

## SEPARATE OPINION OF JUDGE SIMMA

*The Court should have called the Ugandan invasion of a large part of the DRC's territory an act of aggression — The Court should not have avoided dealing with the issue of self-defence against large-scale cross-boundary armed attacks by non-State actors but rather it should have taken the opportunity to clarify a matter to the confused state of which it has itself contributed — Against the background of current attempts to deprive certain persons of the protection due to them under international humanitarian and human rights law, the Court should have found that the private persons maltreated at Kinshasa Airport in August 1998 did enjoy such protection, and that Uganda would have had standing to raise a claim in their regard irrespective of their nationality.*

1. Let me emphasize at the outset that I agree with everything the Court is saying in its Judgment. Rather, what I am concerned about are certain issues on which the Court decided to say nothing. The first two matters in this regard fall within the ambit of the use of force in the context of the claims of the Democratic Republic of the Congo; the third issue concerns the applicability of international humanitarian and human rights law to a certain part of Uganda's second counter-claim.

## 1. THE USE OF FORCE BY UGANDA AS AN ACT OF AGGRESSION

2. One deliberate omission characterizing the Judgment will strike any politically alert reader: it is the way in which the Court has avoided dealing with the explicit request of the DRC to find that Uganda, by its massive use of force against the Applicant has committed an act of aggression. In this regard I associate myself with the criticism expressed in the separate opinion of Judge Elaraby. After all, Uganda invaded a part of the territory of the DRC of the size of Germany and kept it under its own control, or that of the various Congolese warlords it befriended, for several years, helping itself to the immense natural riches of these tormented regions. In its Judgment the Court cannot but acknowledge of course that by engaging in these "military activities" Uganda "violated the principle of non-use of force in international relations and the principle of non-intervention" (Judgment, para. 345 (1)). The Judgment gets toughest in paragraph 165 of its reasoning where it states that "[t]he unlawful military intervention by Uganda was of such a magnitude and duration that the Court considers it to be a grave violation of the prohibition of the use of force expressed in Article 2, paragraph 4, of the Charter". So, why not

OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE SIMMA

[Traduction]

*La Cour aurait dû qualifier d'acte d'agression l'invasion par l'Ouganda d'une importante partie du territoire de la RDC — La Cour n'aurait pas dû s'abstenir d'examiner la question de la légitime défense contre des attaques armées transfrontalières d'envergure menées par des acteurs non étatiques, mais aurait dû saisir l'occasion pour clarifier un sujet qu'elle a elle-même contribué à rendre confus — En raison des tentatives actuelles visant à priver certaines personnes de la protection qui leur est due en vertu du droit international humanitaire et du droit international des droits de l'homme, la Cour aurait dû dire que les personnes privées victimes de mauvais traitements à l'aéroport de Kinshasa en août 1998 jouissaient d'une telle protection et que l'Ouganda aurait eu qualité pour introduire une demande les concernant, indépendamment de leur nationalité.*

1. Pour commencer, j'aimerais souligner que je souscris à l'ensemble de ce que la Cour a dit dans son arrêt. Je m'intéresserai donc surtout à certaines questions sur lesquelles la Cour a décidé de ne pas se prononcer. Les deux premières ont trait à l'emploi de la force dans le cadre des demandes de la République démocratique du Congo; la troisième porte sur l'applicabilité du droit international humanitaire et du droit international des droits de l'homme à une partie de la deuxième demande reconventionnelle de l'Ouganda.

1. L'EMPLOI DE LA FORCE PAR L'OUGANDA, UN ACTE D'AGRESSION

2. L'une des omissions délibérées qui caractérise le présent arrêt et ne manquera pas de frapper tout lecteur averti en matière de politique est la façon dont la Cour a évité de traiter la demande explicite de la RDC visant à ce qu'il soit déclaré que l'Ouganda, par son recours massif à la force contre le demandeur, avait commis un acte d'agression. Sur ce point, je m'associe à la critique formulée par le juge Elaraby dans son opinion individuelle. Après tout, l'Ouganda a envahi une portion du territoire de la RDC de la taille de l'Allemagne et l'a gardée sous son contrôle, ou celui des différents chefs militaires congolais qu'il soutenait, pendant plusieurs années, puisant dans les immenses richesses naturelles de ces régions tourmentées. Evidemment, la Cour ne pouvait, dans son arrêt, que reconnaître que, en se livrant à ces «actions militaires», l'Ouganda «a[vait] violé le principe du non-recours à la force dans les relations internationales et le principe de non-intervention» (arrêt, dispositif, par. 345, point 1)). L'arrêt est plus sévère au paragraphe 165 puisqu'il y est indiqué que «[l']intervention militaire illicite de l'Ouganda a été d'une ampleur et d'une durée telles que la Cour la considère

call a spade a spade? If there ever was a military activity before the Court that deserves to be qualified as an act of aggression, it is the Ugandan invasion of the DRC. Compared to its scale and impact, the military adventures the Court had to deal with in earlier cases, as in *Corfu Channel*, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* or *Oil Platforms*, border on the insignificant.

3. It is true that the United Nations Security Council, despite adopting a whole series of resolutions on the situation in the Great Lakes region (cf. paragraph 150 of the Judgment) has never gone as far as expressly qualifying the Ugandan invasion as an act of aggression, even though it must appear as a textbook example of the first one of the definitions of “this most serious and dangerous form of the illegal use of force” laid down in General Assembly resolution 3314 (XXIX). The Council will have had its own — political — reasons for refraining from such a determination. But the Court, as the principal *judicial* organ of the United Nations, does not have to follow that course. Its very *raison d’être* is to arrive at decisions based on law and nothing but the law, keeping the political context of the cases before it in mind, of course, but not desisting from stating what is manifest out of regard for such non-legal considerations. This is the division of labour between the Court and the political organs of the United Nations envisaged by the Charter!

## 2. SELF-DEFENCE AGAINST LARGE-SCALE ARMED ATTACKS BY NON-STATE ACTORS

4. I am in agreement with the Court’s finding in paragraph 146 of the Judgment that the “armed attacks” to which Uganda referred when claiming to have acted in self-defence against the DRC were perpetrated not by the Congolese armed forces but rather by the Allied Democratic Forces (ADF), that is, from a rebel group operating against Uganda from Congolese territory. The Court stated that Uganda could provide no satisfactory proof that would have sustained its allegation that these attacks emanated from armed bands or regulars sent by or on behalf of the DRC. Thus these attacks are not attributable to the DRC.

5. The Court, however, then finds, that for these reasons the legal and factual circumstances for the exercise of a right to self-defence by Uganda against the DRC were not present (Judgment, para. 147). Accordingly, the Court continues, it has no need to respond to the contentions of the Parties as to whether and under what conditions contemporary interna-

comme une violation grave de l'interdiction de l'emploi de la force énoncée au paragraphe 4 de l'article 2 de la Charte des Nations Unies». Dès lors, pourquoi ne pas appeler un chat un chat? De toutes les activités militaires dont la Cour a eu à connaître, si une seule devait être qualifiée d'acte d'agression, ce serait l'invasion de la RDC par l'Ouganda. En comparaison avec l'ampleur et les conséquences de cette dernière, les péripéties militaires que la Cour a eues à examiner à ce jour dans d'autres affaires, telles que celles du *Détroit de Corfou*, des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* ou des *Plates-formes pétrolières*, confinent à l'anecdotique.

3. Il est vrai que le Conseil de sécurité des Nations Unies, bien qu'ayant adopté une série de résolutions sur la situation dans la région des Grands Lacs (voir arrêt, par. 150), n'est jamais allé jusqu'à qualifier expressément l'invasion ougandaise d'acte d'agression, alors même que celle-ci doit être considérée comme un cas d'école de la première des définitions de cette «forme la plus grave et la plus dangereuse de l'emploi illicite de la force» énoncée par l'Assemblée générale dans sa résolution 3314 (XXIX). Le Conseil de sécurité aura eu ses raisons — politiques — de s'abstenir de procéder à une telle qualification. Mais la Cour, en sa qualité d'organe *judiciaire* principal de l'Organisation des Nations Unies, n'est pas tenue d'en faire de même. Sa raison d'être est de formuler des décisions fondées en droit et uniquement en droit, sans perdre de vue le contexte politique, certes, mais en ne s'abstenant pas de constater des faits manifestes pour des raisons tenant à ces considérations extrajuridiques. Telle est la répartition des rôles, prévue par la Charte, entre la Cour et les organes politiques de l'Organisation des Nations Unies.

## 2. LÉGITIME DÉFENSE EN RÉPONSE À DES ATTAQUES ARMÉES D'ENVERGURE MENÉES PAR DES ACTEURS NON ÉTATIQUES

4. Je souscris à la conclusion formulée par la Cour au paragraphe 146 de l'arrêt selon laquelle les attaques armées que l'Ouganda invoque au soutien de son allégation selon laquelle il aurait agi en état de légitime défense contre la RDC n'étaient pas le fait des forces armées congolaises, mais celui des Forces démocratiques alliées (FDA), c'est-à-dire d'un groupe rebelle agissant contre l'Ouganda depuis le territoire congolais. La Cour a indiqué que l'Ouganda n'avait fourni aucun élément de preuve satisfaisant au soutien de son allégation selon laquelle ces attaques auraient été le fait de bandes armées ou de forces régulières envoyées par la RDC ou agissant en son nom. En conséquence, ces attaques ne sont pas attribuables à la RDC.

5. Toutefois, la Cour a ensuite estimé que, pour ces raisons, les conditions de droit et de fait justifiant l'exercice d'un droit de légitime défense par l'Ouganda à l'encontre de la RDC n'étaient pas réunies (arrêt, par. 147). Aussi a-t-elle poursuivi en indiquant qu'elle n'avait pas à se prononcer sur les thèses des Parties relatives à la question de savoir si,

tional law provides for a right of self-defence against large-scale attacks by irregular forces (Judgment, para. 147).

6. Thus, the reasoning on which the Judgment relies in its findings on the first submission by the DRC appears to be as follows:

- since the submission of the DRC requests the Court (only) to find that it was Uganda’s use of force against the DRC which constituted an act of aggression, and
- since the Court does not consider that the military activities carried out from Congolese territory onto the territory of the Respondent by anti-Ugandan rebel forces are attributable to the DRC,
- and since therefore Uganda’s claim that its use of force against the DRC was justified as an exercise of self-defence, cannot be upheld,

it suffices for the Court to find Uganda in breach of the prohibition of the use of force enshrined in the United Nations Charter and in general international law. The Applicant, the Court appears to say, has not asked for anything beyond that. Therefore, it is not necessary for the Court to deal with the legal qualification of either the cross-boundary military activities of the anti-Ugandan groups as such, or of the Ugandan countermeasures against these hostile acts.

