

DECLARATION OF JUDGE ELARABY

1. I have voted against the rejection of the request for the indication of provisional measures submitted by the Democratic Republic of the Congo, mainly because, in accordance with its Statute and its present jurisprudence, the Court should, in principle grant a request for provisional measures once the requirements of urgency on the one hand and likelihood of irreparable damage to the rights of one or both parties to a dispute, on the other, have been established. I am of the opinion that the Court has, under Article 41 of the Statute, a wide-ranging power of discretion to indicate provisional measures. The jurisprudence of the Court has progressively, albeit gradually, advanced from its earlier strict insistence on established jurisdiction to acceptance of *prima facie* jurisdiction as the threshold for the exercise of the Court's powers under Article 41 of the Statute. This progressive shift has not, in my view, been reflected in the Order.

2. I see Article 41 of the Statute as the point of departure. Article 41 (1) provides that: “[t]he Court shall have the power to indicate, *if it considers that circumstances so require*, any provisional measures which ought to be taken to preserve the respective rights of either party”, while Article 41 (2) stipulates that “notice of the measures suggested shall *forthwith* be given to the parties and to the Security Council” (emphasis added).

3. My reading of the two subparagraphs together convinces me that the Court is vested with a wide scope of discretion to decide on the circumstances warranting the indication of provisional measures. The reference to the Security Council underlines the prominence of the link between the Court and the Council in matters related to the maintenance of international peace and security. The Statute moreover does not attach additional conditions to the authority of the Court to grant provisional measures. In point of fact, the jurisdiction of the Court need not be established at this early stage of the proceedings.

4. As far back as 1962 Judge G. Fitzmaurice wrote that:

“The distinctive feature of the jurisdiction to indicate interim measures is not, however, that it involves any prejudgment of, or may prejudice the eventual decision, of the Court as to its substantive competence to decide the merits. It is that this exercise of jurisdiction involves a certain jurisdictional determination of its own, for its own purposes, before it can be exercised. In short, it involves both a ques-

DÉCLARATION DE M. ELARABY

[Traduction]

1. Si j'ai voté contre le rejet de la demande en indication de mesures conservatoires présentée par la République démocratique du Congo, c'est principalement parce que j'estime que la Cour, conformément à son Statut et à sa jurisprudence actuelle, devrait en principe faire droit à une demande en indication de mesures conservatoires dès lors qu'il est établi, d'une part, que les conditions d'urgence sont satisfaites et, d'autre part, qu'un préjudice irréparable risque d'être causé aux droits de l'une ou des deux parties au différend. J'estime que l'article 41 du Statut de la Cour confère à celle-ci un large pouvoir discrétionnaire quant à l'indication de mesures conservatoires. Sa jurisprudence montre que si, auparavant, elle s'attachait rigoureusement à établir sa compétence avant d'exercer les pouvoirs prévus à l'article 41 de son Statut, elle en est progressivement, quoique graduellement, venue à considérer que l'existence d'une base *prima facie* à sa compétence constituait le seuil à partir duquel elle pouvait exercer lesdits pouvoirs. Or, il me semble que cette évolution n'est pas prise en compte dans l'ordonnance.

2. L'article 41 du Statut constitue, à mon sens, le point de départ. Le paragraphe 1 de cet article dispose que «[l]a Cour a le pouvoir d'indiquer, *si elle estime que les circonstances l'exigent*, quelles mesures conservatoires du droit de chacun doivent être prises à titre provisoire», tandis que le paragraphe 2 précise qu'«[e]n attendant l'arrêt définitif, l'indication de ces mesures est *immédiatement* notifiée aux Parties et au Conseil de sécurité» (les italiques sont de moi).

3. Je suis convaincu que ces deux paragraphes de l'article 41, tels que je les interprète, confèrent à la Cour un vaste pouvoir discrétionnaire pour décider quelles circonstances justifient l'indication de mesures conservatoires. La mention du Conseil de sécurité souligne l'importance du lien entre la Cour et le Conseil en matière de maintien de la paix et de la sécurité internationales. En outre, le Statut ne prévoit pas de conditions supplémentaires pour que la Cour puisse exercer son pouvoir d'indiquer des mesures conservatoires. En réalité, il n'est pas nécessaire, à ce stade précoce de la procédure, que la compétence de la Cour soit établie.

