

SEPARATE OPINION OF JUDGE AL-KHASAWNEH

Court lacks jurisdiction — Doubts regarding element of reasoning regarding prior negotiations — Court acknowledges protests — At bilateral and multi-lateral levels — Not in respect of interpretation or application of Convention on Discrimination against Women — Multifaceted dispute — Not realistic to expect reference to specific treaty in diplomatic negotiations — Much depends on context — Contents of treaty also relevant — Crucial test is substantive relevance — Test met by reference to allegations of rape and sexual assault — Violence is form of discrimination — Comment by monitoring committee carries considerable weight — Court's jurisprudence favours broad interpretation — Plausibility test — Test of "reasonable" or tangible connection — Prior negotiation is a condition precedent — Need for flexibility on form — Complaints by DRC meet criteria of prior negotiations — Failure to arbitration — Leads to failure to meet prior conditions for seisin of Court.

1. Whilst I have concurred with the Court's finding that "it has no jurisdiction to entertain the Application filed by the Democratic Republic of the Congo on 28 May 2002" (Judgment, para. 128), I continue to have serious doubts regarding some elements in the Court's reasoning leading to the conclusion that it has no jurisdiction under Article 29 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women.

2. It is readily apparent that the consequences of that conclusion go beyond the present case and affect not only the many compromissory clauses which are

"rapidly replacing declarations accepting the compulsory jurisdiction of the Court under Article 36 (2) as the primary method by which the Court gains jurisdiction in contentious cases" (Jonathan I. Charney, "Compromissory Clauses and the Jurisdiction of the International Court of Justice", *American Journal of International Law*, Vol. 81, p. 855 (1987))

but also the very definition of what constitutes a dispute.

3. In view of this and of the fact that I find that conclusion disconcerting, I feel that I should set out in this brief separate opinion my views on this issue.

4. In paragraph 91 of the Judgment, the Court took note of the fact that:

"the DRC made numerous protests against Rwanda's actions in

OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE AL-KHASAWNEH

[Traduction]

La Cour n'a pas compétence — Doutes concernant le raisonnement relatif aux négociations préalables — La Cour reconnaît qu'il y a eu des protestations — Aux plans bilatéral et multilatéral — Ne visant pas l'interprétation ou l'application de la convention sur la discrimination à l'égard des femmes — Différend aux multiples aspects — Il n'est pas réaliste de s'attendre à ce qu'il soit fait référence à un traité précis dans des négociations diplomatiques — Beaucoup dépend du contexte — Le contenu du traité est également pertinent — Le critère essentiel est la pertinence des dispositions de fond — Les allégations de viol et de violences sexuelles satisfont à ce critère — La violence est une forme de discrimination — L'observation faite par le comité de surveillance de la mise en œuvre de la convention a un poids considérable — La jurisprudence de la Cour favorise une interprétation large — Critère de la plausibilité — Critère du lien « raisonnable » ou tangible — La négociation préalable est une condition préalable — Nécessité de faire preuve de souplesse pour ce qui est de la forme — Les plaintes de la RDC répondent à la qualification de négociation préalable — Absence d'arbitrage — D'où il découle que les conditions préalables prescrites pour la saisine de la Cour ne sont pas remplies.

1. Bien qu'ayant jugé comme la Cour que celle-ci « n'a pas compétence pour connaître de la requête déposée par la République démocratique du Congo le 28 mai 2002 » (arrêt, par. 128), j'ai toujours de sérieux doutes quant à certains éléments de son raisonnement ayant conduit à conclure au défaut de compétence fondée sur l'article 29 de la convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes.

2. Il apparaît clairement que les conséquences de cette conclusion vont au-delà de la présente affaire et concernent non seulement les nombreuses clauses compromissaires qui

« en viennent rapidement à remplacer les déclarations d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour au titre du paragraphe 2 de l'article 36 en tant que mode principal d'attribution de compétence à la Cour dans les affaires contentieuses » (Jonathan I. Charney, « Compromissory Clauses and the Jurisdiction of the International Court of Justice », *American Journal of International Law*, vol. 81, p. 855 (1987)),

mais aussi la définition même de ce qui constitue un différend.

