

30 NOVEMBRE 2010

ARRÊT

AFFAIRE AHMADOU SADIO DIALLO

(RÉPUBLIQUE DE GUINÉE c. RÉPUBLIQUE DÉMOCRATIQUE DU CONGO)

CASE CONCERNING AHMADOU SADIO DIALLO

(REPUBLIC OF GUINEA v. DEMOCRATIC REPUBLIC OF THE CONGO)

30 NOVEMBER 2010

JUDGMENT

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
QUALITÉS	1-14
I. CONTEXTE FACTUEL GÉNÉRAL	15-20
II. LA PROTECTION DES DROITS DE M. DIALLO EN TANT QU'INDIVIDU	21-98
A. La demande relative aux mesures d'arrestation et de détention prises à l'égard de M. Diallo en 1988-1989	24-48
B. La demande relative aux mesures d'arrestation, de détention et d'expulsion prises à l'égard de M. Diallo en 1995-1996	49-98
1. Les faits	49-62
2. L'examen des faits au regard du droit international applicable	63-98
a) <i>La violation alléguée de l'article 13 du Pacte et de l'article 12, paragraphe 4, de la Charte africaine</i>	64-74
b) <i>La violation alléguée de l'article 9, paragraphes 1 et 2, du Pacte et de l'article 6 de la Charte africaine</i>	75-85
c) <i>La violation alléguée de l'interdiction de soumettre une personne détenue à des mauvais traitements</i>	86-89
d) <i>La violation alléguée des dispositions de l'article 36, paragraphe 1, alinéa b), de la convention de Vienne sur les relations consulaires</i>	90-98
III. LA PROTECTION DES DROITS PROPRES DE M. DIALLO EN TANT QU'ASSOCIÉ DES SOCIÉTÉS AFRICOM-ZAÏRE ET AFRICONTAINERS-ZAÏRE	99-159
A. Le droit de prendre part aux assemblées générales et d'y voter	117-126
B. Les droits relatifs à la gérance	127-140
C. Le droit de surveiller et de contrôler les actes accomplis par la gérance	141-148
D. Le droit de propriété de M. Diallo sur ses parts sociales dans les sociétés Africom-Zaïre et Africontainers-Zaïre	149-159
IV. RÉPARATIONS	160-164
DISPOSITIF	165

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

ANNÉE 2010

2010
30 novembre
Rôle général
n° 103

30 novembre 2010

AHMADOU SADIO DIALLO

(RÉPUBLIQUE DE GUINÉE c. RÉPUBLIQUE DÉMOCRATIQUE DU CONGO)

Contexte factuel général.

Protection des droits de M. Diallo en tant qu'individu.

Recevabilité de la demande relative aux mesures d'arrestation et de détention prises à l'égard de M. Diallo en 1988-1989 — Moment auquel cette demande a été présentée au cours de l'instance — Objet des observations écrites en réponse aux exceptions préliminaires — Demande présentée pour la première fois dans la réplique — Article 40, paragraphe 1, du Statut — Articles 38, paragraphe 2, et 49, paragraphe 1, du Règlement — Définition de l'objet du différend par la requête — Question de savoir si la demande additionnelle est implicitement contenue dans la requête — Arrestations de 1988-1989 et de 1995-1996 effectuées dans des contextes et sur des bases juridiques différents — Demande nouvelle privant le défendeur du droit procédural fondamental de soulever des exceptions préliminaires — Particularité, à cet égard, de l'action en protection diplomatique — Question de savoir si la demande additionnelle découle directement de la question faisant l'objet de la requête — Faits plus ou moins similaires mais d'une nature différente — Faits connus du demandeur au moment du dépôt de la requête et antérieurs à ceux sur lesquels elle porte — Demande additionnelle irrecevable.

Demande relative aux mesures d'arrestation, de détention et d'expulsion prises à l'égard de M. Diallo en 1995-1996 — Faits sur lesquels les Parties s'accordent — Faits sur lesquels les Parties divergent — Charge de la preuve — Principes — Nature des faits et de l'obligation en cause — Appréciation par la Cour de la valeur de l'ensemble des éléments de preuve produits par les Parties et soumis au débat contradictoire.

Appréciation des faits par la Cour — Première période de détention ininterrompue — Deuxième période de détention en vue de l'expulsion — Menaces de mort non étayées par un quelconque commencement de preuve.

Violation alléguée de l'article 13 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et de l'article 12, paragraphe 4, de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples — Exigence selon laquelle l'expulsion doit être «conforme à la loi» — Portée — Interprétation de la Cour corroborée par le Comité des droits de l'homme et la commission africaine des droits de l'homme et des peuples — Interprétation de dispositions proches par la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour interaméricaine des droits de l'homme en cohérence avec celle de la Cour — Autorité habilitée, selon le droit de la RDC, à signer le décret d'expulsion — Ordonnance-loi zaïroise du 12 septembre 1983 relative à la police des étrangers — Acte constitutionnel du 9 avril 1994 — Interprétation du droit interne par les autorités nationales — Interprétation du droit interne par la Cour lorsque l'Etat en propose une manifestation erronée — Absence d'avis préalable de la commission nationale d'immigration — Absence de motivation du décret d'expulsion — Violation de l'article 13 du Pacte et de l'article 12, paragraphe 4, de la Charte africaine — Impossibilité pour M. Diallo de faire valoir les raisons militant contre son expulsion et de faire examiner son cas par l'autorité compétente — Absence de «raisons impérieuses de sécurité nationale» — Violation de l'article 13 du Pacte.

Violation alléguée de l'article 9, paragraphes 1 et 2, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et de l'article 6 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples — Dispositions applicables à toute forme d'arrestation et de détention décidée et exécutée par une autorité publique, même en dehors d'une procédure pénale — Indifférence, à cet égard, de la qualification de droit interne de la mesure d'éloignement forcé du territoire — Exigence selon laquelle la personne arrêtée doit être «informée de toute accusation portée contre elle» applicable à la seule procédure pénale — Arrestation et détention de M. Diallo en vue de son expulsion — Violation des exigences posées par l'article 15 de l'ordonnance-loi zaïroise du 12 septembre 1983 relative à la police des étrangers — Caractère arbitraire de l'arrestation et de la détention au vu du nombre et de la gravité des irrégularités les entachant — Violation de l'article 9, paragraphe 1, du Pacte, et de l'article 6 de la Charte africaine — Absence d'information quant aux raisons de l'arrestation — Violation de l'article 9, paragraphe 2, du Pacte.

Violation alléguée de l'interdiction de soumettre une personne détenue à des mauvais traitements — Articles 7 et 10, paragraphe 1, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ; article 5 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples — Prohibition des traitements inhumains et dégradants — Règle du droit international général devant être respectée par les Etats en toute circonstance et en dehors même de tout engagement conventionnel — Absence de preuve — Violation non établie.

Violation alléguée de l'article 36, paragraphe 1, alinéa b), de la convention de Vienne sur les relations consulaires — Disposition applicable à toute forme de privation de liberté, même en dehors du contexte pénal — Obligation d'informer spontanément et «sans retard» la personne arrêtée de son droit de solliciter l'assistance des autorités consulaires de son pays — Circonstance dans laquelle la personne arrêtée n'a pas demandé cette assistance et les autorités consulaires ont été informées par d'autres voies de son arrestation — Preuve non rapportée d'une information orale — Violation établie.

Violation alléguée du droit de propriété garanti par l'article 14 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples — Question relevant de l'appréciation du dommage subi par M. Diallo.

Protection des droits propres de M. Diallo en tant qu'associé des sociétés Africom-Zaïre et Africontainers-Zaïre.

Droit congolais relatif aux sociétés commerciales — Société privée à responsabilité limitée — Notion — Existence juridique des deux sociétés selon le droit interne — Rôle et participation de M. Diallo dans ces sociétés, en tant que gérant et associé — Distinction entre les atteintes alléguées aux droits des sociétés et celles relatives aux droits propres de l'associé — Arguments présentés par la Guinée.

Droit de prendre part aux assemblées générales des sociétés et d'y voter — Article 79 du décret congolais du 27 février 1887 sur les sociétés commerciales — Droit propre des associés — Absence de convocation des assemblées générales — Incidence sur le droit de prendre part et de voter — Obligation alléguée de tenir les assemblées générales sur le territoire de la RDC et convocation depuis l'étranger — Droit allégué de siéger en personne aux assemblées générales — Représentation de l'associé aux assemblées générales selon les articles 80 et 81 du décret du 27 février 1887 — Finalité de ces dispositions — Contrôle exercé par M. Diallo sur les sociétés — Mandat de représentation selon l'article 22 des statuts d'Africontainers-Zaïre — Distinction entre l'entrave mise à l'exercice d'un droit et la violation de celui-ci — Absence de violation du droit de prendre part aux assemblées générales des sociétés et d'y voter.

Droits relatifs à la gérance — Articles 64, 65 et 69 du décret du 27 février 1887 ; articles 14 et 17 des statuts d'Africontainers-Zaïre — Violation alléguée du droit de nommer un gérant — Responsabilité de la société, et non-droit de l'associé — Violation alléguée du droit d'être nommé gérant — Absence de violation, M. Diallo étant demeuré gérant — Violation alléguée du droit d'exercer les fonctions de gérant — Gestion journalière pouvant être confiée à des agents et mandataires selon le droit congolais et les statuts — Absence de violation — Violation alléguée du droit de ne pas être révoqué en tant que gérant — Conditions de révocation selon l'article 67 du décret du 27 février 1887 — Preuve de la révocation non établie — Absence de violation.

Droit de surveiller et de contrôler les actes accomplis par la gérance — Articles 71 et 75 du décret du 27 février 1887 ; article 19 des statuts d'Africontainers-Zaïre — Absence de violation.

Droit de propriété de M. Diallo sur ses parts sociales dans les sociétés Africom-Zaïre et Africontainers-Zaïre — Personnalité juridique de la société distincte de celle de ses actionnaires — Patrimoine de la société ne se confondant pas avec celui de l'associé, fût-il l'unique associé — Capital faisant partie du patrimoine de la société — Associés propriétaires des parts sociales, lesquelles représentent le capital sans se confondre avec lui — Droit des associés de percevoir un dividende ou tout autre montant en cas de liquidation des sociétés — Absence de preuve relative à la déclaration de dividendes ou à la liquidation des sociétés — Etendue des activités commerciales des sociétés n'ayant pas à être déterminée — Etat allégué de «faillite non déclarée» des sociétés n'ayant pas à être établi — Allégation d'expropriation indirecte non établie.

Réparations — Constatation judiciaire des violations non suffisante — Indemnisation — Délai de six mois pour parvenir à un accord sur le montant de l'indemnité devant être payée par la RDC à la Guinée à raison du dommage résultant des détentions et de l'expulsion illicites de M. Diallo en 1995-1996, y compris la perte de ses effets personnels qui en a découlé.

ARRÊT

Présents : M. OWADA, président ; M. TOMKA, vice-président ; MM. AL-KHASAWNEH, SIMMA, ABRAHAM, KEITH, SEPÚLVEDA-AMOR, BENNOUNA, SKOTNIKOV, CANÇADO TRINDADE, YUSUF, GREENWOOD, juges ; MM. MAHIOU, MAMPUYA, juges ad hoc ; M. COUVREUR, greffier.

En l'affaire Ahmadou Sadio Diallo,

entre

la République de Guinée,

représentée par

le colonel Siba Lohalamou, ministre de la justice, garde des sceaux,

comme chef de la délégation ;

Mme Djénabou Saïfon Diallo, ministre de la coopération ;

M. Mohamed Camara, premier conseiller chargé des questions politiques à l'ambassade de Guinée auprès des pays du Benelux et de l'Union européenne,

comme agent ;

M. Alain Pellet, professeur à l'Université Paris Ouest, Nanterre-La Défense, membre et ancien président de la Commission du droit international, associé de l'Institut de droit international,

comme agent adjoint, conseil et avocat ;

M. Mathias Forteau, professeur à l'Université Paris Ouest, Nanterre-La Défense, secrétaire général de la Société française pour le droit international,

M. Daniel Müller, chercheur au Centre de droit international de Nanterre (CEDIN), Université Paris Ouest, Nanterre-La Défense,

M. Jean-Marc Thouvenin, professeur à l'Université Paris Ouest, Nanterre-La Défense, directeur du Centre de droit international de Nanterre (CEDIN), avocat au barreau de Paris, cabinet Sygna Partners,

M. Luke Vidal, avocat au barreau de Paris, cabinet Sygna Partners,

M. Samuel Wordsworth, membre des barreaux d'Angleterre et de Paris, Essex Court Chambers,

comme conseils et avocats ;

S. Exc. M. Ahmed Tidiane Sakho, ambassadeur de la République de Guinée auprès des pays du Benelux et de l'Union européenne,

M. Alfred Mathos, agent judiciaire de l'Etat,

M. Hassan II Diallo, conseiller juridique du premier ministre de la République de Guinée,

M. Ousmane Diao Balde, directeur de la division juridique et consulaire au ministère des affaires étrangères,

M. André Saféla Leno, président de la chambre d'accusation de la Cour d'appel de Conakry,

S. Exc. M. Abdoulaye Sylla, ancien ambassadeur,

comme conseillers ;

M. Ahmadou Sadio Diallo,

et

la République démocratique du Congo,

représentée par

S. Exc. M. Henri Mova Sakanyi, ambassadeur de la République démocratique du Congo auprès du Royaume de Belgique, du Royaume des Pays-Bas et du Grand-Duché de Luxembourg,

comme agent et chef de la délégation ;

M. Tshibangu Kalala, professeur de droit international à l'Université de Kinshasa, avocat aux barreaux de Kinshasa et de Bruxelles, député au Parlement congolais,

comme coagent, conseil et avocat ;

M. Lwamba Katansi, professeur à l'Université de Kinshasa, conseiller juridique au cabinet du ministre de la justice et des droits humains,

Mme Corine Clavé, avocat au barreau de Bruxelles, cabinet Liedekerke-Wolters-Waelbroeck-Kirkpatrick,

M. Kadima Mukadi, avocat au barreau de Kinshasa, cabinet Tshibangu et associés,

M. Bukasa Kabeya, avocat au barreau de Kinshasa, cabinet Tshibangu et associés,

M. Kikangala Ngoie, avocat au barreau de Bruxelles,

M. Moma Kazimbwa Kalumba, avocat au barreau de Bruxelles, avocat-conseil de l'ambassade de la République démocratique du Congo à Bruxelles,

M. Tshimpangila Lufuluabo, avocat au barreau de Bruxelles,

Mme Mwenze Kisonga Pierrette, chef du service juridique et du contentieux à l'ambassade de la République démocratique du Congo à Bruxelles,

M. Kalume Mabingo, conseiller juridique à l'ambassade de la République démocratique du Congo à Bruxelles,

comme conseillers ;

M. Mukendi Tshibangu, chargé de recherches au cabinet Tshibangu et associés,

Mme Ali Feza, chargé d'études au cabinet du ministre de la justice et des droits humains,

M. Makaya Kiela, chargé d'études au cabinet du ministre de la justice et des droits humains,

comme assistants,

LA COUR,

ainsi composée,

après délibéré en chambre du conseil,

rend l'arrêt suivant :

1. Le 28 décembre 1998, le Gouvernement de la République de Guinée (dénommée ci-après la «Guinée») a déposé au Greffe de la Cour une requête introductive d'instance contre la République démocratique du Congo (ci-après la «RDC», dénommée Zaïre entre 1971 et 1997) au sujet d'un différend relatif à de «graves violations du droit international» alléguées avoir été commises «sur la personne d'un ressortissant guinéen». La requête était constituée de deux parties, chacune signée par le ministre des affaires étrangères guinéen. La première partie, intitulée «requête» (ci-après : «requête (première partie)»), contenait un exposé succinct de l'objet du différend, du titre de compétence de la Cour et des moyens de droits invoqués. La seconde partie, intitulée «mémoire de la République de Guinée» (ci-après : «requête (seconde partie)»), spécifiait les faits à l'origine du différend, développait les moyens de droit soulevés par la Guinée et indiquait les demandes de celle-ci.

Dans la requête (première partie), la Guinée soutenait que

«M. Diallo Ahmadou Sadio , homme d'affaires de nationalité guinéenne, a[vait] été, après trente-deux (32) ans passés en République démocratique du Congo, injustement incarcéré par les autorités de cet Etat, spolié de ses importants investissements, entreprises et avoirs mobiliers, immobiliers et bancaires puis expulsé.»

La Guinée y ajoutait que «[c]ette expulsion [était] intervenue à un moment où M. Ahmadou Sadio Diallo poursuivait le recouvrement d'importantes créances détenues par ses entreprises sur l'Etat et les sociétés pétrolières qu'il abrite et dont il est actionnaire». L'arrestation, la détention et l'expulsion de M. Diallo constituaient, entre autres, selon la Guinée, des violations

«[du] principe du traitement des étrangers selon «le standard minimum de civilisation», [de] l'obligation de respect de la liberté et de la propriété des étrangers, [et de] la reconnaissance aux étrangers incriminés du droit à un jugement équitable et contradictoire rendu par une juridiction impartiale».

Dans sa requête (première partie), la Guinée invoquait, pour fonder la compétence de la Cour, les déclarations par lesquelles les deux Etats ont accepté la juridiction obligatoire de celle-ci au titre du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut de la Cour.

2. Conformément au paragraphe 2 de l'article 40 du Statut, la requête a été immédiatement communiquée au Gouvernement de la RDC par le greffier ; et, conformément au paragraphe 3 de cet article, tous les Etats admis à ester devant la Cour ont été informés de la requête.

3. Par ordonnance du 25 novembre 1999, la Cour a fixé au 11 septembre 2000 la date d'expiration du délai pour le dépôt du mémoire de la Guinée et au 11 septembre 2001 la date d'expiration du délai pour le dépôt du contre-mémoire de la RDC. Par ordonnance du 8 septembre 2000, le président de la Cour, à la demande de la Guinée, a reporté au 23 mars 2001 la date d'expiration du délai pour le dépôt du mémoire ; la date d'expiration du délai pour le dépôt du contre-mémoire a été reportée, par la même ordonnance, au 4 octobre 2002. La Guinée a dûment déposé son mémoire dans le délai ainsi prorogé.

4. La Cour ne comptant sur le siège aucun juge de la nationalité des Parties, chacune d'elles s'est prévaluée du droit que lui confère le paragraphe 3 de l'article 31 du Statut de procéder à la désignation d'un juge *ad hoc* pour siéger en l'affaire. La Guinée a désigné M. Mohammed Bedjaoui, et la RDC a désigné M. Auguste Mampuya Kanunk'a-Tshiabo. Suite à la démission de M. Bedjaoui le 10 septembre 2002, la Guinée a désigné M. Ahmed Mahiou.

5. Le 3 octobre 2002, dans le délai prescrit au paragraphe 1 de l'article 79 du Règlement de la Cour dans sa version adoptée le 14 avril 1978, la RDC a soulevé des exceptions préliminaires portant sur la recevabilité de la requête de la Guinée. Conformément au paragraphe 3 de l'article 79 du Règlement, la procédure sur le fond a alors été suspendue. Par ordonnance du 7 novembre 2002, la Cour, compte tenu des circonstances particulières de l'espèce et de l'accord des Parties, a fixé au 7 juillet 2003 la date d'expiration du délai pour la présentation par la Guinée d'un exposé écrit contenant ses observations et conclusions sur les exceptions préliminaires soulevées par la RDC. La Guinée a déposé un tel exposé dans le délai fixé, et l'affaire s'est ainsi trouvée en état pour ce qui est des exceptions préliminaires.

6. La Cour a tenu des audiences sur les exceptions préliminaires soulevées par la RDC du 27 novembre au 1^{er} décembre 2006. Dans son arrêt du 24 mai 2007, la Cour a déclaré la requête de la République de Guinée recevable, d'une part, «en ce qu'elle a trait à la protection des droits de

M. Diallo en tant qu'individu» et, d'autre part, «en ce qu'elle a trait à la protection des droits propres de [celui-ci] en tant qu'associé des sociétés Africom-Zaïre et Africontainers-Zaïre». En revanche, la Cour a déclaré la requête de la République de Guinée irrecevable «en ce qu'elle a trait à la protection de M. Diallo pour les atteintes alléguées aux droits des sociétés Africom-Zaïre et Africontainers-Zaïre».

7. Par ordonnance du 27 juin 2007, la Cour a fixé au 27 mars 2008 la date d'expiration du délai pour le dépôt du contre-mémoire de la RDC. Cette pièce a été dûment déposée dans le délai ainsi prescrit.

8. Par ordonnance du 5 mai 2008, la Cour a autorisé la présentation d'une réplique par la Guinée et d'une duplique par la RDC, et a fixé respectivement au 19 novembre 2008 et au 5 juin 2009 les dates d'expiration des délais pour le dépôt de ces pièces. La réplique de la Guinée et la duplique de la RDC ont été dûment déposées dans les délais ainsi prescrits.

9. Conformément au paragraphe 2 de l'article 53 de son Règlement, la Cour a décidé, après s'être renseignée auprès des Parties, que des exemplaires des pièces de procédure et des documents annexés seraient rendus accessibles au public à l'ouverture de la procédure orale.

10. En raison des difficultés rencontrées dans le secteur du transport aérien à la suite de l'éruption volcanique s'étant produite en Islande dans le courant du mois d'avril 2010, les audiences publiques qui, selon le calendrier initialement arrêté, devaient se tenir du 19 au 23 avril 2010, ont eu lieu les 19, 26, 28 et 29 avril 2010. Au cours de ces audiences, ont été entendus en leurs plaidoiries et réponses :

Pour la Guinée : M. Mohamed Camara,
M. Luke Vidal,
M. Jean-Marc Thouvenin,
M. Mathias Forteau,
M. Sam Wordsworth,
M. Daniel Müller,
M. Alain Pellet.

Pour la RDC : M. Tshibangu Kalala.

11. A l'audience, des questions ont été posées aux Parties par des membres de la Cour, auxquelles il a été répondu oralement et par écrit conformément au paragraphe 4 de l'article 61 du Règlement.

*

12. Dans la requête (seconde partie), les demandes ci-après ont été formulées par la Guinée :

«*Au fond* : Ordonner aux autorités de la République démocratique du Congo à présenter des excuses officielles et publiques à l'Etat de Guinée pour les nombreux torts qu'elles lui ont causés en la personne de son ressortissant Ahmadou Sadio Diallo ;

Constater le caractère certain, liquide et exigible des créances réclamées ;

Constater que ces créances doivent être endossées par l'Etat congolais, conformément aux principes de la responsabilité internationale et de la responsabilité civile ;

Condamner l'Etat congolais à verser à l'Etat de Guinée, pour le compte de son ressortissant Diallo Ahmadou Sadio, les sommes de 31 334 685 888,45 dollars des Etats-Unis et 14 207 082 872,7 Z couvrant les préjudices financiers subis par ledit ressortissant ;

Verser également à l'Etat de Guinée des dommages-intérêts à hauteur de 15 % de la condamnation principale soit 4 700 202 883,26 dollars et 2 131 062 430,9 Z ;

Adjuger à l'Etat requérant les intérêts bancaires et moratoires aux taux respectifs de 15 % et 26 % l'an courant de la fin de l'année 1995 jusqu'à la date du parfait paiement ;

Condamner également ledit Etat à restituer au requérant tous les biens non valorisés répertoriés dans la rubrique des créances diverses ;

Ordonner à la République démocratique du Congo de présenter dans un délai d'un mois un échéancier acceptable de remboursement de ces montants ;

A défaut de production de cet échéancier dans le délai indiqué ou en cas d'irrespect de celui qui serait produit, autoriser l'Etat de Guinée à saisir les biens de l'Etat congolais partout où ils se trouvent jusqu'à concurrence du principal et de l'accessoire de la condamnation.

Mettre les frais et dépens de la présente procédure à la charge de l'Etat congolais.» (Les italiques sont dans l'original.)

13. Au cours de la procédure écrite, les conclusions ci-après ont été présentées par les Parties :

Au nom du Gouvernement de la Guinée,

dans le mémoire :

«La République de Guinée a l'honneur de conclure à ce qu'il plaise à la Cour internationale de Justice de dire et juger :

1. qu'en procédant à l'arrestation arbitraire et à l'expulsion de son ressortissant, M. Ahmadou Sadio Diallo, en ne respectant pas, à cette occasion, son droit à bénéficier des dispositions de la convention de Vienne de [1963] sur les relations consulaires, en le soumettant à un traitement humiliant et dégradant, en le privant

de l'exercice de ses droits de propriété et de direction des sociétés qu'il a fondées en RDC, en l'empêchant de poursuivre le recouvrement des nombreuses créances qui lui sont dues, à lui-même et auxdites sociétés, tant par la RDC elle-même que par d'autres co-contractants, en ne s'acquittant pas de ses propres dettes envers lui et envers ses sociétés, la République démocratique du Congo a commis des faits internationalement illicites qui engagent sa responsabilité envers la République de Guinée ;

2. que, de ce fait, la République démocratique du Congo est tenue à la réparation intégrale du préjudice subi par la République de Guinée en la personne de son ressortissant ;
3. que cette réparation doit prendre la forme d'une indemnisation couvrant l'ensemble des dommages causés par les faits internationalement illicites de la République démocratique du Congo, y compris le manque à gagner, et comprendre des intérêts.

