Article 67 of the Rules of Court. In particular, I disagree with the role assigned to the Court’s experts in this case, as contained in the “terms of reference”. Since 13 May 2015, when the Democratic Republic of the Congo filed its “New Application” requesting the Court to reopen proceedings in order to determine the amount of reparations due to it from the Republic of Uganda, both Parties have had ample opportunity over the last five years to tender whatever evidence they deem necessary or sufficient (including facts, data and methodology) to prove their respective claims. What remains is not for the Court to seek further evidence outside that already submitted by the Parties, but rather to perform its judicial function by examining the evidence already on record and determining the reparations due. In my opinion, this is not a case involving “complex issues” that require technical, scientific or specialized knowledge or expertise that is outside the realm of normal judicial expertise. The proposed terms of reference of the experts contained in the Order have the effect of unfairly assisting one of the Parties in buttressing its evidence and discharging its evidentiary bur-

¹ *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay) Judgment, I.C.J. Reports 2010 (I)*, p. 71, para. 162.

OPINION INDIVIDUELLE DE M^{me} LA JUGE SEBUTINDE

[Traduction]

La présente affaire ne comportant pas de « complexités techniques » que la Cour ne saurait surmonter sans avoir recours à des experts extérieurs, rien ne justifie que celle-ci agisse en vertu de l'article 50 du Statut et de l'article 67 du Règlement — Les Parties à l'instance ont eu amplement l'occasion de remettre à la Cour des éléments de preuve suffisants pour qu'elle puisse s'acquitter de sa fonction judiciaire sans l'assistance d'experts — Le mandat des experts énoncé dans l'ordonnance a pour effet de déplacer indûment la charge de la preuve et de favoriser une Partie au détriment de l'autre, ce qui va à l'encontre du droit à un procès équitable et du principe d'égalité des armes — Par ailleurs, le mandat a pour effet de déléguer la fonction judiciaire aux experts, ce qui est tout à fait inapproprié.

INTRODUCTION

1. Selon le principe bien établi *onus probandi incumbit actori*, c'est à la partie qui avance certains faits d'en démontrer l'existence¹. Je me vois contrainte de rédiger la présente opinion individuelle car, à mon sens, rien ne justifie en l'espèce que la Cour désigne des experts pour exercer les pouvoirs que lui confèrent l'article 50 du Statut et l'article 67 du Règlement. En particulier, je ne souscris pas au rôle dévolu aux experts en la présente affaire, tel qu'énoncé dans le « mandat ». Depuis que la République démocratique du Congo (ci-après la « RDC ») a déposé, le 13 mai 2015, une « requête en saisine à nouveau de la Cour internationale de Justice », priant celle-ci de relancer la procédure aux fins de fixer le montant des réparations qui lui sont dues par la République de l'Ouganda, les deux Parties ont eu amplement l'occasion, au cours de ces cinq dernières années, de produire tous les éléments de preuve qu'elles estiment nécessaires ou suffisants (sur le plan des faits, des données ou de la méthode) pour étayer leurs demandes respectives. A ce stade, il n'appartient pas à la Cour de chercher à obtenir des éléments supplémentaires, autres que ceux déjà soumis par les Parties; il lui incombe seulement d'exercer sa fonction judiciaire en examinant les éléments de preuve déjà versés au dossier et en fixant le montant des réparations dues. Selon moi, la présente affaire n'est pas de celles qui mettent en jeu des « questions complexes » nécessitant une expertise ou des connaissances techniques, scientifiques ou spécialisées sortant du cadre de l'expertise judiciaire clas-

¹ *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2010 (I), p. 71, par. 162.

den where that evidence may be wanting, contrary to the principles of a fair hearing and equality of arms. Alternatively, the terms of reference have the effect of inappropriately delegating the judicial function to the experts. The fact that the Parties will have an opportunity to comment on the experts' report or to cross-examine those experts during oral proceedings, offers little comfort in the circumstances of the present case.

CIRCUMSTANCES JUSTIFYING COURT-APPOINTED EXPERTS

2. From the outset I wish to make it clear that I am not generally opposed to the Court exercising its powers pursuant to Article 50 of the Statute of the Court and Article 67 of the Rules of Court to appoint experts, where circumstances so warrant.

3. Article 50 of the Statute of the Court provides: "The Court may, at any time, entrust any individual, body, bureau, commission, or other organization that it may select, with the task of carrying out an enquiry or giving an expert opinion."

4. Article 67 of the Rules of Court provides:

"1. If the Court considers it necessary to arrange for an enquiry or an expert opinion, it shall, after hearing the parties, issue an order to this effect, defining the subject of the enquiry or expert opinion, stating the number and mode of appointment of the persons to hold the enquiry or of the experts, and laying down the procedure to be followed. Where appropriate, the Court shall require persons appointed to carry out an enquiry, or to give an expert opinion, to make a solemn declaration.

2. Every report or record of an enquiry and every expert opinion shall be communicated to the parties, which shall be given the opportunity of commenting upon it."

5. Faced with increasingly complex cases, the International Court of Justice (ICJ) (as well as its predecessor, the Permanent Court of International Justice (PCIJ)) has sparingly drawn on its powers under the above provisions, appointing experts only in "complex cases" requiring technical, scientific or specialized knowledge or expertise that is outside the realm of normal judicial expertise. While the above provisions appear to give the Court unfettered discretion when appointing experts, the Court has been careful to ensure that the experts appointed are neutral and that it does not inadvertently shift the burden of proof from the parties, or delegate the judicial function to those experts. This is due, in part, to the fact that jurisdiction of the Court is based on the consent of the States appearing before it. It is also for this reason that the Court consults the

sique. Le mandat des experts énoncé dans l'ordonnance a pour effet d'aider injustement l'une des Parties en venant étayer ses éléments de preuve et de décharger celle-ci de l'obligation qui lui incombe d'apporter des éléments de preuve lorsque ceux-ci sont insuffisants, ce qui va à l'encontre du droit à un procès équitable et du principe d'égalité des armes. Par ailleurs, le mandat a pour effet de déléguer la fonction judiciaire aux experts, ce qui est tout à fait inapproprié. Le fait que les Parties auront la possibilité de présenter des observations sur le rapport des experts ou de poser des questions à ces derniers au cours de la procédure orale n'apaise guère mes craintes dans les circonstances de l'espèce.

