

DECLARATION OF JUDGE TOMKA

[English Original Text]

Duty of vigilance — Toleration by Zaire on its territory of activities of rebel groups against Uganda in 1994-1997 period — Duty of Uganda to prosecute those who have committed grave breaches of international humanitarian law — Self-defence and the prohibition of the use of force: order of their consideration.

Having voted in favour of the *dispositif*, with the exception of its paragraph 9, I wish to clarify my position on several issues in relation to the Judgment.

I. DUTY OF VIGILANCE — FAILURE TO TAKE ACTION

1. The Court rejected the first counter-claim of the Republic of Uganda (paragraph 9 of the *dispositif*). When voting on this paragraph, I was faced with a dilemma. I concur with the views of the Court concerning the counter-claim relating to the second period, from May 1997 until 2 August 1998, and to the third period, following 2 August 1998 (see paragraphs 302-304 of the Judgment). However, my position regarding the first period, from 1994 until May 1997, is — in respect of one of its aspects — different from that of the majority. I agree with the majority, that “Uganda has not produced sufficient evidence to show that the Zairean authorities were involved in providing political and military support for specific attacks against Ugandan territory” (para. 298). But, to my regret, I cannot subscribe to the reasoning and conclusion of the majority that the Democratic Republic of Congo (DRC) has not breached its duty of vigilance during the period 1994-1997 by tolerating Ugandan rebel movements’ use of the DRC’s territory to launch attacks on Uganda (paras. 300-301). As the Court observes, “[t]he DRC recognized that anti-Ugandan groups operated on the territory of the DRC from at least 1986” (para. 300). It is not disputed that in the period relevant for this part of Uganda’s claim (1994-May 1997), the anti-Ugandan rebel movements used the territory of the then Zaire to launch attacks against Uganda and its population who were victims of these attacks. Zaire was well aware of the situation.

2. Sovereignty of a State does not involve only rights but also obligations of a territorial State. The State has an obligation not only to protect its own people, but also to avoid harming its neighbours. This Court, in the *Corfu Channel* case, confirmed the “general and well-recognized prin-

DÉCLARATION DE M. LE JUGE TOMKA

[Texte original français]

Devoir de vigilance — Tolérance du Zaïre d'activités menées à partir de son territoire contre l'Ouganda par des groupes de rebelles durant la période 1994-1997 — Devoir de l'Ouganda de poursuivre les personnes responsables d'infractions graves au droit international humanitaire — Légitime défense et interdiction de l'emploi de la force: ordre de leur considération.

Ayant voté en faveur du dispositif, à l'exception de son paragraphe 9, je souhaite clarifier ma position concernant plusieurs points de l'arrêt.

I. DEVOIR DE VIGILANCE — ABSENCE DE SÉRIEUX EFFORTS

1. La Cour a rejeté la première demande reconventionnelle de l'Ouganda (paragraphe 9 du dispositif). Lors du vote sur ce paragraphe, je me suis trouvé devant un dilemme. Tout d'abord, je suis d'accord avec les vues de la Cour sur cette demande reconventionnelle en ce qui concerne la seconde période, de mai 1997 au 2 août 1998, et en ce qui concerne la troisième période, après le 2 août 1998 (voir paragraphes 302-304 de l'arrêt). Néanmoins, ma position est différente de celle de la majorité à propos d'un aspect concernant la première période, de 1994 à mai 1997. Je me rallie à la majorité dans sa conclusion que «l'Ouganda n'a pas produit de preuves suffisantes démontrant l'implication des autorités zaïroises dans un soutien politique et militaire à certaines attaques contre le territoire ougandais» (par. 298). Cependant, je regrette de ne pouvoir souscrire au raisonnement et à la conclusion de la majorité que la République démocratique du Congo (RDC) n'a pas failli à son obligation de vigilance durant la période 1994-1997 en tolérant l'usage de son territoire par des groupes rebelles antiougandais pour lancer des attaques contre l'Ouganda (par. 300-301). Cependant, comme l'observe la Cour, la RDC «a reconnu que des groupes antiougandais opéraient sur son territoire depuis 1986 au moins» (par. 300). Il n'est pas contesté que, durant la période pertinente pour cette part de la demande de l'Ouganda (de 1994 à mai 1997), les groupes antiougandais ont utilisé le territoire de l'Etat alors nommé Zaïre pour lancer des attaques contre l'Ouganda et sa population, qui ont effectivement été victimes de ces attaques. Le Zaïre était parfaitement au fait de cette situation.