3. Eu égard à cette circonstance et au fait que je trouve ladite conclusion déconcertante, j'estime devoir exposer dans cette brève opinion individuelle mon point de vue sur la question.

4. Au paragraphe 91 de l'arrêt, la Cour prend note de ce que :

« la RDC a formulé de nombreuses protestations contre les agisse-

alleged violation of international human rights law, both at the bilateral level through direct contact with Rwanda and at the multi-lateral level within the framework of international institutions”.

However the Court went on to conclude that:

“Whatever may be the legal characterization of such protests as regards the requirement of the existence of a dispute between the DRC and Rwanda for purposes of Article 29 of the Convention, that Article requires also that any such dispute be the subject of negotiations. The evidence has not satisfied the Court that the DRC in fact sought to commence negotiations in respect of the interpretation or application of the Convention.” (Judgment, para. 91.)

5. In paragraph 79 of its Order of 10 July 2002 indicating provisional measures the Court had already had a chance to reason that:

“Whereas at this stage in the proceedings the Congo has not shown that its attempts to enter into negotiations or undertake arbitration proceedings with Rwanda . . . concerned the application of Article 29 of the Convention on Discrimination against Women; whereas nor has the Congo specified which rights protected by the Convention have allegedly been violated by Rwanda and should be the object of provisional measures; whereas the preconditions on the seisin of the Court set by Article 29 of the Convention therefore do not appear prima facie to have been satisfied” (*Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda), Provisional Measures, Order of 10 July 2002*, p. 247, para. 79).

6. In other words, the Court acknowledged the DRC’s attempts to enter into negotiations or to undertake arbitration proceedings but was not satisfied that those negotiations were “in respect of the interpretation or application of the Convention” (Judgment, para. 91).

7. As the whole world knows, the dispute between the two neighbouring States was not confined to the application or interpretation of the Convention on Discrimination against Women but encompassed wide-ranging and multifaceted aspects, where, nevertheless, allegations of serious human rights abuses permeated the entire dispute. In such a situation, should diplomatic negotiations including “diplomacy by congress” (*South West Africa (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1962*, p. 346) be compelled to itemize complaints on a treaty-by-treaty basis? I am of the view that such a requirement would be unrealistic as anyone reasonably acquainted with diplomatic negotiations would agree. Much depends on

ments du Rwanda prétendument contraires au droit international relatif aux droits de l'homme, tant au plan bilatéral, à travers des contacts directs avec le Rwanda, qu'au plan multilatéral dans le cadre d'organes internationaux».

Cependant, elle conclut ensuite que :

«Quelle que puisse être la qualification juridique de telles protestations au regard de l'exigence de l'existence d'un différend entre la RDC et le Rwanda aux fins de l'article 29 de la convention, cet article requiert également qu'un tel différend fasse l'objet de négociations. Les éléments de preuve présentés à la Cour n'ont pas permis d'établir à sa satisfaction que la RDC ait en fait cherché à entamer des négociations relatives à l'interprétation ou l'application de la convention.» (Arrêt, par. 91.)

5. Au paragraphe 79 de son ordonnance en indication de mesures conservatoires du 10 juillet 2002, la Cour avait déjà eu l'occasion de raisonner comme suit :

«Considérant qu'à ce stade de la procédure le Congo n'apporte pas la preuve que ses tentatives en vue d'entamer des négociations ou d'engager une procédure d'arbitrage avec le Rwanda ... visaient l'application de l'article 29 de la convention sur la discrimination à l'égard des femmes; considérant que le Congo n'a pas précisé davantage quels seraient les droits protégés par cette convention qui auraient été méconnus par le Rwanda et qui devraient faire l'objet de mesures conservatoires; que dès lors les conditions préalables à la saisine de la Cour fixées par l'article 29 de la convention ne semblent pas remplies *prima facie*.» (*Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête: 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda), mesures conservatoires, ordonnance du 10 juillet 2002, p. 247, par. 79.*)

6. Autrement dit, la Cour a reconnu que la RDC avait tenté d'entamer des négociations ou d'engager une procédure d'arbitrage mais n'a pas considéré comme établi à sa satisfaction qu'il s'agissait de négociations «relatives à l'interprétation ou l'application de la convention» (arrêt, par. 91).