CIRCONSTANCES JUSTIFIANT LA DÉSIGNATION D'EXPERTS PAR LA COUR

2. D'emblée, je tiens à préciser que je ne suis pas opposée de façon générale à ce que la Cour exerce les pouvoirs qu'elle tire de l'article 50 du Statut et de l'article 67 du Règlement pour désigner des experts, si les circonstances l'exigent.

3. Aux termes de l'article 50 du Statut de la Cour : « A tout moment, la Cour peut confier une enquête ou une expertise à toute personne, corps, bureau, commission ou organe de son choix. »

4. Aux termes de l'article 67 du Règlement de la Cour :

« 1. Toute décision de la Cour portant qu'il y a lieu de faire procéder à une enquête ou à une expertise est prise, les parties entendues, par une ordonnance, qui précise l'objet de l'enquête ou de l'expertise, fixe le nombre et le mode de désignation des enquêteurs ou experts et indique les formalités à observer. Le cas échéant, la Cour invite les enquêteurs ou experts à faire une déclaration solennelle.

2. Tout rapport ou procès-verbal concernant l'enquête et tout rapport d'expert est communiqué aux parties auxquelles la possibilité est offerte de présenter des observations. »

5. Confrontée à des affaires d'une complexité croissante, la Cour internationale de Justice (ci-après la « Cour ») (ainsi que sa devancière, la Cour permanente de Justice internationale — ci-après la « CPJI ») a eu recours aux pouvoirs que lui confèrent les dispositions susvisées avec parcimonie, ne désignant des experts que dans des « affaires complexes » nécessitant une expertise ou des connaissances techniques, scientifiques ou spécialisées sortant du cadre de l'expertise judiciaire classique. Si les dispositions susvisées semblent conférer à la Cour toute latitude pour désigner des experts, cette dernière a pris soin de s'assurer de leur neutralité et que leur désignation n'entraîne pas, par inadvertance, un déplacement de la charge de la preuve ou une délégation de la fonction judiciaire auxdits experts. Pareille approche résulte, en partie, du fait que la Cour fonde sa compé-

parties to a case and takes into account their views before appointing experts. A careful balance should be drawn whereby, on the one hand, the Court must have adequate knowledge of the underlying issues in order to identify and apply the correct rules of international law to the case at hand, whilst on the other, expert opinion must be limited only to those complex issues requiring technical, scientific or specialized knowledge or expertise that is outside the realm of normal judicial expertise. This is, of course, without prejudice to the rights of the parties themselves to adduce their own expert evidence to prove their case.

6. The jurisprudence of the Court is instructive regarding the type of cases in which the Court has appointed experts pursuant to Article 50 of the Statute of the Court and Article 67 of the Rules of Court.

THE COURT'S JURISPRUDENCE

7. After the *Factory at Chorzów* case, in which the PCIJ appointed experts to provide an expert opinion regarding the data tendered by Germany for assessment of reparations payable by Poland in respect of a factory at Chorzów, but which expert opinion was rendered redundant after the parties reached a settlement², the first case before the ICJ involving Court-appointed experts was the *Corfu Channel (United Kingdom v. Albania)* case³. That case is particularly pertinent because it not only involved complex technical issues outside the realm of normal judicial expertise, but in addition, Albania, the respondent State, chose not to appear. As a result, the Court held *ex parte* proceedings pursuant to Article 53 of the Statute of the Court, which provision enjoins the Court to ensure, *inter alia*, that “the claim is well founded in fact and law”. Notwithstanding Albania’s non-appearance, the Court ensured that the respondent State received copies of the experts’ reports and had ample opportunity to respond to the experts’ findings, although Albania chose not to respond. In addition, both Parties were given the opportunity to make suggestions to the experts regarding any points to which their investigations and experiments should be directed, as well as to submit written observations upon the experts’ findings.

8. In October 1946 two Royal Navy ships belonging to the United Kingdom struck mines in Albanian territorial waters whilst passing through the North Corfu Channel. As a result of the damage, loss of life and injuries caused by the explosions, the United Kingdom claimed that Albania had breached its obligations under international law and was

² *Factory at Chorzów, Order of 25 May 1929, P.C.I.J., Series A, No. 19*, p. 13.

³ *Corfu Channel (United Kingdom v. Albania), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1949*, p. 4.

tence sur le consentement des Etats qui comparaissent devant elle. C'est également pour cette raison que la Cour consulte les parties à l'instance et tient compte de leurs vues avant de désigner des experts. Il convient de trouver un juste équilibre de sorte que, d'une part, la Cour dispose d'une connaissance adéquate des questions sous-jacentes afin de pouvoir déterminer quelles sont les règles de droit international pertinentes en l'espèce et les appliquer, et que, d'autre part, l'expertise se limite uniquement aux questions complexes nécessitant une expertise ou des connaissances techniques, scientifiques ou spécialisées sortant du cadre de l'expertise judiciaire classique. Cela est, bien entendu, sans préjudice du droit des parties elles-mêmes de fournir leurs propres expertises à l'appui de la thèse qu'elles plaident.

6. La jurisprudence de la Cour est instructive s'agissant du type d'affaires dans lesquelles cette dernière a désigné des experts en application de l'article 50 du Statut et de l'article 67 du Règlement.