7. What thus remains unanswered by the Court is the question whether, even if not attributable to the DRC, such activities could have been repelled by Uganda through engaging these groups also on Congolese territory, if necessary, provided that the rebel attacks were of a scale sufficient to reach the threshold of an “armed attack” within the meaning of Article 51 of the United Nations Charter.

8. Like Judge Kooijmans in paragraphs 25 ff. of his separate opinion, I submit that the Court should have taken the opportunity presented by the present case to clarify the state of the law on a highly controversial matter which is marked by great controversy and confusion — not the least because it was the Court itself that has substantially contributed to this confusion by its *Nicaragua* Judgment of two decades ago. With Judge Kooijmans, I regret that the Court “thus has missed a chance to fine-tune the position it took 20 years ago in spite of the explicit invitation by one of the Parties to do so” (separate opinion of Judge Kooijmans, para. 25).

9. From the *Nicaragua* case onwards the Court has made several pronouncements on questions of use of force and self-defence which are problematic less for the things they say than for the questions they leave open, prominently among them the issue of self-defence against armed attacks by non-State actors.

10. The most recent — and most pertinent — statement in this context is to be found in the (extremely succinct) discussion by the Court in its *Wall* Opinion of the Israeli argument that the separation barrier under

et à quelles conditions, le droit international contemporain prévoyait un droit de légitime défense pour riposter à des attaques d'envergure menées par des forces irrégulières (arrêt, par. 147).

6. Dès lors, le raisonnement sur lequel se fondent les conclusions de l'arrêt relatives à la première demande de la RDC est le suivant :

- la RDC ayant, dans sa demande, (seulement) prié la Cour de dire que c'était l'emploi de la force par l'Ouganda qui constituait l'acte d'agression,
- la Cour n'estimant pas que les activités militaires menées depuis le territoire congolais sur le territoire du demandeur par les forces rebelles antiougandaises soient attribuables à la RDC,
- la thèse de l'Ouganda selon laquelle son emploi de la force contre la RDC était justifié au titre de la légitime défense ne pouvant, en conséquence, être retenue,

la Cour peut se contenter de dire que l'Ouganda a violé l'interdiction de l'emploi de la force consacrée par la Charte des Nations Unies et le droit international général. La Cour semble dire que la RDC n'a rien demandé de plus, et qu'il n'y avait dès lors pas lieu pour elle de s'interroger sur la qualification juridique des activités militaires transfrontalières des groupes antiougandais en tant que tels ou des contre-mesures décidées par l'Ouganda en réponse à ces actes hostiles.

7. Ainsi, la Cour n'a pas apporté de réponse à la question de savoir si, à supposer, donc, que de telles actions ne soient pas attribuables à la RDC, l'Ouganda pouvait, si nécessaire, repousser celles-ci en intervenant contre ces groupes sur le territoire congolais, à condition que les attaques rebelles soient d'une ampleur suffisante pour être qualifiées d'«agression[s] armée[s]» au sens de l'article 51 de la Charte des Nations Unies.

8. A l'instar du juge Kooijmans, aux paragraphes 25 et suivants de son opinion individuelle, je pense que la Cour aurait dû saisir l'occasion qui lui était offerte en la présente affaire d'éclaircir l'état du droit sur une question hautement controversée et confuse — la Cour ayant elle-même largement contribué à ce caractère confus par son arrêt rendu il y a vingt ans en l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires*. Tout comme le juge Kooijmans, je déplore que la Cour «a[it] ainsi laissé passer, malgré l'invitation explicite faite en ce sens par l'une des Parties, une occasion de préciser sa position adoptée vingt ans plus tôt» (opinion individuelle du juge Kooijmans, par. 25).

9. Depuis l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires*, la Cour a rendu plusieurs décisions sur des questions relatives à l'emploi de la force et à la légitime défense, décisions à l'origine de certaines difficultés, moins par ce qu'elles établissent que par les questions qu'elles laissent en suspens, au premier rang desquelles celle de la légitime défense en réponse à des attaques armées menées par des acteurs non étatiques.

10. A cet égard, la déclaration la plus récente — et la plus pertinente — figure dans l'examen (extrêmement bref) fait par la Cour, dans son avis sur le *Mur*, de l'argument d'Israël selon lequel l'édification de la bar-

construction was a measure wholly consistent with the right of States to self-defence enshrined in Article 51 of the Charter (*Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004*, p. 194, para. 138). To this argument the Court replied that Article 51 recognizes the existence of an inherent right of self-defence in the case of an armed attack by one State against another. Since Israel did not claim that the attacks against it were imputable to a foreign State, however, Article 51 of the Charter had no relevance in the case of the wall (*ibid.*, para. 139).

11. Such a restrictive reading of Article 51 might well have reflected the state, or rather the prevailing interpretation, of the international law on self-defence for a long time. However, in the light of more recent developments not only in State practice but also with regard to accompanying *opinio juris*, it ought urgently to be reconsidered, also by the Court. As is well known, these developments were triggered by the terrorist attacks of September 11, in the wake of which claims that Article 51 also covers defensive measures against terrorist groups have been received far more favourably by the international community than other extensive re-readings of the relevant Charter provisions, particularly the “Bush doctrine” justifying the pre-emptive use of force<sup>1</sup>. Security Council resolutions 1368 (2001) and 1373 (2001) cannot but be read as affirmations of the view that large-scale attacks by non-State actors can qualify as “armed attacks” within the meaning of Article 51.

12. In his separate opinion, Judge Kooijmans points to the fact that the almost complete absence of governmental authority in the whole or part of the territory of certain States has unfortunately become a phenomenon as familiar as international terrorism (separate opinion of Judge Kooijmans, para. 30). I fully agree with his conclusions that, if armed attacks are carried out by irregular forces from such territory against a neighbouring State, these activities are still armed attacks even if they cannot be attributed to the territorial State, and, further, that it “would be unreasonable to deny the attacked State the right to self-defence merely because there is no attacker State and the Charter does not so require” (*ibid.*)<sup>2</sup>.

13. I also subscribe to Judge Kooijmans’s opinion that the lawfulness

---

<sup>1</sup> Th. Bruha and Ch. Tams, “Self-Defence against Terrorist Attacks. Considerations in the Light of the ICJ’s ‘Israeli Wall’ Opinion”, in K. Dicke *et al* (eds.), *Weltinnenrecht. Liber Amicorum Jost Delbrück*, 2005, pp. 84-112, at p. 97.

<sup>2</sup> Referring to Y. Dinstein, *War, Aggression, and Self-Defence*, 3rd ed., 2001, p. 216.

rière de séparation était une mesure tout à fait conforme au droit de légitime défense des Etats consacré par l'article 51 de la Charte (*Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif, C.I.J. Recueil 2004*, p. 194, par. 138). La Cour a répondu en précisant que l'article 51 de la Charte reconnaissait l'existence d'un droit naturel de légitime défense en cas d'agression armée par un Etat contre un autre Etat et que, Israël ne prétendant pas que les violences dont il était victime étaient imputables à un Etat étranger, l'article 51 de la Charte était dépourvu de pertinence dans le cas du mur (*ibid.*, par. 139).

11. Une conception aussi restrictive de l'article 51 pourrait fort bien être considérée comme l'expression de l'état dans lequel se trouverait, depuis un certain temps déjà, le droit international de la légitime défense, ou plus exactement de l'interprétation dominante de celui-ci. Toutefois, à la lumière de certaines évolutions plus récentes, non seulement dans la pratique des Etats, mais aussi dans l'*opinio juris* qui l'accompagne, il apparaît urgent, y compris pour la Cour, de revenir sur cette interprétation. Telle est, en effet, l'évolution que nous connaissons tous, conséquence des événements du 11 septembre, au lendemain desquels la thèse selon laquelle l'article 51 concernerait également les mesures défensives prises à l'encontre de groupes terroristes a été accueillie bien plus favorablement par la communauté internationale que d'autres ré-interprétations importantes des dispositions pertinentes de la Charte, notamment la « doctrine Bush », qui tend à justifier le recours préventif à la force<sup>1</sup>. Il semble difficile d'éviter d'interpréter les résolutions 1368 (2001) et 1373 (2001) du Conseil de Sécurité autrement que comme autorisant à qualifier des attaques menées à grande échelle par des acteurs non étatiques comme une « agression armée » au sens de l'article 51 de la Charte.

12. Dans son opinion individuelle, le juge Kooijmans souligne que l'absence presque totale d'autorité gouvernementale sur tout ou partie du territoire d'un Etat est malheureusement devenue aussi courante que le terrorisme international (opinion individuelle du juge Kooijmans, par. 30). Je souscris sans réserve à ses conclusions selon lesquelles, si des attaques armées sont menées par des forces irrégulières à partir d'un tel territoire à l'encontre d'un Etat voisin, elles restent des attaques armées, même si elles ne peuvent être attribuées à l'Etat à partir du territoire duquel elles sont menées et qu'il « ne serait pas raisonnable de nier à l'Etat agressé le droit de la légitime défense, simplement parce qu'il n'y a pas d'Etat agresseur, ce que la Charte n'exige pas »<sup>2</sup> (*ibid.*).

13. Je partage également l'opinion du juge Kooijmans selon laquelle la

<sup>1</sup> Th. Bruha et Ch. Tams, « Self-Defence against Terrorist Attacks. Considerations in the Light of the ICJ's « Israeli Wall » Opinion », dans K. Dicke *et al.* (dir. publ.), *Weltinnenrecht. Liber Amicorum Jost Delbrück*, 2005, p. 84-112, p. 97.

<sup>2</sup> En référence à Y. Dinstein, *War, Aggression, and Self-Defence*, 3<sup>e</sup> éd., 2001, p. 216.



of the conduct of the attacked State in the face of such an armed attack by a non-State group must be put to the same test as that applied in the case of a claim of self-defence against a State, namely, does the scale of the armed action by the irregulars amount to an armed attack and, if so, is the defensive action by the attacked State in conformity with the requirements of necessity and proportionality? (Separate opinion of Judge Kooijmans, para. 31.)