La République de Guinée prie en outre la Cour de bien vouloir l'autoriser à présenter une évaluation du montant de l'indemnité qui lui est due à ce titre par la République démocratique du Congo dans une phase ultérieure de la procédure au cas où les deux Parties ne pourraient s'accorder sur son montant dans un délai de six mois suivant le prononcé de l'arrêt.»

dans la réplique :

«Pour les motifs exposés dans son mémoire et dans la présente réplique, la République de Guinée prie la Cour internationale de Justice de bien vouloir dire et juger :

1. Qu'en procédant à des arrestations arbitraires et à l'expulsion de son ressortissant, M. Ahmadou Sadio Diallo, en ne respectant pas, à cette occasion, son droit à bénéficier des dispositions de la convention de Vienne de 1963 sur les relations consulaires, en le soumettant à un traitement humiliant et dégradant, en le privant de l'exercice de ses droits de propriété, de contrôle et de direction des sociétés qu'il a fondées en RDC et dont il était l'unique associé, en l'empêchant de poursuivre à ce titre le recouvrement des nombreuses créances dues auxdites sociétés, tant par la RDC elle-même que par d'autres co-contractants, en procédant à l'expropriation de fait des propriétés de M. Diallo, la République démocratique du Congo a commis des faits internationalement illicites qui engagent sa responsabilité envers la République de Guinée ;
2. Que, de ce fait, la République démocratique du Congo est tenue à la réparation intégrale du préjudice subi par M. Diallo ou par la République de Guinée en la personne de son ressortissant ;
3. Que cette réparation doit prendre la forme d'une indemnisation couvrant l'ensemble des dommages causés par les faits internationalement illicites de la République démocratique du Congo, y compris le manque à gagner, et comprendre des intérêts.

La République de Guinée prie en outre la Cour de bien vouloir l'autoriser à présenter une évaluation du montant de l'indemnité qui lui est due à ce titre par la République démocratique du Congo dans une phase ultérieure de la procédure au cas où les deux Parties ne pourraient s'accorder sur son montant dans un délai de six mois suivant le prononcé de l'arrêt.»

in questa seconda fase la Guinea si attiene molto di più alla formula classica

Au nom du Gouvernement de la RDC,

dans le contre-mémoire :

«A la lumière des arguments susmentionnés et de l'arrêt de la Cour du 24 mai 2007 sur les exceptions préliminaires par lequel la Cour déclare la requête de la Guinée irrecevable en ce qu'elle a trait à la protection de M. Diallo pour les atteintes alléguées aux droits des sociétés Africom-Zaïre et Africontainers-Zaïre, l'Etat défendeur prie respectueusement la Cour de dire et juger que :

- 1) la République démocratique du Congo n'a pas commis de faits internationalement illicites envers la Guinée en ce qui concerne les droits individuels de M. Diallo en tant que personne ;
- 2) la République démocratique du Congo n'a pas commis de faits internationalement illicites envers la Guinée en ce qui concerne les droits propres de M. Diallo en tant qu'associé des sociétés Africom-Zaïre et Africontainers-Zaïre ;
- 3) en conséquence, la requête de la République de Guinée n'est pas fondée en fait et en droit.»

dans la duplique :

«Sous la réserve expresse de compléter et de commenter davantage ses moyens de fait et de droit et sans reconnaître aucune déclaration qui lui serait préjudiciable, l'Etat défendeur prie la Cour de dire et de juger que :

- 1) la République démocratique du Congo n'a pas commis de faits internationalement illicites envers la Guinée en ce qui concerne les droits individuels de M. Diallo en tant que personne ;
- 2) la République démocratique du Congo n'a pas commis de faits internationalement illicites envers la Guinée en ce qui concerne les droits propres de M. Diallo en tant qu'associé de la société Africontainers-Zaïre ou de prétendu associé de la société Africom-Zaïre ;
- 3) En conséquence, la requête de la République de Guinée n'est pas fondée en fait et en droit.»

14. Au cours de la procédure orale, les conclusions finales ci-après ont été présentées par les Parties :

Au nom du Gouvernement de la Guinée,

à l'audience du 28 avril 2010 :

«1. Conformément aux motifs exposés dans son mémoire, sa réplique et lors des plaidoiries orales qui s'achèvent, la République de Guinée prie la Cour internationale de Justice de bien vouloir dire et juger :

- a) qu'en procédant à des arrestations arbitraires et à l'expulsion de son ressortissant, M. Ahmadou Sadio Diallo, en ne respectant pas, à cette occasion, son droit à bénéficier des dispositions de la convention de Vienne de 1963 sur les relations consulaires, en le soumettant à un traitement humiliant et dégradant, en le privant

de l'exercice de ses droits de propriété, de contrôle et de direction des sociétés qu'il a fondées en RDC et dont il était l'unique associé, en l'empêchant de poursuivre à ce titre le recouvrement des nombreuses créances dues auxdites sociétés, tant par la RDC elle-même que par d'autres co-contractants, en procédant à l'expropriation de fait des propriétés de M. Diallo, la République démocratique du Congo a commis des faits internationalement illicites qui engagent sa responsabilité envers la République de Guinée ;

- b) que, de ce fait, la République démocratique du Congo est tenue à la réparation intégrale du préjudice subi par M. Diallo ou par la République de Guinée en la personne de son ressortissant ;
- c) que cette réparation doit prendre la forme d'une indemnisation couvrant l'ensemble des dommages causés par les faits internationalement illicites de la République démocratique du Congo, y compris le manque à gagner, et comprendre des intérêts.

molto meno
netta che nella
prima domanda

2. La République de Guinée prie en outre la Cour de bien vouloir l'autoriser à présenter une évaluation du montant de l'indemnité qui lui est due à ce titre par la République démocratique du Congo dans une phase ultérieure de la procédure au cas où les deux Parties ne pourraient s'accorder sur son montant dans un délai de six mois suivant le prononcé de l'arrêt.»

Au nom du Gouvernement de la RDC,

à l'audience du 29 avril 2010 :

«A la lumière des arguments susmentionnés et de l'arrêt de la Cour du 24 mai 2007 sur les exceptions préliminaires par lequel la Cour déclare la requête de la Guinée irrecevable en ce qu'elle a trait à la protection de M. Diallo pour les atteintes alléguées aux droits des sociétés Africom-Zaïre et Africontainers-Zaïre, l'Etat défendeur prie respectueusement la Cour de dire et juger que :

- 1) la République démocratique du Congo n'a pas commis de faits internationalement illicites envers la Guinée en ce qui concerne les droits individuels de M. Diallo en tant que personne ;
- 2) la République démocratique du Congo n'a pas commis de faits internationalement illicites envers la Guinée en ce qui concerne les droits propres de M. Diallo en tant qu'associé des sociétés Africom-Zaïre et Africontainers-Zaïre ;
- 3) en conséquence, la requête de la République de Guinée n'est pas fondée en fait et en droit et donc qu'aucune réparation n'est due.»

*

* *

I. CONTEXTE FACTUEL GÉNÉRAL

15. La Cour commencera par décrire brièvement le contexte factuel dans lequel s'inscrit la présente affaire, contexte qu'elle a déjà évoqué dans son arrêt sur les exceptions préliminaires en date du 24 mai 2007 (*Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2007 (II), p. 590-591, par. 13-15). Elle reviendra plus en détail sur chacun des faits pertinents lorsqu'elle examinera les prétentions juridiques qui s'y rattachent.

16. M. Ahmadou Sadio Diallo, citoyen guinéen, s'est installé en RDC en 1964. En 1974, il y a créé la société d'import/export Africom-Zaïre, une société privée à responsabilité limitée (ci-après : «SPRL») de droit zaïrois, enregistrée au registre du commerce de la ville de Kinshasa. En 1979, M. Diallo participa, en tant que gérant de la société Africom-Zaïre, à la création d'une SPRL de droit zaïrois spécialisée dans le transport de marchandises par conteneurs, la société Africontainers-Zaïre. Cette société fut enregistrée au registre du commerce de la ville de Kinshasa et M. Diallo en devint le gérant (voir paragraphes 105-113 ci-après).

17. A la fin des années quatre-vingt, les sociétés Africom-Zaïre et Africontainers-Zaïre intentèrent, par l'intermédiaire de leur gérant, M. Diallo, des recours à l'encontre de leurs partenaires commerciaux pour tenter de recouvrer diverses créances. Les différents litiges opposant Africom-Zaïre ou Africontainers-Zaïre à leurs partenaires commerciaux se poursuivirent tout au long des années quatre-vingt-dix et restent pour l'essentiel non résolus à ce jour (voir paragraphes 109, 114, 136 et 150 ci-après).

18. Le 25 janvier 1988, M. Diallo fut arrêté et incarcéré. Le 28 janvier 1989, le procureur général de Kinshasa ordonna la libération de M. Diallo après le classement pour «inopportunité de poursuites» du dossier judiciaire.

19. Le 31 octobre 1995, le premier ministre zaïrois prit un décret d'expulsion à l'encontre de M. Diallo. Le 5 novembre 1995, ce dernier fut arrêté et mis en détention en vue de son expulsion. Après avoir été remis en liberté et arrêté à nouveau, il fut finalement expulsé du territoire congolais le 31 janvier 1996 (voir paragraphes 50-60 ci-après).

20. Ayant déclaré, dans son arrêt du 24 mai 2007, la requête de la République de Guinée recevable, d'une part, «en ce qu'elle a trait à la protection des droits de M. Diallo en tant qu'individu» et, d'autre part, «en ce qu'elle a trait à la protection des droits propres de [celui-ci] en tant qu'associé des sociétés Africom-Zaïre et Africontainers-Zaïre» (voir paragraphe 6 ci-dessus), la Cour se penchera successivement, ci-après, sur la question de la protection des droits de M. Diallo en tant qu'individu (voir paragraphes 21-98) et sur celle de la protection des droits propres de celui-ci en tant qu'associé des sociétés Africom-Zaïre et Africontainers-Zaïre (voir paragraphes 99-159). Elle examinera ensuite, à la lumière des conclusions auxquelles elle sera parvenue sur ces questions, les demandes de réparation présentées par la Guinée dans ses conclusions finales (voir paragraphes 160-164).

II. LA PROTECTION DES DROITS DE M. DIALLO EN TANT QU'INDIVIDU

21. Dans le dernier état de ses conclusions, la Guinée soutient que M. Diallo a été victime, en 1988-1989, de mesures d'arrestation et de détention, de la part des autorités de la RDC, en violation du droit international, puis, en 1995-1996, de mesures d'arrestation, de détention et d'expulsion elles aussi contraires au droit international. Elle en conclut qu'elle est fondée à exercer la protection diplomatique, à cet égard, en faveur de son ressortissant.

22. La RDC soutient que la demande relative aux faits de 1988-1989 a été présentée tardivement et doit être par suite rejetée comme irrecevable. Subsidiairement, la RDC soutient que ladite demande doit être rejetée pour défaut d'épuisement des voies de recours internes ou, à défaut, rejetée au fond. La RDC conteste que le traitement subi par M. Diallo en 1995-1996 a violé ses obligations de droit international.

23. La Cour doit donc se prononcer d'abord sur l'argument de la RDC contestant la recevabilité de la demande relative aux faits de 1988-1989, avant de pouvoir, le cas échéant, examiner le bien-fondé de ladite demande. Elle devra ensuite examiner le bien-fondé des griefs invoqués par la Guinée au soutien de sa demande relative aux faits de 1995-1996, dont la recevabilité n'est plus en cause au stade actuel de la procédure.

A. La demande relative aux mesures d'arrestation et de détention prises à l'égard de M. Diallo en 1988-1989

24. Dans sa duplique, la RDC, après avoir affirmé que la Guinée n'aurait, selon elle, introduit son chef de conclusions relatif aux faits survenus en 1988-1989 que dans sa réplique, a contesté la recevabilité de cette demande dans les termes suivants :

«Il y a manifestement introduction d'une nouvelle demande par le biais de la réplique et changement subséquent de la requête à un stade inapproprié de la procédure. Cette nouvelle demande, qui n'a aucun lien avec la demande principale relative aux événements de 1995-1996 qui sont à la base du présent différend, ouvre à l'Etat [défendeur] le droit d'invoquer ici l'exception de non-épuisement des voies de recours internes disponibles dans l'ordre juridique congolais en ce qui concerne l'arrestation et la détention de 1988-1989.»

Cette objection a été réitérée par la RDC, en des termes voisins, dans le cadre de la procédure orale.

25. Ainsi formulée, l'objection de la défenderesse revient à contester pour deux motifs distincts, la recevabilité de la demande relative aux faits de 1988-1989 : en premier lieu, cette demande aurait été présentée par la Guinée à un stade de la procédure qui la rendrait tardive, eu égard à son absence de lien suffisant avec la demande présentée dans la requête introductive d'instance ; en second lieu, cette demande se heurterait, en tout état de cause, à l'exception tirée du défaut d'épuisement préalable, par M. Diallo, des voies de recours disponibles au sein de l'ordre juridique congolais.

26. La Cour doit examiner d'abord la première de ces deux fins de non-recevoir. Si elle conclut que la demande en cause est effectivement tardive, et doit être pour cette raison rejetée sans examen au fond, elle n'aura pas besoin d'aller plus loin. Si au contraire elle conclut que cette demande n'a pas été tardivement présentée, elle devra se demander si la RDC a le droit de soulever, à ce stade de la procédure, l'exception de non-épuisement des voies de recours internes et, dans l'affirmative, si cette exception est fondée.

*

27. Pour décider si la demande relative aux faits de 1988-1989 a été présentée tardivement, la Cour doit d'abord rechercher à quel moment, dans la présente instance, cette demande a été présentée pour la première fois.

28. Il y a lieu, d'abord, de relever qu'aucun élément de la requête introductive d'instance, en date du 28 décembre 1998, ne se réfère aux événements de 1988-1989.

Certes, dans l'«objet du différend» tel que le définit ladite requête, il est indiqué que M. Diallo a été «injustement incarcéré ... spolié ... puis expulsé». Mais il ressort clairement du document annexé à la requête (la requête (seconde partie), voir paragraphe 1 ci-dessus) que l'«incarcération» dont il s'agit est celle qui a commencé le 5 novembre 1995 et qui se serait terminée, après une brève interruption, selon la Guinée, par l'expulsion effective de M. Diallo le 31 janvier 1996 à l'aéroport de Kinshasa. Nulle part, ni dans la requête *stricto sensu* ni dans son document annexe, il n'est question de l'arrestation et de la détention subies par M. Diallo en 1988-1989.

29. Ces faits ne sont pas davantage mentionnés dans le mémoire déposé, en application de l'article 49, paragraphe 1, du Règlement, par la Guinée le 23 mars 2001. Ledit mémoire consacre à la description des faits qui ont donné naissance au différend des développements très substantiels. En ce qui concerne les faits constitutifs d'«arrestation» et de «détention», les événements de 1995-1996 sont précisément décrits, dans la section intitulée «les faits pertinents», alors que nulle mention n'est faite d'une détention subie par M. Diallo en 1988-1989. Sans doute, dans les «conclusions» finales du mémoire, est-il demandé à la Cour de dire qu'«en procédant à l'arrestation arbitraire et à l'expulsion de ... M. Ahmadou Sadio Diallo» la RDC a commis des faits qui engagent sa responsabilité internationale, sans autre précision quant à la date et à la nature de l'«arrestation arbitraire» en cause. Mais il est assez naturel que les «conclusions» qu'un mémoire doit contenir aux termes de l'article 49, paragraphe 1, du Règlement, n'entrent pas dans le détail des faits, puisqu'elles font suite à l'exposé des faits qu'exige également la même disposition du Règlement et qu'elles doivent se comprendre à la lumière de cet exposé. Au cas particulier, l'«arrestation arbitraire» mentionnée dans les conclusions du mémoire de la Guinée ne peut être que celle que M. Diallo aurait subie, selon la demanderesse, en 1995-1996 en vue de la mise à exécution du décret d'expulsion pris à l'encontre de l'intéressé en octobre 1995, et non pas celle que M. Diallo aurait subie en 1988-1989 et dont il n'est pas fait mention.

30. C'est seulement dans les observations écrites de la demanderesse en réponse aux exceptions préliminaires soulevées par la défenderesse, observations déposées le 7 juillet 2003, que sont mentionnées pour la première fois l'arrestation et la détention de M. Diallo en 1988-1989.

Encore faut-il relever que cette mention ne figure que dans le premier chapitre intitulé «Les faits pertinents», seulement dans le contexte du refus des autorités zaïroises de payer des sommes à Africom-Zaïre, et qu'il n'est plus question de ces événements dans les chapitres suivants consacrés à la discussion, en droit, des exceptions d'irrecevabilité soulevées par la RDC.

31. Aux yeux de la Cour, on ne saurait considérer que la demande relative aux faits de 1988-1989 a été présentée par la Guinée dans ses «observations écrites» du 7 juillet 2003. L'objet desdites observations était de répondre aux exceptions d'irrecevabilité de la défenderesse, conformément d'ailleurs aux prescriptions de l'article 79, paragraphe 5, du Règlement, dans sa version de 1978, applicable en l'espèce. En raison du caractère préliminaire de ces exceptions, lesquelles avaient été présentées par la RDC dans le délai qui lui avait été fixé pour déposer son contre-mémoire, la procédure sur le fond avait été suspendue à partir de la réception par le Greffe de l'acte contenant lesdites exceptions, en vertu de l'article 79, paragraphe 3, du Règlement, dans sa rédaction applicable à la présente instance. C'est pourquoi dans ses observations écrites du 7 juillet 2003 la Guinée se bornait à conclure, *in fine*, à ce que la Cour veuille bien «rejeter les exceptions préliminaires» et «déclarer la requête ... recevable». Se trouvant dans le cadre de la procédure incidente ouverte par les exceptions préliminaires de la RDC, la Guinée ne pouvait présenter aucune autre conclusion que celles qui portaient sur le mérite desdites exceptions et le sort que la Cour devait leur réserver. On ne peut, dans ces conditions, interpréter les «observations écrites» du 7 juillet 2003 comme introduisant dans le débat contentieux une demande additionnelle de l'Etat requérant. Il eût été, en outre, particulièrement difficile à la défenderesse, de parvenir à une telle interprétation, compte tenu de l'objet de la procédure incidente. On ne saurait donc s'étonner de ce que dans la procédure orale relative aux exceptions préliminaires, pas plus que dans son contre-mémoire, la RDC n'ait fait allusion aux faits allégués par la Guinée pour la période de 1988-1989.

32. La Guinée a présenté pour la première fois sa demande relative aux faits de 1988-1989 dans sa réplique, déposée le 19 novembre 2008, postérieurement à l'arrêt de la Cour statuant sur les exceptions préliminaires. La réplique expose en détail les circonstances de l'arrestation et de la détention de M. Diallo en 1988-1989, précise que cette «affaire ... fait indubitablement partie des faits illicites à raison desquels la Guinée entend engager la responsabilité internationale du défendeur», et indique pour la première fois quelles seraient, du point de vue de la demanderesse, les obligations internationales, notamment conventionnelles, qui auraient été violées par la défenderesse à l'occasion des actes en cause. De façon significative, alors que dans les conclusions terminales de son mémoire, la Guinée priait la Cour de juger «qu'en procédant à l'arrestation arbitraire et à l'expulsion de ... M. Ahmadou Sadio Diallo ... la RDC a commis des faits ... qui engagent sa responsabilité» (les italiques sont de la Cour), les conclusions de la réplique sont formulées à l'identique, à la différence près que les mots au singulier qui apparaissent en italiques ci-dessus sont remplacés par le pluriel : «des arrestations arbitraires».

33. En réponse à l'objection de la RDC tirée du caractère tardif de la demande qui est en discussion, la Guinée n'a donné aucune explication quant aux raisons pour lesquelles cette demande a été introduite à un stade si avancé de la procédure. Elle a fait cependant observer qu'au paragraphe 45 de son arrêt du 24 mai 2007, statuant sur les exceptions préliminaires soulevées par la défenderesse en la présente affaire, la Cour a indiqué que :

«dans son mémoire au fond, la Guinée a exposé en détail les violations du droit international que la RDC aurait commises à l'égard de M. Diallo. Elle y invoque ainsi, entre autres, le fait que M. Diallo aurait été arrêté et détenu de manière arbitraire à deux reprises, en 1988 d'abord, et en 1995 ensuite.» (C.I.J. Recueil 2007 (II), p. 600, par. 45.)

34. Dans le passage précité, la référence à l'arrestation et à la détention de 1988 — parmi les faits qui auraient été exposés dans le mémoire — est erronée. Cette **erreur factuelle** n'a eu aucune influence sur la conclusion à laquelle la Cour est parvenue en 2007, à savoir que la requête de la Guinée était recevable en tant qu'elle visait à exercer la protection diplomatique de M. Diallo à raison des atteintes alléguées à ses droits individuels. La Guinée n'a pas cherché à soutenir que la mention de l'année 1988 figurant au paragraphe 45 de l'arrêt de 2007 aurait un quelconque effet obligatoire à l'égard de la Cour au stade actuel de la procédure, et de toute évidence elle n'en a pas, puisque le dispositif de l'arrêt n'eût pas été différent si la mention erronée n'avait pas figuré dans le paragraphe précité.

35. Ayant déterminé à quel moment exact la demande relative aux faits de 1988-1989 a été introduite dans l'instance, la Cour est à présent en mesure de décider si cette demande doit être regardée comme tardive et par suite irrecevable. En effet, l'arrêt rendu le 24 mai 2007 sur les exceptions préliminaires de la RDC ne fait pas obstacle à ce que la défenderesse soulève à présent une objection tirée de ce que la demande additionnelle aurait été présentée tardivement, puisque ladite demande a été introduite, ainsi qu'il vient d'être dit, postérieurement à l'arrêt de 2007.

36. En ce qui concerne les demandes additionnelles introduites — par une partie requérante — en cours d'instance, la Cour a développé une jurisprudence à présent bien établie, qui prend appui sur les dispositions pertinentes du Statut et du Règlement, à savoir l'article 40, paragraphe 1, de celui-là, et les articles 38, paragraphe 2, et 49, paragraphe 1, de celui-ci.

37. L'article 40, paragraphe 1, du Statut de la Cour dispose que :

«1. Les affaires sont portées devant la Cour, selon le cas, soit par notification du compromis, soit par une requête, adressées au greffier ; dans les deux cas, *l'objet du différend et les parties doivent être indiqués.*» (Les italiques sont de la Cour.)

L'article 38, paragraphe 2, du Règlement de la Cour dispose que :

«2. La requête indique autant que possible les moyens de droit sur lesquels le demandeur prétend fonder la compétence de la Cour ; *elle indique en outre la nature précise de la demande et contient un exposé succinct des faits et moyens sur lesquels cette demande repose.*» (Les italiques sont de la Cour.)

L'article 49, paragraphe 1, du Règlement dispose que :

«1. Le mémoire contient un exposé des faits sur lesquels la demande est fondée, un exposé de droit *et les conclusions.*» (Les italiques sont de la Cour.)

38. La Cour a considéré ces dispositions comme «essentielles au regard de la sécurité juridique et de la bonne administration de la justice» (*Certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1992, p. 267, par. 69*). Elle a d'ailleurs relevé qu'elles figuraient déjà, en substance, dans le texte du Statut de la Cour permanente de Justice internationale adopté en 1920 et dans le texte du premier Règlement de la même Cour adopté en 1922 (*ibid.*).

39. Elle en a déduit que sont irrecevables les demandes additionnelles formulées en cours d'instance et qui auraient pour effet, si elles étaient prises en considération, de modifier «l'objet du différend initialement porté devant [la Cour] selon les termes de la requête» (*Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Honduras), arrêt, C.I.J. Recueil 2007 (II), p. 695, par. 108*). A cet égard, c'est la requête qui est pertinente, et le mémoire lui-même, «tout en pouvant éclaircir les termes de la requête, ne peut pas dépasser les limites de la demande qu'elle contient» (*Certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1992, p. 267, par. 69*, citant l'ordonnance de la Cour permanente du 4 février 1933 rendue en l'affaire relative à l'Administration du prince von Pless (ordonnance du 4 février 1933, C.P.J.I. série A/B n° 52, p. 14)). A fortiori, une demande formulée postérieurement au mémoire, comme dans la présente affaire, ne saurait modifier l'objet du différend tel qu'il est délimité par les termes de la requête.

40. Toutefois, la Cour a aussi précisé que «la nouveauté d'une demande n'est pas décisive en soi pour la question de la recevabilité», et que :

«[a]fin de déterminer si une nouvelle demande introduite en cours d'instance est recevable, [elle] doit se poser la question de savoir si, «bien que formellement nouvelle, la demande en question ne peut être considérée comme étant matériellement incluse dans la demande originelle»» (*Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Honduras), arrêt, C.I.J. Recueil 2007 (II), p. 695, par. 110*, citant partiellement *Certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1992, p. 265-266, par. 65*).

41. En d'autres termes, la demande nouvelle n'est pas irrecevable *ipso facto* ; ce qui est décisif, c'est la nature du lien entre cette demande et celle qui est formulée dans la requête introductive.

A cet égard, la Cour a aussi eu l'occasion de préciser que, pour conclure que la demande nouvelle était matériellement incluse dans la demande originelle, «il ne suffit pas qu'existent entre elles des liens de nature générale» (*Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Honduras), arrêt, C.I.J. Recueil 2007 (II), p. 695, par. 110*).

L'arrêt rendu en l'affaire relative à *Certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie)* (*exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1992*) a dégagé deux critères alternatifs, en se référant d'ailleurs à des affaires précédentes.