4. Dès 1962, le juge Fitzmaurice écrivait que :

«[c]e qui caractérise la faculté d'indiquer des mesures conservatoires, ce n'est toutefois pas qu'elle a, ou peut avoir, pour effet de préjuger la décision finale de la Cour quant à sa compétence au fond. C'est que l'exercice de cette faculté suppose au préalable une forme de décision juridictionnelle distincte, ayant sa propre finalité. En bref, se posent à la fois une question de fond et une question préliminaire

tion of merits and a preliminary question of jurisdiction, or rather perhaps of the propriety of exercising it; and this is not the case with any of the other possible exercises of preliminary jurisdiction.” (Sir Gerald Fitzmaurice, “Hersch Lauterpacht — The Scholar as Judge, Part II”, 38 *British Year Book of International Law*, 1962, p. 71.)

5. Judge Fitzmaurice also observed that:

“The jurisdiction to indicate interim measures of protection is, so far as the International Court is concerned, part of the incidental jurisdiction of the Court, the characteristic of which is that it does not depend on any direct consent given by the parties to its exercise, but is an inherent part of the standing powers of the Court under its Statute. Its exercise is therefore governed, not by the consent of the parties (except in a remote sense) but by the relevant provisions of the Statute and the Rules of Court.” (*The Law and Practice of the International Court of Justice: 1951-1954*, p. 304.)

I subscribe to this interpretation of the powers conferred by the Statute on the Court.

6. As for the circumstances of the case, the Court acknowledged the magnitude of the tragic events occurring in the Congo by referring to the eleven resolutions adopted so far by the Security Council. The Congo has relied in its request for the indication of provisional measures on a host of compromissory clauses which, if proven applicable, would have established the requisite prima facie jurisdiction. The Court has analysed each of these clauses and found that it does not have prima facie jurisdiction.

7. The Court however stated in paragraph 87, “both the Congo and Rwanda are parties to the Montreal Convention and have been since 6 July 1977 in the case of the Congo and 3 November 1987 in the case of Rwanda”, and in paragraph 88, “the Congo has not however asked the Court to indicate any provisional measure relating to the preservation of rights which it believes it holds under the Montreal Convention”. Yet in paragraph 88 it chose to conclude on this point that “accordingly the Court is not required, at this stage in the proceedings, to rule, even on a prima facie basis, on its jurisdiction under that Convention nor on the conditions precedent to the Court’s jurisdiction contained therein” and then drew the general conclusion in paragraph 89 that “the Court does not in the present case have the prima facie jurisdiction necessary to indicate those provisional measures requested by the Congo”.

8. It is factually accurate that the Congo did not specify what measures the Court has requested to adopt to safeguard its rights under the Montreal Convention. But the Congo did refer to the 1998 incident in which a Congo Airlines plane was shot down. In my view, a degree of inconsistency exists between the possible implication in paragraph 88 that

de compétence, ou peut-être plutôt celle de l'opportunité d'exercer ou non cette dernière; or cela n'est le cas avec aucune des autres formes possibles d'exercice d'une compétence préliminaire.» (Sir Gerald Fitzmaurice, «Hersch Lauterpacht — The Scholar as Judge, Part II», *British Year Book of International Law*, vol. 38, 1962, p. 71.)

5. Le juge Fitzmaurice fit également observer que :

«La faculté d'indiquer des mesures conservatoires fait, en ce qui concerne la Cour internationale, partie de sa compétence incidente, qui est caractérisée par le fait qu'elle ne dépend pas du consentement direct donné par les parties à son exercice, mais fait partie intégrante des pouvoirs permanents que lui confère son Statut. Son exercice est donc régi, non pas par le consentement des parties (sauf en un sens lointain), mais par les dispositions applicables du Statut et du Règlement de la Cour.» (*The Law and Practice of the International Court of Justice: 1951-1954*, p. 304.)