14. In applying this test to the military activities of Uganda on Congolese territory from August 1998 onwards, Judge Kooijmans concludes — and I agree — that, while the activities that Uganda conducted in August in an area contiguous to the border may still be regarded as keeping within these limits, the stepping up of Ugandan military operations starting with the occupation of the Kisangani airport and continuing thereafter, leading the Ugandan forces far into the interior of the DRC, assumed a magnitude and duration that could not possibly be justified any longer by reliance on any right of self-defence. Thus, at this point, our view meets with, and shares, the Court's final conclusion that Uganda's military intervention constitutes "a grave violation of the prohibition on the use of force expressed in Article 2, paragraph 4, of the Charter" (Judgment, para. 165).

15. What I wanted to demonstrate with the preceding reasoning is that the Court could well have afforded to approach the question of the use of armed force on a large scale by non-State actors in a realistic vein, instead of avoiding it altogether by a sleight of hand, and still arrive at the same convincing result. By the unnecessarily cautious way in which it handles this matter, as well as by dodging the issue of "aggression", the Court creates the impression that it somehow feels uncomfortable being confronted with certain questions of utmost importance in contemporary international relations.

### 3. THE MALTREATMENT OF PERSONS AT NDJILI INTERNATIONAL AIRPORT AND INTERNATIONAL HUMANITARIAN AND HUMAN RIGHTS LAW

16. My third observation relates to the maltreatment inflicted on certain persons by Congolese soldiers at Ndjili International Airport in Kinshasa in August 1998.

In its second counter-claim, Uganda alleged, *inter alia*, that by maltreating certain individuals other than Ugandan diplomats when they attempted to leave the country following the outbreak of the armed conflict, the DRC violated its obligations under the "international minimal standard relating to the treatment of foreign nationals lawfully on State territory", as well as "universally recognized standards of human rights concerning the security of the human person" (Counter-Memorial of Uganda (CMU), paras. 405-407). The Court concluded in paragraph 333 of its Judgment that in presenting this part of the counter-claim Uganda

question de la licéité de la conduite d'un Etat faisant l'objet d'une telle agression armée menée par un groupe non étatique doit être soumise au même examen qu'une prétention de légitime défense formulée à l'encontre d'un Etat : l'action armée de forces irrégulières constitue-t-elle, par son ampleur, une agression armée, et, si oui, la réaction de l'Etat agressé satisfait-elle aux exigences de nécessité et de proportionnalité (opinion individuelle du juge Kooijmans, par. 31)?

14. Analysant les activités militaires de l'Ouganda sur le territoire congolais à compter du mois d'août 1998 à l'aune de ces critères, le juge Kooijmans parvient à la conclusion — à laquelle je souscris — que, alors que les activités menées par l'Ouganda en août dans une zone frontalière peuvent encore être considérées comme respectant ces limites, l'escalade des opérations militaires qui a débuté avec l'occupation de l'aéroport de Kisangani pour ensuite mener les forces ougandaises loin dans l'intérieur de la RDC était d'une ampleur et d'une durée ne pouvant plus être justifiées par l'exercice d'un droit de légitime défense. Ainsi adhérons-nous tous deux, à ce stade, à la conclusion finale de la Cour selon laquelle l'intervention militaire de l'Ouganda constitue «une violation grave de l'interdiction de l'emploi de la force énoncée au paragraphe 4 de l'article 2 de la Charte des Nations Unies» (arrêt, par. 165).

15. Par ce raisonnement, je souhaitais montrer que la Cour aurait très bien pu s'autoriser à aborder la question de l'emploi de la force armée à grande échelle par des acteurs non étatiques sous un angle réaliste, plutôt que de la balayer d'un revers de la main, et parvenir néanmoins au même résultat convaincant. En raison des précautions inutiles dont elle s'est entourée pour traiter cet aspect, ainsi qu'en éludant celui de l'«agression», la Cour donne l'impression d'être mise dans l'embarras par certaines questions qui sont pourtant de la plus haute importance dans les relations internationales contemporaines.

### 3. MAUVAIS TRAITEMENTS INFLIGÉS À CERTAINES PERSONNES À L'AÉROPORT INTERNATIONAL DE NDJILI, DROIT HUMANITAIRE INTERNATIONAL ET DROIT INTERNATIONAL DES DROITS DE L'HOMME

16. Ma troisième observation a trait aux mauvais traitements infligés à certaines personnes par des soldats congolais à Ndjili, l'aéroport international de Kinshasa, en août 1998.

Dans sa deuxième demande reconventionnelle, l'Ouganda soutient notamment que, en infligeant des mauvais traitements à certaines personnes autres que des diplomates ougandais alors qu'elles tentaient de quitter le pays à la suite du déclenchement d'un conflit armé, la RDC a violé les obligations qui lui incombent en vertu «de la norme internationale minimale de traitement que tout Etat doit observer à l'égard de ressortissants étrangers présents en toute légalité sur son territoire» ainsi que des «principes universellement reconnus des droits de l'homme en matière de sécurité de la personne humaine» (contre-mémoire de l'Ouganda,

was attempting to exercise its right to diplomatic protection with regard to its nationals. It followed that Uganda would need to meet the conditions necessary for the exercise of diplomatic protection as recognized in general international law, that is, the requirement of Ugandan nationality of the individuals concerned and the prior exhaustion of local remedies. The Court observed that no specific documentation could be found in the case file identifying the persons as Ugandan nationals. The Court thus decided that, this condition not being met, the part of Uganda's counter-claim under consideration here was inadmissible. It thus upheld the objection of the DRC to this effect (Judgment, para. 345 (11)).

17. My vote in favour of this part of the Judgment only extends to the inadmissibility of Uganda's claim to diplomatic protection, since I agree with the Court's finding that the preconditions for a claim of diplomatic protection by Uganda were not met. I am of the view, however, that the Court's reasoning should not have finished at this point. Rather, the Court should have recognized that the victims of the attacks at the Ndjili International Airport remained legally protected against such maltreatment irrespective of their nationality, by other branches of international law, namely international human rights and, particularly, international humanitarian law. In its Judgment the Court has made a laudable effort to apply the rules developed in these fields to the situation of persons of varying nationality and status finding themselves in the war zones, in as comprehensive a manner as possible. The only group of people that remains unprotected by the legal shield thus devised by the Court are the 17 unfortunate individuals encountering the fury of the Congolese soldiers at the airport in Kinshasa.

18. I have to admit that the way in which Uganda presented and argued the part of its second counter-claim devoted to this group struck me as somewhat careless, both with regard to the evidence that Uganda mustered and to the quality of its legal reasoning. Such superficiality might stem from the attempts of more or less desperate counsel to find issues out of which they think they could construe what to them might look like a professionally acceptable counter-claim<sup>3</sup>, instead of genuine concern for the fate of the persons concerned.

---

<sup>3</sup> This is not the first case giving me this impression; cf. my separate opinion in the case concerning *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Judgment, *I.C.J. Reports 2003*, pp. 342-343, para. 36.

par. 405-407). Au paragraphe 333 de son arrêt, la Cour a conclu que, en présentant cette partie de sa demande reconventionnelle, l'Ouganda avait cherché à exercer son droit de protection diplomatique à l'égard de ses ressortissants. Il s'ensuivait que l'Ouganda devait satisfaire aux conditions requises pour l'exercice de la protection diplomatique, telles qu'établies en droit international général, à savoir que les demandeurs devaient être de nationalité ougandaise et que les voies de recours internes devaient préalablement avoir été épuisées. La Cour a relevé qu'aucun document particulier permettant d'identifier les personnes concernées comme des ressortissants ougandais ne figurait au dossier de l'affaire. Elle en a dès lors conclu que, cette condition n'étant pas remplie, le volet en question de la demande reconventionnelle de l'Ouganda était irrecevable. Elle a donc fait droit à l'exception soulevée à cet égard par la RDC (arrêt, dispositif, par. 345, point 11)).

17. Mon vote en faveur de cette partie de l'arrêt ne vaut que pour l'irrecevabilité de l'action en protection diplomatique formée par l'Ouganda, étant donné que je souscris à la conclusion de la Cour selon laquelle l'Ouganda n'a pas satisfait aux conditions préalables à l'exercice du droit de protection diplomatique. J'estime toutefois que son raisonnement n'aurait pas dû s'arrêter là. Il eût été préférable qu'elle reconnût que les victimes des attaques perpétrées à l'aéroport international de Ndjili continuaient, indépendamment de leur nationalité, à bénéficier d'une protection juridique contre de tels actes de mauvais traitement en vertu d'autres branches du droit international, à savoir le droit international des droits de l'homme et, plus particulièrement, le droit international humanitaire. Dans son arrêt, la Cour a fait un effort louable pour appliquer, de manière aussi large que possible, les règles établies dans ces domaines à la situation des personnes de nationalités et statuts différents se trouvant dans des zones de conflit. Les seules à n'avoir pas bénéficié du bouclier juridique ainsi conçu par la Cour sont les dix-sept malheureuses personnes qui se sont heurtées à la violence des soldats congolais à l'aéroport de Kinshasa.

18. Je dois reconnaître que j'ai été frappé par le caractère quelque peu superficiel de la présentation et de la motivation par l'Ouganda du volet de sa deuxième demande reconventionnelle consacré à ces personnes, tant sur le plan des éléments de preuve rassemblés par lui que sur celui de la qualité de son raisonnement juridique. Ce caractère superficiel est probablement dû au fait que des conseils plus ou moins désespérés ont cherché des éléments à partir desquels ils pourraient construire quelque chose ressemblant, selon eux, à une demande reconventionnelle techniquement acceptable<sup>3</sup>, plutôt que de faire preuve d'un intérêt véritable pour le sort des intéressés.

---

<sup>3</sup> La présente affaire n'est pas la première à me donner cette impression; voir mon opinion individuelle dans l'affaire des *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2003*, p. 342-343, par. 36.

19. Be this as it may, I will take the opportunity of Uganda's claim concerning the events at the airport further to develop the thesis presented at the outset, namely that it would have been possible for the Court in its Judgment to embrace the situation in which these individuals found themselves, on the basis of international humanitarian and human rights law, and that no legal void existed in their regard. The reader might ask himself why I should give so much attention to an incident which happened more than seven years ago, whose gravity must certainly pale beside the unspeakable atrocities committed in the war in the Congo. I will be very clear: I consider that legal arguments clarifying that in situations like the one before us no gaps exist in the law that would deprive the affected persons of any legal protection, have, unfortunately, never been as important as at present, in the face of certain recent deplorable developments.