Il faut soit que la demande additionnelle soit implicitement contenue dans la requête (comme c'était le cas de l'une des conclusions finales du demandeur dans l'affaire du *Temple de Préah Vihear (Cambodge c. Thaïlande)* (voir *fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1962*, p. 36)), soit que cette demande découle directement de la question qui fait l'objet de la requête (comme ce fut le cas d'une des conclusions finales du Nicaragua dans l'affaire du *Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Honduras)* précitée, par. 114).

42. Ce sont ces critères que la Cour doit à présent mettre en œuvre en l'espèce, afin de déterminer si la demande de la Guinée relative aux faits survenus en 1988-1989, qui est «formellement nouvelle» par rapport à la demande initiale, est recevable.

43. Il ne paraît pas possible à la Cour de considérer que cette demande était «implicitement contenue» dans la demande initiale telle qu'exposée dans la requête. Si l'on met de côté les atteintes alléguées aux droits des sociétés possédées par M. Diallo, relativement auxquelles la requête a été jugée irrecevable par l'arrêt rendu sur les exceptions préliminaires, et les atteintes aux droits propres de M. Diallo comme associé, dont il sera question plus loin, la demande initiale portait sur les atteintes aux droits individuels de M. Diallo qui auraient résulté, selon la Guinée, des mesures d'arrestation, de détention et d'expulsion prises à son encontre en 1995-1996. On ne voit pas comment des allégations relatives à d'autres mesures d'arrestation et de détention, prises à un autre moment et dans un autre contexte, pourraient être regardées comme «implicitement contenues» dans la requête visant les faits de 1995-1996. Il en va d'autant plus ainsi que les arrestations subies par M. Diallo en 1988-1989, d'abord, et en 1995-1996, ensuite, sont intervenues sur des bases juridiques complètement différentes. Sa première détention a été subie dans le cadre d'une enquête criminelle, ouverte par le parquet général de Kinshasa du chef d'escroquerie. La seconde a été ordonnée aux fins de mettre à exécution un décret d'expulsion, c'est-à-dire dans le cadre d'une procédure administrative. Il en résulte, entre autres conséquences, que les règles internationales applicables — que la RDC est accusée d'avoir violées — sont partiellement différentes, et que les voies de recours internes dont l'épuisement préalable conditionne en principe l'exercice de la protection diplomatique sont également de nature différente.

44. Ce dernier point mérite spécialement de retenir l'attention. Dès lors que, comme il a été dit plus haut, la demande nouvelle n'a été introduite qu'au stade de la réplique, la défenderesse n'était plus en mesure de lui opposer des exceptions préliminaires, lesquelles ne pouvaient être présentées, selon les dispositions de l'article 79 du Règlement applicables à l'instance, que dans le délai fixé pour le dépôt du contre-mémoire (et ne peuvent l'être, selon les dispositions en vigueur depuis le 1^{er} février 2001, que dans les trois mois suivant le dépôt du mémoire). Or, le droit pour la partie défenderesse de présenter des exceptions préliminaires, c'est-à-dire des exceptions sur lesquelles la Cour est tenue de rendre un arrêt avant que ne s'engage le débat au fond (voir *Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. Royaume-Uni)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1998, p. 26, par. 47), est un droit procédural fondamental. Ce droit est lésé si l'Etat requérant présente une demande matériellement nouvelle postérieurement au contre-mémoire, c'est-à-dire à un moment où le défendeur peut encore soulever des objections à la recevabilité ou à la compétence, mais plus des exceptions préliminaires. C'est encore plus vrai dans une affaire de protection diplomatique si, comme en l'espèce, la demande additionnelle se rapporte à des faits au sujet desquels les voies de recours disponibles dans l'ordre interne sont différentes de celles qui pouvaient être mises en œuvre relativement aux faits en cause dans la demande initiale.

45. On ne saurait donc dire que la demande additionnelle relative aux faits de 1988-1989 était «implicitement contenue» dans la requête initiale.

46. Pour des raisons analogues, la Cour n'aperçoit aucune possibilité de considérer la demande nouvelle comme «découlant directement de la question qui fait l'objet de la requête». A l'évidence, le seul fait que deux questions sont proches par leur objet, en ce sens qu'elles portent sur des faits plus ou moins similaires et ont trait à des droits analogues, ne permet pas de conclure que l'une découle de l'autre. Au demeurant, comme il a déjà été souligné, les faits en cause dans les détentions subies par M. Diallo en 1988-1989 et en 1995-1996 sont d'une nature différente, le cadre juridique de droit interne est distinct dans chaque cas, et les droits garantis par le droit international sont loin de coïncider parfaitement. Il serait d'autant plus insolite de regarder la demande relative aux faits de 1988-1989 comme «découlant directement» de la question faisant l'objet de la requête, que les faits auxquels se rapporte cette demande, et qui étaient parfaitement connus de la Guinée à la date d'introduction de la requête, sont bien antérieurs à ceux au sujet desquels la requête a été présentée, dans sa partie relative à la violation alléguée des droits individuels de M. Diallo.

47. Pour l'ensemble des motifs qui précèdent, la Cour conclut que la demande relative aux mesures d'arrestation et de détention dont M. Diallo a fait l'objet en 1988-1989 est irrecevable.

48. Eu égard à la conclusion qui précède, il n'y a pas lieu pour la Cour de se demander si la RDC a le droit, au stade actuel de la procédure, d'opposer l'exception de non-épuisement des voies de recours internes à la demande en question, ni, dans l'affirmative, si cette exception est fondée.

B. La demande relative aux mesures d'arrestation, de détention et d'expulsion prises à l'égard de M. Diallo en 1995-1996

1. Les faits

49. Certains des faits relatifs aux mesures d'arrestation, de détention et d'expulsion prises à l'égard de M. Diallo entre octobre 1995 et janvier 1996 sont admis par les deux Parties ; d'autres, en revanche, sont controversés.

50. Les faits sur lesquels les deux Parties sont d'accord sont les suivants.

Un décret d'expulsion a été pris le 31 octobre 1995 à l'encontre de M. Diallo. Ce décret, signé par le premier ministre du Zaïre, était ainsi motivé : «la présence et la conduite [de M. Diallo] ont compromis et continuent à compromettre l'ordre public zaïrois, spécialement en matière économique, financière et monétaire».

Le 5 novembre 1995, à la suite de la décision précitée et en vue de sa mise à exécution, M. Diallo a été arrêté et placé en détention dans les locaux des services de l'immigration.

Le 10 janvier 1996, M. Diallo a été mis en liberté.

Le 31 janvier 1996, M. Diallo a été expulsé à destination d'Abidjan, par un vol au départ de l'aéroport de Kinshasa. Il a reçu notification d'un procès-verbal, établi le même jour, indiquant qu'il faisait l'objet d'une mesure de «refoulement pour séjour irrégulier».

51. En revanche, les Parties divergent nettement en ce qui concerne, d'une part, la situation de M. Diallo entre le 5 novembre 1995, date de sa première arrestation, et sa remise en liberté du 10 janvier 1996, et, d'autre part, sa situation pendant la période qui a séparé cette dernière date de son expulsion effective le 31 janvier 1996.

En ce qui concerne la première période, la Guinée soutient que M. Diallo est resté détenu de façon ininterrompue : il aurait ainsi subi une détention de soixante-six jours d'affilée. La RDC soutient au contraire que M. Diallo a été libéré dès le 7 novembre 1995 — soit deux jours après son arrestation — et placé sous surveillance. Selon la RDC, ayant repris ses activités nuisibles à l'ordre public, il aurait été arrêté à nouveau, à une date non précisée mais en tout cas non antérieure au 2 janvier 1996. Il aurait été remis en liberté une seconde fois le 10 janvier 1996, faute pour le service de l'immigration de pouvoir trouver un vol en partance pour Conakry dans le délai légal de huit jours suivant sa dernière arrestation. Ainsi, selon la RDC, M. Diallo n'aurait été détenu, au cours de la première période en cause, que deux jours une première fois et pas plus de huit jours une seconde fois.

En ce qui concerne la période allant du 10 janvier au 31 janvier 1996, la Guinée soutient que M. Diallo a été arrêté à nouveau le 14 janvier 1996, sur ordre du premier ministre congolais visant à la mise à exécution du décret d'expulsion, et maintenu en détention jusqu'à son renvoi à l'aéroport de Kinshasa le 31 janvier suivant, soit pendant encore dix-sept jours. La RDC, en revanche, affirme que M. Diallo est resté libre du 10 janvier au 25 janvier 1996, date à laquelle il a été interpellé pour être expulsé quelques jours plus tard, le 31 du même mois.

52. Les Parties divergent aussi sur la manière dont M. Diallo a été traité au cours de ses périodes de privation de liberté, encore que sur cet aspect du différend le désaccord porte moins sur les faits eux-mêmes que sur leur qualification. Selon la Guinée, M. Diallo aurait été détenu dans des conditions précaires et pénibles, il n'aurait pu être nourri que grâce aux visites que lui rendaient ses proches, et aurait subi des menaces de mort de la part des personnes chargées d'assurer sa garde. La RDC conteste ce dernier point ; pour le surplus, elle soutient que les conditions de détention de M. Diallo n'équivalaient pas à des traitements inhumains et dégradants contraires au droit international.

*

53. En présence d'un désaccord entre les Parties portant sur la matérialité des faits pertinents aux fins du jugement de l'affaire, la Cour doit d'abord s'interroger sur la question de la charge de la preuve.

54. En règle générale, il appartient à la partie qui allègue un fait au soutien de ses prétentions de faire la preuve de l'existence de ce fait (voir, en dernier lieu, l'arrêt rendu en l'affaire relative à des *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, arrêt du 20 avril 2010, par. 162).

Mais on aurait tort de considérer cette règle, inspirée de l'adage *onus probandi incumbit actori*, comme une règle absolue, applicable en toute circonstance. L'établissement de la charge de la preuve dépend, en réalité, de l'objet et de la nature de chaque différend soumis à la Cour ; il varie en fonction de la nature des faits qu'il est nécessaire d'établir pour les besoins du jugement de l'affaire.

55. En particulier, lorsque, comme en l'espèce, il est allégué qu'une personne n'a pas bénéficié, de la part d'une autorité publique, de certaines garanties procédurales auxquelles elle avait droit, on ne saurait, en règle générale, exiger du demandeur qu'il prouve le fait négatif qu'il invoque. Une autorité publique est en général à même de démontrer qu'elle a bien suivi les procédures appropriées et respecté les garanties exigées par le droit — si tel a été le cas — en produisant des documents qui font la preuve des actes qui ont été accomplis. Toutefois, on ne saurait déduire dans tous les cas, de ce que le défendeur n'est pas à même de prouver l'exécution d'une obligation procédurale, qu'il l'a méconnue : cela dépend beaucoup de la nature exacte de l'obligation en cause ; certaines supposent normalement l'établissement de documents écrits, d'autres pas. L'ancienneté des faits doit également être prise en compte.

56. C'est à la Cour qu'il appartient d'apprécier la valeur de l'ensemble des éléments de preuve produits par les deux parties et dûment soumis au débat contradictoire, en vue de parvenir à ses conclusions. En somme, quand il s'agit d'établir des faits tels que ceux qui sont en cause dans la présente affaire, aucune des parties ne supporte à elle seule la charge de la preuve.

57. C'est en s'inspirant des considérations qui précèdent que la Cour va à présent se prononcer sur les faits qui restent controversés entre les Parties.

*

58. La Cour n'est pas convaincue par l'allégation de la RDC selon laquelle M. Diallo aurait été libéré dès le 7 novembre 1995 pour n'être arrêté à nouveau qu'au début du mois de janvier 1996, avant d'être remis en liberté le 10 janvier. Cette appréciation s'appuie sur les raisons suivantes.

Deux documents figurent au dossier, qui prouvent l'incarcération de M. Diallo le 5 novembre 1995 et sa remise en liberté le 10 janvier 1996 : il s'agit du «billet d'écrou» portant la première de ces deux dates et du «billet de mise en liberté» portant la seconde. S'il était vrai, comme le prétend la RDC, qu'entre ces deux dates M. Diallo a été une première fois libéré puis de nouveau arrêté, on ne comprendrait guère que la défenderesse ait été incapable de produire des documents administratifs — ou quelque autre élément de preuve — de nature à établir la réalité de ces faits. Il est vrai que le 30 novembre 1995, soit à une date à laquelle selon la version des faits présentée par la RDC M. Diallo se trouvait en liberté, alors que selon les allégations de la Guinée il était incarcéré, l'intéressé a écrit une lettre au premier ministre et au ministre des finances zaïrois pour leur transmettre les dossiers des créances revendiquées par ses sociétés, dans laquelle il ne fait pas référence à sa détention. Mais l'existence de cette correspondance est loin de prouver, contrairement à ce que soutient la RDC, que M. Diallo se trouvait à cette date en liberté. Il est constant que M. Diallo a pu, au cours de ses périodes de privation de liberté, largement communiquer avec l'extérieur, et qu'il n'était pas empêché de correspondre par courrier. La lettre du 30 novembre 1995 n'est donc aucunement décisive.

59. En conséquence, la Cour conclut que M. Diallo est resté détenu du 5 novembre 1995 au 10 janvier 1996, soit soixante-six jours sans interruption.

60. En revanche, la Cour ne retient pas l'affirmation de la demanderesse selon laquelle M. Diallo aurait été à nouveau arrêté le 14 janvier 1996 et serait demeuré détenu jusqu'à son expulsion le 31 janvier suivant. Cette allégation, contestée par la défenderesse, n'est étayée par aucun commencement de preuve ; la Cour observe d'ailleurs que dans la procédure écrite la Guinée avait situé la date de cette prétendue arrestation au 17 et non au 14 janvier. La Cour ne saurait donc tenir pour établie la seconde période de détention d'une durée de dix-sept jours invoquée par la demanderesse. Toutefois, la RDC ayant admis que M. Diallo se trouvait détenu, au plus tard, le 25 janvier 1996, la Cour tiendra pour établi que l'intéressé a été détenu entre le 25 et le 31 janvier 1996.

61. Pas davantage la Cour ne peut-elle retenir les allégations de menaces de mort qui auraient été proférées à l'encontre de M. Diallo par ses gardiens, faute pour ces allégations d'être étayées par un quelconque commencement de preuve.

62. En ce qui concerne la question du respect par les autorités de la RDC de leurs obligations au titre de l'article 36, paragraphe 1, alinéa b), de la convention de Vienne sur les relations consulaires, les faits pertinents seront examinés plus loin, lorsque la Cour abordera cette question (voir paragraphes 90-97 ci-après).

2. L'examen des faits au regard du droit international applicable

63. La Guinée soutient que les conditions dans lesquelles M. Diallo a été arrêté, détenu et expulsé en 1995-1996 constituent une méconnaissance par la RDC de ses obligations internationales à plusieurs titres.

En premier lieu, l'expulsion de M. Diallo aurait méconnu l'article 13 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (ci-après le «Pacte») du 16 décembre 1966, auquel la Guinée et la RDC sont devenues parties respectivement le 24 avril 1978 et le 1^{er} février 1977, ainsi que l'article 12, paragraphe 4, de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (ci-après la «Charte africaine») du 27 juin 1981, entrée en vigueur pour la Guinée le 21 octobre 1986, et pour la RDC le 28 octobre 1987.

En deuxième lieu, l'arrestation et la détention de M. Diallo auraient violé l'article 9, paragraphes 1 et 2, du Pacte, ainsi que l'article 6 de la Charte africaine.

En troisième lieu, M. Diallo aurait subi des conditions de détention assimilables à des traitements inhumains ou dégradants prohibés par le droit international.

En quatrième lieu et enfin, M. Diallo n'aurait pas été informé, lors de son arrestation, de son droit à solliciter l'assistance consulaire de son pays, en violation de l'article 36, paragraphe 1, alinéa b), de la convention de Vienne sur les relations consulaires du 24 avril 1963, entrée en vigueur à l'égard de la Guinée le 30 juillet 1988 et à l'égard de la RDC le 14 août 1976.

La Cour examinera successivement le bien-fondé de chacune de ces assertions.

a) **La violation alléguée de l'article 13 du Pacte et de l'article 12, paragraphe 4, de la Charte africaine**

64. L'article 13 du Pacte est ainsi rédigé :

«Un étranger qui se trouve légalement sur le territoire d'un Etat partie au présent Pacte ne peut en être expulsé qu'en exécution d'une décision prise conformément à la loi et, à moins que des raisons impérieuses de sécurité nationale ne s'y opposent, il doit avoir la possibilité de faire valoir les raisons qui militent contre son expulsion et de faire examiner son cas par l'autorité compétente, ou par une ou plusieurs personnes spécialement désignées par ladite autorité, en se faisant représenter à cette fin.»

En termes voisins, l'article 12, paragraphe 4, de la Charte africaine dispose que :

«L'étranger légalement admis sur le territoire d'un Etat partie à la présente Charte ne pourra en être expulsé qu'en vertu d'une décision conforme à la loi.»

65. Il résulte des termes mêmes des deux dispositions précitées que l'expulsion d'un étranger qui se trouve légalement sur le territoire d'un Etat partie à ces instruments ne peut être compatible avec les obligations internationales de cet Etat qu'à la condition qu'elle soit prononcée conformément à «la loi», c'est-à-dire au droit national applicable en la matière. Le respect du droit interne conditionne ici, dans une certaine mesure, celui du droit international. Mais il est clair que si la «conformité à la loi» ainsi définie est une condition nécessaire du respect des dispositions précitées, elle n'en est pas la condition suffisante. D'une part, il faut que la loi nationale applicable soit elle-même compatible avec les autres exigences du Pacte et de la Charte africaine ; d'autre part, une expulsion ne doit pas revêtir un caractère arbitraire, la protection contre l'arbitraire étant au cœur des droits garantis par les normes internationales de protection des droits de l'homme, notamment celles contenues dans les deux traités applicables en l'espèce.

66. L'interprétation qui précède est pleinement corroborée par la jurisprudence du Comité des droits de l'homme institué par le Pacte en vue de veiller au respect de cet instrument par les Etats parties (voir, par exemple, en ce sens : *Maroufidou c. Suède*, n° 58/1979, par. 9.3 ; *Comité des droits de l'homme, observation générale n° 15 : situation des étrangers au regard du Pacte*).

Le Comité des droits de l'homme a, depuis sa création, développé une jurisprudence interprétative considérable, notamment à l'occasion des constatations auxquelles il procède en réponse aux communications individuelles qui peuvent lui être adressées à l'égard des Etats parties au premier Protocole facultatif, ainsi que dans le cadre de ses «Observations générales».

Bien que la Cour ne soit aucunement tenue, dans l'exercice de ses fonctions judiciaires, de conformer sa propre interprétation du Pacte à celle du Comité, elle estime devoir accorder une grande considération à l'interprétation adoptée par cet organe indépendant, spécialement établi en vue de superviser l'application de ce traité. Il en va de la nécessaire clarté et de l'indispensable cohérence du droit international ; il en va aussi de la sécurité juridique, qui est un droit pour les personnes privées bénéficiaires des droits garantis comme pour les Etats tenus au respect des obligations conventionnelles.

67. De même, lorsque la Cour est appelée, comme en l'espèce, à faire application d'un instrument régional de protection des droits de l'homme, elle doit tenir dûment compte de l'interprétation dudit instrument adopté par les organes indépendants qui ont été spécialement créés, si tel a été le cas, en vue de contrôler la bonne application du traité en cause. En l'espèce, l'interprétation de l'article 12, paragraphe 4, de la Charte africaine qui est retenue ci-dessus est conforme à la jurisprudence de la commission africaine des droits de l'homme et des peuples, instituée par l'article 30 de ladite Charte (voir, par exemple : *Kenneth Good c. République du Botswana*, n° 313/05, par. 204 ; *Organisation Mondiale Contre La Torture et Association Internationale des Juristes Démocrates, Commission Internationale des Juristes, Union Interafricaine des Droits de l'Homme c. Rwanda*, n° 27/89, 46/91, 49/91, 99/93).

68. La Cour note en outre que l'interprétation, par la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour interaméricaine des droits de l'homme, de l'article premier du protocole n° 7 et de l'article 22, paragraphe 6, respectivement, à la convention (européenne) de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de la convention américaine relative aux droits de l'homme — dont les dispositions sont proches, en substance, de celles du Pacte et de la Charte africaine que la Cour applique en la présente espèce — est en cohérence avec ce qui a été dit, au paragraphe 65 ci-dessus, à propos de ces dernières dispositions.

69. Selon la Guinée, la décision d'expulsion prise à l'encontre de M. Diallo a d'abord méconnu l'article 13 du Pacte et l'article 12, paragraphe 4, de la Charte africaine parce qu'elle n'a pas été prise en conformité avec le droit interne congolais pour trois raisons : elle aurait dû être signée par le président de la République et non par le premier ministre ; elle aurait dû être précédée de la consultation de la commission nationale d'immigration ; elle aurait dû exprimer les motifs de l'expulsion, ce qu'elle n'a pas fait.

70. La Cour n'est pas convaincue par le premier argument. Il est vrai que l'article 15 de l'ordonnance-loi zaïroise du 12 septembre 1983 relative à la police des étrangers, dans sa rédaction alors en vigueur, confiait au président de la République, et non au premier ministre, le pouvoir d'expulser un étranger. Mais la RDC expose que depuis l'entrée en vigueur de l'acte constitutionnel du 9 avril 1994, les pouvoirs conférés par des dispositions législatives particulières au président de la République ont été considérés comme transférés au premier ministre — alors même que ces dispositions n'auraient pas été formellement modifiées — en vertu de l'article 80, deuxième alinéa, de la nouvelle Constitution, qui prévoit que «le premier ministre exerce le pouvoir réglementaire par voie de décrets délibérés en Conseil des ministres».

La Cour rappelle qu'il appartient à chaque Etat, au premier chef, d'interpréter son droit interne. La Cour n'a pas, en principe, le pouvoir de substituer sa propre interprétation à celle des autorités nationales, notamment lorsque cette interprétation émane des plus hautes juridictions internes (voir, pour ce dernier cas, *Emprunts serbes*, arrêt n° 14, 1929, C.P.J.I. série A n° 20, p. 46 et *Emprunts brésiliens*, arrêt n° 15, 1929, C.P.J.I. série A n° 21, p. 124). Exceptionnellement, si un Etat propose de son droit interne une interprétation manifestement erronée, notamment afin d'en tirer avantage dans une affaire pendante, il appartient à la Cour de retenir l'interprétation qui lui paraît correcte.

71. Tel n'est pas le cas en l'espèce. L'interprétation de sa Constitution présentée par la RDC, d'où il résulte que l'article 80, deuxième alinéa, produit certains effets sur les lois déjà en vigueur à la date d'adoption de ladite Constitution, ne paraît pas manifestement erronée. Il n'a pas

été contesté que ladite interprétation a bien correspondu, à l'époque considérée, à la pratique générale des pouvoirs publics constitutionnels. La RDC a versé au dossier, à cet égard, plusieurs autres décrets d'expulsion pris à la même époque et tous signés par le premier ministre. Dès lors, même s'il serait théoriquement possible de discuter le bien-fondé de cette interprétation, il n'appartient certainement pas à la Cour d'adopter, pour les besoins du jugement de la présente affaire, une interprétation différente du droit interne congolais. On ne saurait donc conclure que le décret d'expulsion de M. Diallo n'a pas été pris «conformément à la loi» pour la raison qu'il a été signé par le premier ministre.

72. En revanche, la Cour est d'avis que ce décret n'a pas respecté les prescriptions de la législation congolaise pour deux autres raisons.

En premier lieu, il n'a pas été précédé de la consultation de la commission nationale d'immigration, dont l'avis est requis par l'article 16 de l'ordonnance-loi susmentionnée sur la police des étrangers avant toute mesure d'expulsion prise à l'encontre d'un étranger titulaire d'une carte de résidence. La RDC n'a contesté ni que la situation de M. Diallo le faisait entrer dans le champ d'application de cette disposition, ni que la consultation de la commission a été omise. Cette omission est corroborée par l'absence de visa de l'avis de la commission dans le décret, alors que tous les autres décrets d'expulsion versés au dossier visent expressément un tel avis, conformément d'ailleurs au même article 16 de l'ordonnance-loi qui dispose *in fine* que la décision «fait mention de la consultation de la commission».

En deuxième lieu, le décret d'expulsion aurait dû être «motivé» en vertu de l'article 15 de l'ordonnance-loi de 1983, c'est-à-dire indiquer les motifs de la décision prise. Or, force est de constater que la motivation générale et stéréotypée figurant dans le décret ne saurait être d'aucune manière regardée comme satisfaisant aux exigences de la législation. Le décret se borne à indiquer que «la présence et la conduite [de M. Diallo] ont compromis et continuent à compromettre l'ordre public zairois, spécialement en matière économique, financière et monétaire». La première partie de cette phrase ne fait que paraphraser la condition légale de toute mesure d'expulsion selon le droit congolais, puisque l'article 15 de l'ordonnance-loi de 1983 permet l'expulsion d'un étranger «qui, par sa présence ou par sa conduite, compromet ou menace de compromettre la tranquillité ou l'ordre public». Quant à la seconde partie, elle apporte certes un complément, mais d'une nature tellement vague qu'il ne permet pas du tout de savoir en raison de quelles activités la présence de M. Diallo a été estimée propre à menacer l'ordre public (dans le même sens, *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2008, p. 231, par. 152).

La formule employée par l'auteur du décret équivaut donc à une absence de motivation de la mesure d'expulsion.