LA JURISPRUDENCE DE LA COUR

7. Après l'affaire relative à l'*Usine de Chorzów*, dans laquelle la CPJI avait fait procéder à une expertise sur les informations soumises par l'Allemagne aux fins d'évaluer les réparations dues par la Pologne du fait d'une usine sise à Chorzów — expertise qui était devenue inutile après que les parties eurent conclu un accord² —, la première affaire où la Cour a eu à désigner des experts a été celle du *Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie)*³. Cette affaire est particulièrement pertinente puisque non seulement elle mettait en jeu des questions techniques complexes sortant du cadre de l'expertise judiciaire classique, mais en outre l'Etat défendeur, l'Albanie, a choisi de ne pas se présenter devant la Cour. Dès lors, cette dernière a tenu une procédure *ex parte* en vertu de l'article 53 du Statut, aux termes duquel la Cour doit s'assurer, notamment, que «les conclusions [de la partie qui prend part à l'instance] sont fondées en fait et en droit». Malgré la non-comparution de l'Albanie, la Cour a veillé à ce que celle-ci reçoive copie des rapports d'experts et qu'elle ait amplement la possibilité de répondre aux conclusions formulées par ces derniers — faculté que l'Albanie a cependant choisi de ne pas exercer. En outre, les deux Parties ont eu la possibilité d'adresser des suggestions aux experts quant aux points sur lesquels il conviendrait d'axer leurs enquêtes et expériences, ainsi que de soumettre des observations écrites sur leurs conclusions.

8. En octobre 1946, deux navires de la marine royale britannique ont heurté des mines dans les eaux territoriales albanaises alors qu'ils traversaient le détroit nord de Corfou. Du fait des dommages, pertes en vies humaines et blessures causés par les explosions, le Royaume-Uni a soutenu que l'Albanie avait manqué à ses obligations au regard du droit

² *Usine de Chorzów*, ordonnance du 25 mai 1929, C.P.J.I. série A n° 19, p. 13.

³ *Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1949, p. 4.

obliged to pay reparations. A key issue was whether Albania had — or ought to have had — knowledge of a minelaying operation being carried out in its territorial waters. Such knowledge would engage Albania's responsibility arising from its obligation to warn passing ships of the imminent danger posed by the minefields in accordance with "elementary considerations of humanity . . . , the principle of the freedom of maritime communication; and every State's obligation not to allow knowingly its territory to be used for acts contrary to the rights of other States"⁴. The Court considered that this knowledge could be inferred from two aspects, namely, (a) Albania's attitude before and after the event, and (b) the feasibility of Albanian authorities observing minelaying operations from the Albanian coast. While the Court gleaned Albania's attitude from witness statements, the actions of Albanian authorities and the lack of an investigation following the incidents⁵, it relied heavily on two expert reports commissioned under Article 50 of the Court's Statute for the second aspect of its findings. This latter aspect was one requiring specialized knowledge or expertise outside the realm of normal judicial expertise. In its Order under Article 50⁶, the Court submitted the following question to a panel of three naval experts:

"[Y]ou are requested to examine . . . the possibility of mooring those mines with those means without the Albanian authorities being aware of it, having regard to the extent of the measures of vigilance existing in the Saranda region."

9. In addition, the experts conducted site visits to Saranda in Albania in order to undertake experiments and make observations that could provide conclusive answers to the Court's questions. Heavily relying upon the experts "indisputable conclusion" that Albania must have had knowledge of the minelaying activities if they had kept normal lookouts at various points along their coastline⁷, the Court concluded that the Albanian Government must have had the requisite knowledge and that by failing to warn the British warships of the minefield, Albania's responsibility was engaged⁸.

10. The Court subsequently commissioned two members of the Royal Netherlands Navy to "examine the figures and estimates stated in the last submissions filed by the Government of the United Kingdom regarding the amount of its claim for the loss of the *Saumarez* and the damage

⁴ *Corfu Channel (United Kingdom v. Albania)*, *Merits, Judgment*, *I.C.J. Reports 1949*, p. 22.

⁵ *Ibid.*, p. 18.

⁶ *Ibid.*, *Order of 17 December 1948*, *I.C.J. Reports 1947-1948*, p. 126.

⁷ *Ibid.*, *Merits, Judgment*, *I.C.J. Reports 1949*, p. 22.

⁸ *Ibid.*, p. 23.

international et qu'elle était tenue à réparation. Une question essentielle consistait à savoir si l'Albanie avait eu connaissance ou aurait dû avoir connaissance des opérations de mouillage de mines menées dans ses eaux territoriales. Dans l'affirmative, sa responsabilité aurait été engagée en vertu de son obligation d'avertir les navires de passage du danger imminent posé par les champs de mines, eu égard à «des considérations élémentaires d'humanité ... [au] principe de la liberté des communications maritimes et [à] l'obligation, pour tout Etat, de ne pas laisser utiliser son territoire aux fins d'actes contraires aux droits d'autres Etats»⁴. La Cour a estimé que cette connaissance pouvait être déduite de deux éléments, à savoir *a*) l'attitude de l'Albanie avant et après l'événement, et *b*) le fait qu'il était possible pour les autorités albanaises d'observer les opérations de mouillage de mines depuis les côtes albanaises. Si la Cour a établi le comportement de l'Albanie à partir des dépositions de témoins, des actions des autorités albanaises et de l'absence d'enquête à la suite des incidents⁵, elle s'est largement appuyée sur deux rapports d'experts mandatés au titre de l'article 50 de son Statut pour le second aspect de ses conclusions. Ce dernier aspect nécessitait en effet une expertise ou des connaissances spécialisées sortant du cadre de l'expertise judiciaire classique. Dans l'ordonnance qu'elle a rendue en vertu de l'article 50⁶, la Cour a confié la mission suivante à un panel de trois experts de la marine :

«étudier ... la possibilité de mouiller ces mines par ces moyens sans que les autorités albanaises en aient eu connaissance, compte tenu des moyens de surveillance existant dans la région de Saranda».

