

SEPARATE OPINION OF JUDGE *AD HOC* DUGARD

*Agreement with Judgment of the Court — Jus cogens has an important role to play in litigation before the Court — Jus cogens is to be invoked as a guide to the Court in the exercise of its judicial choice and not to overthrow a norm of general international law accepted and recognized by the international community of States as a whole — The argument that jus cogens confers jurisdiction on the Court in the present proceedings therefore unfounded — In order to satisfy requirement of negotiation in a compromissory clause by means of conference diplomacy, Applicant must identify convention and nature of alleged violation with some degree of precision.*

1. The Democratic Republic of the Congo (hereinafter the DRC) has failed to show that the Court has jurisdiction to hear the present Application, either in terms of the compromissory clauses of several treaties that it claims have been violated by Rwanda or in terms of a number of other bases for jurisdiction that it has advanced. In these circumstances I agree fully with the decision of the Court that it has no jurisdiction to entertain the Application filed by the DRC on 28 May 2002.

2. There are, however, two issues on which I wish to add some comments of my own. First, as this is the first occasion on which the Court has expressly acknowledged the existence of peremptory norms (*jus cogens*), I wish to examine, albeit in a tentative manner, the role that *jus cogens* may play in international litigation and the limits that must be placed on its use, with special reference to the present Application. Secondly, I wish to comment on the subject of negotiations within the political organs of the United Nations for the purpose of satisfying the requirement in a compromissory clause for the exercise of jurisdiction that a dispute must be shown to be not capable of settlement by negotiation.

*JUS COGENS* IN INTERNATIONAL LITIGATION

3. The DRC has sought to invoke the jurisdiction of the Court on the basis of a number of arguments premised on the violation of peremptory norms (*jus cogens*) by Rwanda. These arguments, in essence, may be reduced to two. First, the allegation of the violation of a norm of *jus cogens per se* confers jurisdiction on the Court. Secondly, where a violation of a norm of *jus cogens* is alleged, the respondent State cannot

OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE *AD HOC* DUGARD

[Traduction]

*Accord avec l'arrêt de la Cour — Le jus cogens a un rôle important à jouer dans les affaires jugées par la Cour — Le jus cogens doit être invoqué par la Cour, dans l'exercice de son choix judiciaire, comme un guide et non comme un moyen de faire échec à une norme du droit international général acceptée et reconnue par la communauté internationale tout entière — L'argument selon lequel le jus cogens confère compétence à la Cour en l'espèce est, dès lors, infondé — Pour prouver que la condition de négociation contenue dans une clause compromissoire est satisfaite par des conférences diplomatiques, le demandeur doit indiquer avec un certain degré de précision la convention visée et la nature des violations alléguées.*

1. La République démocratique du Congo (ci-après RDC) n'est pas parvenue à démontrer que la Cour avait compétence pour connaître de la présente requête, pas plus sur la base des clauses compromissoires figurant dans divers traités qui, selon la RDC, ont été violés par le Rwanda que sur les quelques autres bases de compétence qu'elle avait invoquées. Dès lors, je souscris pleinement à la décision de la Cour selon laquelle elle n'a pas compétence pour connaître de la requête déposée par la RDC le 28 mai 2002.

2. Il y a cependant deux points sur lesquels je souhaite faire quelques observations personnelles. Premièrement, puisque c'est la première fois que la Cour a expressément reconnu l'existence de normes impératives (*jus cogens*), je souhaiterais procéder à un examen, certes modeste, du rôle que pourrait jouer le *jus cogens* dans le cadre des différends internationaux et des limites qui doivent encadrer son emploi, en me référant plus particulièrement à la présente requête. Ensuite, je voudrais formuler quelques remarques sur la question de savoir si des négociations menées au sein des organes politiques de l'Organisation des Nations Unies satisfont à la condition énoncée dans une clause compromissoire selon laquelle il doit être démontré qu'un différend ne peut pas être résolu par voie de négociation.

LE *JUS COGENS* DANS LE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS INTERNATIONAUX

3. La RDC a tenté d'invoquer la compétence de la Cour sur le fondement d'un certain nombre d'arguments tirés de la violation de normes impératives (*jus cogens*) par le Rwanda. En substance, ces arguments sont au nombre de deux. Le premier est que la violation alléguée d'une norme du *jus cogens* confère, en soi, compétence à la Cour. Le second est que, lorsque est alléguée la violation d'une norme du *jus cogens*, l'Etat

raise a reservation to the Court's jurisdiction to defeat that jurisdiction. In such a case, *jus cogens* in effect trumps the reservation. Aware, no doubt, of the novelty and far-reaching implications of its argument, the DRC has urged the Court to act "boldly and creatively". The Court has responded boldly by acknowledging the existence of norms of *jus cogens* but it has, rightly, declined the DRC's invitation to go beyond this. Instead it has, correctly in my judgment, rejected the DRC's submissions in holding that the fact that a dispute relates to compliance with a peremptory norm, such as genocide, cannot of itself provide a basis for the Court's jurisdiction; and that a reservation to the Court's jurisdiction cannot be held to be invalid on the ground that it violates a norm of *jus cogens*. In so finding the Court has emphasized that its jurisdiction is based on consent and that no peremptory norm requires States to consent to jurisdiction where the compliance with a peremptory norm is the issue before the Court.