73. La Cour conclut donc que sur deux points importants, relatifs à des garanties procédurales conférées aux étrangers par le droit congolais, et qui visent à protéger les personnes concernées contre le risque d'arbitraire, l'expulsion de M. Diallo n'a pas été prononcée «conformément à la loi».

En conséquence, indépendamment de la question de savoir si cette expulsion était justifiée sur le fond, question sur laquelle la Cour reviendra dans la suite du présent arrêt, la mesure litigieuse a violé l'article 13 du Pacte et l'article 12, paragraphe 4, de la Charte africaine.

74. En outre, la Cour estime que la Guinée est fondée à soutenir que le droit reconnu par l'article 13 à l'étranger qui est sous le coup d'une mesure d'expulsion de «faire valoir les raisons qui militent contre son expulsion et de faire examiner son cas par l'autorité compétente», n'a pas été respecté dans le cas de M. Diallo.

Il est constant, en effet, que ni avant la signature du décret d'expulsion du 31 octobre 1995, ni postérieurement à cette signature mais avant la mise à exécution dudit décret le 31 janvier 1996, M. Diallo n'a été mis en mesure de faire valoir sa défense devant une autorité publique compétente pour prendre en considération ses arguments et décider de la suite appropriée qu'il convenait de leur donner.

Certes, comme la RDC l'a relevé, l'article 13 du Pacte fait une exception au droit pour l'étranger de faire valoir ses raisons dans le cas où «des raisons impérieuses de sécurité nationale» s'y opposent. La défenderesse soutient que tel était précisément le cas en l'espèce. Mais elle n'a fourni à la Cour aucun élément tangible de nature à établir l'existence de ces «raisons impérieuses». Sans doute est-ce en principe aux autorités nationales qu'il appartient d'apprécier les motifs d'ordre public qui peuvent justifier l'adoption de telle ou telle mesure de police. Mais lorsqu'il s'agit d'écarter une importante garantie procédurale prévue par un traité international, on ne saurait s'en remettre purement et simplement à l'Etat en cause quant à l'appréciation des conditions qui permettent d'écarter, de manière exceptionnelle, ladite garantie. Il appartient à l'Etat de démontrer que les «raisons impérieuses» exigées par le Pacte existaient, ou à tout le moins que l'on pouvait conclure raisonnablement qu'elles existaient compte tenu des circonstances qui entouraient la mesure d'expulsion.

En l'espèce, une telle démonstration n'a pas été faite par la défenderesse.

Pour ce motif également, la Cour conclut que l'article 13 du Pacte a été violé eu égard aux conditions dans lesquelles M. Diallo a été expulsé.

b) La violation alléguée de l'article 9, paragraphes 1 et 2, du Pacte et de l'article 6 de la Charte africaine

75. Aux termes de l'article 9, paragraphes 1 et 2, du Pacte :

«1. 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.

2. Tout individu arrêté sera informé, au moment de son arrestation, des raisons de cette arrestation et recevra notification, dans le plus court délai, de toute accusation portée contre lui.»

Aux termes de l'article 6 de la Charte africaine :

«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.»

76. Selon la Guinée, les dispositions précitées ont été violées à l'occasion des arrestations et de la détention de M. Diallo en 1995-1996 aux fins de l'exécution du décret d'expulsion, pour plusieurs raisons.

En premier lieu, les privations de liberté qu'il a subies n'ont pas eu lieu «conformément à la procédure prévu[e] par la loi» au sens de l'article 9, paragraphe 1, du Pacte, ni «dans [les] conditions préalablement déterminé[e]s par la loi» au sens de l'article 6 de la Charte africaine.

En deuxième lieu, ces privations de liberté étaient «arbitraires» au sens de ces dispositions.

En troisième lieu, M. Diallo n'a pas été, au moment de ses arrestations, informé des raisons de celles-ci, ni n'a reçu notification des accusations portées contre lui, ce qui a constitué une violation de l'article 9, paragraphe 2, du Pacte.

La Cour examinera successivement le bien-fondé de chacune de ces assertions.

77. Au préalable, il y a lieu de faire une remarque d'ordre général. Les dispositions de l'article 9, paragraphes 1 et 2, du Pacte, ainsi que celles de l'article 6 de la Charte africaine, s'appliquent en principe à toute forme d'arrestation et de détention décidée et exécutée par une autorité publique, quelle que soit sa base juridique et la finalité qu'elle poursuit (voir en ce sens, en ce qui concerne le Pacte, l'observation générale du Comité des droits de l'homme n° 8, du 30 juin 1982, relative au droit à la liberté et à la sécurité de la personne (*Comité des droits de l'homme, Pacte, observation générale n° 8 : article 9 (droit à la liberté et à la sécurité de la personne)*)). Ces dispositions n'ont donc pas un champ d'application limité aux procédures pénales ; elles s'appliquent aussi, en principe, aux mesures privatives de liberté prises dans le cadre d'une procédure administrative, telles que celles qui peuvent être nécessaires dans le but de mettre à exécution une mesure d'éloignement forcé d'un étranger du territoire national. Dans cette dernière hypothèse, il importe peu que la mesure en cause soit qualifiée par le droit interne d'«expulsion» ou de «refoulement». Il n'en va autrement qu'en ce qui concerne l'exigence, qui figure au paragraphe 2 de l'article 9 du Pacte, que la personne arrêtée soit «informée de toute accusation» portée contre elle, exigence qui ne se comprend que dans le cadre d'une procédure de nature pénale.

78. La Cour en vient maintenant au premier des trois griefs de la Guinée, celui tiré de ce que l'arrestation et la détention de M. Diallo n'étaient pas conformes aux prescriptions de la loi de la RDC. Il y a lieu d'observer d'abord que l'arrestation de M. Diallo le 5 novembre 1995 et sa détention jusqu'au 10 janvier 1996 (voir paragraphe 58 ci-dessus) étaient destinées à permettre la mise à exécution du décret d'expulsion pris à son encontre le 31 octobre 1995. La seconde arrestation, intervenue au plus tard le 25 janvier 1996, visait aussi à l'exécution du même décret : la mention, figurant sur le procès-verbal notifié à l'intéressé le 31 janvier 1996, jour de son expulsion effective, d'un «refoulement» pour «séjour irrégulier» était manifestement erronée, comme la RDC, d'ailleurs, en convient.

79. L'article 15 de l'ordonnance-loi du 12 septembre 1983 relative à la police des étrangers, dans sa rédaction en vigueur à l'époque de l'arrestation et de la détention de M. Diallo, prévoyait que l'étranger «qui est susceptible de se soustraire à l'exécution» d'une mesure d'expulsion peut être incarcéré pour une durée initiale de quarante-huit heures, pouvant être «prorogée de

quarante-huit heures en quarante-huit heures, sans que la détention puisse dépasser huit jours». La Cour constate que l'arrestation et la détention de M. Diallo n'ont pas été conformes à ces dispositions. Rien n'indique que les autorités de la RDC ont cherché à déterminer si M. Diallo était «susceptible de se soustraire à l'exécution» du décret d'expulsion et, en conséquence, s'il était nécessaire de le placer en détention. Le fait qu'il n'ait pas cherché à se soustraire à l'expulsion après sa remise en liberté le 10 janvier 1996, laisse présumer qu'il n'y avait pas de nécessité réelle à sa détention. La longueur totale de la période au cours de laquelle il a été détenu — soixante-six jours à partir de sa première arrestation et au moins six jours supplémentaires à partir de la seconde arrestation — excède de beaucoup la durée maximale autorisée par l'article 15. En outre, la RDC n'a produit aucune preuve tendant à établir que sa détention a fait l'objet d'un réexamen toutes les quarante-huit heures, comme il est exigé par cette disposition.

80. La Cour estime également, en réponse au deuxième grief susmentionné (voir paragraphe 76 ci-dessus), que l'arrestation et la détention de M. Diallo ont été arbitraires au sens de l'article 9, paragraphe 1, du Pacte et de l'article 6 de la Charte africaine.

81. Certes, en principe, une arrestation et une détention visant à exécuter une décision d'expulsion prise par l'autorité compétente ne sauraient passer pour «arbitraires» au sens des textes précités, quand bien même la légalité de la décision d'expulsion pourrait prêter à contestation. Dès lors, le seul fait que le décret du 31 octobre 1995 n'a pas été pris, à certains égards, «conformément à la loi», comme la Cour l'a constaté plus haut à propos de l'article 13 du Pacte et de l'article 12, paragraphe 4, de la Charte africaine, ne suffit pas à rendre l'arrestation et la détention destinées à mettre à exécution ledit décret «arbitraires» au sens de l'article 9, paragraphe 1, du Pacte et de l'article 6 de la Charte africaine.

82. Toutefois, il y a lieu, en l'espèce, de tenir compte du nombre et de la gravité des irrégularités ayant entaché les détentions subies par M. Diallo. Comme il a été dit, il a été détenu pendant une durée particulièrement longue, sans qu'il apparaisse que les autorités aient même cherché à établir si sa détention était nécessaire.

En outre, la Cour ne peut que constater que non seulement le décret d'expulsion lui-même n'était pas motivé de façon suffisamment précise, ainsi qu'il a été relevé plus haut (voir paragraphe 72), mais que la RDC n'a jamais été à même, tout au long de la procédure, de fournir des motifs qui puissent être de nature à donner un fondement convaincant à l'expulsion de M. Diallo. Des allégations de «corruption» et d'autres infractions ont été formulées à son encontre, mais aucun élément concret n'a été présenté à la Cour de nature à étayer ces allégations. Ces accusations n'ont donné lieu à aucune poursuite devant les tribunaux, ni, *a fortiori*, à aucune condamnation. En outre, il est difficile de ne pas percevoir un lien entre l'expulsion de M. Diallo et le fait qu'il ait tenté d'obtenir le recouvrement des créances qu'il estimait être dues à ses sociétés par, notamment, l'Etat zaïrois ou des entreprises dans lesquelles ce dernier détient une part importante du capital, en saisissant à cette fin les juridictions civiles. Dans ces conditions, l'arrestation et la détention visant à permettre l'exécution d'une telle mesure d'expulsion, qui ne repose sur aucun fondement défendable, ne peuvent qu'être qualifiées d'arbitraires au sens de l'article 9, paragraphe 1, du Pacte et de l'article 6 de la Charte africaine.

83. Enfin, la Cour en vient à l'examen du grief relatif à l'article 9, paragraphe 2, du Pacte précité.

Pour les raisons exposées plus haut (voir paragraphe 77), la Guinée ne saurait utilement soutenir qu'au moment de chacune de ses arrestations (en novembre 1995 et janvier 1996) M. Diallo n'aurait pas été informé des «accusation[s] portée[s] contre lui» comme l'aurait exigé, selon la demanderesse, l'article 9, paragraphe 2. Cette disposition particulière de l'article 9 ne s'applique que dans le cas où une personne est arrêtée dans le cadre d'une procédure pénale ; tel n'était pas le cas de M. Diallo.

84. En revanche, la Guinée est fondée à soutenir que le droit de M. Diallo d'être «informé, au moment de son arrestation, des raisons de cette arrestation» — droit qui est garanti en toute matière, quel que soit le motif de l'arrestation — a été méconnu.

La RDC n'a produit aucun document ni aucun autre élément de preuve de nature à établir que le décret d'expulsion aurait été notifié à M. Diallo au moment de son arrestation le 5 novembre 1995, ni qu'il aurait été informé de quelque manière, à ce moment, de la raison pour laquelle il était arrêté. Bien que le décret d'expulsion manquât lui-même d'une motivation précise comme il a été dit (voir paragraphe 72), la notification de ce décret au moment de l'arrestation de M. Diallo aurait constitué une information suffisante, aux fins de l'article 9, paragraphe 2, précité, des raisons de cette arrestation, puisqu'elle aurait indiqué à l'intéressé qu'il était arrêté pour les besoins d'une procédure d'expulsion et lui aurait permis, le cas échéant, d'engager les procédures appropriées en vue de contester la légalité du décret. Mais aucune information de ce genre ne lui a été fournie ; la RDC, qui devrait être à même de prouver la date de la notification du décret à M. Diallo, n'a présenté aucune preuve à cet effet.

85. Il en va de même de l'arrestation de M. Diallo en janvier 1996. A cette date, il n'a pas été davantage établi que l'intéressé ait été informé de ce qu'il était éloigné par la contrainte du territoire congolais en exécution d'un décret d'expulsion. De plus, le jour de son renvoi effectif, il lui a été fourni l'information erronée qu'il était «refoulé» en raison de sa «situation irrégulière» (voir paragraphe 50 ci-dessus). Dans ces conditions, l'exigence d'information prévue à l'article 9, paragraphe 2, du Pacte, n'a pas non plus été respectée à cette occasion.

c) La violation alléguée de l'interdiction de soumettre une personne détenue à des mauvais traitements

86. La Guinée soutient que M. Diallo a été soumis à des mauvais traitements durant sa détention, dus aux conditions particulièrement pénibles de celle-ci, au fait qu'il aurait été privé de son droit de communiquer avec ses avocats et avec l'ambassade de Guinée, et au fait qu'il aurait reçu des menaces de mort de la part de ses gardiens.

87. La demanderesse invoque à cet égard l'article 10, paragraphe 1, du Pacte, aux termes duquel : «Toute personne privée de sa liberté est traitée avec humanité et avec le respect de la dignité inhérente à la personne humaine.»

Sont également pertinentes, en la matière, les dispositions de l'article 7 du Pacte, selon lesquelles «[n]ul ne sera soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants», et celles de l'article 5 de la Charte africaine, aux termes desquelles «[t]out individu a droit au respect de la dignité inhérente à la personne humaine».

Il est certain, en outre, que la prohibition des traitements inhumains ou dégradants fait partie des règles du droit international général que les Etats sont tenus de respecter en toute circonstance, et en dehors même de tout engagement conventionnel.

88. La Cour constate, toutefois, que la Guinée n'a pas démontré de façon suffisamment convaincante que M. Diallo aurait été soumis lors de sa détention à de tels traitements.

L'allégation selon laquelle il aurait reçu des menaces de mort n'est étayée par aucune preuve. Il semble bien que M. Diallo ait pu communiquer avec ses proches et ses avocats sans rencontrer de grandes difficultés, et même si cela n'avait pas été le cas, de telles entraves n'auraient pas constitué par elles-mêmes des traitements prohibés par l'article 10, paragraphe 1, du Pacte et par le droit international général. La question des communications de M. Diallo avec les autorités guinéennes est distincte de celle du respect des dispositions présentement examinées et sera abordée au point suivant, en relation avec l'article 36, paragraphe 1, alinéa b), de la convention de Vienne sur les relations consulaires. Enfin, la circonstance que M. Diallo était nourri grâce aux vivres que ses proches lui apportaient sur son lieu de détention — ce que la RDC ne conteste pas — ne suffit pas à établir en elle-même l'existence de mauvais traitements, dès lors que l'accès des proches à la personne privée de liberté n'était pas entravé.

89. En conclusion, la Cour estime qu'il n'a pas été démontré que M. Diallo ait été soumis à des traitements prohibés par l'article 10, paragraphe 1, du Pacte.

d) La violation alléguée des dispositions de l'article 36, paragraphe 1, alinéa b), de la convention de Vienne sur les relations consulaires

90. Aux termes de l'article 36, paragraphe 1, alinéa b), de la convention de Vienne sur les relations consulaires :

«Si l'intéressé en fait la demande, les autorités compétentes de l'Etat de résidence doivent avertir sans retard le poste consulaire de l'Etat d'envoi lorsque, dans sa circonscription consulaire, un ressortissant de cet Etat est arrêté, incarcéré ou mis en état de détention préventive ou toute autre forme de détention. Toute communication adressée au poste consulaire par la personne arrêtée, incarcérée ou mise en état de détention préventive ou toute autre forme de détention doit également être transmise sans retard par lesdites autorités. Celles-ci doivent sans retard informer l'intéressé de ses droits aux termes du présent alinéa.»

91. Ces dispositions sont applicables, comme cela ressort de leurs termes mêmes, à toute privation de liberté quelle qu'en soit la nature, même en dehors de tout contexte de recherche des auteurs d'une infraction pénale. Elles sont donc applicables en l'espèce, ce que la RDC ne conteste pas.

92. Selon la Guinée, les dispositions précitées auraient été méconnues à l'occasion des arrestations de M. Diallo en novembre 1995 et janvier 1996, parce qu'il n'aurait pas alors été informé «sans retard» de son droit de solliciter l'assistance des autorités consulaires de son pays.

93. Tout au long de la procédure écrite et lors du premier tour des plaidoiries, la RDC n'a pas contesté l'exactitude, sur ce point, des allégations de la Guinée ; elle n'a pas cherché à établir, ni même prétendu, que l'information requise par la dernière phrase de la disposition précitée avait été fournie à M. Diallo, et qu'elle l'avait été «sans retard» comme il est exigé par le texte.

La défenderesse a répondu au grief de la demanderesse en mettant en avant deux arguments : d'une part, la Guinée n'a pas apporté la preuve que M. Diallo avait demandé aux autorités congolaises d'avertir sans retard le poste consulaire de Guinée de sa situation ; d'autre part, l'ambassadeur de Guinée à Kinshasa était au courant de l'arrestation et de la détention de M. Diallo, comme le prouvent les démarches qu'il a accomplies en sa faveur.

94. C'est seulement en réponse à la question posée par un juge lors de l'audience du 26 avril 2010 que la RDC a affirmé pour la première fois qu'elle avait «informé oralement M. Diallo aussitôt après sa détention de la possibilité de solliciter l'assistance consulaire de son Etat» (réponse écrite de la RDC remise au Greffe le 27 avril 2010, confirmée oralement à l'audience du 29 avril, lors du second tour de plaidoiries).

95. La Cour constate que les deux arguments mis en avant par la RDC jusqu'au second tour de plaidoiries sont dépourvus de pertinence. C'est aux autorités de l'Etat qui procède à l'arrestation qu'il appartient d'informer spontanément la personne arrêtée de son droit à demander que son consulat soit averti ; le fait que cette personne n'ait rien demandé de tel, non seulement ne justifie pas le non-respect de l'obligation d'informer qui est à la charge de l'Etat qui procède à l'arrestation, mais pourrait bien s'expliquer justement, dans certains cas, par le fait que cette personne n'a pas été informée de ses droits à cet égard (*Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2004 (I), p. 46, par. 76). Par ailleurs, le fait que les autorités consulaires de l'Etat de nationalité de la personne arrêtée aient été informées par d'autres voies de l'arrestation de cette personne ne fait pas disparaître la violation de l'obligation d'informer celle-ci «sans retard» de ses droits, lorsque cette violation a été commise.

96. Quant à l'affirmation de la RDC, présentée dans les conditions ci-dessus décrites, selon laquelle M. Diallo avait été «informé oralement» de ses droits dès le moment où il a été arrêté, la Cour ne peut manquer de relever qu'elle est arrivée très tard dans la procédure, alors que ce point était en cause depuis le début, et qu'elle n'est pas assortie du moindre élément de nature à la corroborer. La Cour ne saurait donc lui prêter crédit.

97. En conséquence, la Cour conclut qu'il y a eu violation, de la part de la RDC, de l'article 36, paragraphe 1, alinéa b), de la convention de Vienne sur les relations consulaires.

*

98. La Guinée a soutenu par ailleurs que l'expulsion de M. Diallo, étant donné les conditions dans lesquelles elle avait été mise à exécution, a violé son droit de propriété, garanti par l'article 14 de la Charte africaine, parce que l'intéressé a été contraint de quitter le territoire congolais en y laissant la plus grande partie de ses biens.

De l'avis de la Cour, cet aspect du différend se rapporte moins à la question de la licéité de l'expulsion de M. Diallo au regard des obligations internationales de la RDC, qu'à celle du dommage que M. Diallo a subi du fait des actes internationalement illicites dont il a été victime. La Cour l'examinera donc plus loin dans le présent arrêt, dans le cadre de la question de la réparation due par la défenderesse (voir paragraphes 160-164 ci-après).

III. LA PROTECTION DES DROITS PROPRES DE M. DIALLO EN TANT QU'ASSOCIÉ DES SOCIÉTÉS AFRICOM-ZAÏRE ET AFRICONTAINERS-ZAÏRE

99. Africom-Zaïre et Africontainers-Zaïre sont deux personnes morales de droit zaïrois constituées en sociétés privées à responsabilité limitée (SPRL) et inscrites au registre du commerce de la ville de Kinshasa. La SPRL étant une forme de société commerciale propre aux systèmes de droit civil et n'ayant pas d'équivalent précis dans les systèmes de *common law*, la Cour reprendra, dans la version anglaise du présent arrêt, certaines expressions françaises utilisées en droit congolais, à savoir «parts sociales», «associé», «gérant», «gérance» et «gérant associé». Le capital d'une SPRL est divisé en «parts sociales» égales entre elles. Aux termes de l'article 36 du décret de l'Etat indépendant du Congo du 27 février 1887 sur les sociétés commerciales, tel qu'amendé par le décret du 23 juin 1960 (ci-après : «le décret de 1887»), ces parts sont nominatives et non librement transmissibles. Elles sont en outre «uniformes», c'est-à-dire qu'elles confèrent à leurs détenteurs (dénommés «associés» : voir, par exemple, les articles 43, 44, 45 et 51 du décret de 1887) des droits égaux. La gestion (ou «gérance») d'une SPRL est confiée à un mandataire dénommé «gérant», lequel peut, le cas échéant, être un associé (on parle en ce cas de «gérant associé»).

100. Dans son arrêt du 24 mai 2007, la Cour a indiqué qu'elle n'avait pas «à déterminer, [au] stade [des exceptions préliminaires], quels [étaient] les droits spécifiques qui s'attach[ai]ent au statut d'associé et quels [étaient] ceux qui s'attach[ai]ent aux fonctions de gérant d'une SPRL, en droit congolais», mais que ce serait,

«le cas échéant, au stade du fond qu'elle aura[it] à définir la nature et le contenu précis de ces droits, ainsi que leurs limites. C[e serait] à ce stade de la procédure encore qu'il reviendra[it], le cas échéant, à la Cour d'apprécier les effets sur ces divers droits des mesures prises à l'encontre de M. Diallo.» (*C.I.J. Recueil 2007 (II)*, p. 606, par. 66.)

101. Dans ses conclusions finales, la Guinée a prié la Cour de dire que, s'agissant des droits propres de M. Diallo en tant qu'associé, la RDC était l'auteur de plusieurs faits internationalement illicites qui engageaient sa responsabilité envers elle. En particulier, elle a prétendu que la RDC avait manqué à ses obligations internationales en

«privant [M. Diallo] de l'exercice de ses droits de propriété, de contrôle et de direction des sociétés qu'il a[vait] fondées en RDC et dont il était l'unique associé, en l'empêchant de poursuivre à ce titre le recouvrement des nombreuses créances dues auxdites sociétés, tant par la RDC elle-même que par d'autres co-contractants [et] en procédant à l'expropriation de fait des propriétés de M. Diallo».

102. Dans ses conclusions finales, la RDC a, au contraire, réaffirmé qu'elle n'était l'auteur d'aucun fait internationalement illicite envers la Guinée en ce qui a trait aux droits propres de M. Diallo en tant qu'associé des sociétés Africom-Zaïre et Africontainers-Zaïre.

*

103. Avant d'examiner les diverses allégations formulées à cet égard par les Parties, la Cour doit éclaircir certaines questions relatives à l'existence juridique des deux sociétés, d'une part, et au rôle et à la participation de M. Diallo dans celles-ci, d'autre part. En effet, comme la Cour l'a établi dans son arrêt du 24 mai 2007, les droits des associés sont «des droits propres de [ceux]-ci dans [leur] relation avec la personne morale» (*C.I.J. Recueil 2007 (II)*, p. 606, par. 64 ; les italiques sont de la Cour). En d'autres termes, les droits propres des associés existent parce que les sociétés constituent des «individualités juridiques distinctes de celles des associés» (ainsi qu'indiqué à l'article premier du décret congolais du 27 février 1887 sur les sociétés commerciales), et ces droits sont ceux des associés dans leur relation avec la société dont ils détiennent des parts. En l'espèce, il importe tout particulièrement de clarifier les questions de l'existence juridique des sociétés et de la participation et du rôle de M. Diallo dans celles-ci, puisque, selon la Guinée, M. Diallo en était l'unique gérant aussi bien que, directement ou indirectement, l'unique associé. Comme la Cour l'a relevé dans son arrêt du 24 mai 2007, la Guinée soutient que, «en fait comme en droit, il était à peu près impossible de distinguer M. Diallo de ses sociétés» (*C.I.J. Recueil 2007 (II)*, p. 604, par. 56). La RDC considère, quant à elle, que le nombre de parts détenues par M. Diallo dans la société Africom-Zaïre n'a jamais été établi de manière incontestable ; elle ajoute que les deux sociétés continuent officiellement d'exister et qu'elles doivent donc être distinguées de M. Diallo en tant qu'associé. En outre, la RDC affirme que les deux sociétés, faute d'activité économique, se trouvaient, avant l'expulsion de M. Diallo, en situation de «faillite non déclarée» depuis de nombreuses années.