9. En outre, les experts se sont rendus à Saranda, en Albanie, afin d'y effectuer des expériences et des observations susceptibles de leur permettre d'apporter des réponses concluantes aux questions posées par la Cour. Accordant un poids considérable à leur «conclusion indiscutable» selon laquelle, si des postes de veille normaux étaient maintenus en divers points des côtes par les autorités albanaises, celles-ci avaient dû avoir connaissance des activités de mouillage de mines⁷, la Cour a conclu que le Gouvernement albanais devait avoir eu la connaissance requise et que, en s'abstenant d'avertir les navires de guerre britanniques de la présence du champ de mines, l'Albanie avait engagé sa responsabilité⁸.

10. La Cour a par la suite confié à deux membres de la marine royale néerlandaise la mission d'«exam[iner] [l]es chiffres et estimations énoncés dans les dernières conclusions du Royaume-Uni comme montants des réclamations relatives à la perte du *Saumarez* et aux dommages subis par

⁴ *Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1949, p. 22.

⁵ *Ibid.*, p. 18.

⁶ *Ibid.*, ordonnance du 17 décembre 1948, C.I.J. Recueil 1947-1948, p. 126.

⁷ *Ibid.*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1949, p. 22.

⁸ *Ibid.*, p. 23.

caused to the *Volage*” and to file an Article 50 report⁹. The Order appointing the experts did not request them to advise on the amount of the United Kingdom’s claim for “loss of life” or “injuries to life and limb” as the Court considered the quantum regarding these claims to be in the realm of normal judicial expertise. On 1 December 1949, the experts concluded that the claim submitted by the United Kingdom “may be taken as a fair and accurate estimate of the damage sustained”. The Court agreed with the experts’ findings.

11. In the *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine (Canada/United States of America)* case¹⁰, the parties referred their dispute to the Court by way of a special agreement or *compromis* between themselves. The parties asked a Chamber of the Court to determine “the course of the single maritime boundary that divides the continental shelf and fisheries zones of Canada and the United States of America”, in and reaching from, the Gulf of Maine. Both parties not only requested the Chamber to appoint a technical expert to assist it in carrying out this task¹¹, but actually co-nominated a former commander of the British Royal Navy to serve as the expert to the Chamber. Although the *compromis* made no reference to Article 50 of the Statute of the Court, the Chamber explicitly referred to the article in its Order¹² appointing the expert, thereby giving the latter primacy over the former. Based on the expert’s findings, the Chamber drew a maritime boundary in the Gulf of Maine area based not on strict equidistance but on geometrical calculations and data set out in the expert’s report.

12. Lastly and more recently, in *Maritime Delimitation in the Caribbean Sea and the Pacific Ocean (Costa Rica v. Nicaragua)*¹³ the Court had to decide the question of sovereignty concerning the northern part of Isla Portillos, a matter not addressed in its earlier 2015 Judgment¹⁴. In its 2015 Judgment, the Court interpreted the “1858 Treaty of Limits” as providing that “the territory under Costa Rica’s sovereignty extends to the right bank of the Lower San Juan River as far as its mouth in the Carib-

⁹ *Corfu Channel (United Kingdom v. Albania)*, Order of 19 November 1949, I.C.J. Reports 1949, p. 238.

¹⁰ *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada/United States of America)*, Judgment, I.C.J. Reports 1984, pp. 252-256.

¹¹ *Ibid.*, p. 253.

¹² *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada/United States of America)*, Appointment of Expert, Order of 30 March 1984, I.C.J. Reports 1984, p. 165.

¹³ *Maritime Delimitation in the Caribbean Sea and the Pacific Ocean (Costa Rica v. Nicaragua)* and *Land Boundary in the Northern Part of Isla Portillos (Costa Rica v. Nicaragua)*, Judgment, I.C.J. Reports 2018 (I), p. 139.

¹⁴ *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)* and *Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River (Nicaragua v. Costa Rica)*, Judgment, I.C.J. Reports 2015 (II), p. 665.

le *Volage*» et de produire un rapport, en vertu de l'article 50 du Statut⁹. Dans l'ordonnance portant désignation des experts, la Cour n'a pas demandé à ceux-ci d'émettre un avis sur le montant des réclamations du Royaume-Uni relatives aux « pertes en vie humaines » ou aux « blessures », estimant que ce point relevait de l'expertise judiciaire classique. Le 1^{er} décembre 1949, les experts ont conclu que le montant des réparations demandé par le Royaume-Uni « [pouvait] être considéré comme une évaluation juste et équitable du dommage subi ». La Cour s'est rangée à leurs conclusions.

11. Dans l'affaire de la *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine (Canada/Etats-Unis d'Amérique)*¹⁰, les parties ont soumis leur différend à la Cour par voie de compromis. Elles ont demandé qu'une chambre détermine « le tracé de la frontière maritime unique divisant le plateau continental et les zones de pêche du Canada et des Etats-Unis d'Amérique » dans la région du golfe du Maine. Les deux parties ont non seulement prié la chambre de nommer un expert technique pour l'aider dans l'accomplissement de sa mission¹¹, mais elles ont en outre désigné conjointement un ancien capitaine de frégate de la marine royale britannique à cet effet. Bien que le compromis n'ait nullement fait référence à l'article 50 du Statut de la Cour, la chambre a expressément mentionné cette disposition dans son ordonnance¹² portant nomination de l'expert, accordant ainsi la primauté audit article sur le compromis. S'appuyant sur les conclusions de l'expert, la chambre a tracé une frontière maritime dans la région du golfe du Maine fondée non sur un strict principe d'équidistance, mais sur des calculs géométriques et des données figurant dans le rapport de l'expert.

12. Enfin, plus récemment, la Cour a eu à statuer, dans l'affaire relative à la *Délimitation maritime dans la mer des Caraïbes et l'océan Pacifique (Costa Rica c. Nicaragua)*¹³, sur la question de la souveraineté concernant la partie septentrionale d'Isla Portillos, question qui n'avait pas été tranchée dans l'arrêt qu'elle avait rendu précédemment, en 2015¹⁴. Dans cette décision, la Cour avait interprété le « traité de limites de 1858 » comme établissant que « le territoire relevant de la souveraineté du Costa

⁹ *Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie)*, ordonnance du 19 novembre 1949, C.I.J. Recueil 1949, p. 238.