20. Let me, first, turn to the relevance of international humanitarian law to the incident at Ndjili International Airport.

To begin with, the fact that the airport was not a site of major hostilities in the armed conflict between the DRC and Uganda does not present a barrier to the application of international humanitarian law to the events which happened there. There are two reasons for this.

21. First, the key issue in finding whether international humanitarian law should apply also in peaceful areas of the territory of a belligerent State is whether those areas are somehow connected to the conflict. This was indeed the case with Ndjili International Airport because the individuals maltreated there found themselves in a situation of evacuation from armed conflict. The Note of Protest sent by the Embassy of Uganda to the Ministry of Foreign Affairs of the DRC on 21 August 1998 — which the Court considers reliable evidence in paragraph 339 of its Judgment — states that individuals and Ugandan diplomats were at Ndjili International Airport in the context of an evacuation (CMU, Ann. 23). This evacuation was necessary due to the armed conflict taking place in the DRC. Therefore, the events at the airport were factually connected to the armed conflict. The airport was not a random peaceful location completely unconnected to that conflict. Quite the contrary, it was the point of departure for an evacuation rendered necessary precisely by the armed conflict. During that evacuation, the airport became the scene of violence by Congolese forces against the evacuees.

22. Article 80 (1) of the Rules of Court states that: "A counter-claim may be presented provided that it is *directly connected* with the subject-matter of the claim of the other party and that it comes within the jurisdiction of the Court." (Emphasis added.) In its Order of 29 November 2001, the Court found the second counter-claim admissible under the

19. Quoi qu'il en soit, je saisisrai l'occasion de la demande de l'Ouganda concernant les événements qui se sont déroulés à l'aéroport pour développer plus avant la thèse, à savoir que, dans son arrêt, la Cour aurait pu, sur le fondement du droit international humanitaire et du droit international des droits de l'homme, examiner la situation dans laquelle se trouvaient ces personnes, et qu'aucun vide juridique n'existait les concernant. Le lecteur peut se demander pourquoi j'accorde une telle importance à un incident qui s'est produit il y a plus de sept ans et dont la gravité est incontestablement atténuée par les innombrables atrocités commises au cours de la guerre au Congo. Pour être tout à fait clair, je considère que, au vu de certaines évolutions récentes déplorables, les arguments juridiques selon lesquels il n'existerait, dans des situations semblables à celle dont nous avons eu à connaître, aucune lacune du droit susceptible de priver les personnes concernées de toute protection juridique, n'ont jamais eu autant d'importance qu'aujourd'hui.

20. J'examinerai tout d'abord la pertinence du droit international humanitaire à l'égard de l'incident qui s'est produit à l'aéroport international de Ndjili.

Pour commencer, le fait que l'aéroport n'ait pas été le théâtre d'affrontements majeurs dans le cadre du conflit armé entre la RDC et l'Ouganda ne fait pas obstacle à l'application du droit international humanitaire aux événements qui s'y sont produits, et ce, pour deux raisons.

21. En premier lieu, pour établir si le droit international humanitaire doit également s'appliquer dans des zones du territoire d'un Etat belligérant épargnées par les combats, la principale question est de savoir si ces zones sont, d'une manière ou d'une autre, en rapport avec le conflit. Tel était bien entendu le cas de l'aéroport international de Ndjili, puisque les personnes y ayant subi des mauvais traitements attendaient d'être évacuées pour échapper au conflit armé. La note de protestation adressée par l'ambassade de l'Ouganda au ministère des affaires étrangères de la RDC le 21 août 1998 — que la Cour qualifie de preuve fiable au paragraphe 339 de son arrêt — indique que des ressortissants ougandais, parmi lesquels des diplomates, se trouvaient à l'aéroport international de Ndjili pour être évacués (contre-mémoire de l'Ouganda, annexe 23). Cette évacuation était nécessaire en raison du conflit armé qui se déroulait en RDC. Dès lors, un rapport existait bien, dans les faits, entre les événements survenus à l'aéroport et le conflit armé. Il ne s'agissait pas d'un lieu quelconque paisible, sans rapport avec le conflit, mais, bien au contraire, du point de départ d'une évacuation précisément rendue nécessaire par le conflit. Au cours de cette opération, l'aéroport est devenu le théâtre de violences exercées par les forces congolaises contre les personnes évacuées.

22. Le paragraphe 1 de l'article 80 du Règlement de la Cour dispose que: «La Cour ne peut connaître d'une demande reconventionnelle que si celle-ci relève de sa compétence et est en *connexité directe* avec l'objet de la demande de la partie adverse.» (Les italiques sont de moi.) Dans son ordonnance du 29 novembre 2001, la Cour a jugé la deuxième

Article 80 “direct connection” test, stating that “each Party holds the other responsible for various acts of oppression allegedly *accompanying an illegal use of force*; . . . these are facts of the same nature, and . . . the Parties’ claims form part of the same factual complex” (para. 40; emphasis added). Therefore the Court had already determined, in its Order under Article 80, that the events at the airport formed part of the “same factual complex” as the armed conflict which constitutes the basis of the main claim. Hence, international humanitarian law should apply to the counter-claim as it does to the main claim.

23. Second, the application of international humanitarian law to the events at the airport would be consistent with the understanding of the scope of international humanitarian law developed by the ICTY Appeals Chamber. In *Prosecutor v. Tadić*, the Appeals Chamber stated:

“Armed conflict exists whenever there is a resort to armed force between States or protracted armed violence between . . . such groups within a State. International humanitarian law applies from the initiation of such armed conflicts and extends beyond the cessation of hostilities until a general conclusion of peace is reached; or, in the case of internal armed conflicts, a peaceful settlement is achieved. Until that moment, international humanitarian law *continues to apply in the whole territory of the warring States* or, in the case of internal conflicts, the whole territory under the control of a party, whether or not actual combat takes place there.” (No. IT-94-1, Decision of the Appeals Chamber on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction, para. 70 (2 October 1995); emphasis added.)

The Appeals Chamber also noted that “the temporal and geographical scope of both internal and international armed conflicts extends beyond the exact time and place of hostilities” (*ibid.*, para. 67). Later in the same case, a Trial Chamber analysed the phrase “when committed in armed conflict”, which qualifies the unlawful acts set out in Article 5 of the Statute of the ICTY, and concluded that “it is not necessary that the acts occur in the heat of battle” (*Prosecutor v. Duško Tadić*, No. IT-94-1-T, Trial Chamber, Opinion and Judgment, para. 632 (7 May 1997)). Similarly, a Trial Chamber of the ICTY has stated that “there does not have to be actual combat activities in a particular location for the norms of international humanitarian law to be applicable” (*Prosecutor v. Delalić, Mucić, Delić, & Landžo*, No. IT-96-21-T, Trial Chamber Judgment, para. 185 (16 November 1998)).

24. I turn, next, to the substantive rules of international humanitarian

demande reconventionnelle recevable eu égard au critère de la «connexité directe» de l'article 80, précisant que «chacune des Parties accuse l'autre d'être responsable de diverses exactions qui auraient *accompagné un emploi illicite de la force*; ... qu'il s'agit là de faits de même nature et que les demandes des Parties s'inscrivent dans le cadre du même ensemble factuel complexe» (par. 40; les italiques sont de moi). Ainsi, la Cour avait d'ores et déjà établi, dans son ordonnance rendue en application de l'article 80, que les événements de l'aéroport entraient dans le cadre du «même ensemble factuel complexe» que le conflit armé, fondement de la demande principale. Le droit international humanitaire devrait dès lors être applicable à la demande reconventionnelle tout comme il l'est à la demande principale.

23. En deuxième lieu, l'application du droit international humanitaire aux événements qui se sont déroulés à l'aéroport serait conforme à la définition donnée par la chambre d'appel du TPIY de la portée du droit international humanitaire. Dans l'affaire *Le procureur c. Tadić*, la chambre d'appel a indiqué :

«Sur la base de ce qui précède, nous estimons qu'un conflit armé existe chaque fois qu'il y a recours à la force armée entre Etats ou un conflit armé prolongé entre ... de tels groupes au sein d'un Etat. Le droit international humanitaire s'applique dès l'ouverture de ces conflits armés et s'étend au-delà de la cessation des hostilités jusqu'à la conclusion générale de la paix; ou, dans le cas de conflits internes, jusqu'à ce qu'un règlement pacifique soit atteint. Jusqu'alors, le droit international humanitaire *continue de s'appliquer sur l'ensemble du territoire des Etats belligérants* ou, dans le cas de conflits internes, sur l'ensemble du territoire sous le contrôle d'une partie, que des combats effectifs s'y déroulent ou non.» (Affaire n° IT-94-1, arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, 2 octobre 1995, par. 70; les italiques sont de moi.)

La Chambre d'appel a également indiqué que «le champ temporel et géographique des conflits armés internationaux et internes s'étend au-delà de la date et du lieu exacts des hostilités» (*ibid.*, par. 67). Par la suite, en cette même affaire, une chambre de première instance a analysé l'expression «commis dans le cadre d'un conflit armé», qui qualifie les actes illicites visés par l'article 5 du Statut du TPIY, et a conclu qu'il «n'[était] pas nécessaire que les actes aient eu lieu au cœur de la bataille» (*Le procureur c. Duško Tadić*, affaire n° IT-94-1-T, chambre de première instance, jugement, 7 mai 1997, par. 632). De la même manière, une chambre de première instance du TPIY a déclaré qu'«il n'[était] pas nécessaire que des combats se déroulent effectivement en un lieu particulier pour que les normes du droit international humanitaire soient applicables» (*Le procureur c. Delalić, Mucić, Delić, et Landzo*, affaire n° IT-96-21-T, chambre de première instance, jugement, 16 novembre 1998, par. 185).