Je souscris à cette interprétation des pouvoirs conférés à la Cour par son Statut.

6. Quant aux circonstances de l'espèce, la Cour a pris acte de l'ampleur des tragiques événements vécus par le Congo en rappelant les onze résolutions déjà adoptées à ce jour par le Conseil de sécurité. Le Congo fondait sa demande en indication de mesures conservatoires sur un grand nombre de clauses compromissaires qui, si elles avaient été reconnues applicables, auraient permis d'établir la compétence *prima facie* requise. La Cour a toutefois conclu, après avoir analysé chacune de ces clauses, qu'elle n'était pas compétente *prima facie*.

7. La Cour a relevé, au paragraphe 87, que «tant le Congo que le Rwanda sont parties à la convention de Montréal, le Congo depuis le 6 juillet 1977 et le Rwanda depuis le 3 novembre 1987», et, au paragraphe 88, que «le Congo n'a [toutefois] demandé à la Cour l'indication d'aucune mesure conservatoire en rapport avec la sauvegarde des droits qu'il estime tenir de la convention de Montréal». La Cour a choisi de conclure à cet égard, dans ce même paragraphe 88, «qu'il n'y a[vait] dès lors pas lieu pour [elle], à ce stade de la procédure, de se prononcer, même *prima facie*, sur sa compétence au regard de ladite convention ou sur les conditions préalables pour fonder la compétence de la Cour aux termes de cette dernière»; puis elle a conclu plus généralement, au paragraphe 89, qu'elle «ne dispos[ait] pas en l'espèce de la compétence *prima facie* nécessaire pour indiquer les mesures conservatoires demandées par le Congo».

8. Il est de fait que le Congo n'a pas précisé à la Cour quelles mesures il priait celle-ci de prendre aux fins de préserver les droits qu'il estime tenir de la convention de Montréal, mais il n'en a pas moins rappelé qu'un avion de Congo Airlines avait été abattu en 1998. A mon sens, il y a une certaine incohérence entre le paragraphe 88, qui laisse supposer

prima facie jurisdiction might exist and the conclusion in paragraph 89 that since the Congo did not ask the Court to indicate any provisional measures relating to the Montreal Convention, the Court is not required to rule on its jurisdiction. Somehow I find it difficult to reconcile this conclusion by the Court with the circumstances of the case particularly in light of its recent jurisprudence.

9. The Court was more flexible when it considered the case concerning *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)* in July 2000. It then reached out to adopt a less formalistic interpretation of its mandate. In that case the Court twice asserted its power,

“independently of requests for the indication of provisional measures submitted by the parties to preserve specific rights, . . . by virtue of Article 41 of the Statute . . . to indicate provisional measures with a view to preventing the aggravation or extension of the dispute whenever it considers that circumstances so require” (*I.C.J. Reports 2000*, p. 128, para. 44).

10. I hasten to add that I do realize that in the case concerning *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, the assertion of jurisdiction was probably more solidly anchored than in the present case. I also recognize that the Court entertained a degree of doubt as to whether the conditions laid down in Article 14 of the Montreal Convention have been fully met so that a referral of the dispute to the International Court of Justice could be made in accordance with the Statute.

11. Notwithstanding such doubts, which I do not hesitate to confess that I share, the provisions of Article 14 of the Montreal Convention together with the reference to the shooting down of a Congolese plane in 1998 should have been considered adequate to establish a prima facie jurisdiction to indicate provisional measures. It is relevant to recall in this context that Judge H. Lauterpacht

“leaned very definitely in the direction of the view that before the Court could grant a request for interim measures there must exist some *documentary* or instrumental basis for the view that the Court might be possessed of substantive jurisdiction relative to the eventual merits, such as an adjudication clause in a treaty, ‘optional clause’ declaration, etc.; and also that the particular case must at least not be clearly excluded in some way from the scope of any such clause or declaration — e.g. by a reservation.” (Fitzmaurice, *op. cit.*, p. 74.)