¹⁰ *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine (Canada/Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1984, p. 252-256.

¹¹ *Ibid.*, p. 253.

¹² *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine (Canada/Etats-Unis d'Amérique)*, nomination d'expert, ordonnance du 30 mars 1984, C.I.J. Recueil 1984, p. 165.

¹³ *Délimitation maritime dans la mer des Caraïbes et l'océan Pacifique (Costa Rica c. Nicaragua)* et *Frontière terrestre dans la partie septentrionale d'Isla Portillos (Costa Rica c. Nicaragua)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2018 (I), p. 139.

¹⁴ *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua)* et *Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan (Nicaragua c. Costa Rica)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2015 (II), p. 665.

bean Sea”¹⁵. However, the absence of “detailed information”, which had been observed in the 2015 Judgment, had left the geographical situation of the area in question somewhat unclear with regard to the configuration of the coast of Isla Portillos, in particular regarding the existence of maritime features off the coast and the presence of a channel separating the wetland from the coast¹⁶. The Court — after hearing from both Parties, neither of whom objected to the idea — appointed two independent experts who conducted two site visits of the area in question (during the dry and rainy seasons) and informed the Court as to “the state of the coast between the points suggested by either party as the starting-point of their maritime boundary in the Caribbean Sea”. The experts were accompanied by two staff members of the Court serving as the Secretariat, as well as by a delegation from each Party.

13. The assessment of the Court-appointed experts, which was not challenged by the Parties, “dispelled all uncertainty about the present configuration of the coast and the existence of a channel linking the San Juan River with Harbor Head Lagoon”. The experts ascertained that “off the coastline, there are no features above water even at low tide” and that, west of Harbor Head Lagoon, “the coast is made up of a broad sandy beach with discontinuous and coast-parallel enclosed lagoons in the backshore”, while “[i]n the westernmost portion, close to the mouth of the San Juan River, there are no lagoons with free-standing water in the backshore”. Significantly, the experts observed that “there is no longer any water channel connecting the San Juan River with Harbor Head Lagoon”¹⁷. Based on the experts’ report, the Court determined that “Costa Rica has sovereignty over the whole of Isla Portillos up to where the San Juan River reaches the Caribbean Sea”, and that

“the starting-point of the land boundary is the point at which the right bank of the San Juan River reaches the low-water mark of the coast of the Caribbean Sea . . . located at the end of the sandpit constituting the right bank of the San Juan River at its mouth”¹⁸.

14. The above cases clearly demonstrate that in exercising its powers pursuant to Article 50 of the Statute of the Court and Article 67 of the Rules of Court, the following minimum parameters are met, namely, (a) the Court resorts to appointing experts only in “complex cases”

¹⁵ *I.C.J. Reports 2015 (II)*, p. 703, para. 92.

¹⁶ *Maritime Delimitation in the Caribbean Sea and the Pacific Ocean (Costa Rica v. Nicaragua)* and *Land Boundary in the Northern Part of Isla Portillos (Costa Rica v. Nicaragua)*, Judgment, *I.C.J. Reports 2018 (I)*, p. 167, para. 70.

¹⁷ *Ibid.*, pp. 167-168, para. 71.

¹⁸ *Ibid.*, p. 168, par. 71.

Rica s'étend[ait] à la rive droite du cours inférieur du San Juan jusqu'à l'embouchure de celui-ci dans la mer des Caraïbes»¹⁵. Toutefois, en raison de l'absence d'«information détaillée» relevée dans l'arrêt de 2015, la géographie de la zone en question demeurait quelque peu incertaine pour ce qui est de la configuration de la côte d'Isla Portillos, et en particulier de la présence de formations maritimes au large et d'un chenal entre le littoral et la zone humide¹⁶. La Cour, après avoir entendu les Parties, et aucune d'elles n'y voyant d'objection, a désigné deux experts indépendants qui se sont rendus à deux reprises dans la région en question (pendant la saison sèche et pendant la saison humide) et l'ont renseignée sur «l'état de la côte entre les points invoqués respectivement par [les Parties] comme étant le point de départ de la frontière maritime dans la mer des Caraïbes». Les experts étaient accompagnés de deux fonctionnaires du Greffe constituant le secrétariat de la mission, ainsi que d'une délégation de chacune des Parties.

13. L'évaluation faite par les experts désignés par la Cour, non contestée par les Parties, a «dissip[é] toute incertitude quant à la configuration ... de la côte [d'alors] et quant à l'existence d'un chenal reliant le fleuve San Juan à la lagune de Harbor Head». Les experts ont établi que, «[a]u large du littoral, il n'exist[ait] aucune formation émergée, pas même à marée basse», et qu'à l'ouest de la lagune de Harbor Head, «le littoral [était] constitué d'une large plage de sable dont la partie haute comporte des lagunes fermées, discontinues et parallèles à la côte», alors que, «dans la portion la plus occidentale, située à proximité de l'embouchure du fleuve San Juan, l'arrière-plage ne comporte pas de lagunes constituées d'eau stagnante». Qui plus est, les experts ont constaté qu'il «n'existait plus de chenal reliant le fleuve San Juan à la lagune de Harbor Head»¹⁷. Se fondant sur leur rapport, la Cour a considéré que «le Costa Rica a[vait] souveraineté sur l'ensemble d'Isla Portillos jusqu'au point où le fleuve se jette dans la mer des Caraïbes», et que

«le point de départ de la frontière terrestre [était] le point où la rive droite du fleuve San Juan rejoint la laisse de basse mer de la côte de la mer des Caraïbes[.], ce point se situ[ant alors] à l'extrémité de la flèche littorale formant la rive droite du San Juan à son embouchure»¹⁸.