4. This is the first occasion on which the International Court of Justice has given its support to the notion of *jus cogens*. It is strange that the Court has taken so long to reach this point because it has shown no hesitation in recognizing the notion of obligation *erga omnes*, which together with *jus cogens* affirms the normative hierarchy of international law. Indeed, the Court itself initiated the notion of obligation *erga omnes* in 1970 in the *Barcelona Traction* case (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain), Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1970*, p. 32) and has recently confirmed its adherence to the notion in its Advisory Opinion in the case concerning *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory (I.C.J. Reports 2004*, p. 136, para. 155). Until the present Judgment the Court carefully and deliberately avoided endorsing the notion of *jus cogens* despite the many opportunities it had to do so. In 1969 it refrained from pronouncing "on any question of *jus cogens*" (*North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands), Judgment, I.C.J. Reports 1969*, p. 42, para. 72); in 1986 it acknowledged that the International Law Commission had found the prohibition on the use of force to have the character of *jus cogens*, but declined to align itself with this position (*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, p. 258, para. 83); and in 2002 it failed to respond to an argument that the granting of immunity to a Foreign Minister for crimes against humanity violated a norm of *jus cogens* (*Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment, I.C.J. Reports 2002*, pp. 23-26). Despite this, *jus cogens* has been invoked by individual judges in cases before the Court in separate and dissenting opinions going back to the 1960s. In 1960, in a dissenting opinion in the *Right of Passage* case, Judge *ad hoc* Fernandes referred to the "rules of *ius cogens*, over which no special practice can prevail" (*Right of Passage over Indian Ter-*

défendeur ne peut pas invoquer une réserve à la compétence de la Cour pour y faire échec. Dans ce cas, le *jus cogens* prévaut sur la réserve. Manifestement conscient du caractère novateur et de l'ampleur des implications de son argument, la RDC a instamment prié la Cour de faire preuve «d'audace et de créativité». Et la Cour a de fait manifesté une certaine audace, en reconnaissant l'existence de normes du *jus cogens*, mais elle a, à juste titre, refusé d'aller plus loin comme l'y invitait la RDC. Elle a au contraire, et à bon droit selon moi, rejeté les demandes de la RDC en disant que le fait qu'un différend a trait au respect d'une norme impérative, telle que l'interdiction du génocide, ne saurait en soi servir de fondement à sa compétence et qu'une réserve à sa compétence ne saurait être considérée comme nulle au motif qu'elle serait contraire à une norme du *jus cogens*. Ce faisant, la Cour a souligné que sa compétence est fondée sur le consentement et qu'aucune norme impérative n'impose aux Etats de donner ce consentement lorsque la question de la conformité à une norme impérative est en cause devant la Cour.

4. C'est la première fois que la Cour internationale de Justice exprime son soutien à la notion de *jus cogens*. Il est étrange qu'elle ait mis si longtemps à le faire, puisqu'elle n'a pas du tout hésité à reconnaître la notion d'obligation *erga omnes*, laquelle, avec le *jus cogens*, établit la hiérarchie des normes en droit international. En fait, c'est la Cour elle-même qui, en 1970, a été à l'origine de la notion d'obligation *erga omnes*, dans l'affaire *Barcelona Traction (Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique c. Espagne), deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1970, p. 32)*; elle a en outre récemment confirmé son adhésion à cette notion dans l'avis consultatif qu'elle a rendu dans l'affaire relative aux *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé (C.I.J. Recueil 2004, p. 136, par. 155)*. Avant le prononcé du présent arrêt, la Cour a soigneusement et délibérément évité de consacrer la notion de *jus cogens*, en dépit des nombreuses occasions qu'elle a eues de le faire. En 1969, elle s'est abstenue de se prononcer sur «la question du *jus cogens*» (*Plateau continental de la mer du Nord (République fédérale d'Allemagne/Danemark; République fédérale d'Allemagne/Pays-Bas), arrêt, C.I.J. Recueil 1969, p. 42, par. 72*); en 1986, tout en reconnaissant que la Commission du droit international avait considéré que l'interdiction de l'emploi de la force revêtait le caractère de *jus cogens*, elle a refusé de faire sienne cette idée (*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 258, par. 83*); enfin, en 2002, elle s'est abstenue de répondre à un argument selon lequel accorder une immunité à un ministre des affaires étrangères pour des crimes contre l'humanité constituait une violation d'une norme du *jus cogens* (*Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique), arrêt, C.I.J. Recueil 2002, p. 23-26*). Malgré cela, dès les années soixante, le *jus cogens* a été invoqué par certains juges, dans des opinions individuelles ou dissidentes, à l'occasion d'affaires portées devant la Cour. En 1960, dans son opinion dissidente en l'affaire du *Droit de pas-*

ritory (*Portugal v. India*), *Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1960*, p. 135). Then in 1966, in his dissenting opinion in the *South West Africa* cases, Judge Tanaka declared:

“If we can introduce in the international field a category of law, namely *jus cogens* examined the International Law Commission, a kind of imperative law which constitutes the contrast to the *jus dispositivum*, capable of being changed by way of agreement between States, surely the law concerning the protection of human rights may be considered to belong to the *jus cogens*.” (*South West Africa (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa)*, *Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1966*, p. 298.)