The Montreal Convention should have therefore been regarded as a suitable instrumental basis to serve this purpose.

l'existence d'une éventuelle compétence *prima facie*, et le paragraphe 89, qui conclut que la Cour, puisque le Congo ne lui a pas demandé d'indiquer des mesures conservatoires en rapport avec la convention de Montréal, n'est pas appelée à se prononcer sur sa compétence. J'éprouve quelque difficulté à comprendre cette conclusion au vu des circonstances de l'espèce, en particulier à la lumière de la jurisprudence récente de la Cour.

9. La Cour avait fait montre d'une plus grande souplesse dans l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, en juillet 2000. A cette occasion, elle avait cherché à interpréter moins strictement son mandat et avait confirmé à deux reprises qu'elle disposait du pouvoir

«indépendamment des demandes en indication de mesures conservatoires présentées par les parties à l'effet de sauvegarder des droits déterminés ... en vertu de l'article 41 de son Statut ... d'indiquer des mesures conservatoires en vue d'empêcher l'aggravation ou l'extension du différend quand elle estime que les circonstances l'exigent» (*C.I.J. Recueil 2000*, p. 128, par. 44).

10. Je m'empresse d'ajouter que je suis bien conscient que, en l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, l'établissement de la compétence reposait probablement sur des bases plus solides qu'en la présente espèce. Je reconnais également que la Cour ne peut être ici entièrement certaine que les conditions énoncées à l'article 14 de la convention de Montréal soient totalement satisfaites et partant, qu'elle puisse être saisie du différend conformément à son Statut.

11. En dépit de ces doutes, que j'avoue sans hésitation partager également, j'estime que, prises conjointement, les dispositions de l'article 14 de la convention de Montréal et la destruction d'un avion congolais en 1998 telle qu'invoquée par le Congo auraient dû être jugées suffisantes aux fins d'établir la compétence *prima facie* de la Cour pour indiquer des mesures conservatoires. Il n'est pas inutile de rappeler à cet égard que le juge Lauterpacht

«était incontestablement enclin à considérer qu'il doit exister, avant que la Cour ne puisse faire droit à une demande en indication de mesures conservatoires, quelque *document* ou instrument, tel qu'une clause juridictionnelle dans un traité, une déclaration relative à une «clause facultative», etc., qui permette de penser que la Cour pourrait être compétente au fond; et qu'en outre l'affaire en question doit au moins ne pas être manifestement exclue, d'une manière quelconque, du champ d'application de ladite clause ou déclaration, du fait par exemple d'une réserve» (G. Fitzmaurice, *op. cit.*, p. 74).

Par conséquent, la convention de Montréal aurait dû être considérée comme un instrument offrant une base adéquate à cet effet.

12. Thus, the criteria suggested by Judge H. Lauterpacht have, in my opinion, been satisfied with respect to the Montreal Convention. Indeed it was suggested by Mendelson in this context that

“To lay down in advance a hard-and-fast rule for dealing with one of these factors — the possibility of jurisdiction — is to fail sufficiently to take into account the great variability of the others from case to case. If the other circumstances suggest very strongly that interim measures should be indicated, the Court may be justified in indicating them even in the face of substantial — though not overwhelming — doubts as to its *substantive jurisdiction*.” (M. H. Mendelson, “Interim Measures of Protection in Cases of Contested Jurisdiction”, 46 *British Year Book of International Law*, 1972-1973, p. 319.)

13. Another aspect of the Order which I also fail to appreciate is the absence of any reference to the Court’s powers under Article 75 (2) of the Rules of Court. It will be recalled that in the case concerning *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)* the Court stated that “pursuant to Article 75, paragraph 1, of its Rules, the Court may in any event decide to examine *proprio motu* whether the circumstances of the case require the indication of provisional measures” (*I.C.J. Reports 2000*, p. 127, para. 38) and reiterated its pronouncement that “Article 75, paragraph 2, of the Rules of Court empowers the Court to indicate measures that are in whole or in part other than those requested” (*ibid.*, p. 128, para. 43).