14. Il ressort clairement des affaires ci-dessus que, en exerçant les pouvoirs que lui confèrent l'article 50 du Statut et l'article 67 du Règlement, la Cour respecte les conditions minimales suivantes: a) elle ne recourt à la désignation d'experts que dans des «affaires complexes» nécessitant

¹⁵ C.I.J. Recueil 2015 (II), p. 703, par. 92.

¹⁶ *Délimitation maritime dans la mer des Caraïbes et l'océan Pacifique (Costa Rica c. Nicaragua)* et *Frontière terrestre dans la partie septentrionale d'Isla Portillos (Costa Rica c. Nicaragua)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2018 (I), p. 167, par. 70.

¹⁷ *Ibid.*, p. 167-168, par. 71.

¹⁸ *Ibid.*, p. 168, par. 71.

requiring technical, scientific or specialized knowledge or expertise that is outside the realm of normal judicial expertise; (b) that the role of Court-appointed experts is limited to providing specialized information or insight into the scientific or technical intricacies of the evidence already submitted by the parties and that their input should not interfere with the allocation of the burden of proof or tilt the balance in favour of one party or the other; (c) that the ultimate task of discharging the judicial function rests with the Court, and must not be delegated to the experts; (d) that prior consultations between the Court and the concerned parties (concerning the identity of the experts and their terms of reference) are held and, as far as possible, the consent (through a *compromis*) or at least acquiescence of both parties is obtained before the appointment of the experts; (e) that the experts appointed by the Court are neutral; (f) that the experts' reports are availed to the parties for their comment; and (g) that the parties are availed every opportunity to put questions to the experts, before the Court makes its conclusions. In the present case, I am not satisfied that the above minimum parameters have been met.

FACTUAL BACKGROUND TO THE ORDER

15. Much of the relevant procedural history has been accurately rehearsed in the Order. It will be recalled however, that the Court in its 2005 Judgment in the *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)* case — while reserving the question of reparation due to each of the Parties for determination during a subsequent phase of the proceedings (in the event that the Parties failed to agree thereupon) — made it clear that at the reparations stage, the onus would be upon the DRC “to demonstrate and prove the exact injury that was suffered as a result of specific actions of Uganda constituting internationally wrongful acts for which it is responsible”¹⁹. Similarly the Court stated regarding the responsibility of the DRC for the breach of its international obligation to guarantee the inviolability of Uganda’s diplomatic premises, for the maltreatment of Ugandan diplomats at the Ugandan Embassy in Kinshasa, for the maltreatment of Ugandan diplomats at Ndjili International Airport, and for attacks on the seizure of property and archives from Ugandan diplomatic premises, the onus would be upon Uganda to demonstrate “the specific circumstances of these violations as well as the precise damage suffered by Uganda and the extent of the reparation to which it is entitled”²⁰.

¹⁹ *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Judgment, I.C.J. Reports 2005, p. 257, para. 260.

²⁰ *Ibid.*, p. 279, para. 344.

une expertise ou des connaissances techniques, scientifiques ou spécialisées sortant du cadre de l'expertise judiciaire classique; *b*) le rôle des experts désignés par la Cour se limite à fournir des informations spécialisées ou un point de vue de spécialiste sur des aspects scientifiques ou techniques complexes des éléments de preuve déjà soumis par les parties, et leur contribution ne doit pas déplacer la charge de la preuve ni faire pencher la balance en faveur de l'une ou l'autre des parties; *c*) la mission ultime qui consiste à s'acquitter de la fonction judiciaire demeure dévolue à la Cour et ne doit pas être déléguée aux experts; *d*) des consultations préalables ont lieu entre la Cour et les parties concernées (au sujet de l'identité des experts et de leur mandat) et, dans la mesure du possible, le consentement (par voie de compromis) ou au moins l'acquiescement des deux parties est obtenu avant la désignation des experts; *e*) les experts désignés par la Cour sont neutres; *f*) les parties peuvent formuler des observations sur les rapports des experts; et *g*) les parties ont tout loisir de poser des questions aux experts avant que la Cour ne formule ses conclusions. Dans la présente affaire, j'estime qu'il n'est pas satisfait aux conditions minimales que je viens d'énoncer.

CONTEXTE FACTUEL DE L'ORDONNANCE

15. Dans ses grandes lignes, l'historique pertinent de la procédure est correctement résumé dans l'ordonnance. Il convient toutefois de rappeler que, dans l'arrêt qu'elle a rendu en 2005 en l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, la Cour, tout en réservant à une phase ultérieure de la procédure la question des réparations dues à chacune des Parties (au cas où celles-ci ne parviendraient pas à un accord), a dit clairement que, au stade des réparations, il incomberait à la RDC «de démontrer, en apportant la preuve, le préjudice exact qu'elle a subi du fait des actions spécifiques de l'Ouganda constituant des faits internationalement illicites dont il est responsable»¹⁹. De même, concernant la responsabilité de la RDC pour le manquement à ses obligations internationales à raison de l'atteinte à l'inviolabilité des locaux diplomatiques de l'Ouganda, des mauvais traitements infligés, à l'ambassade de l'Ouganda à Kinshasa, à des diplomates ougandais, des mauvais traitements infligés à des diplomates ougandais à l'aéroport international de Ndjili, ainsi que des attaques contre les locaux diplomatiques de l'Ouganda et de la saisie des biens et archives qui s'y trouvaient, la Cour a déclaré qu'il incomberait à l'Ouganda «d'apporter des éléments de preuve établissant les circonstances particulières de ces violations, les dommages précis subis par [lui] et l'étendue de la réparation à laquelle il a droit»²⁰.

¹⁹ *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2005, p. 257, par. 260.

²⁰ *Ibid.*, p. 279, par. 344.