5. The failure of the International Court to endorse or pronounce on the subject of *jus cogens* has not gone unnoticed. Its silence has been aggravated by the fact that both other international tribunals (*Al-Adsani v. United Kingdom*, 123 *International Law Reports* 24 (European Court of Human Rights); *Prosecutor v. Furundzija*, IT-95-17/1-T, paras. 153-156, 121 *International Law Reports* 214, 260 (International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia)) and national courts (see, for example, *R. v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate: Ex Parte Pinochet Ugarte* (No. 3) [1999] 2 All ER 97 (HL); *Ferrini v. Federal Republic of Germany* (Italian Court of Cassation), 11 March 2004; (2005) 99 *American Journal of International Law* 242) have invoked the term *jus cogens* to portray higher norms of international law.

6. The approval given to *jus cogens* by the Court in the present Judgment is to be welcomed. However, the Judgment stresses that the scope of *jus cogens* is not unlimited and that the concept is not to be used as an instrument to overthrow accepted doctrines of international law.

7. The Court's endorsement of *jus cogens* raises the question of the future role of *jus cogens* and the legal consequences to be attached to a violation of *jus cogens* for, as Ian Brownlie states, “many problems of application remain” in respect of *jus cogens* (*Principles of Public International Law*, 6th ed. (2003), p. 490).

8. It is today accepted that a treaty will be void if at the time of its conclusion, it conflicts with “a peremptory norm of general international law” (Art. 53 of the Vienna Convention on the Law of Treaties of 1969); and that States must deny recognition to a situation created by the serious breach of a peremptory norm (Arts. 40 and 41 of the Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, Report of the International Law Commission, United Nations, *Official Records of the General Assembly, Fifty-sixth Session, Supplement No. 10 (A/56/10)* 29 (2001)). Moreover, it has been suggested that a Security Council resolution will be void if it conflicts with a norm of *jus cogens* (see the

sage, le juge *ad hoc* Fernandes parlait des «règles du *ius cogens* auxquelles il ne saurait être dérogé par une pratique particulière» (*Droit de passage sur territoire indien (Portugal c. Inde)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1960, p. 135). En 1966, dans son opinion dissidente dans les affaires du *Sud-Ouest africain*, le juge Tanaka déclarait quant à lui :

«Si l'on est fondé à introduire en droit international un *ius cogens* (question récemment étudiée par la Commission du droit international), sorte de droit impératif par opposition au *ius dispositivum* susceptible de modification par voie d'accord entre les Etats, il n'y a pas de doute que l'on peut considérer le droit relatif à la protection des droits de l'homme comme relevant du *ius cogens*.» (*Sud-Ouest africain (Ethiopie c. Afrique du Sud; Libéria c. Afrique du Sud)*, deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1966, p. 298.)

5. Le fait que la Cour internationale de Justice n'a pas repris à son compte la notion de *ius cogens* et ne s'est pas prononcée à son sujet n'est pas passé inaperçu. Son silence a été aggravé par le fait que d'autres juridictions internationales (*Al-Adsani c. Royaume-Uni*, 123 *International Law Reports* 24 (Cour européenne des droits de l'homme); *Le procureur c. Furundzija*, affaire n° IT-95-17/1-T, par. 153-156, 121 *International Law Reports* 214, 260 (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie)) et des juridictions nationales (voir, par exemple, *R. c. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate: Ex Parte Pinochet Ugarte* (n° 3) [1999] 2 All ER 97 (HL); *Ferrini c. République fédérale d'Allemagne* (Cour de cassation italienne), 11 mars 2004; (2005) 99 *American Journal of International Law* 242) ont employé l'expression de *ius cogens* pour qualifier des normes supérieures du droit international.

6. Il faut se féliciter de ce que la Cour consacre le *ius cogens* dans le présent arrêt. Cela étant, la Cour souligne aussi que le champ d'application du *ius cogens* n'est pas illimité et que la notion ne doit pas être utilisée comme un moyen de faire échec à des doctrines reconnues du droit international.

7. Le fait que la Cour entérine la notion de *ius cogens* pose la question du rôle futur de cette notion et des conséquences juridiques qu'il faut attacher à la violation de ces normes car, comme l'indique M. Ian Brownlie, «de nombreux problèmes d'application subsistent» s'agissant du *ius cogens* (*Principles of Public International Law*, 6<sup>e</sup> éd. (2003), p. 490).

8. Il est aujourd'hui admis qu'un traité sera nul si, au moment de sa conclusion, il était en conflit avec «une norme impérative du droit international général» (convention de Vienne sur le droit des traités de 1969, art. 53) et que les Etats ne doivent pas reconnaître comme licite une situation créée par une violation grave d'une norme impérative (articles 40 et 41 des projets d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite, rapports de la Commission du droit international, Nations Unies, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, supplément n° 10 (A/56/10)* 29 (2001)). L'avis a aussi été émis qu'une résolution du Conseil de sécurité sera nulle lorsqu'elle est en

separate opinion of Judge *ad hoc* Sir Elihu Lauterpacht in the case concerning the *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia (Serbia and Montenegro), Provisional Measures, Order of 13 September 1993, I.C.J. Reports 1993*, p. 440, para. 100). *Jus cogens* does, however, have a less spectacular role to play in the judicial process and it is this role that becomes important now that the Court has finally recognized the existence of peremptory norms.