2. La souveraineté d'un Etat territorial n'implique pas seulement des droits, mais aussi des obligations. Cette Cour, dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, a confirmé le «principe général et bien reconnu» selon lequel l'Etat a «l'obligation ... de ne pas laisser utiliser son territoire aux fins

ciple” according to which every State has the “obligation not to allow knowingly its territory to be used for acts contrary to the rights of other States” (*Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1949*, p. 22).

3. In accordance with the provisions of the Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States, provisions which are declaratory of customary rules, “every State has the duty to refrain from . . . acquiescing in organised activities within its territory directed towards the commission of such acts [i.e. acts of civil strife or terrorist acts] when the acts involve a threat or use of force”; and, “no State shall . . . tolerate subversive, terrorist or armed activities directed towards the violent overthrow of the regime of another State” (A/RES/2625 (XXV)).

4. The duty of vigilance required Zaire to exert all good efforts in order to prevent its territory from being used to the detriment of Uganda. Whether Zaire complied with such a duty should be determined on the basis of Zaire’s conduct. The geomorphological features or size of the territory does not relieve a State of its duty of vigilance nor render it less strict. Nor does the absence of central governmental presence in certain areas of a State’s territory set aside the duty of vigilance for a State in relation to those areas. Otherwise such absence, coupled with the attacks originating in that territory would have justified the neighbouring State, victim of attack, to step in and to put an end to the attacks.

The duty of vigilance is an obligation of conduct, not an obligation of result. It may happen that despite all good efforts of a State, which has a duty of vigilance, the neighbouring State will nevertheless suffer harm. The occurrence of harm does not necessarily prove that the duty of vigilance was breached. But its occurrence creates the presumption that the obligation of vigilance has not been complied with. In such a case it would be for the State which has the duty of vigilance (i.e., the DRC in the present case) to demonstrate that it exerted all good efforts to prevent its territory from being misused for launching attacks against its neighbour in order to rebut such a presumption.

5. The DRC has not provided the Court with credible information on any such bona fide effort. Therefore, I am unable to concur with the view of the majority that the absence of action by Zaire’s Government against the rebel groups in the border area is not tantamount to “tolerating” or “acquiescing” in their activities (para. 301). I am convinced that justice would have been done if the DRC were found responsible for Zaire’s toleration of the activities of (anti-Ugandan) rebel groups from its territory against Uganda, in the first period up to May 1997, that is, for its own failure to comply with its obligation of vigilance.

6. The Court’s finding in paragraph 9 of the *dispositif* concerns Uganda’s first counter-claim *in toto*. Although I concur with the majority

d'actes contraires aux droits d'autres Etats» (*fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1949*, p. 22). L'Etat a le devoir de non seulement protéger sa propre population, mais aussi d'éviter de nuire à ses voisins.

3. Selon les dispositions de la déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats conformément à la Charte des Nations Unies, des dispositions qui sont déclaratoires du droit coutumier, «[c]haque Etat a le devoir de s'abstenir ... de tolérer sur son territoire des activités organisées en vue de perpétrer de tels actes, [par exemple, des actes de guerre civile ou des actes de terrorisme] lorsque les actes ... impliquent une menace ou l'emploi de la force»; et «[t]ous les Etats doivent aussi s'abstenir ... de tolérer des activités armées subversives ou terroristes destinées à changer par la violence le régime d'un autre Etat» (A/RES/2625 (XXV)).

4. Le devoir de vigilance requérait du Zaïre de faire de sérieux efforts afin d'empêcher que son territoire ne soit utilisé au détriment de l'Ouganda. C'est sur la base de la conduite du Zaïre qu'il devrait être déterminé si le Zaïre s'est acquitté ou non de son devoir. Les caractéristiques géomorphologiques ou l'étendue du territoire ne libèrent pas un Etat de son devoir de vigilance, pas plus qu'elles ne rendent celui-ci moins strict. L'absence de gouvernement central dans certains secteurs du territoire d'un Etat ne relève pas non plus ce dernier de son devoir de vigilance quant à ces secteurs. Dans le cas contraire, une telle absence, accompagnée d'attaques provenant de ce territoire, aurait permis de justifier que l'Etat voisin, victime de l'attaque, puisse intervenir pour mettre fin à ces attaques.

Le devoir de vigilance est une obligation de comportement et non une obligation de résultat. Il est possible que malgré de sérieux efforts par un Etat ayant un devoir de vigilance, l'Etat voisin subisse néanmoins un préjudice. Un tel préjudice ne prouve pas nécessairement qu'il y ait eu violation du devoir de vigilance, mais ce préjudice établit toutefois une présomption selon laquelle le devoir de vigilance n'a pas été respecté. Pour renverser cette présomption, l'Etat titulaire du devoir de vigilance (la RDC en l'espèce) doit démontrer qu'il a fait de sérieux efforts afin d'empêcher que son territoire ne soit utilisé pour lancer des attaques contre son voisin.