16. It will also be recalled that at this stage of the proceedings, each Party has had ample opportunity to discharge its burden of proof by adducing sufficient evidence of the reparations due to it as a result of the internationally wrongful acts committed against it by the other, as demonstrated in the “procedural history” part of the Order. In this regard, the DRC filed an Application²¹ and each Party filed a Memorial²² and Counter-Memorial²³. Thereafter, the Court granted the Parties a further opportunity to clarify certain evidentiary issues by answering specific questions contained in a letter from the Court dated 11 June 2018. The Parties filed their responses to the questions raised by the Court by 1 November 2018. Furthermore, the DRC revised its responses to these questions on 12 November 2018 and again on 20 November 2018 in what it referred to as its “final version”. Each Party then filed its comments on the other Party’s answers within the time-limit fixed by the Court (see paragraph 5 of the Order). It now remains for the Court to perform its judicial function by assessing that evidence and determining the reparations due.

THE TERMS OF REFERENCE PROPOSED BY THE COURT

17. In my view, the terms of reference that the Court has proposed for the experts have the effect of unfairly assisting the DRC in augmenting its claim and unfairly buttressing its evidence where it may be wanting, contrary to the principles of a fair hearing and equality of arms. Alternatively, they have the effect of inappropriately delegating the judicial function to the experts. As noted in paragraphs 10 and 11 of the Order, while the DRC is favourably disposed to the Court seeking expert opinion at this stage of the proceedings, Uganda on the other hand is of the view that “the questions before the Court are not of the sort contemplated for the appointment of experts pursuant to Article 50 of the Statute and Article 67, paragraph 1 of the Rule of Court”. Accordingly, Uganda

“strongly objects to the proposal to appoint an expert or experts for the stated purpose because it amounts to relieving the DRC of the primary responsibility to prove her claim (or any particular heads of claim), and assigning that responsibility to third parties, to the prejudice of Uganda and in violation of the relevant principles of international law”.

²¹ Application of the DRC dated 8 May 2015.

²² See DRC’s Memorial dated 28 September 2016 and Uganda’s Memorial dated 28 September 2016.

²³ See DRC’s Counter-Memorial dated 6 February 2018 and Uganda’s Counter-Memorial dated 6 February 2018.

16. Il est également rappelé que, à ce stade de la procédure, chaque Partie a eu amplement l'occasion de s'acquitter de la charge de la preuve qui lui incombe en produisant des éléments prouvant à suffisance les réparations qui lui sont dues par suite des faits internationalement illicites commis à son encontre par l'autre Partie, ainsi que cela a été démontré dans la partie de l'ordonnance consacrée à l'«historique de l'affaire». A cet égard, la RDC a déposé une requête²¹, puis chaque Partie a soumis un mémoire²², suivi d'un contre-mémoire²³. Par la suite, la Cour a encore donné aux Parties l'occasion d'éclaircir certains points relatifs aux éléments de preuve en leur posant des questions précises dans une lettre en date du 11 juin 2018. Les Parties y ont répondu le 1^{er} novembre 2018. De plus, la RDC a remis des versions réorganisées de ses réponses le 12, puis le 20 novembre 2018, dans un document qu'elle a qualifié de «version finale». Chacune des Parties a ensuite présenté ses observations sur les réponses de l'autre, dans le délai fixé par la Cour (voir le paragraphe 5 de l'ordonnance). A ce stade, il incombe seulement à la Cour d'exercer sa fonction judiciaire en examinant ces éléments de preuve et en fixant le montant des réparations dues.

LE MANDAT DES EXPERTS ÉNONCÉ PAR LA COUR

17. A mon sens, le mandat des experts énoncé par la Cour a pour effet d'aider injustement la RDC à majorer ses prétentions et d'étayer injustement ses éléments de preuve lorsque ceux-ci sont insuffisants, ce qui va à l'encontre du droit à un procès équitable et du principe d'égalité des armes. Par ailleurs, il a également pour effet de déléguer la fonction judiciaire aux experts, ce qui est tout à fait inapproprié. Comme mentionné aux paragraphes 10 et 11 de l'ordonnance, alors que la RDC accueille favorablement la proposition de la Cour de faire procéder à une expertise à ce stade de la procédure, l'Ouganda estime quant à lui que ««les questions dont la Cour est saisie ne sont pas de celles prévues» par les dispositions de l'article 50 du Statut de la Cour et du paragraphe 1 de l'article 67 de son Règlement relatives à la désignation d'experts». En conséquence, l'Ouganda

«[s']oppos[e] ... fermement à la proposition tendant à ce qu'un ou plusieurs experts soient désignés dans le but indiqué, au motif que cela reviendrait à décharger la RDC de la responsabilité principale d'étayer sa demande (ou tel ou tel chef de demande) et d'attribuer cette responsabilité à des tiers, au préjudice de l'Ouganda et en violation des principes pertinents du droit international».

²¹ Requête de la RDC datée du 8 mai 2015.

²² Voir le mémoire de la RDC et celui de l'Ouganda, tous deux datés du 28 septembre 2016.

²³ Voir le contre-mémoire de la RDC et celui de l'Ouganda, tous deux datés du 6 février 2018.

18. With regard to the term of reference entitled “loss of human life”, I particularly take issue with the Court requesting the experts to make “a global estimate of the lives lost among the civilian population (broken down by manner of death) due to the armed conflict on the territory of the [DRC] in the relevant period” and to determine “the scale of compensation due for the loss of individual human life”. The Court has already sought and received this information directly from the DRC through the pleadings and the answers to some of the questions it posed to the Parties. The Court should not be seen to unfairly assist either Party in augmenting its claim or buttressing its evidence where it may be wanting, to the detriment of the other and contrary to the principles of a fair hearing and equality of arms. In my view, the type of issues arising from the evidence relating to reparations for loss of life are those within the realm of normal judicial expertise and do not require technical, scientific or specialized knowledge or expertise. Alternatively, this term of reference has the effect of inappropriately delegating the judicial function — namely, the analysis of the evidence on record and determination of the quantum of reparations arising from loss of human life — to the experts.