9. In national law there is a wealth of literature on judicial lawmaking and the nature of the judicial process. International law, on the other hand, is characterized by a dearth of literature on this subject. (Cf. Hersch Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court* (1958).) This explains why little attention has been paid to the place of *jus cogens* in the judicial process despite the pivotal role that it could — and should — play.

10. The judicial decision is essentially an exercise in choice. Where authorities are divided, or different general principles compete for priority, or different rules of interpretation lead to different conclusions, or State practices conflict, the judge is required to make a choice. In exercising this choice, the judge will be guided by principles (propositions that describe rights) and policies (propositions that describe goals) in order to arrive at a coherent conclusion that most effectively furthers the integrity of the international legal order.

Norms of *jus cogens* are a blend of principle and policy. On the one hand, they affirm the high principles of international law, which recognize the most important rights of the international order — such as the right to be free from aggression, genocide, torture and slavery and the right to self-determination; while, on the other hand, they give legal form to the most fundamental policies or goals of the international community — the prohibitions on aggression, genocide, torture and slavery and the advancement of self-determination. This explains why they enjoy a hierarchical superiority to other norms in the international legal order. The fact that norms of *jus cogens* advance both principle and policy means that they must inevitably play a dominant role in the process of judicial choice.

11. Several decisions of the International Court in which the Court might have invoked norms of *jus cogens*, but did not, illustrate the type of case in which norms of *jus cogens* might be employed. The Judgment of the Court in the *South West Africa* cases (*South West Africa (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa), Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1966*, p. 6) is an obvious example of such a case. There the Court was faced with a choice between the principle that a State must demonstrate a special, national, interest in the proceedings before the Court to enjoy legal standing and the “sacred trust of civilization” contained in the Mandate for South West Africa to promote to the utmost

conflit avec une norme du *jus cogens* (voir l'opinion individuelle du juge *ad hoc* sir Elihu Lauterpacht dans l'affaire relative à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie (Serbie et Monténégro), mesures provisoires, ordonnance du 13 septembre 1993, C.I.J. Recueil 1993, p. 440, par. 100)*). Le *jus cogens* a toutefois un rôle moins spectaculaire à jouer dans le processus judiciaire, et c'est précisément la question de ce rôle qui prend de l'importance maintenant que la Cour a fini par reconnaître l'existence de normes impératives.

9. En droit interne, une abondante doctrine est consacrée à la formation du droit par les juges et à la nature du processus judiciaire. Le droit international, à l'inverse, se caractérise par la rareté des écrits consacrés à ce sujet. (Voir Hersch Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court* (1958).) Cela explique pourquoi la place qu'occupe le *jus cogens* dans le processus judiciaire n'a suscité qu'un faible intérêt malgré le rôle central qu'il pourrait — et devrait — jouer.

10. Toute décision judiciaire est, pour l'essentiel, une affaire de choix. Lorsque les auteurs sont divisés, que des principes généraux différents auraient vocation à s'appliquer, que différentes techniques d'interprétation mènent à des conclusions différentes ou que les pratiques étatiques sont en contradiction, il incombe au juge d'opérer un choix. Ce faisant, le juge sera guidé par des principes (décrivant des droits) et des politiques (décrivant des objectifs) qui le mèneront à une conclusion cohérente favorisant l'intégrité de l'ordre juridique international.

Les normes du *jus cogens* sont un mélange de principes et de politiques. D'une part, elles énoncent les principes supérieurs du droit international, qui consacrent les droits les plus importants de l'ordre international — tels que le droit de ne pas être soumis à l'agression, au génocide, à la torture et à l'esclavage et le droit à l'autodétermination; d'autre part, elles donnent une forme juridique aux politiques et objectifs les plus fondamentaux de la communauté internationale — la prohibition de l'agression, du génocide, de la torture et de l'esclavage et la promotion de l'autodétermination. Cela explique pourquoi ces normes sont, dans l'ordre juridique international, hiérarchiquement supérieures aux autres. Parce qu'elles promeuvent à la fois des principes et des politiques, les normes du *jus cogens* doivent inévitablement jouer un rôle prépondérant dans le processus du choix judiciaire.

11. Plusieurs décisions de la Cour internationale de Justice, dans lesquelles celle-ci aurait pu invoquer des normes du *jus cogens* mais ne l'a pas fait, illustrent le type d'affaires dans le cadre desquelles il pourrait être recouru à ces normes. L'arrêt de la Cour dans les affaires du *Sud-Ouest africain (Sud-Ouest africain (Ethiopie c. Afrique du Sud; Libéria c. Afrique du Sud), deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1966, p. 6)* en est un exemple manifeste. En l'espèce, la Cour devait choisir entre le principe selon lequel un Etat doit démontrer l'existence d'un intérêt particulier, national, dans l'affaire pendante devant la Cour pour pouvoir intervenir à l'instance et la «mission sacrée de civilisation» prévue par le

the well-being of the inhabitants of the territory. In preferring the former principle it chose not to accede to the higher norm; with serious consequences for the Court. In fairness, it must be added that this decision largely predated the recognition of norms of *jus cogens* although Judge Tanaka in his powerful dissenting opinion did refer to such norms (see above, para. 4).