24. J'en viens maintenant aux règles de fond du droit international



law applicable to the persons in question. The provision which first comes to mind is Article 4 of the Fourth Geneva Convention of 1949. According to Article 4, persons who “at a given moment and in any manner whatsoever, find themselves, in case of a conflict or occupation, in the hands of a Party to the conflict or Occupying Power of which they are not nationals” are considered “protected persons” under the Convention. If the individuals maltreated by the DRC at Ndjili International Airport were considered protected persons under Article 4 of the Fourth Geneva Convention, the behaviour of the Congolese soldiers would have violated several provisions of that Convention, including Article 27 (requiring that protected persons “shall at all times be humanely treated, and shall be protected especially against all acts of violence or threats thereof and against insults and public curiosity”), Article 32 (prohibiting the infliction of physical suffering on protected persons), Article 33 (prohibiting reprisals against protected persons and their property), and Article 36 (requiring that evacuations of protected persons be carried out safely).

25. However, the qualification of the 17 individuals at the airport as “protected persons” within the meaning of Article 4 meets with great difficulties. As I stated above, Uganda was not able to prove that these persons were its own nationals; in fact we have no information whatsoever as to their nationality. In this regard, Article 4 of the Fourth Geneva Convention states that:

“Nationals of a neutral State who find themselves in the territory of a belligerent State, and nationals of a co-belligerent State, shall not be regarded as protected persons while the State of which they are nationals has normal diplomatic representation in the State in whose hands they are.”

The individuals under consideration might have been nationals of a neutral State or those of a co-belligerent (like Rwanda), and we do not know whether their home State maintained normal diplomatic relations with the DRC at the time of the incident. Against this factual background — or rather, the lack thereof — it would not have been possible for the Court to regard them as “protected persons”.

26. But this is not the end of the matter. The gap thus left by Geneva Convention Article 4 has in the meantime been — deliberately — closed by Article 75 of Protocol I Additional to the Geneva Conventions of 1949. This provision enshrines the fundamental guarantees of international humanitarian law and reads in pertinent part as follows:

“1. In so far as they are affected by a situation referred to in Article 1 of this Protocol, persons who are in the power of a Party

humanitaire applicables aux personnes en question. La première disposition qui vient à l'esprit est l'article 4 de la quatrième convention de Genève de 1949. Conformément à cet article, les personnes qui, «à un moment quelconque et de quelque manière que ce soit, se trouvent, en cas de conflit ou d'occupation, au pouvoir d'une partie au conflit ou d'une puissance occupante dont elles ne sont pas ressortissantes» sont considérées comme des personnes protégées aux termes de la convention. Si les personnes maltraitées par la RDC à l'aéroport international de Ndjili devaient être considérées comme des personnes protégées aux termes de l'article 4 de la quatrième convention de Genève, le comportement des soldats congolais aurait été contraire à plusieurs dispositions de cette convention, notamment à l'article 27 (lequel exige que les personnes protégées soient «traitées, en tout temps, avec humanité et protégées notamment contre tout acte de violence ou d'intimidation, contre les insultes et la curiosité publique»), à l'article 32 (lequel prohibe toute mesure de nature à causer des souffrances physiques aux personnes protégées), à l'article 33 (lequel prohibe les mesures de représailles à l'égard des personnes protégées et leurs biens) et à l'article 36 (lequel exige que l'évacuation des personnes protégées soit réalisée de manière sûre).

25. Cependant, il est difficile de qualifier les dix-sept personnes présentes à l'aéroport de «personnes protégées» au sens de l'article 4. Ainsi que je l'ai indiqué précédemment, l'Ouganda n'a pas été en mesure de prouver que ces personnes étaient ses ressortissants; en réalité, nous ne disposons d'aucun élément d'information quant à leur nationalité. A cet égard, l'article 4 de la quatrième convention de Genève dispose que:

«Les ressortissants d'un Etat neutre se trouvant sur le territoire d'un Etat belligérant et les ressortissants d'un Etat cobelligérant ne seront pas considérés comme des personnes protégées aussi longtemps que l'Etat dont ils sont ressortissants aura une représentation diplomatique normale auprès de l'Etat au pouvoir duquel ils se trouvent.»

Les intéressés auraient pu se révéler ressortissants d'un Etat neutre ou d'un Etat cobelligérant (tel que le Rwanda), et nous n'aurions pas su si leur Etat national avait maintenu des relations diplomatiques avec la RDC à l'époque de l'incident. Compte tenu de ce contexte factuel — ou plutôt de son absence —, la Cour n'aurait pu considérer les intéressés comme des «personnes protégées».

26. Le sujet n'est pas épuisé pour autant. Le vide ainsi laissé par l'article 4 de la convention de Genève a entre-temps été — délibérément — comblé par l'article 75 du protocole additionnel aux conventions de Genève de 1949 (protocole I). Les passages pertinents de cette disposition qui énonce les garanties fondamentales du droit international humanitaire se lisent comme suit:

«1. Dans la mesure où elles sont affectées par une situation visée à l'article premier du présent protocole, les personnes qui sont au

to the conflict and who do not benefit from more favourable treatment under the Conventions or under this Protocol shall be treated humanely in all circumstances and shall enjoy, as a minimum, the protection provided by this Article . . .

2. The following acts are and shall remain prohibited at any time and in any place whatsoever, whether committed by civilian or by military agents:

- (a) violence to the life, health, or physical or mental well-being of persons, in particular:
  - . . . . .
  - (iii) corporal punishment;
    - . . . . .
- (b) outrages upon personal dignity, in particular humiliating and degrading treatment, . . .”

The Commentary of the International Committee of the Red Cross to Article 75 specifically notes that this provision was meant to provide protection to individuals who, by virtue of the exceptions listed in Article 4 of the Fourth Geneva Convention, did not qualify as “protected persons”. Thus, the Commentary makes clear that Article 75 provides protection to both nationals of States not parties to the conflict and nationals of allied States, even if their home State happened to have normal diplomatic representation in the State in whose hands they find themselves<sup>4</sup>. The Commentary emphasizes that “[i]f . . . there were . . . cases in which the status of . . . protected person were denied to certain individuals, the protection of Article 75 must be applied to them as a minimum”<sup>5</sup>.

27. The conclusion just arrived at has been confirmed recently in an Opinion of the European Commission for Democracy through Law (Venice Commission) established by the Council of Europe<sup>6</sup>. This Opinion was prepared to answer the question whether the new challenges posed by international terrorism, and the claims made by the United States in the wake of September 11 to the effect that the United States could deny certain persons the protection of the Geneva Conventions because they were “enemy unlawful combatants”, rendered necessary a further development of international humanitarian law. According to the Venice Commission, Article 75 of Protocol I Additional to the Geneva Conventions, as well as common Article 3 to the Geneva Conventions (on which *infra*)

“are based on the assumption that nationals of States which are not

<sup>4</sup> *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Y. Sandoz, Ch. Swinarski, B. Zimmermann (eds.), 1987, p. 869.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 867.

<sup>6</sup> Adopted by the Venice Commission at its 57th Plenary Session, Venice, 12-13 December 2003, Opinion No. 245/2003, doc. No. CDL-AD (2003) 018, paras. 34 ff.

pouvoir d'une partie au conflit et qui ne bénéficient pas d'un traitement plus favorable en vertu des conventions et du présent protocole seront traitées avec humanité en toutes circonstances et bénéficieront au moins des protections prévues par le présent article...

2. Sont et demeureront prohibés en tout temps et en tout lieu les actes suivants, qu'ils soient commis par des agents civils ou militaires:

- a) les atteintes portées à la vie, à la santé et au bien-être physique ou mental des personnes, notamment:
  - .....
  - iii) les peines corporelles;
    - .....
- b) les atteintes à la dignité de la personne, notamment les traitements humiliants et dégradants, ...»

Le commentaire du Comité international de la Croix-Rouge de l'article 75 indique expressément que l'objectif de cette disposition était d'assurer une protection aux personnes qui, en raison des exceptions énumérées à l'article 4 de la quatrième convention de Genève, ne peuvent être qualifiées de «personnes protégées». Le commentaire indique donc clairement que l'article 75 assure une protection à la fois aux ressortissants d'Etats non parties au conflit et aux ressortissants d'Etats alliés, même si l'Etat considéré se trouve avoir une représentation diplomatique régulière auprès de l'Etat aux mains duquel ces ressortissants se trouvent<sup>4</sup>. Le commentaire souligne que «[s]i ... il se présentait des cas où le statut ... [de] personne protégée [était] refusé à certains individus, les protections de l'article 75 devraient au minimum leur être appliquées»<sup>5</sup>.

27. Cette conclusion a été récemment confirmée dans un avis de la Commission européenne pour la démocratie par le droit (commission de Venise) créée par le Conseil de l'Europe<sup>6</sup>. Cet avis a été rédigé pour répondre à la question de savoir si les nouveaux défis liés au terrorisme international, et les allégations des Etats-Unis d'Amérique au lendemain des événements du 11 septembre selon lesquelles ils pourraient refuser à certaines personnes la protection des conventions de Genève au motif que lesdites personnes seraient des «combattants [ennemis] illégaux», avaient rendu nécessaire une évolution du droit international humanitaire. Selon la commission de Venise, l'article 75 du protocole additionnel aux conventions de Genève de 1949 (protocole I) ainsi que l'article 3 commun auxdites conventions:

«reposent sur l'hypothèse que les ressortissants des Etats qui ne sont

<sup>4</sup> *Commentaire des protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux conventions de Genève du 12 août 1949*, Y. Sandoz, Ch. Swinarski, B. Zimmermann (dir. publ.), 1987, p. 869.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 891.

<sup>6</sup> Adopté par la commission de Venise lors de sa cinquante-septième session plénière, Venise, 12-13 décembre 2003, avis n° 245/2003, doc. CDL-AD (2003) 018, par. 34 et suiv.

Parties to the conflict or nationals of co-belligerent States do not need the full protection of GC IV since they are normally even better protected by the rules on diplomatic protection. Should, however, diplomatic protection not be (properly) exercised on behalf of such third party nationals, International Humanitarian Law provides for protection under Article 75 P I and common Article 3 so that such persons do not remain without certain minimum rights.”<sup>7</sup>

Thus, also according to the Venice Commission, there is “in respect of these matters . . . no legal void in international law”<sup>8</sup>.

28. Further, it can safely be concluded that the fundamental guarantees enshrined in Article 75 of Additional Protocol I are also embodied in customary international law<sup>9</sup>.