104. Pour déterminer quels étaient les droits de M. Diallo en tant qu'associé des sociétés Africom-Zaïre et Africontainers-Zaïre, et s'il a été contrevenu à ces droits, la Cour devra en premier lieu examiner la question de l'existence et de la structure de ces sociétés en droit congolais. Ainsi qu'elle l'a déclaré dans l'affaire de la *Barcelona Traction* :

«Dans ce domaine, le droit international est appelé à reconnaître des institutions de droit interne qui jouent un rôle important et sont très répandues sur le plan international ... Cela veut ... dire que le droit international a dû reconnaître dans la société anonyme une institution créée par les Etats en un domaine qui relève essentiellement de leur compétence nationale. Cette reconnaissance nécessite que le droit international se réfère aux règles pertinentes du droit interne, chaque fois que se posent des questions juridiques relatives aux droits des Etats qui concernent le traitement des sociétés et des actionnaires et à propos desquels le droit international n'a pas fixé ses propres règles.» (*Affaire de la Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique c. Espagne), deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1970*, p. 33-34, par. 38.)

Dans son arrêt du 24 mai 2007, la Cour a déjà conclu que les droits propres de M. Diallo en tant qu'associé «[étaient] définis par le droit interne» de la RDC en tant qu'Etat où les sociétés avaient été constituées (*C.I.J. Recueil 2007 (II)*, p. 606, par. 64), et qu'il convenait de se référer en particulier au décret congolais du 27 février 1887 sur les sociétés commerciales «afin de préciser la nature juridique des sociétés Africom-Zaïre et Africontainers-Zaïre» (*ibid.*, p. 605, par. 62).

105. Dans son arrêt du 24 mai 2007, la Cour a relevé que, en vertu du décret du 27 février 1887, les SPRL sont des sociétés «que forment des personnes, n’engageant que leur apport, qui ne [font] pas publiquement appel à l’épargne et dont les parts [sociales] obligatoirement uniformes et nominatives ne sont pas librement transmissibles» (article 36 du décret du 27 février 1887 sur les sociétés commerciales ; *C.I.J. Recueil 2007 (II)*, p. 594, par. 25 ; voir paragraphe 99 ci-dessus). La Cour a également indiqué ce qui suit :

«[L]e droit congolais attribue à la SPRL une personnalité juridique indépendante et distincte de celle des associés, notamment en ce que le patrimoine des associés est complètement séparé de celui de la société, et que ceux-ci ne sont responsables des dettes de la société qu’à hauteur de leur apport à celle-ci. Il en découle que les créances et les dettes de la société à l’égard des tiers relèvent respectivement des droits et des obligations de celle-ci. Ainsi que l’a souligné la Cour dans l’affaire de la *Barcelona Traction* : «Tant que la société subsiste, l’actionnaire n’a aucun droit à l’actif social.» (*C.I.J. Recueil 1970*, p. 34, par. 41.) Cela demeure la règle fondamentale en la matière, qu’il s’agisse d’une SPRL ou d’une société anonyme.» (*C.I.J. Recueil 2007 (II)*, p. 606, par. 63.)

106. Il n’est pas contesté qu’Africom-Zaïre, société d’import/export, a été fondée en 1974 par M. Diallo, qui en a été le gérant pendant de nombreuses années. Comme cela est indiqué ci-après (voir paragraphe 110), c’est en cette qualité que M. Diallo a pris part à la création de la société Africontainers-Zaïre. La Guinée affirme qu’il était en outre le seul associé d’Africom-Zaïre, ce que la RDC a toutefois mis en doute au cours de la procédure. En particulier, la RDC soutient que le nombre de parts détenues par M. Diallo dans la société Africom-Zaïre n’a jamais été dûment établi et que la Guinée n’a pas prouvé que l’intéressé était toujours associé de cette société au moment de son expulsion.

107. Les statuts de la société Africom-Zaïre ne figurant pas dans le dossier soumis à la Cour, celle-ci ne peut déterminer avec précision la nature et le niveau de la participation de M. Diallo dans ladite société au moment de sa création. Néanmoins, le droit congolais exigeant qu’une SPRL soit constituée de plus d’un associé — ainsi qu’il ressort des articles pertinents du décret de 1887, notamment l’article 36 précité («[l]a société privée à responsabilité limitée est celle que forment *des personnes*» (les italiques sont de la Cour)) et l’article 78, qui fait référence à l’assemblée générale «des associés» —, et aucune des Parties n’ayant contesté le fait que la société Africom-Zaïre avait été dûment constituée en tant que SPRL en vertu du décret de 1887, force est de conclure que, au tout début de son existence, cette société devait compter, en sus de M. Diallo, au moins un autre associé.

108. Les procès-verbaux des assemblées générales de la société Africom-Zaïre n’ayant pas été produits, la Cour est dans l’impossibilité de déterminer si — et, le cas échéant, quand — M. Diallo est devenu l’unique associé de cette SPRL. Elle estime toutefois que cette question factuelle est dépourvue d’incidence juridique quant à la question qui occupe ici la Cour, puisqu’il n’a pas été établi que, en droit congolais, une SPRL cessait automatiquement d’exister en tant que personne morale lorsqu’une seule personne devenait propriétaire de l’ensemble de ses parts sociales. De surcroît, il est manifeste que les activités commerciales d’Africom-Zaïre en RDC n’ont en pratique aucunement souffert du fait qu’elle ait pu devenir une SPRL unipersonnelle. Cela est attesté par la relation commerciale établie entre Africom-Zaïre et les autorités du Zaïre (puis de

la RDC), dans le cadre de laquelle aucune question ou objection n'a été soulevée quant à la nature juridique d'Africom-Zaïre et au fait que celle-ci ait pu en venir à ne compter qu'un seul associé. La RDC a affirmé que, au milieu des années 1980, Africom-Zaïre avait cessé toute activité commerciale et qu'elle avait, pour cette raison, été radiée du registre du commerce. Toutefois, elle n'a pas avancé que cette mesure administrative revenait à mettre fin à la personnalité juridique distincte de la SPRL. En conséquence, la Cour conclut que, quand bien même M. Diallo en serait devenu l'unique associé, la société Africom-Zaïre a conservé sa personnalité juridique distincte. Cette SPRL demeure donc régie par le décret de 1887, en l'absence de législation congolaise spécifique aux sociétés dont les parts sociales ne seraient plus détenues que par un seul associé ou qui seraient, en fait, entièrement contrôlées par le gérant associé.

109. S'agissant de la question du nombre de parts détenues par M. Diallo dans la société Africom-Zaïre, la Cour relève que la RDC n'a pas contesté que l'intéressé était bien un associé de cette société puisqu'elle a admis qu'il était le gérant associé, au sens de l'article 67 du décret du 27 février 1887 (voir paragraphe 138 ci-après), des sociétés Africontainers-Zaïre et Africom-Zaïre. Par ailleurs, et même s'il est impossible d'apprécier avec précision le niveau de participation de M. Diallo dans la société Africom-Zaïre, la Cour estime qu'il découle de l'ensemble des éléments qui lui ont été soumis que celui-ci détenait une partie à ce point importante des parts sociales de cette société qu'il la contrôlait et pouvait empêcher que d'éventuels autres associés, réunis en assemblée générale (voir paragraphe 120 ci-après sur le droit congolais relatif au droit des associés de demander la convocation d'une assemblée générale), ne mettent en cause sa gérance, notamment sa décision de passer contrat avec les pouvoirs publics, puis d'engager et de poursuivre des actions à l'encontre de l'Etat zaïrois devant les juridictions internes (voir paragraphe 114 ci-après). Ayant ainsi conclu que M. Diallo était un associé important de la société Africom-Zaïre, la Cour estime qu'il revient à la RDC de prouver que M. Diallo avait cessé d'être associé de ladite société au moment de son expulsion, comme elle le donne à entendre (voir paragraphe 106 ci-dessus). Or, de l'avis de la Cour, cela n'a pas été établi. La Cour considère dès lors que, tout au long de la période couverte par le présent différend, M. Diallo détenait une très grande partie, sinon la totalité, des parts sociales de la société Africom-Zaïre, ce qui lui a permis de diriger et de contrôler pleinement cette société, à la fois comme gérant et comme associé. C'est uniquement en cas de mise en liquidation de la société qu'il conviendrait d'établir le montant exact de la participation de M. Diallo en tant qu'associé, afin de lui transférer, à hauteur de la part du capital qui lui appartient, la valeur nette de l'actif de la société.

110. Le 18 septembre 1979, M. Diallo a pris part, en tant que gérant d'Africom-Zaïre, à la création d'une autre SPRL, Africontainers-Zaïre, spécialisée dans le transport de marchandises par conteneurs. La Guinée a présenté, dans les annexes à son mémoire, l'acte notarié des statuts de la société, en date du 18 septembre 1979. Le capital de cette nouvelle société était détenu à hauteur de 40 % par M. Kibeti Zala, de nationalité zaïroise, à hauteur de 30 % par Mme Colette Dewast, de nationalité française, et à hauteur de 30 % par la société Africom-Zaïre. En 1980, M. Zala et Mme Dewast se retirèrent de la société Africontainers-Zaïre. A partir de cette époque, le capital de cette dernière fut réparti comme suit : 60 % à la société Africom-Zaïre et 40 % à M. Diallo. M. Diallo devint à la même époque le gérant de la société Africontainers-Zaïre pour une durée indéterminée, remplaçant ainsi M. Alain David, désigné pour occuper en premier cette fonction dans les statuts de la société. La Cour conclut que, puisque, comme cela a été établi précédemment (voir paragraphe 109), M. Diallo dirigeait et contrôlait pleinement la société Africom-Zaïre, il dirigeait et contrôlait aussi pleinement, de manière directe ou indirecte, la société Africontainers-Zaïre.

111. Sur la base des documents versés au dossier, la RDC soutient que, à la suite de son expulsion, M. Diallo a nommé un nouveau gérant d'Africontainers-Zaïre, M. N'Kanza. A cet égard, la RDC relève que celui-ci a procédé à l'inventaire des biens de la société et représenté cette dernière aux négociations avec la société Gécamines en 1997, soit plus d'une année après l'expulsion de M. Diallo. La Guinée fait valoir que, contrairement à ce que soutient la RDC, M. Diallo n'a pas nommé M. N'Kanza en qualité de nouveau gérant d'Africontainers-Zaïre. Premièrement, elle souligne l'absence d'éléments de preuve attestant que se soit jamais tenue une assemblée générale extraordinaire au cours de laquelle M. N'Kanza aurait pu être nommé gérant de cette société. Deuxièmement, elle se réfère à la décision de la cour d'appel de Kinshasa/Gombe du 20 juin 2002, dans laquelle M. Diallo est présenté comme le gérant associé d'Africontainers-Zaïre. Enfin, elle fait observer que, dans certains documents relatifs à cette société qui ont été soumis à la Cour, M. N'Kanza est présenté non pas comme gérant, mais comme «directeur d'exploitation», et que M. Diallo a signé les lettres qu'il a adressées à la RDC en tant que «gérant d'Africontainers-Zaïre».

112. La Cour relève que la RDC n'a pas établi, sur la base des actes pertinents de la société, que M. N'Kanza eût été nommé gérant d'Africontainers-Zaïre. En particulier, aucune assemblée générale n'a été tenue au cours de laquelle M. N'Kanza aurait été nommé gérant (voir paragraphes 129 et 133 ci-après relatifs à la nomination d'un gérant en application de l'article 65 du décret de 1887). La Cour conclut donc que le seul gérant agissant pour le compte de l'une ou l'autre des sociétés, tant au moment des détentions de M. Diallo qu'après son expulsion, était M. Diallo lui-même.

113. La Cour estime par ailleurs qu'Africom-Zaïre et Africontainers-Zaïre n'ont pas cessé d'exister. En l'absence d'une liquidation judiciaire, la dissolution d'une société ne peut, aux termes du décret de 1887, «être décidée que par l'assemblée générale» (art. 99). Une fois la dissolution décidée, la procédure de liquidation commence. Or, la Cour observe qu'aucun élément de preuve n'établit qu'une liquidation judiciaire aurait eu lieu ou qu'une assemblée générale aurait été tenue aux fins de décider de la dissolution ou de la liquidation de l'une ou de l'autre de ces sociétés.

*

114. Etant parvenue à la conclusion que M. Diallo, en tant que gérant comme en tant qu'associé des deux sociétés, dirigeait et contrôlait celles-ci pleinement, mais que ces dernières demeuraient néanmoins des entités juridiques distinctes de sa personne, la Cour va maintenant aborder les différentes demandes de la Guinée relatives aux droits propres de M. Diallo en tant qu'associé. Ce faisant, elle devra déterminer si, en droit congolais, les droits revendiqués constituent effectivement des droits propres de l'associé, ou s'ils constituent plutôt des droits ou obligations des sociétés. Comme la Cour l'a déjà rappelé, les demandes portant sur des droits autres que des droits propres de M. Diallo en tant qu'associé ont été déclarées irrecevables dans son arrêt du 24 mai 2007 ; elle ne peut donc plus les examiner. Tel est en particulier le cas des demandes concernant les droits contractuels d'Africom-Zaïre contre l'Etat zaïrois (RDC), d'une part, et d'Africontainers-Zaïre contre les sociétés Gécamines, Onatra, Fina et Shell, d'autre part.

115. Dans les motifs qui vont suivre, la Cour veillera à maintenir strictement la distinction entre les atteintes alléguées aux droits des deux SPRL en cause et les atteintes alléguées aux droits propres de M. Diallo en tant qu'associé de celles-ci (voir *C.I.J. Recueil 2007 (II)*, p. 605-606, par. 62-63). Qu'une telle distinction puisse paraître artificielle dans le cas d'une SPRL dont les parts sociales sont détenues en fait par un seul associé, la Cour le conçoit. Elle n'en reste pas moins juridiquement fondée, et il est indispensable de l'observer rigoureusement dans la présente affaire. La Guinée elle-même accepte, dans la phase actuelle de la procédure, cette distinction, et la plupart de ses arguments sont précisément fondés sur elle. La Cour doit se prononcer sur les prétentions du demandeur telles que celui-ci les a présentées.

116. Les demandes relatives aux droits propres de M. Diallo en tant qu'associé formulées par la Guinée concernent le droit de prendre part aux assemblées générales des deux SPRL et d'y voter, le droit de nommer un gérant et le droit de surveiller et de contrôler la gérance des sociétés. La Guinée présente également une demande relative au droit de propriété de M. Diallo sur ses parts sociales dans les sociétés Africom-Zaïre et Africontainers-Zaïre. La Cour va à présent examiner ces différentes demandes.

A. Le droit de prendre part aux assemblées générales et d'y voter

117. La Guinée soutient qu'en expulsant M. Diallo, la RDC l'a privé de son droit de prendre part aux assemblées générales et d'y voter, droit garanti par l'article 79 du décret congolais du 27 février 1887 sur les sociétés commerciales. Elle affirme que, en vertu du droit congolais, les assemblées générales d'Africom-Zaïre et d'Africontainers-Zaïre ne pouvaient se tenir en dehors du territoire de la RDC. La Guinée admet que M. Diallo aurait certes pu exercer ses droits d'associé à partir d'un territoire étranger en se faisant représenter par un mandataire de son choix, en application de l'article 81 du décret de 1887, mais elle fait valoir que la désignation d'un mandataire est uniquement une possibilité offerte à l'associé, dont le droit reconnu est clairement d'avoir le choix de désigner une personne pour le représenter ou de siéger en personne. La Guinée ajoute que, dans le cas d'Africontainers-Zaïre, il aurait été impossible à M. Diallo de se faire représenter par un mandataire puisque l'article 22 des statuts de la société stipule qu'un associé ne peut être représenté que par un autre associé et que M. Diallo était devenu le seul associé de cette SPRL au moment de son expulsion.

118. La RDC soutient qu'il ne peut y avoir eu violation du droit de M. Diallo de prendre part aux assemblées générales, dans la mesure où rien ne prouve qu'une assemblée générale ait été convoquée et que M. Diallo n'ait pu s'y rendre en raison de son éloignement du territoire de la RDC. Elle affirme que, en tout état de cause, le droit commercial congolais n'impose aucune obligation aux sociétés commerciales quant au lieu où une assemblée générale doit se tenir.

*

119. Aux termes de l'article 79 du décret congolais du 27 février 1887 sur les sociétés commerciales, «[n]onobstant toute disposition contraire, tous les associés ont le droit de prendre part aux assemblées générales et jouissent d'une voix par part sociale». La Cour observe qu'il découle de cette disposition que le droit de prendre part aux assemblées générales et d'y voter

appartient aux associés et non à la société. Cela est conforme à la conclusion à laquelle elle est parvenue en l'affaire de la *Barcelona Traction*, selon laquelle «il est bien connu» que le droit de prendre part aux assemblées générales et d'y voter est un droit «que le droit interne confère [aux associés]» et qui est «distinc[t] de ceux de la société» (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique c. Espagne)*, deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1970, p. 36, par. 47).

120. La Cour abordera maintenant la question de savoir si la RDC, en expulsant M. Diallo, a privé celui-ci de son droit de prendre part aux assemblées générales et d'y voter, tel que garanti par l'article 79 du décret congolais du 27 février 1987 sur les sociétés commerciales.

121. Conformément à l'article 83 du même décret, la décision de convoquer une assemblée générale revient à la gérance ou aux commissaires (par. 1), mais les associés ont eux aussi le droit de demander la convocation d'une assemblée générale s'ils réunissent un cinquième du nombre total des parts sociales (par. 2). A la lumière des éléments de preuve que les Parties lui ont présentés, la Cour conclut que rien ne prouve que M. Diallo, agissant en qualité de gérant ou d'associé détenteur d'au moins un cinquième du nombre total des parts sociales, ait pris la moindre mesure pour convoquer une assemblée générale, soit après son expulsion de la RDC, soit à un quelconque moment après 1980, alors qu'il résidait en RDC, ne fût-ce qu'afin de «délib[é]re[r] et [de] statue[r] sur le bilan et le compte de profits et pertes et sur l'affectation des bénéfices», comme cela aurait dû être le cas chaque année en vertu du décret de 1987 (voir article 96). Or, selon la Cour, le droit de M. Diallo de prendre part aux assemblées générales et d'y voter n'aurait pu être violé que si des assemblées générales avaient effectivement été convoquées après son expulsion. La Cour relève à cet égard que, quand bien même l'article premier de l'ordonnance-loi n° 66-341 du 7 juin 1966 obligerait les sociétés ayant leur siège administratif en RDC à tenir leurs assemblées générales sur le territoire congolais, il n'a pas été prouvé que M. Diallo aurait été empêché d'agir pour convoquer des assemblées générales depuis l'étranger, en qualité de gérant ou d'associé.

122. La Cour examinera à présent la question de savoir si M. Diallo a été privé de son droit de prendre part à d'éventuelles assemblées générales et d'y voter au motif que, comme le soutient la Guinée, il n'aurait pu, après son expulsion, exercer ce droit que par l'intermédiaire d'un mandataire, alors que la législation congolaise lui reconnaît le droit de choisir, soit de désigner un tiers pour le représenter, soit de siéger en personne.

123. Conformément à l'article 81 du décret congolais du 27 février 1987, «[l]es associés peuvent toujours se faire représenter par un mandataire de leur choix, mais en observant les conditions exprimées dans les statuts». Quant à l'article 80 du même décret, il prévoit que, «[s]auf dispositions contraires des statuts, les associés peuvent émettre leur vote par écrit ou par tout autre moyen qui garantisse l'authenticité de la volonté exprimée». La Cour a noté que les Parties lui avaient fourni les statuts d'Africontainers-Zaïre, mais ne lui avaient pas communiqué ceux d'Africom-Zaïre (voir paragraphes 107 et 110 ci-dessus). Le paragraphe 2 de l'article 22 des statuts d'Africontainers-Zaïre se lit comme suit : «Les associés peuvent se faire représenter soit par un mandataire choisi parmi les associés, soit par un représentant ou un préposé des personnes juridiques associées, s'il s'agit d'elles.» Quant à l'article 21, il stipule que «[l]es décisions de l'assemblée générale sont prises à la majorité des trois quarts des voix quel que soit le nombre de parts sociales possédées par les associés présents ou *représentés*» (les italiques sont de la Cour).

124. Il résulte de ces dispositions que le droit de l'associé de prendre part et de voter aux assemblées générales peut être exercé par lui-même en personne ou par l'intermédiaire d'un mandataire de son choix. Il ne fait pas de doute à cet égard que le vote exprimé par un mandataire à une assemblée générale a le même effet juridique que celui exprimé par l'associé lui-même. En revanche, il est plus difficile de déduire avec certitude des dispositions précitées qu'elles consacraient, ainsi que le soutient la Guinée, le droit pour l'associé d'assister en personne aux assemblées générales. De l'avis de la Cour, ces dispositions ont pour finalité première d'assurer que les assemblées générales des sociétés puissent utilement se tenir. L'interprétation du droit congolais retenue par la Guinée pourrait contrecarrer cet objectif, en permettant à un associé de bloquer le fonctionnement normal des organes sociétaires. Il est douteux que le législateur congolais ait pu vouloir un tel résultat, fort éloigné de l'*affectio societatis*. Par ailleurs, en ce qui concerne Africom-Zaïre et Africontainers-Zaïre, la Cour ne perçoit pas en quoi la désignation par M. Diallo d'un représentant aurait pu, d'une quelconque manière, porter concrètement atteinte à son droit de prendre part et de voter aux assemblées générales des deux SPRL, puisqu'il les contrôlait complètement.

125. Par ailleurs, en ce qui concerne Africontainers-Zaïre, la Cour ne peut faire droit à l'argument de la Guinée selon lequel il aurait été impossible à M. Diallo de se faire représenter à une assemblée générale par un mandataire autre que lui-même au motif qu'il était le seul associé de cette SPRL et que l'article 22 des statuts d'Africontainers-Zaïre stipule qu'un associé ne peut désigner qu'un autre associé pour le représenter. Ainsi que la Cour l'a fait observer ci-dessus (voir paragraphe 110), cette société compte deux associés : M. Diallo et Africom-Zaïre. Dès lors, en application de l'article 22 précité, M. Diallo pouvait, en sa qualité d'associé d'Africontainers-Zaïre, désigner le «représentant ou ... préposé» d'Africom-Zaïre pour le représenter à une assemblée générale d'Africontainers-Zaïre. Au préalable, il aurait pu, en sa qualité de gérant d'Africom-Zaïre et en vertu de l'article 69 du décret de 1887 (voir paragraphe 135 ci-après), désigner un tel «représentant ou ... préposé» de cette société.

126. En conséquence, la Cour ne peut accueillir l'allégation de la Guinée selon laquelle la RDC a violé le droit de M. Diallo de prendre part aux assemblées générales et d'y voter. En expulsant M. Diallo, la RDC l'a probablement empêché de prendre part en personne à une éventuelle assemblée générale, mais, de l'avis de la Cour, une telle entrave n'équivaut pas à une privation de son droit de prendre part aux assemblées générales et d'y voter.

B. Les droits relatifs à la gérance

127. La Cour note que la Guinée a avancé, à divers stades de la procédure, quatre affirmations légèrement différentes, qu'elle a regroupées sous un seul et même chef, selon lequel il y aurait eu violation du droit de M. Diallo de «nommer un gérant». Elle a ainsi soutenu que, en expulsant M. Diallo de manière illicite, la RDC a commis : une violation du droit que l'intéressé aurait de nommer un gérant, une violation du droit qu'il aurait d'être nommé gérant, une violation du droit qu'il aurait d'exercer les fonctions de gérant et une violation du droit qu'il aurait de ne pas être révoqué en tant que gérant.

128. La RDC affirme que le droit de nommer le gérant d'une SPRL est un droit de la société, et non de l'associé, puisqu'il s'agit d'un droit de l'assemblée générale, qui est un organe de la société. Par ailleurs, selon la RDC, dès lors que, en vertu du décret de 1887, un gérant qui n'a pas

été désigné dans les statuts est nommé par l'assemblée générale, le droit invoqué par la Guinée de nommer un gérant ne se distingue pas du droit de l'associé de prendre part aux assemblées générales. La RDC fait valoir que la Guinée n'a pas démontré qu'une assemblée générale aurait été convoquée et que la défenderesse serait intervenue auprès des autres associés pour empêcher M. Diallo de participer à la nomination d'un nouveau gérant ou de se faire représenter par une personne de son choix. Elle affirme que, à la suite de son expulsion, M. Diallo a bien nommé M. N'Kanza gérant d'Africontainers-Zaïre.

*

129. La Cour relève que la nomination et les fonctions des gérants sont régies, en droit congolais, par le décret de 1887 sur les sociétés commerciales et par les statuts de la société concernée.

130. Aux termes de l'article 64 du décret de 1887,

«[l]a société privée à responsabilité limitée est gérée par un ou plusieurs mandataires, associés ou non associés, appelés gérants».

Quant à la nomination des gérants, elle est régie par l'article 65 de ce même décret, qui se lit comme suit :

«[l]es gérants sont nommés soit dans l'acte constitutif, soit par l'assemblée générale, pour un temps limité ou sans durée déterminée».

En outre, l'article 69 du décret de 1887 prévoit que

«[l]es statuts, l'assemblée générale ou la gérance peuvent confier la gestion journalière de la société et des pouvoirs spéciaux à des agents ou autres mandataires, associés ou non associés».

131. Par ailleurs, l'article 14 des statuts d'Africontainers-Zaïre stipule, notamment, ce qui suit :

«La société est administrée par un ou plusieurs gérants[,] associés ou non[,] nommés par l'assemblée générale.

S'il est désigné plusieurs gérants, l'assemblée décide s'ils ont pouvoir séparément ou conjointement.»