7. Le monde entier sait que le différend entre les deux Etats voisins ne se limitait pas à l'application ou à l'interprétation de la convention sur la discrimination à l'égard des femmes mais embrassait un vaste domaine aux multiples aspects, où, néanmoins, les allégations de graves atteintes aux droits de l'homme étaient partout présentes. Dans une telle situation, les négociations diplomatiques, notamment lorsqu'il s'agit de «diplomatie par conférences» (*Sud-Ouest africain (Ethiopie c. Afrique du Sud; Libéria c. Afrique du Sud), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1962, p. 346*), doivent-elles obligatoirement détailler les plaintes traitées par traité? J'estime qu'une telle exigence serait peu réaliste, comme en conviendra quiconque ayant une connaissance raisonnable des négocia-

context. Complaints before the Security Council are not usually compartmentalized on a treaty-by-treaty or provision-by-provision basis. In addition, much would depend on the content of the conventions in question. In a treaty on maritime delimitation, for example, the very subject-matter would suggest, even compel, by its technicality, very specific references to individual provisions. The same might not be true in cases of allegations of human rights violations where a general reference to human rights abuses might be sufficient.

The crucial consideration is that the substantive relevance of the Convention on Discrimination against Women seems obvious as the DRC has included numerous allegations of rape and sexual assault of the most horrible forms imaginable committed against thousands of Congolese women and girls. The Committee on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women had the following to say:

“General comments

6. The Convention in article 1 defines discrimination against women. The definition of discrimination includes *gender-based violence, that is, violence that is directed against a woman because she is a woman or that affects women disproportionately*. It includes acts that inflict physical, mental, or sexual harm or suffering, threats of such acts, coercion and other deprivations of liberty. Gender-based violence may breach specific provisions of the Convention regardless of whether those provisions expressly mention violence.” (General Recommendations, No. 19 (11th session, 1992).)

The Committee went on to describe gender-based violence which impairs the enjoyment by women of human rights and fundamental freedoms as discrimination within the meaning of Article 1 of the Convention and referred specifically in that context to “the right to enjoy protection according to humanitarian norms in time of international or internal armed conflict” (*ibid.*).

8. To be sure this clear language emanating from the human rights body charged with monitoring compliance with the Convention is not in itself determinative of the matter nor does it relieve judges of the duty of interpreting the provisions of the Convention with the aim of ascertaining their substantive relevance to complaints alleging human rights violations against women. Nevertheless it carries considerable weight.

9. What is more important is that the Court’s own jurisprudence regarding the interpretation of compromissory clauses is well developed and favours a broad interpretation of such provisions. It can be safely asserted that when the applicant provides a “plausible” or “reasonable” argument that substantive provisions of the treaty containing a compromissory clause have been violated, the Court will not impose an

tions diplomatiques. Beaucoup dépend du contexte. Les plaintes soumises au Conseil de sécurité ne sont généralement pas compartimentées traitées par traité ou disposition par disposition. Beaucoup dépend en outre du contenu des conventions en cause. Dans un traité de délimitation maritime, par exemple, la matière même incitera, ou même obligera, par sa technicité, à se référer de façon très précise à des dispositions particulières. Il n'en sera sans doute pas de même dans le cas d'allégation de violations des droits de l'homme, où il pourra suffire de citer les atteintes aux droits de l'homme en termes généraux.