29. Attention must also be drawn to Article 3 common to all four Geneva Conventions, which defines certain rules to be applied in armed conflicts of a non-international character. As the Court stated in the *Nicaragua* case:

“There is no doubt that, in the event of international armed conflicts, these rules also constitute a minimum yardstick, in addition to the more elaborate rules which are also to apply to international conflicts; and they are rules which, in the Court’s opinion, reflect what the Court in 1949 called ‘elementary considerations of humanity’ (*Corfu Channel, Merits, I.C.J. Reports 1949*, p. 22 . . .).” (*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, p. 114, para. 218.)

As such, the Court in *Nicaragua* found these rules applicable to the international dispute before it. The same is valid in the present case. In this regard, the decision of the *Tadić* Appeals Chamber discussed above is also of note. In relation to common Article 3, it stated that “the rules contained in Article 3 also apply outside the narrow geographical context of the actual theatre of combat operations” (*Prosecutor v. Tadić, Decision of the Appeals Chamber on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction*, para. 69; see *supra*, para. 23).

30. In addition to constituting breaches of international humanitarian

<sup>7</sup> *Op. cit.* footnote 6, para. 38.

<sup>8</sup> *Ibid.*, para. 85.

<sup>9</sup> For a highly relevant reference in this regard (cf. *supra*, para. 19), United States Army, *Operational Law Handbook* (2002), International and Operational Law Department, The Judge Advocate General’s School, United States Army, Charlottesville, Virginia, issued 15 June 2001, Chap. 2, p. 5. See also, more generally, A. Roberts, “The Laws of War in the War on Terror”, *Israel Yearbook on Human Rights*, Vol. 32 (2002), pp. 192-245.

pas parties au conflit ou les ressortissants des états cobelligérants n'ont pas besoin de la protection pleine et entière de la CG IV puisque, normalement, ils sont encore mieux protégés par les règles de la protection diplomatique. Cependant, si cette protection diplomatique n'était pas (correctement) exercée en faveur de ces ressortissants de pays tiers, le droit international humanitaire leur accorde une protection en vertu de l'article 75 P I et l'article 3 commun aux CG, de telle sorte que ces personnes ne sont pas privées de certains droits minimaux.»<sup>7</sup>

Toujours selon la commission de Venise, il n'existe, en conséquence, «en ces matières ... pas de vide juridique dans le droit international»<sup>8</sup>.

28. Il peut en outre être raisonnablement conclu que les garanties fondamentales énoncées à l'article 75 du protocole additionnel (protocole I) sont également consacrées par le droit international coutumier<sup>9</sup>.

29. Il convient par ailleurs de rappeler l'article 3 commun aux quatre conventions de Genève, lequel définit certaines règles devant être appliquées lors de conflits armés n'ayant pas un caractère international. Ainsi que la Cour l'a indiqué dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires*:

«Il ne fait pas de doute que ces règles constituent aussi, en cas de conflits armés internationaux, un minimum indépendamment de celles, plus élaborées, qui viennent s'y ajouter pour de tels conflits; il s'agit de règles qui, de l'avis de la Cour, correspondent à ce qu'elle a appelé en 1949 des «considérations élémentaires d'humanité» (*Détroit de Corfou*, fond, C.I.J. Recueil 1949, p. 22...)» (*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 114, par. 218.)

Ainsi, dans cette affaire, la Cour a-t-elle jugé que ces règles étaient applicables en l'état au différend international dont elle était saisie. Cela vaut également en la présente espèce. A cet égard, l'arrêt de la chambre d'appel en l'affaire *Tadić* examiné ci-dessus est également important, puisqu'il indique que «les règles figurant à l'article 3 s'appliquent aussi à l'extérieur du contexte géographique étroit du théâtre effectif des combats» (*Le procureur c. Tadić*, arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, par. 69; voir également ci-dessus, par. 23).

30. Constitutifs de violations du droit international humanitaire, les

<sup>7</sup> *Op. cit.* note 6, par. 38.

<sup>8</sup> *Ibid.*, par. 85.

<sup>9</sup> Pour une référence particulièrement pertinente à cet égard (cf. plus haut, par. 19), voir United States Army, *Operational Law Handbook*, 2002, International and Operational Law Department, The Judge Advocate General's School, United States Army, Charlottesville, Virginie, publié le 15 juin 2001, chap. 2, p. 5. Voir également, de manière plus générale, A. Roberts, «The Laws of War in the War on Terror», *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 32, 2002, p. 192-245.

law, the maltreatment of the persons in question at Ndjili International Airport was also in violation of international human rights law. In paragraph 216 of its Judgment, the Court recalls its finding in the Advisory Opinion of 9 July 2004 on the *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, according to which “the protection offered by human rights conventions does not cease in case of armed conflict . . .” (*I.C.J. Reports 2004*, p. 178, para. 106). In its Advisory Opinion, the Court continued:

“As regards the relationship between international humanitarian law and human rights law, there are thus three possible situations: some rights may be exclusively matters of international humanitarian law; others may be exclusively matters of human rights law; yet others may be matters of both these branches of international law.” (*Ibid.*)

In my view, the maltreatment of the individuals at the airport falls under the third category of the situations mentioned: it is a matter of both international humanitarian and international human rights law.

31. Applying international human rights law to the individuals maltreated by the DRC at Ndjili International Airport, the conduct of the DRC would violate provisions of the International Covenant on Civil and Political Rights of 19 December 1966, the African Charter on Human and Peoples’ Rights of 27 June 1981, and the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment of 10 December 1984, to all of which both the DRC and Uganda are parties. Specifically, under the International Covenant on Civil and Political Rights, the conduct of the DRC would violate Article 7 (“No one shall be subjected to . . . cruel, inhuman or degrading treatment or punishment”), Article 9, paragraph 1 (“Everyone has the right to liberty and security of person. No one shall be subjected to arbitrary arrest or detention. No one shall be deprived of his liberty except on such grounds and in accordance with such procedure as are established by law”), Article 10, paragraph 1 (“All persons deprived of their liberty shall be treated with humanity and with respect for the inherent dignity of the human person”), and Article 12, paragraphs 1 and 2 (“1. Everyone lawfully within the territory of a State shall, within that territory, have the right to liberty of movement . . . 2. Everyone shall be free to leave any country, including his own”).

Under the African Charter, the conduct of the DRC would violate Article 4 (“Human beings are inviolable. Every human being shall be entitled to respect for . . . the integrity of his person. No one may be arbitrarily deprived of this right”), Article 5 (“Every individual shall have the right to the respect of the dignity inherent in a human being and to the recognition of his legal status. All forms of exploitation and degradation of man particularly . . . cruel, inhuman or degrading punishment and

actes de mauvais traitement infligés à certaines personnes à l'aéroport international de Ndjili l'étaient également de violations du droit international des droits de l'homme. Au paragraphe 216 de son arrêt, la Cour rappelle la conclusion à laquelle elle est parvenue dans son avis consultatif du 9 juillet 2004 sur les *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, dans lequel il est indiqué que «la protection offerte par les conventions régissant les droits de l'homme ne cesse pas en cas de conflit armé...» (*C.I.J. Recueil 2004*, p. 178, par. 106) et, plus loin, que :

«Dans les rapports entre droit international humanitaire et droits de l'homme, trois situations peuvent dès lors se présenter : certains droits peuvent relever exclusivement du droit international humanitaire ; d'autres peuvent relever exclusivement des droits de l'homme ; d'autres enfin peuvent relever à la fois de ces deux branches du droit international.» (*Ibid.*)

A mon sens, les actes de mauvais traitement infligés à l'aéroport entrent dans la troisième catégorie : ils relèvent à la fois du droit international humanitaire et du droit international des droits de l'homme.

31. L'application du droit international humanitaire aux personnes maltraitées par la RDC à l'aéroport international de Ndjili conduirait à conclure que la RDC a agi en violation des dispositions du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 19 décembre 1966, de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples du 27 juin 1981 et de la convention contre la torture et autres peines et traitements cruels, inhumains ou dégradants du 10 décembre 1984, auxquels la RDC et l'Ouganda sont tous deux parties. Plus particulièrement, le comportement de la RDC contreviendrait, s'agissant du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, à l'article 7 («Nul ne sera soumis ... à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants»), au paragraphe 1 de l'article 9 («Tout individu a droit à la liberté et à la sécurité de sa personne. Nul ne peut faire l'objet d'une arrestation ou d'une détention arbitraire. Nul ne peut être privé de sa liberté, si ce n'est pour des motifs, et conformément à la procédure prévus par la loi»), au paragraphe 1 de l'article 10 («Toute personne privée de sa liberté est traitée avec humanité et avec le respect de la dignité inhérente à la personne humaine») et aux paragraphes 1 et 2 de l'article 12 («1. Quiconque se trouve légalement sur le territoire d'un Etat a le droit d'y circuler librement et d'y choisir librement sa résidence. 2. Toute personne est libre de quitter n'importe quel pays, y compris le sien»).

S'agissant de la Charte de l'Unité africaine, le comportement de la RDC constituerait une infraction à l'article 4 («La personne humaine est inviolable. Tout être humain a droit au respect de sa vie... : nul ne peut être privé arbitrairement de ce droit»), à l'article 5 («Tout individu a droit au respect de la dignité inhérente à la personne humaine et à la reconnaissance de sa personnalité juridique. Toutes formes d'exploitation et d'avilissement de l'homme notamment ... et les peines ou les traite-



treatment shall be prohibited”), Article 6 (“Every individual shall have the right to liberty and to the security of his person. No one may be deprived of his freedom except for reasons and conditions previously laid down by law. In particular, no one may be arbitrarily arrested or detained”), as well as Article 12, paragraphs 1 and 2 (“1. Every individual shall have the right to freedom of movement and residence within the borders of a State provided he abides by the law. 2. Every individual shall have the right to leave any country including his own, and to return to his country . . .”). Finally, although the conduct of the DRC at Ndjili International Airport did not rise to the level of torture, it was nevertheless in violation of Article 16, paragraph 1, of the Convention against Torture which reads as follows:

“Each State Party shall undertake to prevent in any territory under its jurisdiction other acts of cruel, inhuman or degrading treatment or punishment which do not amount to torture as defined in article I, when such acts are committed by or at the instigation of or with the consent or acquiescence of a public official or other person acting in an official capacity.”