Other cases in which norms of *jus cogens* might possibly have been invoked were *East Timor (Portugal v. Australia)* (*Judgment, I.C.J. Reports 1995*, p. 90), and the *Arrest Warrant case (Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment, I.C.J. Reports 2002*, p. 3).

In the former, the Court declined to apply its decision in the *Certain Phosphate Lands* case (*Certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru v. Australia), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1992*, pp. 261-262) and instead preferred the controversial precedent of the *Monetary Gold* case (*Monetary Gold Removed from Rome in 1943 (Italy v. France, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and United States of America), Judgment, I.C.J. Reports 1954*) above the peremptory norm of self-determination, which was described as a norm of *erga omnes* rather than *jus cogens* by the Court in its decision at page 102. The Court has recently retreated from the *Monetary Gold* case and instead relied on the *Certain Phosphate Lands in Nauru* case in the case concerning *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)* (*Judgment, I.C.J. Reports 2005*, pp. 237-238, para. 203). Although the Court did not indicate that its choice was influenced by the fact that norms of *jus cogens* were involved in this case, it may safely be assumed that the gravity of the issues raised influenced the Court's choice.

In the *Arrest Warrant* case the Court found that a Foreign Minister enjoyed immunity before a national court in respect of crimes against humanity on the basis of weak evidence of State practice rather than allowing the *jus cogens* character of the crime to prevail over the plea of immunity (see the dissenting opinions of Judge Al-Khasawneh and Judge *ad hoc* van den Wyngaert in the *Arrest Warrant* case (*I.C.J. Reports 2002*, p. 98, para. 7, and p. 155, para. 28, respectively), which advocate the choice of the *jus cogens* norm of the prohibition of crimes against humanity over the unsettled rule of immunity).

12. In the above cases the Court was faced with competing principles, State practice and precedents and preferred not to choose that solution which gave effect to a norm of *jus cogens*. The Court was not asked to invoke *jus cogens* to trump an established, accepted rule but instead to choose a principle of *jus cogens* or a precedent coinciding with a norm of *jus cogens* in preference to a principle, State practice or precedent that did not enjoy the status of *jus cogens*. It was simply asked to exercise its

mandat pour le Sud-Ouest africain et visant à accroître, par tous les moyens, le bien-être des habitants du territoire. En optant pour le premier principe, la Cour a choisi de ne pas appliquer la norme supérieure, et cela a eu pour elle des conséquences graves. Par souci d'objectivité, il y a lieu toutefois de préciser que cette décision était très antérieure à la reconnaissance des normes du *jus cogens*, même si le juge Tanaka, dans sa remarquable opinion dissidente, les avait évoquées (voir ci-dessus, par. 4).

Les normes du *jus cogens* auraient également pu être invoquées dans des affaires comme celles du *Timor oriental (Portugal c. Australie)* (arrêt, C.I.J. Recueil 1995, p. 90), et du *Mandat d'arrêt (Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique))*, arrêt, C.I.J. Recueil 2002, p. 3).

Dans la première espèce, la Cour a refusé d'appliquer la solution de *Certaines terres à phosphates (Certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie))*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1992, p. 261-262) et elle a retenu le précédent fort controversé de l'*Or monétaire (Or monétaire pris à Rome en 1943 (Italie c. France, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et Etats-Unis d'Amérique))*, arrêt, C.I.J. Recueil 1954) de préférence à la norme impérative de l'autodétermination que, à la page 102 de son arrêt, elle a qualifiée de norme *erga omnes* plutôt que de *jus cogens*. La Cour a récemment abandonné la jurisprudence de l'*Or monétaire*, préférant s'appuyer sur celle de *Certaines terres à phosphates à Nauru* dans l'affaire relative aux *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)* (arrêt, C.I.J. Recueil 2005, p. 237-238, par. 203). Bien que la Cour n'ait pas précisé que son choix avait été influencé par le fait que des normes du *jus cogens* étaient en cause en l'affaire, l'on peut sans risque supposer que la gravité des questions posées a influencé ce choix.

Et si, dans l'affaire du *Mandat d'arrêt*, la Cour a jugé qu'un ministre des affaires étrangères jouissait devant une juridiction nationale de l'immunité de poursuites pour crimes contre l'humanité, c'était en raison de l'insuffisance des éléments de preuve relatifs à la pratique étatique et non au motif que le caractère *jus cogens* du crime prévaudrait sur l'argument de l'immunité (voir l'opinion dissidente du juge Al-Khasawneh et celle du juge *ad hoc* van den Wyngaert dans l'affaire du *Mandat d'arrêt* (C.I.J. Recueil 2002, p. 98, par. 7, et p. 155, par. 28, respectivement) où ceux-ci préconisent de préférer la norme du *jus cogens* prohibant les crimes contre l'humanité à la règle fluctuante de l'immunité).