Le point crucial à prendre en considération est que, sur le fond, la pertinence de la convention sur la discrimination à l'égard des femmes paraît évidente, eu égard aux multiples faits de viol et de violence sexuelle qui auraient été commis à l'encontre de milliers de femmes et de jeunes filles congolaises, sous les formes les plus horribles qu'on puisse imaginer. Le comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes avait déclaré à ce propos :

«Observations générales

6. L'article premier de la convention définit la discrimination à l'égard des femmes. Cette définition inclut la violence *fondée sur le sexe, c'est-à-dire la violence exercée contre une femme parce qu'elle est une femme ou qui touche spécialement la femme*. Elle englobe les actes qui infligent des tourments ou des souffrances d'ordre physique, mental ou sexuel, la menace de tels actes, la contrainte ou autres privations de liberté. La violence fondée sur le sexe peut violer des dispositions particulières de la convention, même si ces dispositions ne mentionnent pas expressément la violence.» (Recommandations générales, n° 19, onzième session, 1992.)

Le comité poursuivait en déclarant que la violence fondée sur le sexe, qui compromet ou rend nulle la jouissance des droits individuels et des libertés fondamentales, constitue une discrimination au sens de l'article premier de la convention, et citait plus particulièrement dans ce contexte «le droit à l'égalité de protection qu'assurent les normes humanitaires en temps de conflit armé national ou international» (*ibid.*).

8. Certes, le langage sans équivoque dans lequel s'est ainsi exprimé l'organe des droits de l'homme chargé du suivi de la mise en œuvre de la convention ne suffit pas en soi à trancher la question et ne dispense pas les juges du devoir d'interpréter les dispositions de cet instrument pour en apprécier la pertinence au fond s'agissant de plaintes faisant état de violations des droits de la personne commises à l'encontre des femmes. Néanmoins, le poids de cette observation du comité est considérable.

9. Plus important est le fait que la jurisprudence de la Cour elle-même concernant l'interprétation des clauses compromissaires est très développée et favorise une interprétation large de ces dispositions. On peut affirmer sans risque que lorsque le demandeur montre par des arguments «plausibles» ou «raisonnables» que des dispositions de fond du traité contenant la clause compromissoire ont été violées, la Cour ne lui impose

additional burden on the applicant to establish that the dispute concerns the application of interpretation of the treaty. This plausibility test was described in the *Ambatielos* case of 1953 in the following terms:

“[I]f it is made to appear that the [party] is relying upon an arguable construction of the Treaty, that is to say, a construction which can be defended, whether or not it ultimately prevails, then there are reasonable grounds for concluding that its claim is based on the Treaty.” (*Ambatielos (Greece v. United Kingdom)*, *Merits, Judgment*, *I.C.J. Reports 1953*, p. 18.)

10. Indeed the suggestion is often made that the Court’s jurisprudence reveals a consistent willingness on the part of the Court to adjudicate on subject-matter that is merely *reasonably* or *tangibly* connected to the treaty containing the compromissory clause. For the purposes of this brief opinion it would suffice to refer to one recent case, the *Oil Platforms* case where the Court adjudicated on the whole of the law of force contained in the United Nations Charter and customary international law in the context of the interpretation or application of the compromissory clause (*Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, *Judgment*, *I.C.J. Reports 2003*; Art. X, para. 1, of the 1955 Treaty and the exception thereto, Art. XX, para. 1 (*d*) 1).

11. In the present case the subject-matter of the dispute is directly related to the substantive provisions of the treaty, i.e., the allegation of widespread violence directed against women.