L'article 17 est, pour sa part, ainsi conçu :

«La gérance peut déléguer à l'un des associés ou à des tiers[,] ou attribuer à l'un de ses membres, tous pouvoirs nécessaires à la gestion journalière. Elle déterminera les attributions et[,] le cas échéant, la rétribution de ces mandataires ; les pouvoirs délégués sont révocables en tout temps.»

132. La Cour commencera par écarter l'argument de la RDC selon lequel le droit de M. Diallo de nommer un gérant n'a pas pu être violé puisque l'intéressé a en réalité nommé un gérant d'Africontainers-Zaïre en la personne de M. N'Kanza. Elle a en effet déjà conclu que ce fait n'avait pas été établi (voir paragraphes 111 et 112 ci-dessus).

133. S'agissant de la première allégation formulée par la Guinée, selon laquelle la RDC a violé le droit de M. Diallo de nommer un gérant, la Cour rappelle que, aux termes de l'article 65 du décret de 1887, «[l]es gérants sont nommés soit dans l'acte constitutif, soit par l'assemblée générale». La Cour fait observer que, en vertu de cette disposition, toute SPRL doit être gérée par un gérant au moins. La nomination du gérant a en principe lieu au moment même de la constitution de la SPRL. Elle peut aussi avoir lieu à un stade ultérieur, par décision de l'assemblée générale. Dans ce cas, un organe de la société (l'assemblée générale) exerce son pouvoir envers un autre organe (la gérance). La nomination du gérant relève donc de la responsabilité de la société elle-même, sans constituer un droit de l'associé. En conséquence, la Cour conclut que l'argument de la Guinée selon lequel la RDC a violé le droit de M. Diallo de nommer un gérant doit être rejeté.

134. S'agissant de la deuxième allégation avancée par la Guinée, selon laquelle la RDC a violé le droit de M. Diallo d'être nommé gérant, la Cour observe que, dans l'arrêt qu'elle a rendu en 2007 sur les exceptions préliminaires, elle a relevé ce qui suit :

«[l]a RDC s'accorde ... avec la Guinée sur le fait que, s'agissant du droit congolais, les droits propres de l'associé sont déterminés par le décret de l'Etat indépendant du Congo, en date du 27 février 1887, sur les sociétés commerciales. Les droits de M. Diallo en tant qu'associé des sociétés Africom-Zaïre et Africontainers-Zaïre seraient donc théoriquement les suivants : «le droit aux dividendes et aux produits de la liquidation», «le droit d'être nommé gérant», «le droit de l'associé gérant à ne pas être révoqué sans motif», «le droit du gérant à représenter la société», «le droit de surveillance [de la gérance]» et «le droit de participer aux assemblées générales».»
(*C.I.J. Recueil 2007 (II)*, p. 603, par. 53.)

Il ne fait aucun doute qu'un associé a le droit d'être nommé gérant. Néanmoins, ce droit ne peut avoir été violé en l'espèce, puisque, de fait, M. Diallo a bien été nommé gérant, et demeure le gérant des deux sociétés en question. A cet égard, la Cour rappelle la conclusion qu'elle a formulée dans son arrêt de 2007 selon laquelle «M. Diallo, qui avait la qualité d'associé des deux sociétés Africom-Zaïre et Africontainers-Zaïre, exerçait également les fonctions de gérant pour chacune d'entre elles» (*ibid.*, p. 606, par. 66). Cette conclusion est confirmée par certains éléments de preuve que les Parties ont présentés à la Cour au stade actuel de la procédure, et notamment par des éléments de preuve soumis par la Guinée elle-même. En conséquence, la Cour conclut qu'il n'y a pas eu violation du droit de M. Diallo d'être nommé gérant.

135. La Cour note que la Guinée a soutenu, en troisième lieu, que le droit de M. Diallo d'exercer ses fonctions de gérant avait été violé. Sur ce point, la Guinée a affirmé dans sa réplique que,

«à la suite de sa détention et de son expulsion par les autorités zaïroises, [M. Diallo] a été mis dans l'impossibilité, d'un point de vue pratique, de remplir le rôle de «gérant» depuis la Guinée, puisqu'il se trouvait hors du territoire».

La Cour ne saurait souscrire à ce raisonnement et, à cet égard, se réfère à l'article 69 du décret de 1887, qui prévoit que «la gérance peu[t] confier la gestion journalière de la société et des pouvoirs spéciaux à des agents ou autres mandataires associés ou non associés». En ce qui concerne Africontainers-Zaïre, la Cour renvoie en outre à l'article 16 des statuts de cette société, aux termes duquel «[l]a gérance pourra établir des sièges administratifs en République du Zaïre et des succursales, bureaux, agences, dépôts ou comptoirs en n'importe quel lieu, tant dans la République du Zaïre qu'à l'étranger». S'il est vrai qu'il a pu être plus difficile pour M. Diallo d'exercer ses fonctions de gérant du fait qu'il se trouvait hors du territoire de la RDC, la Guinée n'a pas démontré que cela lui avait été impossible. De surcroît, elle n'a pas démontré que M. Diallo avait tenté de désigner un mandataire, qui aurait pu agir en RDC sur ses instructions.

136. En fait, il ressort clairement de différents documents soumis à la Cour que, même après l'expulsion de M. Diallo, des représentants d'Africontainers-Zaïre ont continué à agir au nom de cette société en RDC et de négocier avec la société Gécamines au sujet de réclamations contractuelles.

137. En conséquence, la Cour conclut que l'argument de la Guinée selon lequel la RDC a violé le droit de M. Diallo d'exercer ses fonctions de gérant doit être rejeté.

138. La Cour relève enfin que la Guinée a avancé, en quatrième lieu, que la RDC avait violé le droit de M. Diallo de ne pas être révoqué en tant que gérant, invoquant l'article 67 du décret de 1887, qui se lit comme suit :

«Sauf disposition contraire des statuts, les gérants associés, nommés pour la durée de la société, ne sont révocables que pour de justes motifs par l'assemblée générale délibérant dans les conditions requises pour les modifications aux statuts.

Les autres gérants sont révocables en tout temps.»

Se référant à cette disposition, la Guinée affirme que M. Diallo a été privé de son droit de ne pas être révoqué en tant que gérant aussi longtemps que la société existait. La Cour fait cependant observer qu'aucun élément de preuve ne lui a été présenté attestant que M. Diallo avait été privé de son droit de demeurer gérant, aucune assemblée générale n'ayant été convoquée pour le révoquer, ou à toute autre fin. Aussi n'a-t-il pas pu être révoqué «pour de justes motifs». S'il est vrai que, comme indiqué ci-dessus, il a pu être plus difficile pour l'intéressé d'exercer ses fonctions depuis l'étranger à la suite de son expulsion, M. Diallo est néanmoins demeuré, d'un point de vue juridique, le gérant d'Africom-Zaïre et d'Africontainers-Zaïre. En conséquence, la Cour conclut que l'argument de la Guinée selon lequel la RDC a violé le droit de M. Diallo de ne pas être révoqué en tant que gérant doit être rejeté.

139. La Cour ajoutera que, quand bien même il serait établi que M. Diallo aurait été nommé gérant associé pour toute la durée de vie de la société et qu'il aurait été révoqué en tant que tel sans justes motifs, l'argument de la Guinée continuerait de reposer sur des bases très fragiles. Le droit énoncé à l'article 67 du décret de 1887 est un droit du gérant associé et non du simple associé. Dans la mesure où il s'agit d'un droit du gérant, qui est un organe de la société, cet argument ne saurait être retenu en vertu du point 3 c) du paragraphe 98 de l'arrêt que la Cour a rendu en 2007.

140. Au vu de tout ce qui précède, la Cour conclut que les diverses allégations de la Guinée regroupées sous le chef de la violation des droits de M. Diallo relatifs à la gérance doivent être rejetées.

C. Le droit de surveiller et de contrôler les actes accomplis par la gérance

141. La Guinée affirme qu'en arrêtant et en expulsant M. Diallo, la RDC a privé celui-ci de son droit de surveiller et de contrôler les actes accomplis par la gérance et les opérations d'Africom-Zaïre et d'Africontainers-Zaïre, en violation des articles 71 et 75 du décret de 1887. Se référant à ces dispositions, elle avance que le droit de surveiller et de contrôler les actes accomplis par la gérance est un droit qui s'attache au statut d'associé, et non un droit de la société, en particulier lorsque celle-ci ne compte pas plus de cinq associés. La Guinée soutient que, dans la mesure où M. Diallo était le seul associé des deux sociétés, il jouissait de tous les droits et pouvoirs du commissaire énoncés à l'article 75 du décret de 1887. Elle ajoute que ces droits sont également reconnus par l'article 19 des statuts de la société Africontainers-Zaïre.

142. La RDC fait valoir que, en vertu des articles 71 et 75 du décret de 1887, ainsi que des articles 19 et 25, paragraphe 3, des statuts d'Africontainers-Zaïre, le soin de surveiller et de contrôler la gérance d'une SPRL est confié non à un associé individuellement, mais à des experts financiers appelés «commissaires aux comptes». De l'avis de la RDC, l'associé a pour seul droit en la matière celui de prendre part à la nomination d'un ou de plusieurs commissaires aux comptes lors de l'assemblée générale. Bien qu'elle admette que, dans certaines circonstances, la loi congolaise donne aux associés le droit de surveiller et de contrôler la gérance de la société, la RDC fait néanmoins valoir que la Guinée n'a pas démontré que les autorités congolaises avaient ordonné à Africontainers-Zaïre d'empêcher M. Diallo de contrôler ses opérations.

*

143. L'article 71 du décret de 1887 se lit comme suit :

«Article 71

La surveillance de la gérance est confiée à un ou plusieurs mandataires, associés ou non associés, appelés commissaires.

S'il y en a plusieurs, les statuts ou l'assemblée générale peuvent les faire agir en collège.

Si le nombre des associés ne dépasse pas cinq, la nomination de commissaires n'est pas obligatoire et chaque associé a les pouvoirs des commissaires.»

144. L'article 75 du même décret est ainsi conçu :

«Article 75

Le mandat des commissaires consiste à surveiller et contrôler, sans aucune restriction, tous les actes accomplis par la gérance, toutes les opérations de la société et le registre des associés.»

145. Aux termes de l'article 19 des statuts d'Africontainers-Zaïre,

«[1]la surveillance de la société est exercée par chacun des associés. Si la société vient à comporter plus de cinq associés, la surveillance sera exercée par un commissaire au moins nommé par l'assemblée générale, qui fixera l'époque à laquelle il sera soumis à réélection et le montant de ses rémunérations.»

146. La Cour déduit du libellé du paragraphe 3 de l'article 71 précité que, dès lors qu'Africom-Zaïre et Africontainers-Zaïre comptaient moins de cinq associés, M. Diallo était autorisé à agir en qualité de commissaire. Il s'agit toutefois de savoir si, en droit congolais, cette disposition s'applique dans le cas d'une société ne comptant qu'un associé qui la dirige et la contrôle pleinement.

147. La Cour estime que, quand bien même il existerait, dans les sociétés dont la direction et le contrôle sont pleinement assurés par un seul associé, un droit de surveiller et de contrôler la gérance, M. Diallo n'aurait pu être privé du droit de surveiller et de contrôler la gérance des deux sociétés. S'il est peut-être vrai que les détentions et l'expulsion de M. Diallo ont rendu plus difficile l'activité commerciale des sociétés, elles n'ont pu en aucun cas empêcher celui-ci de surveiller et de contrôler la gérance, quel que soit l'endroit où il se trouvait.

148. En conséquence, la Cour conclut que l'allégation de la Guinée selon laquelle la RDC a violé le droit de M. Diallo de surveiller et de contrôler la gérance ne saurait être accueillie.

D. Le droit de propriété de M. Diallo sur ses parts sociales dans les sociétés Africom-Zaïre et Africontainers-Zaïre

149. La Guinée fait valoir que, privé du contrôle ou de l'usage effectif de ses droits en tant qu'associé, M. Diallo a été victime d'une expropriation indirecte de ses parts sociales dans les sociétés Africom-Zaïre et Africontainers-Zaïre, parce que ses droits de propriété ont fait l'objet d'une atteinte telle qu'il a été durablement privé de leur contrôle effectif, de leur usage ou de leur valeur.

150. La Guinée fait observer que les ingérences de la RDC dans le droit de propriété de M. Diallo sur ses parts sociales remontent à sa première mise en détention, en 1988. Elles auraient entraîné le non-recouvrement des créances des sociétés et, ainsi, la diminution de la valeur de l'investissement que M. Diallo détenait dans ces sociétés. Selon la Guinée, elles se seraient poursuivies lorsque les autorités congolaises ont décidé, en 1995, de suspendre l'exécution de l'arrêt rendu en l'affaire *Africontainers c. Zaïre Shell* en faveur de la société demanderesse, ce qui aurait eu pour effet de diminuer la valeur des parts sociales détenues par M. Diallo. La Guinée

soutient que les ingérences de la RDC ont atteint leur point culminant avec la nouvelle arrestation et l'expulsion de M. Diallo, qui aurait de ce fait été dans l'impossibilité de gérer ses sociétés, de participer aux activités de leurs organes, ainsi que de contrôler ses parts sociales et d'en faire usage. La Guinée affirme que l'expropriation indirecte des droits de M. Diallo constitue un fait internationalement illicite qui engage la responsabilité internationale de la RDC.

151. L'argument de la Guinée est essentiellement fondé sur l'existence d'un élément de fait particulier à cette affaire, à savoir

«le fait que M. Diallo soit le seul associé des deux sociétés, c'est-à-dire le seul propriétaire des parts sociales d'Africom et d'Africontainers. Par voie de conséquence, bien que leurs personnalités juridiques soient formellement distinctes, il résulte de la configuration très particulière des rapports entre M. Diallo et ses sociétés que, sur le *terrain factuel* qui est le terrain de l'expropriation (l'expropriation est un fait), le patrimoine des deux sociétés se confond avec le sien. Dès lors, en expropriant ses sociétés, la RDC a porté atteinte au droit de propriété de M. Diallo sur ses parts sociales.»

152. La RDC allègue, quant à elle, qu'il ne saurait y avoir eu violation d'un quelconque droit attaché au droit de propriété sur les parts sociales. Elle soutient plus particulièrement que, en ce qui concerne le droit de percevoir des dividendes — et à supposer que les sociétés en aient effectivement distribué —, la Guinée devrait encore démontrer que M. Diallo s'est trouvé dans l'impossibilité de les percevoir en raison de la décision d'éloignement du territoire congolais dont il a été l'objet ou de tout autre fait illicite attribuable à la RDC. La RDC estime à cet égard que la Guinée n'a pas établi que M. Diallo ne pouvait percevoir directement de dividendes depuis l'étranger, ou qu'il en aurait été empêché par un quelconque fait attribuable à la RDC.

153. La RDC soutient encore qu'il ne saurait lui être reproché d'avoir porté atteinte à l'exercice des droits de M. Diallo en tant que propriétaire de ses parts sociales. Elle n'aurait, en particulier, jamais donné l'ordre à la société Africontainers-Zaïre de ne pas rémunérer les parts sociales de M. Diallo lors du partage annuel des dividendes. En ce qui concerne Africom-Zaïre, la RDC note que la Guinée n'a pas produit d'élément prouvant que M. Diallo était toujours associé de cette société à la date de son expulsion du territoire congolais et établissant, s'il l'était encore, le nombre de ses parts sociales (voir paragraphe 106 ci-dessus).

154. Enfin, selon la RDC, il n'y a pas de corrélation entre la valeur des parts sociales de M. Diallo et le fait que l'intéressé soit présent sur son territoire. La RDC rejette les allégations de la Guinée selon lesquelles des actes qui lui sont attribuables ont été à l'origine d'une perte de cette valeur et, plus généralement, de la disparition économique des sociétés. Sur ce point, la RDC fait valoir que tant Africom-Zaïre qu'Africontainers-Zaïre étaient dans un état de «faillite non déclarée» plusieurs années avant que M. Diallo ne soit expulsé, puisque, depuis 1991, sinon avant, elles n'avaient eu aucune activité commerciale.

155. La Cour fait observer que le droit international a maintes fois reconnu le principe de droit interne selon lequel une société possède une personnalité juridique distincte de celle de ses actionnaires. Ceci demeure vrai s'agissant d'une SPRL qui serait devenue unipersonnelle dans le cas d'espèce. Dès lors, les droits et les biens de la société doivent être distingués de ceux de l'associé. A cet égard, l'idée avancée par la Guinée, selon laquelle le patrimoine de la société se confond avec celui de l'actionnaire, ne saurait se défendre en droit. En outre, il convient de noter que les responsabilités de la société ne sont pas celles de l'actionnaire. Dans le cas de la SPRL Africontainers-Zaïre, il est expressément indiqué dans ses statuts que «[c]haque associé n'est responsable des engagements de la société que jusqu'à concurrence du montant de sa participation» (article 7 ; voir aussi paragraphes 105 et 115 ci-dessus).

156. La Cour, dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, a reconnu qu'«un dommage ... causé [à une société] attei[nait] souvent ses actionnaires» (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique c. Espagne), deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1970, p. 35, par. 44*). Mais, a-t-elle ajouté, le fait que la société et l'actionnaire subissent l'un et l'autre un dommage n'implique pas que tous deux aient le droit de demander réparation : «chaque fois que les intérêts d'un actionnaire sont lésés par un acte visant la société, c'est vers la société qu'il doit se tourner pour qu'elle intente les recours voulus car, bien que deux entités distinctes puissent souffrir d'un même préjudice, il n'en est qu'une dont les droits soient violés» (*ibid.*). Ce principe a été réaffirmé lorsque, répondant à un argument avancé par la Belgique, la Cour a établi une

«distinction entre la lésion d'un droit et la lésion d'un simple intérêt... [L]a responsabilité n'est pas engagée si un simple intérêt est touché ; elle ne l'est que si un droit est violé, de sorte que des actes qui ne visent et n'atteignent que les droits de la société n'impliquent aucune responsabilité à l'égard des actionnaires, même si leurs intérêts en souffrent.» (*Ibid.*, p. 36, par. 46.)

157. La Cour a d'ores et déjà indiqué que la RDC n'avait pas violé le droit propre de M. Diallo en tant qu'associé de prendre part et de voter aux assemblées générales des sociétés, pas plus que son droit d'être nommé ou de demeurer gérant ou son droit de surveiller et de contrôler les actes accomplis par la gérance (voir paragraphes 117-148 ci-dessus). Ainsi que la Cour vient de le rappeler, les autres droits propres de M. Diallo se rapportant à ses parts sociales doivent être clairement distingués de ceux des SPRL, en particulier en ce qui concerne les droits de propriété des sociétés. La Cour rappelle à cet égard que, de même que ses autres avoirs, y compris ses créances à l'égard de tiers, le capital fait partie du patrimoine de la société, tandis que les associés sont propriétaires des parts sociales. Ces dernières représentent le capital sans se confondre avec lui, et confèrent à leurs détenteurs des droits dans le fonctionnement des sociétés, ainsi qu'un droit à percevoir un éventuel dividende ou tout autre montant en cas de liquidation des sociétés. Les seuls droits propres de M. Diallo que la Cour doit encore examiner ont trait à ces deux derniers aspects, à savoir la perception de dividendes ou de tout autre montant payable en cas de liquidation des sociétés. Il n'existe cependant aucune preuve de ce que des dividendes aient jamais été déclarés ou qu'une quelconque mesure ait été prise pour liquider les sociétés, et encore moins de ce que les droits de M. Diallo à cet égard aient été violés par un quelconque acte attribuable à la RDC.

158. Enfin, la Cour estime n'avoir nul besoin de déterminer l'étendue des activités commerciales des sociétés Africom-Zaïre et Africontainers-Zaïre à l'époque où M. Diallo a été expulsé ni de se prononcer sur leur éventuel état de «faillite non déclarée», tel qu'invoqué par la RDC. Ainsi que la Cour l'a déjà dit dans l'affaire de la *Barcelona Traction* :

«une situation financière précaire ne peut être assimilée à la disparition de l'entité sociale ... : la situation juridique de la société est seule pertinente et sa situation économique ne l'est pas, non plus que le fait qu'elle puisse être «pratiquement détruite»» (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique c. Espagne)*, deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1970, p. 41, par. 66).

159. La Cour conclut de ce qui précède que les allégations, formulées par la Guinée, d'atteinte au droit de propriété de M. Diallo sur ses parts sociales dans les sociétés Africom-Zaïre et Africontainers-Zaïre ne sont pas établies.

IV. RÉPARATIONS

160. La Cour ayant conclu que la République démocratique du Congo avait violé les obligations lui incombant en vertu des articles 9 et 13 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, des articles 6 et 12 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, ainsi que de l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'article 36 de la convention de Vienne sur les relations consulaires (voir paragraphes 73, 74, 85 et 97 ci-dessus), il lui appartient maintenant de déterminer, à la lumière des conclusions finales de la Guinée, quelles sont les conséquences découlant de ces faits internationalement illicites qui engagent la responsabilité internationale de la RDC.

161. La Cour rappelle que «la réparation doit, autant que possible, effacer toutes les conséquences de l'acte illicite et rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis» (*Usine de Chorzów, fond, arrêt n° 13, 1928, C.P.J.I. série A n° 17*, p. 47). Lorsque cela n'est pas possible, la réparation peut prendre «la forme de l'indemnisation ou de la satisfaction, voire de l'indemnisation et de la satisfaction» (*Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, arrêt du 20 avril 2010, par. 273). Au vu des circonstances propres à l'espèce, en particulier du caractère fondamental des obligations relatives aux droits de l'homme qui ont été violées et de la demande de réparation sous forme d'indemnisation présentée par la Guinée, la Cour est d'avis que, outre la constatation judiciaire desdites violations, la réparation due à la Guinée à raison des dommages subis par M. Diallo doit prendre la forme d'une indemnisation.

162. A cet égard, dans ses conclusions finales, la Guinée a demandé à la Cour de surseoir à statuer sur le montant de l'indemnité, afin de permettre aux Parties de parvenir à un règlement concerté. Dans l'hypothèse où les Parties ne pourraient, «dans un délai de six mois suivant le prononcé d[u présent] arrêt», s'accorder à ce sujet, la Guinée l'a également priée de l'autoriser à présenter une évaluation du montant de l'indemnité qui lui est due afin que la Cour puisse en décider «dans une phase ultérieure de la procédure» (voir paragraphe 14 ci-dessus).

163. La Cour estime que les Parties doivent effectivement mener des négociations afin de s'entendre sur le montant de l'indemnité devant être payée par la RDC à la Guinée à raison du dommage résultant des détentions et de l'expulsion illicites de M. Diallo en 1995-1996, y compris la perte de ses effets personnels qui en a découlé.

164. La requête introductive d'instance ayant été déposée, en la présente affaire, au mois de décembre 1998, la Cour estime qu'une bonne administration de la justice commande de clore la procédure dans les meilleurs délais ; elle considère donc que la période consacrée à la négociation d'un accord sur le montant de l'indemnité doit être limitée. Par conséquent, dans l'hypothèse où les Parties ne parviendraient pas, dans un délai de six mois suivant le prononcé du présent arrêt, à s'entendre sur le montant de l'indemnité due par la RDC, la question devra être réglée par la Cour dans une phase ultérieure de la procédure. Etant suffisamment informée des faits de la présente espèce la Cour juge que, dans ce cas, un seul échange de pièces de procédure écrite lui serait suffisant pour fixer ce montant.

*

* *

165. Par ces motifs,

LA COUR,

1) Par huit voix contre six,

Dit que la demande de la République de Guinée relative à l'arrestation et à la détention de M. Diallo en 1988-1989 est irrecevable ;

POUR : M. Owada, *président* ; M. Tomka, *vice-président* ; MM. Abraham, Keith, Sepúlveda-Amor, Skotnikov, Greenwood, *juges* ; M. Mampuya, *juge ad hoc* ;

CONTRE : MM. Al-Khasawneh, Simma, Bennouna, Cançado Trindade, Yusuf, *juges* ; M. Mahiou, *juge ad hoc* ;

2) A l'unanimité,

Dit que, eu égard aux conditions dans lesquelles M. Diallo a été expulsé du territoire congolais le 31 janvier 1996, la République démocratique du Congo a violé l'article 13 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, ainsi que l'article 12, paragraphe 4, de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples ;

3) A l'unanimité,

Dit que, eu égard aux conditions dans lesquelles M. Diallo a été arrêté et détenu en 1995-1996 en vue de son expulsion, la République démocratique du Congo a violé l'article 9, paragraphes 1 et 2, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, ainsi que l'article 6 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples ;

4) Par treize voix contre une,

Dit que, en n'informant pas sans retard M. Diallo, lors de sa détention en 1995-1996, de ses droits en vertu de l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'article 36 de la convention de Vienne sur les relations consulaires, la République démocratique du Congo a violé les obligations lui incombant en vertu dudit alinéa ;

POUR : M. Owada, *président* ; M. Tomka, *vice-président* ; MM. Al-Khasawneh, Simma, Abraham, Keith, Sepúlveda-Amor, Bennouna, Skotnikov, Cançado Trindade, Yusuf, Greenwood, *juges* ; M. Mahiou, *juge ad hoc* ;

CONTRE : M. Mampuya, *juge ad hoc* ;

5) Par douze voix contre deux,

Rejette le surplus des conclusions de la République de Guinée relatives aux conditions dans lesquelles M. Diallo a été arrêté et détenu en 1995-1996 en vue de son expulsion ;

POUR : M. Owada, *président* ; M. Tomka, *vice-président* ; MM. Al-Khasawneh, Simma, Abraham, Keith, Sepúlveda-Amor, Bennouna, Skotnikov, Yusuf, Greenwood, *juges* ; M. Mampuya, *juge ad hoc* ;

CONTRE : M. Cançado Trindade, *juge* ; M. Mahiou, *juge ad hoc* ;

6) Par neuf voix contre cinq,

Dit que la République démocratique du Congo n'a pas violé les droits propres de M. Diallo en tant qu'associé des sociétés Africom-Zaïre et Africontainers-Zaïre ;

POUR : M. Owada, *président* ; M. Tomka, *vice-président* ; MM. Simma, Abraham, Keith, Sepúlveda-Amor, Skotnikov, Greenwood, *juges* ; M. Mampuya, *juge ad hoc* ;

CONTRE : MM. Al-Khasawneh, Bennouna, Cançado Trindade, Yusuf, *juges* ; M. Mahiou, *juge ad hoc* ;

7) A l'unanimité,

Dit que la République démocratique du Congo a l'obligation de fournir une réparation appropriée, sous la forme d'une indemnisation, à la République de Guinée pour les conséquences préjudiciables résultant des violations d'obligations internationales visées aux points 2 et 3 ci-dessus ;

8) A l'unanimité,

Décide que, au cas où les Parties ne pourraient se mettre d'accord à ce sujet dans les six mois à compter du présent arrêt, la question de l'indemnisation due à la République de Guinée sera réglée par la Cour, et réserve à cet effet la suite de la procédure.