12. Dans les affaires susmentionnées, la Cour était confrontée à des principes concurrents, à savoir la pratique étatique d'une part et les précédents d'autre part, et elle a préféré ne pas choisir la solution donnant effet à une norme du *jus cogens*. Il ne lui était pas demandé d'invoquer le *jus cogens* pour faire échec à une règle établie, acceptée, mais de retenir un principe du *jus cogens* ou un précédent coïncidant avec une norme du *jus cogens* plutôt qu'un principe, une pratique étatique ou un précédent

choice within the interstices of the law in a molecular rather than a molar fashion<sup>1</sup>.

13. In the present case the Court is confronted with a very different situation. The Court is not asked, in the exercise of its legitimate judicial function, to exercise its choice between competing sources in a manner which gives effect to a norm of *jus cogens*. On the contrary, it is asked to overthrow an established principle — that the basis of the Court’s jurisdiction is consent — which is founded in its Statute (Art. 36), endorsed by unqualified State practice and backed by *opinio juris*. It is, in effect, asked to invoke a preemptory norm to trump a norm of general international law accepted and recognized by the international community of States as a whole, and which has guided the Court for over 80 years. This is a bridge too far. The Court cannot be expected to accept the arguments raised by the DRC for by so doing it would not engage in molecular law-making, but molar law-making that goes beyond the legitimate judicial function. Only States can amend Article 36 of the Court’s Statute.

14. For this reason the Court, in the present instance, has rightly held that although norms of *jus cogens* are to be recognized by the Court, and presumably to be invoked by the Court in future in the exercise of its judicial function, there are limits to be placed on the role of *jus cogens*. The request to overthrow the principle of consent as the basis for its jurisdiction goes beyond these limits. This, in effect, is what the Court has held.

#### NEGOTIATIONS WITHIN THE UNITED NATIONS AND OTHER INTERNATIONAL BODIES

15. The DRC claims that the Court has jurisdiction in terms of Article 29 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women in that there is a dispute between it and Rwanda concerning the interpretation and application of the Convention, which cannot be settled by negotiation. It argues that it has made frequent protests about Rwanda’s use of force in the region and its violation of human rights before the political organs of the United Nations and other international bodies. In support of its contention that these protests and complaints about Rwanda’s actions within the political organs of the United Nations and other international bodies

---

<sup>1</sup> See the statement of Justice Oliver Wendell Holmes:

“I recognize without hesitation that judges do and must legislate, but they can do so only interstitially, they are confined from molar to molecular motions.” (*Southern Pacific Co. v. Jensen*, 244 US 205 at 221 (1916).).

n'ayant pas le statut de *jus cogens*. Il était simplement demandé à la Cour de choisir dans les interstices du droit, et ce à un niveau moléculaire plus que molaire<sup>1</sup>.

13. En la présente affaire, la Cour se trouve face à une situation très différente. Il ne lui est pas demandé, dans l'exercice de ses fonctions judiciaires légitimes, d'opérer un choix entre des sources concurrentes de manière à donner effet à une norme du *jus cogens*. Au contraire, il lui est demandé d'abandonner un principe établi — le principe selon lequel le consentement fonde la compétence de la Cour — qui est inscrit dans son Statut (art. 36), qui est reconnu par une pratique étatique constante et confirmé par l'*opinio juris*. En fait, il est demandé à la Cour d'invoquer une norme impérative pour faire échec à une norme du droit international général reconnue et acceptée par la communauté internationale tout entière, et qui a guidé la Cour pendant plus de quatre-vingts ans. C'est aller un peu trop loin. L'on ne peut pas attendre de la Cour qu'elle accepte les arguments avancés par la RDC puisque, si elle le faisait, elle créerait du droit à un niveau moléculaire et non pas molaire et outrepasserait ce faisant sa fonction juridictionnelle légitime. Seuls les Etats peuvent modifier l'article 36 du Statut de la Cour.

14. C'est pourquoi la Cour, en la présente affaire, a retenu à bon droit que, bien qu'elle doive reconnaître les normes du *jus cogens* et sans doute les invoquer à l'avenir dans l'exercice de sa fonction judiciaire, des limites doivent être posées au rôle du *jus cogens*. Vouloir renverser le principe du consentement comme fondement de la compétence de la Cour, c'est franchir ces limites. Et c'est bien ce que la Cour a dit.

#### NÉGOCIATIONS AU SEIN DE L'ORGANISATION DES NATIONS UNIES ET D'AUTRES ORGANES INTERNATIONAUX

15. La RDC soutient que la Cour est compétente aux termes de l'article 29 de la convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, car il existe entre la RDC et le Rwanda, relativement à l'interprétation et à l'application de cette convention, un différend qui ne peut être réglé par voie de négociation. La RDC affirme avoir fréquemment protesté auprès des organes politiques de l'Organisation des Nations Unies et d'autres organes internationaux contre le recours à la force par le Rwanda dans la région et les violations des droits de l'homme commises par lui. A l'appui de sa thèse selon laquelle les protestations et réclamations qu'elle a formulées auprès des organes poli-

<sup>1</sup> Voir la déclaration du juge Oliver Wendell Holmes :

« Je reconnais sans hésiter que les juges peuvent et doivent créer du droit, mais ils ne peuvent le faire qu'à un niveau interstitiel, ne pouvant intervenir au niveau molaire et étant confinés au niveau moléculaire. » (*Southern Pacific Co. v. Jensen*, 244 US 205-221 (1916).)

satisfy the requirement of negotiation, the DRC invokes the ruling of the Court in 1962 in the *South West Africa* cases when it stated:

“Moreover, diplomacy by conference or parliamentary diplomacy has come to be recognized in the past four or five decades as one of the established modes of international negotiation. In cases where the disputed questions are of common interest to a group of States on one side or the other in an organized body, parliamentary or conference diplomacy has often been found to be the most practical form of negotiation.” (*South West Africa (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1962*, p. 346.)