12. I have indicated earlier (para. 7) that as a matter of diplomatic negotiations the requirement that reference be made to a particular treaty or provisions thereof is unrealistic and I would also, with reference to the Court’s jurisprudence, venture the opinion that it is not required, provided of course, a link exists between substantive provisions of the treaty in question and the dispute. It would be recalled that in the *Nicaragua* case a similar claim regarding the requirement of prior negotiations was made by the United States in the following terms:

“Since . . . Nicaragua has never even raised in negotiations with the United States the application or interpretation of the Treaty to any of the factual or legal allegations in its Application, Nicaragua has failed to satisfy the Treaty’s own terms for invoking the compromissory clause.” (*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *Jurisdiction and Admissibility, Judgment*, *I.C.J. Reports 1984*, pp. 427-428.)

The Court dismissed this objection and stated:

“In the view of the Court, it does not necessarily follow that, because a State has not expressly referred in negotiations with another State to a particular treaty as having been violated by conduct of that other State, it is debarred from invoking a compro-

pas de surcroît la charge d'établir que le différend a trait à l'application ou à l'interprétation du traité. Ce critère de plausibilité a été décrit dans l'affaire *Ambatielos* de 1953 en ces termes :

«[S]il apparaît que [la partie] avance une interprétation défendable du traité, c'est-à-dire une interprétation qui puisse se soutenir, qu'elle l'emporte finalement ou pas, il existe des motifs raisonnables pour conclure que sa réclamation est fondée sur le traité.» (*Ambatielos (Grèce c. Royaume-Uni)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1953, p. 18.)

10. D'ailleurs, l'avis est souvent émis que la jurisprudence de la Cour révèle une disposition constante, de sa part, à accepter de se prononcer sur une matière ayant simplement un lien *raisonnable* ou *tangible* avec le traité contenant la clause compromissoire. Il me suffira, pour les besoins de cette brève opinion, de citer l'affaire récente des *Plates-formes pétrolières*, dans laquelle la Cour s'est prononcée sur l'ensemble du droit relatif à l'emploi de la force découlant de la Charte des Nations Unies et du droit international coutumier dans le contexte de l'interprétation ou de l'application de la clause compromissoire (*Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2003 ; art. X, par. 1, du traité de 1955 et exception à cette disposition, art. XX, par. 1 d) 1).

11. Dans la présente affaire, l'objet du différend, à savoir les allégations de violences généralisées à l'encontre des femmes, a un rapport direct avec les dispositions de fond du traité.

12. J'ai indiqué plus haut (par. 7) qu'en matière de négociations diplomatiques exiger que celles-ci visent un traité particulier ou des dispositions particulières d'un traité n'est pas réaliste, et je dirais même, en me référant à la jurisprudence de la Cour, que cela n'est pas nécessaire, à condition bien entendu qu'il existe un lien entre les dispositions de fond du traité en cause et le différend. On se souviendra que dans l'affaire *Nicaragua* les Etats-Unis avaient argué d'une telle exigence à propos de la condition des négociations préalables, en déclarant :

«Puisque ... le Nicaragua n'a jamais seulement soulevé, dans ses entretiens avec les Etats-Unis, la question de l'application du traité aux allégations de fait ou de droit contenues dans sa requête, ni de l'interprétation dudit traité et à cet égard, il n'a pas satisfait aux conditions stipulées dans le traité même pour faire jouer la clause compromissoire.» (*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 1984, p. 427-428.)

La Cour a écarté cette objection, en déclarant :

«De l'avis de la Cour, parce qu'un Etat ne s'est pas expressément référé, dans des négociations avec un autre Etat, à un traité particulier qui aurait été violé par la conduite de celui-ci, il n'en découle pas nécessairement que le premier ne serait pas admis à invoquer la

missory clause in that treaty. The United States was well aware that Nicaragua alleged that its conduct was a breach of international obligations before the present case was instituted; and it is now aware that specific articles of the 1956 Treaty are alleged to have been violated.” (*I.C.J. Reports 1984*, pp. 427-428.)