5. La RDC n'a pas fourni d'information crédible à la Cour démontrant qu'un tel effort *bona fide* ait été fait. Ainsi, je ne peux me rallier à l'opinion de la majorité selon laquelle l'absence d'action du Gouvernement du Zaïre à l'encontre des groupes rebelles ne constitue pas une «tolérance» ou un «acquiescement» à leurs activités (par. 301). Je suis convaincu que justice aurait été rendue si la RDC avait été trouvée responsable de la tolérance par le Zaïre des activités des groupes rebelles (antiougandais), à partir de son territoire (la RDC) contre l'Ouganda, durant la première période allant jusqu'en mai 1997; c'est-à-dire pour son propre manquement à s'acquitter de son devoir de vigilance.

6. La conclusion de la Cour dans le paragraphe 9 du dispositif concerne la première demande reconventionnelle de l'Ouganda *in toto*. Bien que je

with respect to the major part of the first counter-claim, nevertheless I cannot agree with its finding with respect to one of the elements of the counter-claim. That is sufficient, in my view, for upholding the counter-claim. So, at the end, I felt to be left with no other choice than to vote against paragraph 9 of the *dispositif*. Needless to say that what I consider to be a breach by the Democratic Republic of the Congo of its duty of vigilance cannot be compared to the magnitude of Uganda's breach of the prohibition of the use of force.

II. GRAVE BREACHES OF INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW — OBLIGATION TO PROSECUTE

7. The Court has found that Uganda has breached its obligations under international humanitarian law (paragraph 3 of the *dispositif*). When considering the allegation of breaches of international humanitarian law obligations by the Uganda Peoples' Defence Forces (UPDF), the Court, being convinced that they were committed, qualifies these breaches as grave (see paragraphs 207 and 208).

8. The Court has also determined the legal consequences of Uganda's breaches of its international legal obligations, including the obligations under international humanitarian law (see the *dispositif*, paragraph 6, and also paragraphs 251-261). In doing that, the Court took as a point of departure the fourth final submission of the DRC (see paragraphs 25 and 252) and determined these consequences under the general rules of international law on responsibility of States for internationally wrongful acts.

9. Nevertheless, since grave breaches of international humanitarian law were committed, there is another legal consequence which has not been raised by the DRC and on which the Court remains silent. That consequence is provided for in international humanitarian law. There should be no doubt that Uganda, as party to both the Geneva Conventions of 1949 and the Additional Protocol I of 1977 remains under the obligation to bring those persons who have committed these grave breaches before its own courts (Article 146 of the Fourth Geneva Convention, and Article 85 of the Protocol I Additional to the Geneva Conventions).

III. SELF-DEFENCE AND THE NON-USE OF FORCE

10. The order in which the Court, in the present case, has dealt with legal issues relating to self-defence and the prohibition of the use of force is worthy of note.

The Court having first made its findings on the facts concerning Uganda's use of force (paras. 55 *et seq.*), then moves to the analysis of relevant legal norms. In this analysis, leaving aside the issue of the alleged

sois d'accord avec la majorité sur la plupart des éléments de la première demande reconventionnelle, je ne peux me rallier à sa conclusion sur un des éléments de cette demande. Cet élément est suffisant, à mon avis, pour faire droit à la demande reconventionnelle. Ainsi, j'estime n'avoir d'autre choix que de voter contre le paragraphe 9 du dispositif. De toute évidence, cependant, ce que je considère comme étant une violation du devoir de vigilance par la RDC n'est aucunement comparable à l'ampleur de la violation de l'interdiction de l'emploi de la force par l'Ouganda.

II. INFRACTIONS GRAVES DU DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE — DEVOIR DE POURSUIVRE

7. La Cour conclut que l'Ouganda a violé ses obligations en vertu du droit international humanitaire (par. 3 du dispositif). En se penchant sur les allégations d'infractions des obligations de droit international humanitaire par les Forces de défense du peuple ougandais (UPDF), non seulement la Cour est convaincue que celles-ci ont été commises, mais elle qualifie également ces infractions de graves (voir par. 207-208).

8. La Cour a aussi déterminé les conséquences juridiques pour l'Ouganda des violations de ses obligations juridiques internationales, incluant les obligations de droit international humanitaire (voir le dispositif, par. 6 ainsi que les par. 251-261). Ainsi, la Cour a pris comme point de départ la quatrième conclusion de la RDC (voir par. 25 et 252) et a déterminé ces conséquences au vu des règles générales du droit international sur la responsabilité des Etats pour faits internationalement illicites.