16. There is an important difference between the *South West Africa* cases and the present case. In the former case it was quite clear to all States participating in the “conference or parliamentary diplomacy” within the United Nations that the dispute related to the Mandate for South West Africa, more particularly to the questions whether South Africa was obliged to account to the United Nations for its administration of the territory in terms of the Mandate, and whether it had violated Article 2 of the Mandate requiring it to “promote to the utmost the material and moral well-being and the social progress of the inhabitants of the Territory” by applying the policy of apartheid within the Territory. For ten years or more these issues had constituted the focus of debates within the United Nations.

17. In the present case, on the other hand, the DRC has failed to indicate with precision the nature of its complaint within the context of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women. It has made sweeping allegations of Rwanda’s use of force and violations of human rights in general without, in most instances, indicating which particular human rights convention it alleges has been violated. Nor has it indicated which of the 15 substantive provisions in the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women Rwanda is alleged to have violated. The substantive provisions in this Convention oblige States parties to abolish discriminatory measures against women *within their own legal systems* by adopting legislation to ensure gender equality (Arts. 2, 3, 15); by pursuing affirmative action programmes for women (Art. 4); by eliminating social and cultural discrimination against women (Art. 5); by suppressing traffic in women (Art. 6); by eliminating discrimination against women in political life and in participation in government (Arts. 7 and 8); by protecting the right to nationality of women (Art. 9); by ensuring equal rights for women in education, employment, health care and economic life (Arts. 10-13); by promoting the position of women in rural areas

tiques de l'Organisation des Nations Unies et d'autres organes internationaux au sujet des agissements du Rwanda satisfont à l'exigence de négociation préalable, la RDC invoque ce qu'a dit la Cour en 1962 dans la décision rendue dans les affaires du *Sud-Ouest africain* :

«D'autre part, depuis quarante ou cinquante ans, la diplomatie pratiquée au sein des conférences ou diplomatie parlementaire s'est fait reconnaître comme l'un des moyens établis de conduire des négociations internationales. Lorsque des questions en litige intéressent à la fois un groupe d'Etats, de part ou d'autre, au sein d'un corps organisé, la diplomatie parlementaire ou diplomatie par conférences s'est souvent avérée la voie de négociation la plus pratique.» (*Sud-Ouest africain (Ethiopie c. Afrique du Sud; Libéria c. Afrique du Sud)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1962, p. 346.)

16. Il existe une importante différence entre les affaires du *Sud-Ouest africain* et la présente espèce. Dans les premières, il était clair pour tous les Etats participant aux «conférences ou [à la] diplomatie parlementaire» au sein de l'Organisation des Nations Unies que le différend portait sur le mandat pour le Sud-Ouest africain, et plus particulièrement sur la question de savoir si l'Afrique du Sud, aux termes de ce mandat, devait rendre compte aux Nations Unies de son administration du territoire et si, en appliquant la politique d'apartheid dans ce territoire, elle avait violé l'article 2 du mandat aux termes duquel elle devait «accroître, par tous les moyens en son pouvoir, le bien-être matériel et moral ainsi que le progrès social des habitants du territoire». Pendant dix ans ou plus, ces questions ont été au cœur des débats au sein de l'Organisation des Nations Unies.

17. Toutefois, en la présente affaire, la RDC n'a pas indiqué avec précision la nature de ses griefs au regard de la convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes. Elle a formulé des allégations très générales sur l'emploi de la force par le Rwanda et sur les violations des droits de l'homme commises par lui, le plus souvent sans préciser quelle convention relative aux droits de l'homme avait, selon elle, été violée. Elle n'a pas non plus indiqué laquelle des quinze dispositions de fond de la convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes aurait été violée. Les dispositions de fond de cette convention imposent aux Etats parties d'abolir les mesures discriminatoires à l'encontre des femmes *au sein de leur propre système juridique*, par l'adoption de lois assurant l'égalité entre les hommes et les femmes (art. 2, 3, 15), en mettant en œuvre des programmes favorisant les femmes (art. 4), en éliminant les discriminations sociales et culturelles à l'égard des femmes (art. 5), en réprimant le trafic des femmes (art. 6), en éliminant les discriminations à l'égard des femmes dans la vie politique et s'agissant de leur participation au gouvernement (art. 7-8), en protégeant le droit des femmes à la nationalité (art. 9), en assurant des droits égaux aux femmes en matière d'éducation, d'emploi, de santé et de

(Art. 14); and by eliminating discrimination against women in marriage and family relations (Art. 16). None of these provisions, it seems, is relevant to the present dispute. Instead the nature of the DRC's allegation against Rwanda relates to acts of violence, including sexual violence, against women, not within the territory of Rwanda but within the territory of the DRC. Without in any way minimizing the gravity or seriousness of these allegations, it should be stressed that they raise issues pertaining to other human rights conventions — such as the Convention against Torture (to which Rwanda is not a party) and the International Covenant on Civil and Political Rights (which is not claimed as a basis for jurisdiction in the present proceedings) — and to international humanitarian law.