14. In conclusion, it is to be recalled that in the *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland)* case in 1972 the Court first laid down what has now become settled jurisprudence. It stated that:

“on a request for provisional measures the Court need not, before indicating them, finally satisfy itself that it has jurisdiction on the merits of the case, yet it ought not to act under Article 41 of the Statute if the absence of jurisdiction on the merits is manifest” (*I.C.J. Reports 1972*, p. 15, para. 15).

This positive approach was maintained and reflected in a different context in paragraph 91 of the Order, where the Court recognized the absence of a manifest lack of jurisdiction and dismissed Rwanda’s request that the case be removed from the List. In my view, the cumulative effect of the absence of a manifest lack of jurisdiction, on the one hand, and the implied acceptance of *prima facie* jurisdiction under the Montreal Convention, on the other, should have been considered an adequate basis to found jurisdiction to indicate provisional measures.

15. I am therefore of the opinion that the circumstances of the case reflect an urgent need to protect the rights and interests of the Demo-

12. Aussi, les critères proposés par H. Lauterpacht étaient-ils à mon avis satisfaits en ce qui concerne la convention de Montréal. M. Mendelson a d'ailleurs relevé par le passé :

«Enoncer à l'avance une règle absolue à l'égard de l'un de ces facteurs — la possibilité de la compétence — revient à ne pas tenir suffisamment compte de la grande variabilité des autres d'une affaire à l'autre. Si, au vu des autres circonstances, tout donne à penser que des mesures conservatoires devraient être indiquées, la Cour peut avoir de bonnes raisons de le faire même si des doutes importants — mais non insurmontables — existent quant à sa compétence au fond.» (M. H. Mendelson, «Interim Measures of Protection in Cases of Contested Jurisdiction», *British Year Book of International Law*, vol. 46, 1972-1973, p. 319.)

13. Un autre point de l'ordonnance qui me semble également difficile à saisir est l'absence de toute référence aux pouvoirs que la Cour tient du paragraphe 2 de l'article 75 de son Règlement. Rappelons que, en l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, elle avait déclaré que, «conformément au paragraphe 1 de l'article 75 de son Règlement, la Cour peut en tout état de cause décider d'examiner d'office si les circonstances d'une affaire exigent l'indication de mesures conservatoires» et réaffirmé que «le paragraphe 2 de l'article 75 du Règlement reconnaît à la Cour le pouvoir d'indiquer des mesures totalement ou partiellement différentes de celles qui sont sollicitées» (*C.I.J. Recueil 2000*, p. 127, par. 38 et p. 128, par. 43).

14. Il convient pour conclure de rappeler que, en 1972, dans l'affaire de la *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*, la Cour avait pour la première fois énoncé un principe qui fait aujourd'hui partie intégrante de la jurisprudence, à savoir que :

«lorsqu'elle est saisie d'une demande en indication de mesures conservatoires, la Cour n'a pas besoin, avant d'indiquer ces mesures, de s'assurer de manière concluante de sa compétence quant au fond de l'affaire, mais [elle] ne doit cependant pas appliquer l'article 41 du Statut lorsque son incompétence au fond est manifeste» (*C.I.J. Recueil 1972*, p. 15, par. 15).

Dans un contexte différent, la Cour s'en est tenue à cette manière de procéder, comme cela apparaît au paragraphe 91 de son ordonnance, où elle reconnaît qu'il n'existe aucune incompétence manifeste et rejette en conséquence la demande du Rwanda tendant à ce que l'affaire soit rayée du rôle. De mon point de vue, la conjonction de l'absence d'incompétence manifeste et de l'acceptation tacite d'une compétence *prima facie* découlant de la convention de Montréal aurait dû suffire à fonder la compétence de la Cour pour indiquer des mesures conservatoires.

15. Je pense par conséquent qu'au vu des circonstances de l'affaire il existe une nécessité urgente de protéger les droits et les intérêts de la

cratic Republic of the Congo. For the aforementioned reasons, I could not join the majority in voting in favour of rejection of the request for the indication of provisional measures.

(Signed) Nabil ELARABY.

République démocratique du Congo. Pour les motifs que je viens d'exposer, je n'ai pu m'associer au vote de la majorité en faveur du rejet de la demande en indication de mesures conservatoires.

(Signé) Nabil ELARABY.