13. In conclusion, whilst the requirement of prior negotiations is a prior condition that has to be met in determining the limits of consent to submit to the jurisdiction of the Court, the manner in which these negotiations take place is ultimately a matter of form and there are no general requirements that negotiations should be itemized. Nor that they should refer expressly to a particular treaty. The decisive factor will seem to be the relevance of the substantive provisions of the treaty in question to the subject-matter of the dispute. An attempt by the DRC to enter into negotiations bilaterally or multilaterally with Rwanda with regard to the alleged human rights violations against women should suffice to meet the requirement of prior diplomatic negotiations under Article 29 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women. The complaint referred by the DRC on 24 February 1999 to the African Commission on Human and Peoples’ Rights as well as its complaints to the Security Council in which it referred to human rights abuses would meet the requirement of attempting to enter into prior negotiations for the purposes of Article 29.

14. Having reached this conclusion, I should nevertheless recall that, in addition to the requirements of prior negotiations, Article 29 of the Convention on Discrimination against Women contains other conditions precedent, namely the undertaking of arbitral proceedings and the lapse of six months before referral to the Court. With respect to arbitration and notwithstanding the confusing language of paragraph 79 of the 2002 Order, which spoke of the DRC’s “attempts to enter into negotiations or undertake arbitration proceedings with Rwanda”, there is nothing that would enable me to conclude “that the DRC made a proposal to Rwanda that arbitration proceedings should be organized, and that the latter failed to respond thereto” (Judgment, para. 92). It is on this basis that I concurred with the judgment that the Court lacks jurisdiction.

(Signed) Awn AL-KHASAWNEH.

clause compromissaire dudit traité. Les Etats-Unis savaient avant l'introduction de la présente instance que le Nicaragua affirmait que leur comportement constituait une violation de leurs obligations internationales; ils savent maintenant qu'il leur est reproché d'avoir violé des articles précis du traité de 1956.» (*C.I.J. Recueil 1984*, p. 427-428.)

13. En conclusion, si, pour déterminer les limites du consentement à se soumettre à la juridiction de la Cour, il est nécessaire de s'assurer que la condition préalable des négociations préalables est satisfaite, la manière dont ces négociations se déroulent est, en dernière analyse, une question de forme et il n'existe pas d'exigence générale selon laquelle l'objet des négociations devrait être détaillé point par point. Il n'est pas non plus nécessaire qu'elles fassent expressément référence à un traité particulier. L'élément décisif semble être la pertinence des dispositions de fond du traité en cause au regard de l'objet du différend. Le fait que la RDC ait tenté d'engager des négociations au plan bilatéral ou multilatéral avec le Rwanda au sujet des violations des droits de l'homme à l'encontre des femmes qu'elle alléguait devrait suffire à satisfaire à la condition des négociations diplomatiques préalables énoncée à l'article 29 de la convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes. La plainte dont la RDC a saisi le 24 février 1999 la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples ainsi que les plaintes faisant état d'atteintes aux droits de l'homme qu'elle a adressées au Conseil de sécurité satisfont, aux fins de l'article 29, à l'exigence d'une tentative de négociations préalables.

14. Etant parvenu à cette conclusion, je rappellerai néanmoins qu'outre la condition de négociations préalables, l'article 29 de la convention sur la discrimination à l'égard des femmes pose d'autres conditions préalables, à savoir l'engagement d'une procédure d'arbitrage et le délai de six mois devant s'écouler avant que la Cour ne soit saisie. En ce qui concerne l'arbitrage, et nonobstant le langage ambigu du paragraphe 79 de l'ordonnance de 2002, où il était question des «tentatives [de la RDC] en vue d'entamer des négociations ou d'engager une procédure d'arbitrage avec le Rwanda», je n'ai trouvé aucun élément me permettant de conclure «que la RDC aurait proposé au Rwanda l'organisation d'une procédure d'arbitrage et que ce dernier Etat n'aurait pas donné suite à cette proposition» (arrêt, par. 92). C'est sur ce fondement que je me suis associé à la décision par laquelle la Cour s'est déclarée incompétente.

(Signé) Awn AL-KHASAWNEH.