18. The fact that the DRC's allegations relating to the violation of the rights and personal integrity of women relate to human rights conventions other than the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, probably explains why this Convention was not the subject of protest and complaint — that is “conference or parliamentary diplomacy” — in the United Nations or other international bodies. As these Conventions do not provide a basis for the Court's jurisdiction, the DRC has felt itself compelled to invoke the compromissory clause in the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women as a basis for jurisdiction in this matter. However, this invocation of jurisdiction is misplaced. First, it is doubtful whether the allegations in question relating to the mistreatment of women fall within the ambit of the Convention; secondly, even if they do in some way violate its provisions, it is clear that the DRC's protests and allegations of violence against women before the United Nations and other international bodies have not been premised on the violation of this Convention in particular, but on the violation of general human rights law and other human rights Conventions. This means that there have been no negotiations in the form of “conference or parliamentary diplomacy” within the United Nations or other international bodies on the subject of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women. Accordingly, the DRC has failed to show that any dispute between the Parties relating to this particular Convention has been the subject of negotiation and that the dispute is one that cannot be settled by negotiation within the meaning of Article 29 of the Convention.

19. A party that wishes to rely on “conference or parliamentary diplomacy” in the political organs of the United Nations as evidence that it has engaged in negotiations for the purpose of satisfying the require-

vie économique (art. 10-13), en améliorant la situation des femmes dans les zones rurales (art. 14) et en éliminant les discriminations à l'égard des femmes dans le mariage et la famille (art. 16). Aucune de ces dispositions n'est, semble-t-il, pertinente en la présente affaire. Les allégations formulées par la RDC à l'encontre du Rwanda concernent des actes de violence, y compris de violence sexuelle, commis contre des femmes, non pas sur le territoire du Rwanda mais sur celui de la RDC. Sans minimiser d'aucune manière la gravité et le sérieux de ces allégations, il faut souligner qu'elles soulèvent des questions relevant d'autres conventions relatives aux droits de l'homme — comme la convention contre la torture (à laquelle le Rwanda n'est pas partie) et le pacte international relatif aux droits civils et politiques (qui n'est pas invoqué comme base de compétence en la présente affaire) — et au droit international humanitaire.

18. Le fait que les allégations de la RDC relatives à la violation des droits et de l'intégrité physique de certaines femmes ont trait à d'autres instruments relatifs aux droits de l'homme que la convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes explique sans doute pourquoi les protestations et les plaintes formulées au sein de l'Organisation des Nations Unies ou d'autres organes internationaux — c'est-à-dire dans le cadre de «conférences ou [de la] diplomatie parlementaire» — ne visaient pas cette convention. Ces instruments ne fournissant pas de base de compétence à la Cour, la RDC s'est sentie obligée d'invoquer la clause compromissoire de la convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes comme base de compétence en l'espèce, ce en quoi elle a eu tort. Cette invocation est toutefois infondée. Premièrement, il est douteux que les allégations en question, qui ont trait aux mauvais traitements infligés à des femmes, entrent dans le champ d'application de la convention; deuxièmement, même si ces actes sont, d'une quelconque manière, contraires à ses dispositions, il est patent que les protestations et allégations relatives à des actes de violence à l'encontre de femmes émises par la RDC devant l'Organisation des Nations Unies et d'autres organes internationaux ne reposaient pas sur la violation de cette convention en particulier, mais sur la violation du droit général relatif aux droits de l'homme et d'autres instruments relatifs aux droits de l'homme. Cela signifie qu'il n'y a pas de négociation sous la forme de «conférences ou [de] diplomatie parlementaire» au sein de l'Organisation des Nations Unies ou d'autres organes internationaux au sujet de la convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes. Par conséquent, la RDC n'a pas prouvé qu'un différend né entre les Parties spécifiquement dans le cadre de cette convention ait été l'objet de négociations et que ce différend n'est pas susceptible d'être résolu par voie de négociation au sens de l'article 29 de la convention.

19. Une partie qui souhaite invoquer les «conférences ou [la] diplomatie parlementaire» menées au sein des organes politiques de l'Organisation des Nations Unies comme preuve du fait qu'elle a engagé des négoc-

ments of a compromissory clause must at least show that it has clearly identified the Convention in question, and should be able to show that it has indicated, albeit in broad terms, the nature of the violation it alleges has occurred.

*(Signed)* John DUGARD.

---

ciations afin de satisfaire aux exigences d'une clause compromissoire doit, au moins, montrer qu'elle a clairement identifié la convention en cause; elle devrait également être en mesure de montrer qu'elle a indiqué, ne serait-ce qu'en termes généraux, la nature de la violation qu'elle allègue.

*(Signé)* John DUGARD.

---