32. The jurisdiction of the Court being firmly established, there remains the issue of standing to raise violations of international humanitarian and human rights law in the case of persons who may not have the nationality of the claimant State. In the present case, regarding Uganda’s counterclaim, the issue does not present itself in a technical sense because Uganda has not actually pleaded a violation of either of these branches of international law in relation to the persons in question. But if Uganda had chosen to raise these violations before the Court, it would undoubtedly have had standing to bring such claims.

33. As to international humanitarian law, Uganda would have had standing because, as the Court emphasized in its Advisory Opinion on the *Wall*:

“Article 1 of the Fourth Geneva Convention, a provision common to the four Geneva Conventions, provides that ‘The High Contracting Parties undertake to respect and to ensure respect for the present Convention in all circumstances.’ It follows from that provision that every State party to that Convention, whether or not it is a party to a specific conflict, is under an obligation to ensure that the requirements of the instruments in question are complied with.” (*I.C.J. Reports 2004*, pp. 199-200, para. 158.)

The Court concluded that given the character and the importance of the rights and obligations involved, there is an obligation on all States parties to the Convention to respect and ensure respect for violations of the international humanitarian law codified in the Convention (*ibid.*, p. 200, paras. 158-159). The same reasoning is applicable in the instant case.

ments cruels inhumains ou dégradants sont interdites»), à l'article 6 («Tout individu a droit à la liberté et à la sécurité de sa personne. Nul ne peut être privé de sa liberté sauf pour des motifs et dans des conditions préalablement déterminés par la loi; en particulier nul ne peut être arrêté ou détenu arbitrairement»), ainsi qu'aux paragraphes 1 et 2 de l'article 12 («1. Toute personne a le droit de circuler librement et de choisir sa résidence à l'intérieur d'un Etat, sous réserve de se conformer aux règles édictées par la loi. 2. Toute personne a le droit de quitter tout pays, y compris le sien, et de revenir dans son pays...»). Enfin, bien que le comportement de la RDC à l'aéroport international de Ndjili ne soit pas constitutif de torture, il est néanmoins contraire au paragraphe 1 de l'article 16 de la convention contre la torture qui se lit comme suit:

«Tout Etat partie s'engage à interdire dans tout territoire sous sa juridiction d'autres actes constitutifs de peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants qui ne sont pas des actes de torture telle qu'elle est définie à l'article premier lorsque de tels actes sont commis par un agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel, ou à son instigation ou avec son consentement exprès ou tacite.»

32. La compétence de la Cour étant bien établie, reste la question de la qualité pour agir s'agissant de violations du droit international humanitaire et du droit international des droits de l'homme dans le cas de personnes susceptibles de ne pas avoir la nationalité de l'Etat demandeur. En la présente affaire, concernant la demande reconventionnelle de l'Ouganda, la question ne se pose pas en termes techniques puisque l'Ouganda n'a pas plaidé, eu égard aux intéressés, la violation de l'une ou l'autre de ces branches du droit international. Toutefois, s'il avait pris le parti d'invoquer ces violations devant la Cour, il aurait assurément eu qualité pour le faire.

33. S'agissant du droit international humanitaire, l'Ouganda aurait eu qualité pour agir puisque, ainsi que la Cour l'a souligné dans son avis consultatif sur le *Mur*:

«aux termes de l'article 1 de la quatrième convention de Genève, disposition commune aux quatre conventions de Genève, «[l]es Hautes Parties contractantes s'engagent à respecter et à faire respecter la présente convention en toutes circonstances». Il résulte de cette disposition l'obligation de chaque Etat partie à cette convention, qu'il soit partie ou non à un conflit déterminé, de faire respecter les prescriptions des instruments concernés.» (*C.I.J. Recueil 2004*, p. 199-200, par. 158.)

La Cour a conclu que, en raison de la nature et de l'importance des droits et obligations en cause, tous les Etats parties à la convention avaient pour obligation de respecter et de faire respecter le droit international humanitaire codifié dans la convention (*ibid.*, p. 200, par. 158-159). Le même raisonnement est applicable en la présente affaire. Nul doute que l'obliga-

There cannot be any doubt that the obligation (not only to respect but also) to ensure respect for international humanitarian law applies to the obligations enshrined both in common Article 3 and in Protocol I Additional to the Geneva Conventions.

34. The ICRC Commentary to common Article 1 of the Conventions arrives at the same result in its analysis of the obligation to respect and to ensure respect, where it is stated that:

“in the event of a Power failing to fulfil its obligations [under the Convention], the other Contracting Parties (neutral, allied or enemy) may, and should, endeavour to bring it back to an attitude of respect for the Convention. The proper working of the system of protection provided by the Convention demands in fact that the Contracting Parties should not be content merely to apply its provisions themselves, but should do everything in their power to ensure that the humanitarian principles underlying the Conventions are applied universally.”<sup>10</sup>

Thus, regardless of whether the maltreated individuals were Ugandans or not, Uganda had the right — indeed the duty — to raise the violations of international humanitarian law committed against the private persons at the airport. The implementation of a State party’s international legal duty to ensure respect by another State party for the obligations arising under humanitarian treaties by way of raising it before the International Court of Justice is certainly one of the most constructive avenues in this regard.

35. As to the question of standing of a claimant State for violations of human rights committed against persons which might or might not possess the nationality of that State, the jurisdiction of the Court not being at issue, the contemporary law of State responsibility provides a positive answer as well. The International Law Commission’s 2001 draft on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts provides not only for the invocation of responsibility by an injured State (which quality Uganda would possess if it had been able to establish the Ugandan nationality of the individuals at the airport) but also for the possibility that such responsibility can be invoked by a State other than an injured State. In this regard, Article 48 of the draft reads as follows:

“Article 48

*Invocation of Responsibility by a State Other than an Injured State*

1. Any State other than an injured State is entitled to invoke the responsibility of another State in accordance with paragraph 2 if:

<sup>10</sup> *Commentary to the Fourth Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War*, J. S. Pictet (ed.), 1958, p. 16.

tion, non seulement de respecter, mais aussi de faire respecter, le droit international humanitaire vaut pour les obligations contenues dans l'article 3 commun et dans le protocole additionnel aux conventions de Genève (protocole I).

34. Dans son commentaire de l'article 1 commun aux conventions, le CICR, lorsqu'il examine l'obligation de respecter et de faire respecter, aboutit à la même conclusion et indique que :

« si une puissance manque à ses obligations, les autres parties contractantes (neutres, alliées ou ennemies) peuvent ... et doivent ... chercher à la ramener au respect de la convention. Le système de protection prévu par la convention exige en effet, pour être efficace, que les parties contractantes ne se bornent pas à appliquer elles-mêmes la convention, mais qu'elles fassent également tout ce qui est en leur pouvoir pour que les principes humanitaires qui sont à la base des conventions soient universellement appliqués. »<sup>10</sup>

Dès lors, indépendamment du fait de savoir si les personnes victimes de mauvais traitements étaient ou non des ressortissants ougandais, l'Ouganda avait le droit — et même le devoir — d'invoquer les violations du droit international humanitaire commises contre ces personnes présentes à l'aéroport. La façon la plus constructive pour un Etat partie d'exercer son devoir de faire respecter par un autre Etat partie des obligations qui sont les siennes en vertu des traités relatifs au droit humanitaire est assurément de saisir la Cour internationale de Justice.

35. Quant à la question de la qualité pour agir d'un Etat présentant une demande fondée sur des allégations de violations des droits de l'homme commises contre des personnes ayant ou non sa nationalité (et dans l'hypothèse où la question de la compétence de la Cour ne se pose pas), le droit contemporain de la responsabilité des Etats apporte également une réponse précise. Le projet d'articles de 2001 de la Commission du droit international sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite envisage bien l'hypothèse où un Etat lésé invoque la responsabilité d'un autre Etat (qualité qui pourrait être reconnue à l'Ouganda s'il avait été en mesure d'établir que les personnes présentes à l'aéroport avaient la nationalité ougandaise), mais prévoit également qu'une telle responsabilité puisse être invoquée par un Etat autre qu'un Etat lésé. A cet égard, l'article 48 du projet se lit comme suit :

*« Article 48 »*

*Invocation de la responsabilité par un Etat autre qu'un Etat lésé*

1. Conformément au paragraphe 2, tout Etat autre qu'un Etat lésé est en droit d'invoquer la responsabilité d'un autre Etat, si :

<sup>10</sup> *Commentaire de la convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, J. S. Pictet (dir. publ.), 1958, p. 21.

- (a) The obligation breached is owed to a group of States including that State, and is established for the protection of a collective interest of the group; or
  - (b) The obligation breached is owed to the international community as a whole.
2. Any State entitled to invoke responsibility under paragraph 1 may claim from the responsible State:
- (a) Cessation of the internationally wrongful act, and assurances and guarantees of non-repetition in accordance with article 30; and
  - (b) Performance of the obligation of reparation in accordance with the preceding articles, in the interest of the injured State or of the beneficiaries of the obligation breached.
3. The requirements for the invocation of responsibility by an injured State under articles 43, 44 and 45 apply to an invocation of responsibility by a State entitled to do so under paragraph 1.”<sup>11</sup>

The obligations deriving from the human rights treaties cited above and breached by the DRC are instances *par excellence* of obligations that are owed to a group of States including Uganda, and are established for the protection of a collective interest of the States parties to the Covenant.

36. With regard to the customary requirement of the exhaustion of local remedies, this condition only applies if effective remedies are available in the first place (cf. ILC Article 44 (b) and the commentary thereto). In view of the circumstances of the airport incident and, more generally, of the political situation prevailing in the DRC at the time of the Ugandan invasion, I tend to agree with the Ugandan argument that attempts by the victims of that incident to seek justice in the Congolese courts would have remained futile (cf. paragraph 317 of the Judgment). Hence, no obstacle would have stood in the way for Uganda to raise the violation of human rights of the persons maltreated at Ndjili International Airport, even if these individuals did not possess its nationality.

37. In summary of this issue, Uganda would have had standing to bring, and the Court would have had jurisdiction to decide upon a claim both under international humanitarian law and international human rights law for the maltreatment of the individuals at the airport, irrespective of the nationality of these individuals. The specific construction of the rights and obligations under the Fourth Geneva Convention as well

<sup>11</sup> Report of the ILC on the Work of its Fifty-third Session, *Official Records of the General Assembly, Fifty-sixth Session, Suppl. No. 10 (A/56/10)*, p. 56.