Fait en français et en anglais, le texte français faisant foi, au Palais de la Paix, à La Haye, le trente novembre deux mille dix, en trois exemplaires, dont l'un sera déposé aux archives de la Cour et les autres seront transmis respectivement au Gouvernement de la République de Guinée et au Gouvernement de la République démocratique du Congo.

Le président,
(Signé) Hisashi OWADA.

Le greffier,
(Signé) Philippe COUVREUR.

MM. les juges AL-KHASAWNEH, SIMMA, BENNOUNA, CANÇADO TRINDADE et YUSUF joignent une déclaration commune à l'arrêt ; MM. les juges AL-KHASAWNEH et YUSUF joignent à l'arrêt l'exposé de leur opinion dissidente commune ; MM. les juges KEITH et GREENWOOD joignent une déclaration commune à l'arrêt ; M. le juge BENNOUNA joint à l'arrêt l'exposé de son opinion dissidente ; M. le juge CANÇADO TRINDADE joint à l'arrêt l'exposé de son opinion individuelle ; M. le juge *ad hoc* MAHIOU joint à l'arrêt l'exposé de son opinion dissidente ; M. le juge *ad hoc* MAMPUYA joint à l'arrêt l'exposé de son opinion individuelle.

(Paraphé) H. O.

(Paraphé) Ph. C.

**DÉCLARATION COMMUNE DE MM. LES JUGES AL-KHASAWNEH, SIMMA, BENNOUNA,
CANÇADO TRINDADE ET YUSUF**

[Texte original français]

Recevabilité d'une demande additionnelle — Objet du différend — Sécurité juridique et bonne administration de la justice — Continuité entre l'arrestation et la détention de M. Diallo en 1988-1989 et en 1995-1996, et leurs liens avec les tentatives de recouvrement des créances.

1. Nous avons dû voter avec regret, contre le paragraphe premier du dispositif de l'arrêt selon lequel «la demande de la République de Guinée relative à l'arrestation et à la détention de M. Diallo en 1988-1989 est irrecevable». Nous sommes persuadés, en effet, que cette demande, même présentée tardivement, au cours de la procédure, relève bien de l'objet du différend tel qu'indiqué dans la requête introductive d'instance, ainsi que le prescrit l'article 40 du Statut de la Cour. Notre analyse est fondée sur l'approche, déjà exprimée avec clarté par la Cour permanente de Justice internationale, et réitérée maintes fois depuis par cette Cour : «La Cour, exerçant une juridiction internationale, n'est pas tenue d'attacher à des considérations de forme la même importance qu'elles pourraient avoir dans le droit interne.» (*Concessions Mavrommatis en Palestine*, arrêt n° 2, 1924, C.P.J.I. série A n° 2, p. 34.)

2. Il en découle, tout d'abord, que la demande relative aux événements de 1988-1989 ne peut être écartée uniquement parce qu'elle n'a été présentée par la Guinée, pour la première fois, que dans ses observations écrites du 7 juillet 2003, en réponse aux exceptions d'irrecevabilité soulevées par la République démocratique du Congo et, ensuite, de façon plus détaillée, dans sa réplique du 19 novembre 2008 (arrêt, paragraphes 31 et 32).

3. La question qui se pose, ensuite, n'est pas de savoir si le demandeur peut compléter les faits en cause dans le contexte de l'objet du différend, dont il a fait état dans sa requête, puisque selon le paragraphe 2 de l'article 38 du Règlement, celle-ci «indique en outre la nature précise de la demande et contient un exposé succinct des faits et moyens sur lesquels cette demande repose». Il n'est donc pas question, à ce stade, d'être exhaustif quand aux faits concernés. Il est admis, d'autre part, que les Parties peuvent modifier leurs conclusions jusqu'à la fin de la procédure orale, la Guinée pouvait donc, dans ses conclusions finales, se référer aux «arrestations arbitraires» au pluriel au lieu de l'arrestation au singulier figurant dans ses conclusions. Il est vrai, cependant, que «la faculté laissée aux Parties de modifier leurs conclusions jusqu'à la fin de la procédure orale» est soumise à des limites car «la Cour ne saurait admettre, en principe, qu'un différend porté devant elle par requête puisse être transformé, par voie de modifications apportées aux conclusions, en un autre différend dont le caractère ne serait pas le même» (*Société commerciale de Belgique*, arrêt, 1939, C.P.J.I. série A/B n° 78, p. 173).

4. A notre avis, ce qui importe pour la recevabilité d'une demande formellement nouvelle, c'est qu'elle s'inscrive dans le cadre de l'objet du différend dont la Cour a été saisie, et ceci dans le respect du Statut et du Règlement intérieur. En effet, s'il en allait autrement «l'objet du différend sur lequel [la Cour] aurait en définitive à statuer serait nécessairement distinct de l'objet du différend qui lui a été originellement soumis dans la requête» (*Certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1992, p. 266, par. 68). Et une telle situation serait nécessairement incompatible avec les exigences de «la sécurité juridique et de la bonne administration de la justice» (*ibid.*, p. 267, par. 69).

5. La Cour admet que l'évaluation des demandes additionnelles vise essentiellement à se demander si elles auraient pour effet de «modifi[er] l'objet du différend initialement porté devant elle selon les termes de la requête» en se référant à l'affaire du *Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Honduras, arrêt, C.I.J. Recueil 2007 (II), p. 695, par. 108)*. Mais la Cour n'applique pas ce test, en tant que tel, pour la recevabilité de la demande de la Guinée relative aux événements de 1988-1989. Elle le perd même de vue dans la suite de son raisonnement, en se fondant exclusivement sur les deux critères que la jurisprudence a dégagés dans le but précisément d'apprécier le lien de la demande nouvelle avec l'objet du différend, soit que celle-ci est implicitement contenue dans la requête soit qu'elle découle directement de celle-ci. Ces critères sont destinés à permettre de répondre à la question centrale qui est de savoir si la demande additionnelle relève de l'objet du différend dont la Cour est saisie ou si elle introduit un nouveau différend. Malheureusement, la Cour ne répond pas à cette question puisqu'elle a choisi de se lancer dans une analyse purement formelle de la demande relative aux événements de 1988-1989 par référence, successivement, aux deux critères évoqués précédemment. C'est ainsi qu'elle conclut que ces événements ne sont pas implicitement contenus dans la requête parce qu'ils concernent des «mesures d'arrestation et de détention, prises à un autre moment et dans un autre contexte» et que les «arrestations ... sont intervenues sur des bases juridiques complètement différentes» (arrêt, paragraphe 43). Cette argumentation formelle sera reprise de nouveau par la Cour pour conclure qu'elle n'aperçoit aucune possibilité de considérer la demande nouvelle comme découlant directement de la question qui fait l'objet du différent (arrêt, paragraphe 46).

6. Nous constatons, qu'à l'issue de ce raisonnement, la majorité s'est contentée d'une simple comparaison entre les conditions formelles d'arrestation et de détention de M. Diallo, et entre les bases juridiques alléguées par la RDC pour y procéder, sans se soucier de la continuité réelle entre les événements de 1988-1989 et ceux de 1995-1996 et sans relativiser les conditions de forme puisées dans le droit interne, ainsi que le préconise la jurisprudence de la Cour.

7. Or, matériellement, les arrestations arbitraires dont M. Diallo a été victime en 1988-1989 et en 1995-1996 sont dans la continuité d'actions engagées contre lui par la République démocratique du Congo chaque fois qu'il se faisait plus pressant auprès des autorités pour recouvrer les créances que ses deux sociétés (dont il est devenu l'unique associé) détenaient sur cet Etat et sur des entreprises congolaises. Le 25 janvier 1988, M. Diallo a été arrêté et incarcéré, pendant un an, sur ordre du premier ministre de la RDC après qu'il ait tenté en vain de recouvrer les créances de la société Africom-Zaïre à l'égard de l'Etat congolais dans l'affaire dite du «papier-listing», alors que le ministre des finances avait reconnu les dettes en question. L'accusation d'escroquerie contre M. Diallo n'est pas intervenue dans un cadre judiciaire mais a été formulée uniquement par les autorités gouvernementales de la RDC. Le même premier ministre de la RDC, qui avait ordonné l'arrestation de M. Diallo pour escroquerie, avait, le 14 janvier 1988, demandé par courrier au ministre des finances de ne pas acquitter les dettes dues à la société Africom-Zaïre. Or, de nouveau, en 1996, M. Diallo a été arrêté puis expulsé, après qu'il ait demandé l'exécution du jugement rendu en faveur de sa société Africontainers-Zaïre. Il s'agissait manifestement, de la part des autorités de la RDC d'éliminer définitivement M. Diallo du territoire congolais pour qu'il ne puisse plus s'occuper des créances que ses sociétés détiennent sur l'Etat ainsi que sur des entreprises congolaises.

8. D'ailleurs, la Cour a souligné à juste titre que :

«la RDC n'a jamais été à même, tout au long de la procédure, de fournir des motifs qui puissent être de nature à donner un fondement convaincant à l'expulsion de M. Diallo. Des allégations de «corruption» et d'autres infractions ont été formulées à son encontre, mais aucun élément concret n'a été présenté à la Cour de nature à étayer ces allégations. Ces accusations n'ont donné lieu à aucune poursuite devant les tribunaux, ni, *a fortiori*, à aucune condamnation. En outre, il est difficile de ne pas percevoir un lien entre l'expulsion de M. Diallo et le fait qu'il ait tenté d'obtenir le recouvrement des créances qu'il estimait être dues à ses sociétés par, notamment, l'Etat zaïrois ou des entreprises dans lesquelles ce dernier détient une part importante du capital, en saisissant à cette fin les juridictions civiles.» (Arrêt, paragraphe 82.)

9. Nous ne pouvons que regretter que la majorité n'ait pas appliqué cette analyse à la question de la recevabilité. En effet, elle aurait nécessairement abouti à la nette conclusion que l'arrestation de 1988-1989 se situe dans la continuité de celle de 1995-1996, dans la mesure où elle a été inspirée par les mêmes motifs, et qu'elle revêt le même caractère arbitraire. La seule différence est qu'en 1995-1996, il a été décidé d'expulser de la RDC M. Diallo alors qu'auparavant, en 1988-1989, il a été détenu pendant près d'une année !

10. Dès lors, à notre avis, les événements de 1988-1989 se rattachent manifestement à l'objet du différend tel qu'il figure dans la requête de la Guinée en date du 23 décembre 1998 :

«M. Diallo Ahmadou Sadio, homme d'affaires de nationalité guinéenne, a été, après trente-deux (32) ans passés en République démocratique du Congo, injustement incarcéré par les autorités de cet Etat, spolié de ses importants investissements, entreprises et avoirs mobiliers, immobiliers et bancaires puis expulsé.

Cette expulsion est intervenue à un moment où M. Diallo Ahmadou Sadio poursuivait le recouvrement d'importantes créances détenues par ses entreprises sur l'Etat et les sociétés pétrolières qu'il abrite et dont il est actionnaire.

Après de vaines tentatives de règlement amiable, l'Etat de Guinée s'adresse à la Cour internationale de Justice dans le dessein de voir celle-ci condamner la République démocratique du Congo pour les graves violations du droit international qu'elle a commises [en la personne de M. Diallo].»

11. Ainsi, qu'on les considère comme contenus implicitement dans cette requête ou comme en découlant, les événements de 1988-1989 se rattachent à l'objet du différend que celle-ci décrit, puisqu'il s'agit d'une arrestation injuste de M. Diallo liée à la spoliation par la RDC de ses biens.

12. Nous ne pouvons, de ce fait, comprendre que la majorité ait déclaré irrecevable la demande de la Guinée relative à ces événements, en faisant preuve d'un formalisme inapproprié à un contentieux international long et coûteux, puisque la Guinée a saisi la Cour de cette affaire il y a près de douze ans. Il nous paraît que la République démocratique du Congo a été informée assez tôt de l'addition des faits de 1988-1989 par la Guinée et qu'elle avait la possibilité de les contester, ce qu'elle ne s'est d'ailleurs pas empêchée de faire lors des plaidoiries orales (CR 2010/3, p. 16 et 17, par. 11-13 (Kalala)). La Cour disposait donc des éléments pour se prononcer sur toutes les violations du droit international commises par la RDC en la personne de M. Diallo. Si la Cour

avait procédé de la sorte, elle aurait réellement satisfait aux exigences de la «sécurité juridique et de la bonne administration de la justice». En effet, ces exigences doivent prendre en compte, dans cette affaire, originellement fondée sur l'exercice de la protection diplomatique, dont le champ d'application inclut «les droits de l'homme internationalement garantis» (*Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2007 (II)*, p. 599, par. 39), les droits individuels de M. Diallo, qui a été victime à deux reprises de mesures arbitraires des autorités de l'Etat d'accueil et pour les mêmes raisons.

(Signé) Awn Shawkat AL-KHASAWNEH.

(Signé) Bruno SIMMA.

(Signé) Mohamed BENNOUNA.

(Signé) Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE.

(Signé) Abdulqawi Ahmed YUSUF.

JOINT DISSENTING OPINION OF JUDGES AL-KHASAWNEH AND YUSUF

Unable to accept point 6 of dispositif — Violation of Diallo's rights as sole associé — Causal link between expulsion and violations to rights as associé — Dangerous precedent for foreign investors — Difference with treaty protected investors — Modern developments in area of foreign investments — Unsatisfactory state of law — Distinction between corporate personality and personality of the shareholder — Inherent in limited liability concept — However not absolute — Distinctions with Barcelona Traction — Triangular relation — State of nationality of company same State whose responsibility is invoked — Considerations of equity — Barcelona Traction overtaken by events — 2007 Judgment is res judicata — Concept of direct rights of associé does not detract from res judicata — Includes right of ownership — Importance of company size and persons running the company — By not accepting Diallo's rights Court missed a chance to provide redress — Also to take account of modern developments in investment laws and in human rights.

We are, regrettably, unable to concur in paragraph 6 of the *dispositif* according to which the Court: “Finds that the Democratic Republic of the Congo has not violated Mr. Diallo's direct rights as *associé* in Africom-Zaire and Africontainers-Zaire”; nor are we persuaded by the reasoning and considerations on which this finding is based.

Quite the contrary, we feel that by arresting and detaining Mr. Diallo twice, first in 1988-1989 (which the Court found inadmissible) and a second time in 1995-1996 when his incarceration was followed by expulsion from the territory of the DRC, a grave injustice was committed against Mr. Diallo not only as a person but also as sole *associé* and *gérant* of his two companies; an injustice compounded by the horrendous delay in deciding this case, i.e., 12 years after the filing by the Republic of Guinea of its Application.

This injustice begins with the Court's acknowledgment of the illicit nature of Mr. Diallo's treatment at the hands of the DRC authorities in 1995-1996 (Judgment, paragraph 165 (2) (3) (4)) and of the arbitrariness of the “arrest and detention aimed at [the] expulsion measure”, as well as the Court's recognition — in what may be this part of the Judgment's only concession to reality — that

“it is difficult not to discern a link between Mr. Diallo's expulsion and the fact that he had attempted to recover debts which he believed were owed to his companies by, amongst others, the Zairean State or companies in which the State holds a substantial portion of the capital, bringing cases for this purpose before civil courts” (Judgment, paragraph 82).

Nevertheless, the Judgment refuses to draw the manifest and inescapable conclusion that ought, in our respectful opinion, to have been drawn from the Court's aforementioned findings. It is plain that the expulsion of Mr. Diallo was not an end in itself. Its intended consequence was, in all probability, to frustrate Mr. Diallo's attempts to recover his debts. At the very least it had that effect, something that the DRC authorities knew or ought to have known.

The enormity of the injustice committed against Mr. Diallo may also be measured in another way. Mr. Diallo was not one of a multitude of shareholders “[s]eparated from the company by numerous barriers” and therefore “[could not] be identified with it” as paragraph 41 of the *Barcelona Traction* Judgment contemplated (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)*, *Second Phase, Judgment*, I.C.J. Reports 1970, p. 34, para. 41). He was for all intents and purposes one and the same with the two companies. Nor were his *parts sociales* a small amount of his wealth, they were practically all his wealth with the result that, as a

consequence of the actions taken by the DRC authorities against him, he was reduced to destitution.

But this injustice will not, in light of the Judgment, be confined to Mr. Diallo. Instead it could become a dangerous precedent for foreign investors. A State seeking to expropriate the assets of a unipersonal company (the term unipersonal is used here to include a *société privée à responsabilité limitée* which has evolved to have only one *associé gérant* and allowed to do business as such, or one composed of a small number of associés) would only have to expel the *associé* from its territory. If that expropriating State also happens to be the State of nationality of the company and hence in theory the protector State, there would be no possibility of redress whatsoever for the investor. In other words the net result would be an indirect expropriation without compensation or the need to show a justifying public interest.

Luckily, those foreign investors whose investments in foreign States are protected by bilateral or multilateral investment treaties would be shielded from such a risk. These treaties typically go much further than what Guinea has asked for in this case, namely in affording protection through well-established techniques such as compulsory arbitration, dispensing with the need to exhaust local remedies, broadening the scope of the term “investment”, incorporating in the State of nationality of shareholders or in a third State, etc. These developments in the field of foreign investments have led to the wholesale abandonment of the distinction between the corporate personality of the company on the one hand and that of the shareholders on the other, resulting in a wide discrepancy between the customary international law standard and the standard contained in most investment treaties, with the customary law standard (if at all represented by what is contained in *Barcelona Traction*) being significantly lower than the one existing in the realm of investment treaties. The least that can be said about the state of customary international law given this discrepancy is that it is unsatisfactory.

The underlying *motif* of the 24 May 2007 Judgment on Preliminary Objections and of the present one is that the distinction between the rights of the company on the one hand and the “mere interests of the shareholders” on the other, is inherent in and flows from the very nature of the limited liability companies whether they be private or public. Thus the argument goes that just as shareholders are protected in municipal law (from which the concept was transposed by analogy into international law) from risk extending to all their assets, they must, by the same logic, be ready to accept loss confined to that part of their wealth which had been separately incorporated, *Fortuna* being a capricious Goddess whose moods the law cannot guarantee, but can at best regulate through limited liability. In the language of paragraph 42 of *Barcelona Traction*: “the shareholders’ rights in relation to the company and its assets remain limited, this being, moreover, a corollary of the limited nature of their liability” (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain), Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1970, p. 34, para. 42; emphasis added*).

This may indeed be true as a general proposition. However, in the realm of municipal law from which the concept of limited liability emanated, shareholders were never denied the protection which Judge Sir Gerald Fitzmaurice, in his separate opinion in *Barcelona Traction*, explained balances what he called the “hegemony” of the company (p. 68, para. 8). In that celebrated opinion, Judge Fitzmaurice analysed why, in municipal law, an action cannot be brought by shareholders on behalf of the rights of the company notwithstanding that injury to the company may recoil or repercuss onto the shareholder:

“The true *rationale* (outside but underlying the law) of denying to the shareholder the possibility of action in respect of infringements of *company* rights is that, normally, he does not need this. The *company* will act and, by so doing, will automatically protect not only its own interests but those of the shareholders also. That is the assumption; namely that the company is both capable of acting and will do so unless there are cogent reasons why, in the interests of the company and, hence,

indirectly of the shareholders, it should refrain.” (Separate opinion of Judge Sir Gerald Fitzmaurice, p. 68, para. 10.)

This assumption does not hold in the sphere of international law. A State of nationality of a company retains discretion whether to act on behalf of the company or not. It would be recalled that Judge Fitzmaurice’s remarks were addressed to the facts of *Barcelona Traction* where Canada, the protecting State, though it acted at times on behalf of the company, refrained for the most part from doing so.

This situation is *a priori* even more applicable in the circumstances of the present case where the State of nationality of the two companies Africom-Zaire and Africontainers-Zaire was the same State accused of wrongdoing.

Elsewhere in his separate opinion Judge Fitzmaurice contemplated this very situation:

“It seems that, actually, in only one category of situation is it more or less definitely admitted that intervention by the government of foreign shareholders is allowable, namely where the company concerned has the nationality of the very State responsible for the acts or damage complained of, and these, or the resulting circumstances, are such as to render the company incapable de facto of protecting its interests and hence those of the shareholders. Clearly in this type of case no intervention or claim on behalf of the company as such can, in the nature of things, be possible at the international level, since the company has local not foreign nationality, and since also the very authority to which the company should be able to look for support or protection is itself the author of the damage. Consequently, the normal rule of intervention only on behalf of the company by the company’s government becomes not so much inapplicable as irrelevant or meaningless in the context. The efficacy of the corporate entity and its capability of useful action has broken down, and the shareholders become as it were substituted for the management to protect the company’s interests by any method legally open to them. If some of them have foreign nationality, one such way is to invoke the intervention of their government, and in the circumstances this must be regarded as admissible.” (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*) (*Belgium v. Spain, Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1970*; separate opinion of Judge Sir Gerald Fitzmaurice, p. 72, para. 14; emphasis added.)

In support of this assertion Judge Fitzmaurice cited Paul De Visscher¹:

“From this it necessarily results that if the rational justification for the mechanism of the corporate entity is brought to a collapse by the act of the very State whose law governs the status and allegiance of the corporate entity, its personality is no longer anything but a fiction void of all meaning, in which there can now be seen nothing but a bundle of individual rights.”

It may be said that this is but a separate opinion and that the main Judgment in *Barcelona Traction* did not adopt this line of thinking. This is demonstrably not the case.

It is important to recall that in *Barcelona Traction*, the Court was dealing with what it called a “triangular relationship” (*ibid.*, p. 42, para. 69) with Canada, Spain and Belgium each representing an apex in that relationship. Reviewing the contacts between the three Governments the Court came to the conclusion that:

¹Paul De Visscher, “La Protection Diplomatique des Personnes Morales”, *Recueil of the Hague Academy of International Law*, 1961, Vol. I, p. 465.

“In sum, the record shows that from 1948 onwards the Canadian Government made to the Spanish Government numerous representations which cannot be viewed otherwise than as the exercise of diplomatic protection in respect of the Barcelona Traction company. *Therefore this was not a case where diplomatic protection was refused or remained in the sphere of fiction.*” (*Ibid.*, p. 43, para. 76; emphasis added.)

Notwithstanding the fact that the Court was concerned primarily with a triangular relationship, it nevertheless contemplated a situation where, as a matter of equity, the State of nationality of the shareholders could take up their protection when the State whose responsibility is invoked is the same State of nationality of the company. The Court had the following to say:

“It is quite true that it has been maintained that, for reasons of equity, a State should be able, in certain cases, to take up the protection of its nationals, shareholders in a company which has been the victim of a violation of international law. Thus a theory has been developed to the effect that the State of the shareholders has a right of diplomatic protection when the State whose responsibility is invoked is the national State of the company. Whatever the validity of this theory may be, it is certainly not applicable to the present case, since Spain is not the national State of Barcelona Traction.

On the other hand, the Court considers that, in the field of diplomatic protection as in all other fields of international law, it is necessary that the law be applied reasonably. It has been suggested that if in a given case it is not possible to apply the general rule that the right of diplomatic protection of a company belongs to its national State, considerations of equity might call for the possibility of protection of the shareholders in question by their own national State. This hypothesis does not correspond to the circumstances of the present case.

In view, however, of the discretionary nature of diplomatic protection, considerations of equity cannot require more than the possibility for some protector State to intervene, whether it be the national State of the company, by virtue of the general rule mentioned above, or, in a secondary capacity, the national State of the shareholders who claim protection.” (*Ibid.*, p. 48, paras. 92-94; emphasis added.)

To be sure, the Court went on to speak of practical considerations that might argue against basing the right of protection on considerations of equity especially when there are numerous investors from different nationalities and with minority shareholdings. But the Court never precluded, as a matter of principle, the operation of diplomatic protection of shareholders when there is no protecting State. We cannot think of a situation where considerations of equity would have been more appropriate than in the present case, all the more so since there was no danger of “confusion and insecurity in international economic relations” as a result of “opening the door to competing diplomatic claims” (*ibid.*, p. 49, para. 96).