19. Similarly, the term of reference with regard to “loss of natural resources” is inappropriate. The Court already has evidence on record from the DRC regarding this head of claim. By asking the experts again to “approximate the quantity of natural resources such as gold, diamond, coltan and timber unlawfully exploited during the occupation by Ugandan armed forces” and to “evaluate the damage” arising therefrom, the Court is in effect asking the experts to unfairly assist the DRC in augmenting its claim and discharging its evidentiary burden where its own evidence may be wanting, contrary to the principles of a fair hearing and equality of arms. In my view, the type of issues arising from the evidence relating to reparations for loss of natural resources does not require technical, scientific or specialized knowledge or expertise that is outside the realm of normal judicial expertise. Alternatively, this term of reference has the effect of inappropriately delegating the judicial function — namely, the analysis of the evidence on record and determination of the quantum of reparations arising from loss of natural resources — to the experts.

20. Lastly, the term of reference with regard to “property damage” is inappropriate. The Court already has evidence on record from the DRC regarding this head of claim. By asking the experts again to “approximate the number and type of properties damaged or destroyed by Ugandan armed forces” and to “approximate the cost of rebuilding the kind of schools, hospitals and private dwellings destroyed . . .” arising therefrom, the Court is unfairly assisting the DRC in augmenting its claim and buttressing its evidence where it may be wanting, contrary to the principles

18. S'agissant de la partie du mandat consacrée aux «[p]ertes en vies humaines», je désapprouve en particulier le fait que la Cour demande aux experts d'effectuer une «estimation globale des pertes civiles (ventilées selon les circonstances du décès) dues au conflit armé sur le territoire de la [RDC] pendant la période pertinente» et de déterminer «le barème d'indemnisation applicable à la perte d'une vie humaine». La Cour a déjà cherché à obtenir ces informations directement auprès de la RDC et les a reçues dans le cadre des pièces de procédure et dans les réponses à certaines des questions qu'elle a posées aux Parties. Elle devrait se garder de donner l'impression d'aider injustement l'une des Parties à majorer ses prétentions ou à étayer ses éléments de preuve lorsque ceux-ci sont insuffisants, au détriment de l'autre Partie et contrairement au droit à un procès équitable et au principe d'égalité des armes. A mes yeux, les questions découlant des éléments de preuve relatifs aux réparations dues au titre des pertes en vies humaines relèvent de l'expertise judiciaire classique et ne nécessitent pas une expertise ou des connaissances techniques, scientifiques ou spécialisées. Par ailleurs, ce mandat a pour effet de déléguer aux experts la fonction judiciaire (à savoir l'analyse des éléments de preuve versés au dossier et la détermination de l'étendue des réparations dues à raison des pertes en vies humaines), ce qui est tout à fait inapproprié.

19. De même, le mandat concernant la «[p]erte de ressources naturelles» n'a pas lieu d'être. La Cour dispose déjà des éléments de preuve versés au dossier par la RDC à cet égard. En demandant à nouveau aux experts «quelle a été la quantité approximative de ressources naturelles, telles que l'or, les diamants, le coltan et le bois, exploitées illégalement durant l'occupation ... par les forces armées ougandaises» et «quelle est la valeur du préjudice» qui en a découlé, la Cour leur demande en fait d'aider injustement la RDC à majorer ses prétentions et la décharge de l'obligation d'apporter des éléments de preuve lorsque ceux qu'elle a produits sont insuffisants, ce qui va à l'encontre du droit à un procès équitable et du principe d'égalité des armes. A mon sens, les questions découlant des éléments de preuve relatifs aux réparations dues au titre de la perte de ressources naturelles ne nécessitent pas une expertise ou des connaissances techniques, scientifiques ou spécialisées sortant du cadre de l'expertise judiciaire classique. Par ailleurs, ce mandat a pour effet de déléguer aux experts la fonction judiciaire (à savoir l'analyse des éléments de preuve versés au dossier et la détermination de l'étendue des réparations dues à raison de la perte de ressources naturelles), ce qui est tout à fait inapproprié.

20. Enfin, le mandat concernant les «[d]ommages aux biens» n'a pas lieu d'être. La Cour dispose déjà des éléments de preuve versés au dossier par la RDC à cet égard. En demandant à nouveau aux experts «quel a été le nombre approximatif et le type de biens endommagés ou détruits par les forces armées ougandaises» et «[q]uel est le coût approximatif de la reconstruction d'écoles, d'hôpitaux et d'habitations individuelles tels que ceux qui ont été détruits», la Cour aide injustement la RDC à majorer ses prétentions et à étayer ses éléments de preuve lorsque ceux-ci sont insuffi-

of a fair hearing and equality of arms. In my view, the type of issues arising from the evidence relating to reparations for property loss does not require technical, scientific or specialized knowledge or expertise that is outside the realm of normal judicial expertise. Alternatively, this term of reference has the effect of inappropriately delegating the judicial function — namely, the analysis of the evidence on record and determination of the quantum of reparations arising from property damage — to the experts.

CONCLUSION

21. In conclusion, I respectfully disagree that this is a proper case for the Court to exercise its function under Article 50 of the Statute of the Court and Article 67 of the Rules of Court.

(Signed) Julia SEBUTINDE.

sants, ce qui va à l'encontre du droit à un procès équitable et du principe d'égalité des armes. A mon sens, les questions découlant des éléments de preuve relatifs aux réparations dues au titre des dommages aux biens ne nécessitent pas une expertise ou des connaissances techniques, scientifiques ou spécialisées sortant du cadre de l'expertise judiciaire classique. Par ailleurs, ce mandat a pour effet de déléguer aux experts la fonction judiciaire (à savoir l'analyse des éléments de preuve versés au dossier et la détermination de l'étendue des réparations dues à raison des dommages aux biens), ce qui est tout à fait inapproprié.

CONCLUSION

21. En conclusion, je ne pense pas que, en l'espèce, il soit justifié pour la Cour d'exercer les pouvoirs qu'elle tient de l'article 50 du Statut et de l'article 67 du Règlement.

(Signé) Julia SEBUTINDE.