9. Une autre conséquence juridique doit être tirée lorsqu'on est en présence d'infractions «graves» au droit international humanitaire, comme c'est le cas dans la présente affaire. Cette conséquence, prévue par le droit international humanitaire, doit être soulignée, même si la RDC ne l'a pas soulevée et que la Cour est demeurée muette sur celle-ci. Il ne devrait y avoir aucun doute que l'Ouganda, en tant que partie aux conventions de Genève de 1949 ainsi qu'au protocole additionnel I de 1977, demeure dans l'obligation de traduire devant ses propres tribunaux les personnes qui ont commis ces graves infractions (quatrième convention de Genève, art. 146; protocole additionnel I de 1977, art. 85).

III. LÉGITIME DÉFENSE ET INTERDICTION DE L'EMPLOI DE LA FORCE

10. L'ordre dans lequel la Cour a abordé les questions liées à la légitime défense et à l'interdiction de l'emploi de la force dans cette affaire mérite d'être mentionné.

La Cour ayant d'abord établi les faits concernant l'emploi de la force par l'Ouganda (par. 55 et suiv.), elle s'est ensuite penchée sur l'analyse des normes juridiques pertinentes. Laissant de côté la question du consen-

consent by the DRC to Uganda's military presence on the former's territory, the consideration of self-defence precedes that of the prohibition of the use of force. One may consider that order understandable since if, according to Article 51 of the Charter,

“[n]othing in the present Charter shall impair the inherent right of individual or collective self-defence if an armed attack occurs against a Member of the United Nations, until the Security Council has taken measures necessary to maintain international peace and security”,

then a lawful exercise of the right to self-defence cannot constitute a breach of any relevant article of the United Nations Charter (*in concreto*, Art. 2, para. 4), and there would be no point in analysing the latter. Only once the Court concludes that “the legal and factual circumstances for the exercise of a right of self-defence by Uganda . . . were not present” (para. 147), is it incumbent upon it to consider, and to make findings on, the prohibition of the use of force (paras. 148 *et seq.*).

11. The prohibition on the use of force cannot be read without having regard to the Charter provisions on self-defence. The provisions on self-defence, in fact, delineate the scope of rules prohibiting the use of force. If a measure in question constitutes a lawful measure of self-defence, it necessarily falls outside the ambit of the prohibition. In other words, the prohibition of the use of force is not applicable to the use of force in lawfully exercised self-defence.

12. The order in which the Court considers self-defence and the prohibition of the use of force in the present case is thus different from that in which it considered them in the case concerning *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (*Nicaragua v. United States of America*) (*Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, pp. 98-106, paras. 187-201; and pp. 118-123, paras. 227-238), although it does not lead to different conclusions.

(Signed) Peter TOMKA.

tement allégué de la RDC à la présence militaire de l'Ouganda sur le territoire de la RDC, l'analyse de la légitime défense précède celle de l'interdiction de l'emploi de la force. L'on peut comprendre cet ordre, étant donné que, si selon l'article 51 de la Charte,

«[a]ucune disposition de la présente Charte ne porte atteinte au droit naturel de légitime défense, individuelle ou collective, dans le cas où un Membre des Nations Unies est l'objet d'une agression armée, jusqu'à ce que le Conseil de sécurité ait pris les mesures nécessaires pour maintenir la paix et la sécurité internationales»,

un exercice licite du droit à la légitime défense ne peut alors constituer un manquement à l'article pertinent de la Charte des Nations Unies (*in concreto*, art. 2, par. 4) et il n'est aucunement nécessaire de considérer cette seconde disposition. C'est seulement lorsque la Cour conclut que «les conditions de droit et de fait justifiant l'exercice d'un droit de légitime défense par l'Ouganda ... n'étaient pas réunies» (par. 147) qu'il est nécessaire de considérer l'interdiction de l'emploi de la force et d'en tirer des conclusions (par. 148 et suiv.).

11. L'interdiction de l'emploi de la force ne peut être interprétée sans examiner les dispositions de la Charte portant sur la légitime défense. En effet, les dispositions sur la légitime défense circonscrivent la portée de l'étendue des règles sur l'interdiction de l'emploi de la force. Si la mesure en question constitue une mesure licite de légitime défense, celle-ci tombe nécessairement en dehors de la portée de l'interdiction. En d'autres mots, l'interdiction de l'emploi de la force n'est pas applicable au recours à la force exercé en cas de légitime défense.

12. L'ordre dans lequel la Cour considère la légitime défense et l'interdiction de l'emploi de la force dans la présente affaire est ainsi différent de l'ordre adopté dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)* (fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 98-106, par. 187-201; et p. 118-123, par. 227-238), même s'il ne mène pas à des conclusions différentes.

(Signé) Peter TOMKA.