- a) l'obligation violée est due à un groupe d'Etats dont il fait partie, et si l'obligation est établie aux fins de la protection d'un intérêt collectif du groupe; ou
- b) l'obligation violée est due à la communauté internationale dans son ensemble.

2. Tout Etat en droit d'invoquer la responsabilité en vertu du paragraphe 1 peut exiger de l'Etat responsable:

- a) la cessation du fait internationalement illicite et des assurances et garanties de non-répétition, conformément à l'article 30; et
- b) l'exécution de l'obligation de réparation conformément aux articles précédents, dans l'intérêt de l'Etat lésé ou des bénéficiaires de l'obligation violée.

3. Les conditions posées par les articles 43, 44 et 45 à l'invocation de la responsabilité par un Etat lésé s'appliquent à l'invocation de la responsabilité par un Etat en droit de le faire en vertu du paragraphe 1.»<sup>11</sup>

Les obligations découlant des traités susmentionnés relatifs aux droits de l'homme et violées par la RDC sont l'illustration par excellence d'obligations envers un groupe d'Etat, dont l'Ouganda, et ont été établies dans le but de sauvegarder un intérêt commun aux Etats parties au pacte.

36. S'agissant de la condition d'épuisement des voies de recours internes qu'impose le droit coutumier, encore faut-il, pour qu'elle s'applique, que des voies de recours efficaces existent (cf. CDI, article 44 *b*) et le commentaire y annexé). Eu égard aux circonstances de l'incident de l'aéroport et, plus généralement, à la situation politique prévalant en RDC à l'époque de l'invasion ougandaise, j'aurais tendance à souscrire à l'argument de l'Ouganda selon lequel toute tentative des victimes de cet incident de chercher à ce que justice soit rendue auprès des juridictions congolaises serait restée vaine (voir arrêt, paragraphe 317). Dès lors, rien ne s'opposait à ce que l'Ouganda invoquât la violation des droits de l'homme s'agissant des personnes victimes de mauvais traitements à l'aéroport international de Ndjili, et ce même si les intéressés ne possédaient pas sa nationalité.

37. En résumé, l'Ouganda, relativement aux mauvais traitements infligés à certaines personnes à l'aéroport, et quelle qu'ait été la nationalité de ces dernières, aurait eu qualité pour introduire une demande, et la Cour compétence pour statuer à la fois en vertu du droit international humanitaire et du droit international des droits de l'homme. La conception particulière des droits et obligations énoncés par la quatrième convention

<sup>11</sup> Rapport de la Commission du droit international, cinquante-troisième session, Nations Unies, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, supplément n° 10*, doc. A/56/10, p. 57.

as the relevant provisions of Protocol I Additional to this Convention not only entitles every State party to raise these violations but even creates an obligation to ensure respect for the humanitarian law in question. The rules of the international law of State responsibility lead to an analogous result as concerns the violations of human rights of the persons concerned by the Congolese soldiers. Uganda chose the avenue of diplomatic protection and failed. A reminder by the Court of the applicability of international humanitarian and human rights law standards and of Uganda's standing to raise violations of the obligations deriving from these standards by the DRC would, in my view, not have gone *ultra petita partium*.

38. Let me conclude with a more general observation on the community interest underlying international humanitarian and human rights law. I feel compelled to do so because of the notable hesitation and weakness with which such community interest is currently manifesting itself vis-à-vis the ongoing attempts to dismantle important elements of these branches of international law in the proclaimed "war" on international terrorism.

39. As against such undue restraint it is to be remembered that at least the core of the obligations deriving from the rules of international humanitarian and human rights law are valid *erga omnes*. According to the Commentary of the ICRC to Article 4 of the Fourth Geneva Convention, "[t]he spirit which inspires the Geneva Conventions naturally makes it desirable that they should be applicable 'erga omnes', since they may be regarded as the codification of accepted principles"<sup>12</sup>. In its Advisory Opinion on the *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* the Court stated that "a great many rules of humanitarian law applicable in armed conflict are so fundamental to the respect of the human person and 'elementary considerations of humanity' . . .", that they are "to be observed by all States whether or not they have ratified the conventions that contain them, because they constitute intransgressible principles of international customary law" (*I.C.J. Reports 1996 (I)*, p. 257, para. 79). Similarly, in the *Wall* Advisory Opinion, the Court affirmed that the rules of international humanitarian law "incorporate obligations which are essentially of an *erga omnes* character" (*Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004*, p. 199, para. 157).

40. As the Court indicated in the *Barcelona Traction* case, obligations *erga omnes* are by their very nature "the concern of all States" and, "[i]n view of the importance of the rights involved, all States can be held to have a legal interest in their protection" (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1970*, p. 32, para. 33). In the same vein, the International Law Commission has

<sup>12</sup> *Op. cit.* footnote 10, p. 48.

de Genève ainsi que par les dispositions pertinentes du protocole additionnel (protocole I) non seulement confère à chaque Etat partie le droit d'invoquer ces violations, mais crée une obligation de faire respecter le droit humanitaire en question. Les règles du droit international de la responsabilité des Etats conduisent à un résultat analogue concernant les violations des droits de l'homme des intéressés par des soldats congolais. L'Ouganda a opté pour la voie de la protection diplomatique et a échoué. Selon moi, la Cour aurait pu, sans pour autant déroger à la règle *non ultra petitem*, rappeler l'applicabilité des normes du droit international humanitaire et du droit des droits de l'homme ainsi que la qualité de l'Ouganda pour tirer grief des violations des obligations découlant de ces normes par la RDC.

38. Je conclurai par une observation plus générale sur l'importance que revêtent le droit international humanitaire et le droit des droits de l'homme pour la société. Si je me sens tenu de le faire, c'est en raison des hésitations et de la faiblesse dont fait montre aujourd'hui cette société face aux tentatives visant à démanteler des pans considérables de ces branches du droit international dans le cadre de la «guerre» déclarée contre le terrorisme international.

39. Face à ces limitations injustifiées, il convient de rappeler que les obligations découlant des règles du droit international humanitaire et du droit des droits de l'homme sont, en substance, valables *erga omnes*. Selon le commentaire du CICR de l'article 4 de la quatrième convention, «[c]ertes, dans l'esprit qui inspire les conventions de Genève, il serait souhaitable que celles-ci, considérées comme la codification de principes déjà reconnus, soient applicables *erga omnes*»<sup>12</sup>. Dans son avis consultatif sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, la Cour a indiqué qu'«un grand nombre de règles du droit humanitaire applicable dans les conflits armés sont si fondamentales pour le respect de la personne humaine et pour des «considérations élémentaires d'humanité»», qu'elles «s'imposent ... à tous les Etats, qu'ils aient ou non ratifié les instruments conventionnels qui les expriment, parce qu'elles constituent des principes intransgressibles du droit international coutumier» (*C.I.J. Recueil 1996 (I)*, p. 257, par. 79). De manière analogue, dans son avis sur le *Mur*, la Cour a affirmé que les règles du droit international humanitaire «incorporent des obligations revêtant par essence un caractère *erga omnes*» (*Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif, C.I.J. Recueil 2004*, p. 199, par. 157).

40. Ainsi que la Cour l'a indiqué dans l'affaire *Barcelona Traction*, les obligations *erga omnes*, par leur nature même, «concernent tous les Etats» et, «[v]u l'importance des droits en cause, tous les Etats peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à ce que ces droits soient protégés» (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1970*, p. 32, par. 33). Dans le

<sup>12</sup> *Op. cit.* note 10, p. 54.



stated in the Commentaries to its Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts that there are certain rights in the protection of which, by reason of their importance, “all States have a legal interest . . .” (A/56/10 at p. 278)<sup>13</sup>.

41. If the international community allowed such interest to erode in the face not only of violations of obligations *erga omnes* but of outright attempts to do away with these fundamental duties, and in their place to open black holes in the law in which human beings may be “disappeared” and deprived of any legal protection whatsoever for indefinite periods of time, then international law, for me, would become much less worthwhile.

(Signed) Bruno SIMMA.

---

<sup>13</sup> Concerning the specific question of standing in case of breaches of obligations *erga omnes* the Institute of International Law, in a resolution on the topic of obligations of this nature adopted at its Krakow Session of 2005, accepted the following provisions:

*Article 3*

In the event of there being a jurisdictional link between a State alleged to have committed a breach of an obligation *erga omnes* and a State to which the obligation is owed, the latter State has standing to bring a claim to the International Court of Justice or other international judicial institution in relation to a dispute concerning compliance with that obligation.

*Article 4*

The International Court of Justice or other international judicial institution should give a State to which an obligation *erga omnes* is owed the possibility to participate in proceedings pending before the Court or that institution and relating to that obligation. Specific rules should govern this participation.”

même ordre d'idées, la Commission du droit international a précisé, dans ses commentaires des articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite, que, vis-à-vis de certains droits particulièrement importants, «tous les Etats ont un intérêt juridique» à ce que ceux-ci soient protégés<sup>13</sup> (A/56/10, p. 299).

41. Si la communauté internationale laissait s'éroder un tel intérêt, non seulement face à des violations d'obligations *erga omnes*, mais également à des tentatives directes de supprimer ces obligations fondamentales, laissant, en leur lieu et place, se créer des vides juridiques dans lesquels des êtres humains pourraient tomber et se voir privés de toute protection pour une durée indéterminée, alors, le droit international perdrait, à mon sens, beaucoup de son intérêt.

(Signé) Bruno SIMMA.

---

<sup>13</sup> S'agissant de la question spécifique de la qualité pour agir dans l'hypothèse de violations d'obligations *erga omnes*, l'Institut de droit international, dans une résolution relative à des obligations de cette nature adoptée lors de sa session à Cracovie en 2005, a énoncé les dispositions suivantes :

« Article 3

S'il existe un lien juridictionnel entre l'Etat prétendument responsable de la violation d'une obligation *erga omnes* et un autre Etat auquel cette obligation est due, ce dernier Etat a qualité pour soumettre à la Cour internationale de Justice ou à un autre tribunal international une demande relative à un différend portant sur le respect de cette obligation.

Article 4

La Cour internationale de Justice ou un autre tribunal international devrait donner à un Etat auquel une obligation *erga omnes* est due la possibilité de participer à une procédure pendante devant la Cour ou devant ce tribunal, qui est relative à cette obligation. Des règles spécifiques devraient régir une telle participation. »