Moreover the Court, in *Barcelona Traction*, was careful to stress that its conclusion (as to the separate corporate personality from that of the shareholders) was confined to the particular circumstances of *Barcelona Traction*. It stated that “[f]or the above reasons, the Court is not of the opinion that in the *particular circumstances of the present case*, *jus standi* is conferred on the Belgian Government by considerations of equity” (*ibid.*, p. 50, para. 101; emphasis added), thereby acknowledging that the *locus standi in judicio* could *a contrario* be conferred as a matter of equity (equity *infra legum*) in other cases.

It is also significant that those judges who supported the conclusions regarding lack of standing of the shareholders state in *Barcelona Traction* were motivated, in large part, by a practical and what may be a legitimate apprehension that opening the door for protection of shareholders by their national State would lead to abuse by capital-exporting countries and the

creation of economic neo-colonization². Thus Judge Ammoun cited, *inter alia*, the work of the Institut de droit international in the following words:

“As for the Institut de droit international, at its Nice session in 1967 it had to study the problem of investment in developing countries. The jurists of the Afro-Asian group who took part in the proceedings of that session expressed the opinion of their group by replying in the negative to the question whether ‘shareholders are entitled to ask for diplomatic protection of their State in cases in which the company in which they have invested cannot or will not ask for it itself, as against the developing country.’” (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment, I.C.J. Reports 1970*; separate opinion of Judge Ammoun, p. 329, para. 39.)

The irony of the foregoing is that those concerns were overtaken by events. The proliferation of bilateral and multilateral investment treaties, and the assertion by some States of a right, sometimes expressed in legislation³, of intervention to protect the interests of national shareholders in foreign companies, together with a parallel development in the field of human rights, to which we shall return later, have all meant that the low standard of protection of shareholders under customary law is now confined to the wretched of the earth like Mr. Diallo. Such a result could not have been contemplated by those judges whose uppermost concern was, in the words of Professor Rolin:

“to encourage investments for the developing countries, by giving guarantees on both sides, both to those countries themselves in order to avoid a form of economic neo-colonialism, which would bring about their subjection to the rich countries, and in order to put investors out of reach of certain risks” (cited by Judge Ammoun, *ibid.*, p. 330, footnote 83).

Be this as it may, it was a narrow and, in our respectful opinion, an unwarranted interpretation of *Barcelona Traction* that found its way into the 2007 Judgment on Preliminary Objections where the Court upheld the DRC objection “in so far as it concerns protection of Mr. Diallo in respect of alleged violations of rights of Africom-Zaire and Africontainers-Zaire” (para. 1 (b) of the operative paragraphs). This conclusion is now fortified by the force of *res judicata*.

However the 2007 Judgment rejected the DRC objection “in so far as it concerns protection of Mr. Diallo’s rights as *associé* in Africom-Zaire and Africontainers-Zaire” (para. 1 (a) of the operative paragraphs). It is to those rights untouched by *res judicata* that we shall now turn.

It would be recalled that *Barcelona Traction* drew a distinction between the rights of the company and the *interests* of the shareholders on the one hand⁴ (para. 46), and the rights of the company and the *direct rights* of the shareholders, on the other (para. 47).

“The situation is different if the act complained of is aimed at the direct rights of the shareholder as such. It is well known that there are rights which municipal law

²Judge Ammoun cites the opinions of Mr. Nagendra Singh (India), Mr. Kamil Yasseen (Iraq) and Mr. Nihat Erim (Turkey), and in a footnote the observations of Professor Rolin.

³According to the United Kingdom’s 1985 Rules Applying to International Claims “where a United Kingdom national has an interest, as a shareholder or otherwise, in a company incorporated in another State and of which it is therefore a national and that State injures the company, Her Majesty’s Government may intervene to protect the interests of the United Kingdom national” (Rule VI, reprinted in *ICLQ*, Vol. 37, (1988), p. 1007).

⁴With regard to the latter distinction the Court in *Barcelona Traction* expounded those rights as follows: “[n]ot a mere interest affected, but solely a right infringed involves responsibility, so that an act directed against and infringing only the company’s rights does not involve responsibility towards the shareholders, even if their interests are affected” (*I.C.J. Reports 1970*, p. 36, para. 46).

confers upon the latter distinct from those of the company, including the right to any declared dividend, the right to attend and vote at general meetings, the right to share in the residual assets of the company on liquidation. Whenever one of his direct rights is infringed, the shareholder has an independent right of action. On this there is no disagreement between the Parties. But a distinction must be drawn between a direct infringement of the shareholder's rights, and difficulties or financial losses to which he may be exposed as the result of the situation of the company." (*Ibid.*, para. 47.)

In the event, the Court did not pursue the consequences of this distinction because: "[t]he Belgian Government did not base its claim on an infringement of the direct rights of the shareholders. Thus it [was] not open to the Court to go beyond the claim as formulated by the Belgian Government." (*Ibid.*, p. 37, para. 49.)

By contrast, in the present case, Guinea did (re)formulate its claim in terms of the infringement of the direct rights of Mr. Diallo as an *associé* (para. 13 of the Judgment). Further, since the enumeration of those rights was non-exhaustive (evidenced through the use of the word "including"), Guinea added to the three rights mentioned in the *Barcelona Traction* Judgment, a fourth set of rights, namely, the rights "of ownership and management in respect of the companies founded by him in the DRC", and in which he was the sole *associé*; the rights of "pursuing recovery of the numerous debts owed to him — to himself personally and to the said companies — both by the DRC itself and by other contractual partners"; and the right to be free from *de facto* expropriation.

Those rights and their infringements cannot be measured by a single criterion regardless of the size of the company concerned, or the centrality of the role played by certain persons, in running such a company. In *Barcelona Traction* — where the individual shareholder was "[s]eparated from the company by numerous barriers, [and where] the shareholder [could not] be identified with it" (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)*, Judgment, I.C.J. Reports 1970, p. 34, para. 41; emphasis added) — it would have made perfect sense to speak of the right to hold general meetings and to appoint a *gérant*.

The present case undoubtedly differs from *Barcelona Traction* in that regard. The two companies had become one-man companies which operated as such in the DRC — a fact which is not contested by the Parties — and where the sole *associé* was also the *gérant*. To require the *associé* to hold general meetings or to invoke his failure to do so as justification for the assertion that his rights to participate and vote in general meetings, or to appoint a *gérant*, or to monitor the management of the companies, were not violated is quite surrealistic (an exiled destitute *associé/gérant* participating in a general meeting with himself?)

Paragraph 115 of the present Judgment is patently apologetic. It is worth quoting in full:

"In the following paragraphs, the Court is careful to maintain the strict distinction between the alleged infringements of the rights of the two SPRLs at issue and the alleged infringements of Mr. Diallo's direct rights as *associé* of these latter (see *I.C.J. Reports 2007 (II)*, pp. 605-606, paras. 62-63). The Court understands that such a distinction could appear artificial in the case of an SPRL in which the *parts sociales* are held in practice by a single *associé*. It is nonetheless well-founded juridically, and it is essential rigorously to observe it in the present case. Guinea itself accepts this distinction in the present stage of the proceedings, and most of its arguments are indeed based on it. The Court has to deal with the claims as they were presented by the Applicant."

Of course Guinea had to accept this distinction in view of the *res judicata* of the 2007 Judgment. However, we believe it was well within the Court's power to take cognizance of the reality of the situation, in particular that where there is in effect one *associé/gérant* the infringement of the company rights is *ipso facto* infringement of the direct rights of the owner.

By insisting on a dogmatic application of a one-size-fits all approach, *Barcelona Traction* (or rather on a narrow interpretation of *Barcelona Traction* that did not take account of the absence of a protecting State), the Court missed a chance to provide redress to Mr. Diallo as a matter of equity without at the same time detracting from the formal force of its 2007 Judgment. Equally importantly, the Court missed a chance to bring into line the standard of protection of investors like Mr. Diallo with the standard now found in jurisprudence emanating from regional courts and arbitral tribunals. This latter standard, as had been previously alluded to, has arguably become an international minimum standard to which even those investors not covered by bilateral or multilateral investment treaties may be entitled.

It is to those pertinent developments that we shall now turn in the remainder of this joint dissenting opinion with the aim of ascertaining the current state of the law.

We start however by stressing that when we speak of modern developments we do not imply a paucity in older authorities, such as *Delagoa Bay Railway Company* case; *Mexican Eagle Co. case*, *Romano-Americana* case⁵; *El Triunfo Award of 8 May 1902*⁶; *Deutsche Amerikanische Petroleum Gesellschaft Oil Tankers Award of 5 August 1926*⁷.

There are, we believe, three developments in the modern law regulating States' treatment of foreign investments which, taken cumulatively, may justify revisiting the *Barcelona Traction* rule on standing. These are: protection against indirect expropriation; diplomatic protection of shareholders against the national State of the company and the reach coverage of bilateral investment treaties.

Thus in respect of indirect expropriation, the Iran-US Claims Tribunal defined expropriation as occurring "where the State interferes with property rights to such an extent that these rights are rendered so useless that they must be deemed to have been expropriated" (Iran-US Claims Tribunal, 122, p. 154). Similarly in *Tecmed v. United Mexican States*, Award of 29 May 2003 (ICSID)⁸, the Award spoke of expropriation [occurring] if the claimant "was radically deprived of the economical use and enjoyment of its investments, as if the rights related thereto . . . had ceased to exist" (p. 43, para. 115).

Such injury is the one suffered by Mr. Diallo's companies, caused by his (unarguably wrongful) expulsion. In *Biloune and Marine Drive Complex Ltd. v. Ghana Investments Centre*⁹, also dealing with the expulsion of the central figure of unipersonal company (though incorporated as a company with limited liability), the Tribunal based itself on the central role of Mr. Biloune in

⁵*Delagoa Bay Railway Company*; *Mexican Eagle (El Aguila)*, M. Whiteman, *Digest of International Law*, Vol. VIII, pp. 1272-1274; *Romano-Americano*, Hackworth, *Digest of International Law*, Vol. V, p. 841.

⁶*El Triunfo Award of 8 May 1902*, UN RIAA, Vol. XV, p. 467.

⁷*Deutsche Amerikanische Petroleum Gesellschaft Oil Tankers Award of 5 August 1926*, UN RIAA, Vol. II, p. 790.

⁸*Tecnicas Medioambientales Tecmed v. United Mexican States*, Award of 29 May 2003, ICSID, case No. ARB(AF)/002.

⁹*Biloune and Marine Drive Complex Ltd. v. Ghana Investments Centre and the Government of Ghana*, Award on Jurisdiction and Liability, 27 October 1989, 95 ILR 184.

promoting, financing and managing MDCL, to determine that his expulsion from the country effectively prevented MDCL from further pursuing the project. Such prevention would constitute constructive expropriation of MDCL's contractual rights in the project and, accordingly, the expropriation of the value of Mr. Biloune's interest in MDCL, unless the Respondent can establish by persuasive evidence sufficient justification for those events.

With respect to the protection of shareholders in international law, it suffices to recall that paragraph 92 of the *Barcelona Traction* Judgment may, and has been read, for example by the International Law Commission, as not passing negative judgment on the theory that had been developed to the effect that "the State of the shareholders has a right of diplomatic protection when the State whose responsibility is invoked is the national State of the company"¹⁰. The Court merely noted that "[w]hatever the validity of this theory may be, it is certainly not applicable to the present case, since Spain is not the national State of *Barcelona Traction*" (*I.C.J. Reports 1970*, p. 48, para. 92). With regard to bilateral investment treaties, it should be noted that the scope of protection afforded to the covered investments is significantly more extensive than the protection sought by Guinea in the present case. Indeed, investment treaties extend their protection to cases where the shareholder and the corporation are not as closely identified as they were in the case of Mr. Diallo and his two companies, by inter alia extending it to minority shareholders, and to shareholders whose corporation is incorporated in a third State (as was the case in *Barcelona Traction*).

Lastly we wish to point briefly to the impact of developments in the field of human rights on the right to be free from indirect or direct expropriation. Thus the European Court of Human Rights has accepted that the sole owner of a company may claim to be a "victim" (within the meaning of Article 34 of the 1950 Rome Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms) of measures taken against his company, because in the case of a single shareholder company, there is no risk of differences of opinion among shareholders or between shareholders, and the board of directors, as to the fact of infringements of the rights protected under the Convention or concerning the most appropriate way of reacting to such infringement (see *Ankarcrona v. Sweden* (dec.), No. 35178/97, 27 June 2000; *Dyrwold v. Sweden*, No. 12259/86, Commission decision, 7 September 1990). In the recent case of *Nosov v. Russia* (dec.), No. 30877/02, 20 October 2005, the Court decided that disregarding a company's legal personality as per the question of the shareholder being a victim will be justified only in exceptional circumstances, such as where it is clearly established that it is impossible for the company to apply to the Court through the organs set up under its articles of incorporation or — in the event of liquidation or bankruptcy — through the liquidators or trustee in bankruptcy.

In sum, the finding by the Court that Mr. Diallo's direct rights as *associé* have not been violated by the DRC authorities, should not have been adopted by the Court for a number of cogent reasons. First, the clear causal link which existed between the DRC authorities actions culminating in Mr. Diallo's incarceration and eventual expulsion and the resultant loss of his rights of ownership in his companies amounted to an undeclared expropriation. Secondly, the finding is based on a narrow and unwarranted reading of *Barcelona Traction*, which is in any case distinguishable from the present case, in that *Barcelona Traction* contemplated a triangular relationship while in the present case, the State of nationality of the companies (the DRC) was the same State accused of wrongdoing.

¹⁰ILC Commentary to Draft Article 11 (*b*) on Diplomatic Protection, pp. 62-65.

Thirdly, we believe that this case sets a dangerous precedent for foreign investors unprotected by bilateral investment treaties. The low standard of protection outside BITs is in stark contrast to the wide reach of modern foreign investment law, which goes far beyond what Guinea had asked for in the present case. The Court missed a chance to do justice to Mr. Diallo, and at the same time, to bring the standard of protection of customary international law up to the standard of modern investment law.

(Signed) Awn S. AL-KHASAWNEH.

(Signed) Abdulqawi A. YUSUF.

JOINT DECLARATION OF JUDGES KEITH AND GREENWOOD

1. While, as our votes indicate, we agree with the Court's conclusions, we do not agree with one of the reasons the Court gives in support of its conclusion that the arrests and detentions of Mr. Diallo in 1995-1996 violated the Covenant and the African Charter (Judgment, paragraph 165 (3)). That reason is that the arrests and detentions preceding his expulsion were arbitrary and in breach of Article 9 (1) of the Covenant and Article 6 of the African Charter because the decision to expel Mr. Diallo was made without any defensible basis (Judgment, paragraph 82). While the Judgment reaches that conclusion when addressing the arbitrariness of the arrest and detention in terms of the provisions regulating those matters, that reasoning must be related to the Court's interpretation of the provisions concerned with expulsion.

2. According to that interpretation, the expulsion provisions, Article 13 of the Covenant and Article 12 (4) of the African Charter, prohibit expulsions which are "arbitrary in nature" (Judgment, paragraph 65), allowing review by a court of whether the "expulsion was justified on the merits" (Judgment, paragraph 73). In this declaration we consider the question whether those provisions impose a general *substantive* non-arbitrariness limit on the power of expulsion over and above the procedural guarantees which they contain. For the reasons which follow we conclude that they do not.

3. The immediately relevant provisions of the Covenant and the African Charter read as follows:

Article 12 of the Covenant

"1. Everyone lawfully within the territory of a State shall, within that territory, have the right to liberty of movement and freedom to choose his residence.

2. Everyone shall be free to leave any country, including his own.

3. The above-mentioned rights shall not be subject to any restrictions except those which are provided by law, are necessary to protect national security, public order (*ordre public*), public health or morals or the rights and freedoms of others, and are consistent with the other rights recognized in the present Covenant.

4. No one shall be arbitrarily deprived of the right to enter his own country."

Article 13

"An alien lawfully in the territory of a State party to the present Covenant may be expelled therefrom only in pursuance of a decision reached in accordance with law and shall, except where compelling reasons of national security otherwise require, be allowed to submit the reasons against his expulsion and to have his case reviewed by, and be represented for the purpose before, the competent authority or a person or persons especially designated by the competent authority."

Article 12 of the African Charter

"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. This right may only be subject to restrictions, provided

for by law for the protection of national security, law and order, public health or morality.

3. Every individual shall have the right, when persecuted, to seek and obtain asylum in other countries in accordance with laws of those countries and international conventions.

4. A non-national legally admitted in a territory of a State Party to the present Charter, may only be expelled from it by virtue of a decision taken in accordance with the law.

5. The mass expulsion of non-nationals shall be prohibited. Mass expulsion shall be that which is aimed at national, racial, ethnic or religious groups.”

4. Both Article 13 of the Covenant and Article 12 (4) of the African Charter require, in the first place, compliance with national law — a non-national may be expelled only under a decision reached in accordance with that law. Both require that a decision be taken relating to the *particular* non-national. Accordingly, mass expulsions are prohibited, as Article 12 (5) of the African Charter makes explicit and as the Human Rights Committee has stated in respect of Article 13 of the Covenant in its General Comment 15, paragraph 10 (see para. 10 below). National law will, in the normal course, determine who is to make the decision, the procedure the decision-maker is to follow and the grounds for expulsion; it may also provide for challenges to expulsion. Article 13 of the Covenant expressly requires two procedural protections: the right of the individual to submit reasons against expulsion and to have the case reviewed by, and be represented before, the competent authority or someone designated by it. These procedural requirements are not, of course, an end in themselves. They should help ensure the quality of the decision and should help protect the non-national against arbitrary expulsion.

5. What substantive limits do the provisions impose in addition to the prohibition on mass expulsions? No others are expressed in the two articles but may arise from other provisions of the two treaties, notably the guarantee of equality before the law or the prohibition on discrimination, in Articles 2 (1) and 26 of the Covenant and Articles 2 and 3 of the African Charter, as again the Human Rights Committee has stated in respect of the Covenant in General Comment No. 15, paragraphs 9 and 10. To state the obvious, the expulsion articles do not expressly prohibit arbitrary expulsions.

6. That absence of an express arbitrariness limit on the exercise of State power is the more striking when the particular provisions of the Covenant and Charter are read in context. Article 12 (3) and (4) of the Covenant and Article 12 (2) of the African Charter do allow substantive limits to be placed on the rights of movement and residence they state. Article 12 (4), the provision immediately preceding Article 13 of the Covenant, in allowing for a limit on the rights of nationals to return to their own country, uses non-arbitrariness as the test. Other provisions of both treaties, to go to a slightly wider context, expressly prohibit arbitrary action: the right to life (Article 6 of the Covenant and Article 4 of the African Charter); arrest and detention (Article 9 of the Covenant and Article 6 of the African Charter); and the right to privacy (Article 17 of the Covenant). Also to be contrasted are the provisions of Article 32 of the 1951 Convention on the Status of Refugees, on which the drafting of Article 13 of the Covenant drew in part (see para. 8 below). While paragraph 2 of that Article incorporates procedural protections comparable to those in Article 13 of the Covenant, paragraph 1 of Article 32, by contrast to Article 13, also circumscribes the State's power by allowing expulsion of a refugee only on grounds of national security or public order. The same contrast appears from Article 31 of the Convention relating to the Status of Stateless Persons 1954.

7. The ordinary meaning of the terms of Articles 13 and 12 (4), read in context, does not appear to allow the implication of prohibition on arbitrary expulsion. But does the object and purpose of the provisions? Undoubtedly, the insistence on compliance with national law and with the specific procedural requirements of Article 13 has as purposes the making of better informed decisions and the protection of the individual's opportunities to present the case against expulsion. In that respect they provide, by way of due process, a safeguard against arbitrary decisions.

8. That emphasis on fair procedure as the primary (even the sole) means of preventing arbitrary expulsions is to be seen throughout the drafting history of Article 13. The United Nations Secretariat prepared valuable Annotations on the Draft Covenants on Human Rights in 1955 (UNGAOR (X) Ann., Agenda item 28, A/2929). The annotation to draft Article 13, the text of which remained unchanged through its later drafting stages, began with this paragraph:

“61. Discussion of article 13 has centred on the nature and extent of the protection which should be accorded to aliens against expulsion, having regard to the desire of States to safeguard themselves against undesirable aliens in their territories.”

And after a reference to asylum and extradition, it continued as follows:

“Protection of Aliens Against Arbitrary Expulsion

63. It was proposed that the article should state that the grounds for expulsion of aliens lawfully in the territory of a State must have a legal basis; it should also provide that the procedure to be followed in cases of expulsion must be prescribed by law. The principle that the grounds for expulsion must be in accordance with the law was not questioned, but there was some objection that such a provision might be difficult to apply and might in some cases, even be inadvisable for reasons of national security. It was agreed that a decision to expel an alien was a most serious matter and should not be taken arbitrarily. Aliens must be afforded some protection against arbitrary action.

64. The nature of the safeguards which should be provided for the individual was discussed, and it was said that the article should be so drafted as to make countries which did not already provide for appeal against a decision of expulsion, adopt legislation to that effect. Some were opposed to including any specific provisions in the article, being of the view that States could in their own discretion expel aliens and decide on the procedures and safeguards they wished to establish. The majority, however, believed that the article should strike a proper balance between the interests of the State and the protection of the individual. Article 32 of the Convention relating to the Status of Refugees of 28 July 1951 was considered to provide the proper basis for action by the authorities with the adequate and specific safeguards in respect of the exercise of such action. Article 13, as adopted, was based on this article of the Convention.”

9. That emphasis on procedural protections rather than on substantive limits as the protection against arbitrary expulsions also appears from various steps in the drafting process. While a proposal adopted by the Human Rights Commission in 1947 would have prohibited “arbitrary expulsion” (UN doc. E/CN.4/SR.37, p. 15), by the next year the draft required only that the expulsion be in “in accordance with procedure prescribed by law” (UN doc. E/CN.4/95, Art. 12; E/800, Ann. B, Art. 11). A proposal to include a reference to “established legal grounds” was not retained, and in 1952 the text took its final form, with the earlier reference to “procedure” being deleted (M. J. Boussuyt, *Guide to the Travaux Préparatoires of the International Covenant on Civil and Political Rights*, 1987, pp. 267-269).

10. That it is primarily through procedural protections that arbitrary expulsions are to be prevented is also the position adopted by the Human Rights Committee, as it made clear in 1986 in its General Comment No. 15:

“10. Article 13 directly regulates only the procedure and not the substantive grounds for expulsion. However, by allowing only those carried out ‘in pursuance of a decision reached in accordance with law’, its purpose is clearly to prevent arbitrary expulsions. On the other hand, it entitles each alien to a decision in his own case and, hence, article 13 would not be satisfied with laws or decisions providing for collective or mass expulsions. This understanding, in the opinion of the Committee, is confirmed by further provisions concerning the right to submit reasons against expulsion and to have the decision reviewed by and to be represented before the competent authority or someone designated by it. An alien must be given full facilities for pursuing his remedy against expulsion so that his right will in all the circumstances of his case be an effective one. The principles of article 13 relating to appeal against expulsion and the entitlement to review by a competent authority may only be departed from when ‘compelling reasons of national security’ so require. Discrimination may not be made between different categories of aliens in the application of article 13.”

11. The views of the Human Rights Committee in *Maroufidou v. Sweden*, mentioned by the Court in support of its conclusion (Judgment, paragraph 66), address only the question of compliance with national law and the extent to which the Committee can properly go in reviewing decisions of national authorities which have applied their national law. The Committee says nothing at all about a distinct arbitrariness limit imposed by international law, as this passage makes clear:

“9.3 The reference to ‘law’ in Article 13 is to the domestic law of the State party concerned, which in the present case is Swedish law, though of course the relevant provisions of domestic law must in themselves be compatible with the provisions of the Covenant. Article 13 requires compliance with both the substantive and the procedural requirements of the law.

10.1 Anna Maroufidou claims that the decision to expel her was in violation of article 13 of the Covenant because it was not ‘in accordance with the law’. In her submission it was based on an incorrect interpretation of the Swedish Aliens Act. The Committee takes the view that the interpretation of domestic law is essentially a matter for the courts and authorities of the State party concerned. It is not within the powers or functions of the Committee to evaluate whether the competent authorities of the State party in question have interpreted and applied the domestic law correctly in the case before it under the Optional Protocol, unless it is established that they have not interpreted and applied it in good faith or that it is evident that there has been an abuse of power.

10.2 In the light of all written information made available to it by the individual and the explanations and observations of the State party concerned, the Committee is satisfied that in reaching the decision to expel Anna Maroufidou the Swedish authorities did interpret and apply the relevant provisions of Swedish law in good faith and in a reasonable manner and consequently that the decision was made ‘in accordance with law’ as required by article 13 of the Covenant.” (CCPR/C/12/D/58/1979, 8 April 1981.)

12. The Court refers to two decisions of the African Commission on Human and Peoples' Rights. The first in time, *Organisation Mondiale Contre La Torture . . . v. Rwanda* (Judgment, paragraph 67), concerned in part the mass expulsion of Burundian refugees on the basis of their nationality. The Commission, in its brief ruling of October 1996, said that that expulsion constituted a clear violation of Article 12 (5) (para. 3 above). Its only other reference to Article 12 was as follows:

"This provision should be read as including a general protection of all those who are subject to persecution, that they may seek refuge in another state. Article 12.4 prohibits the arbitrary expulsion of such persons from the country of asylum. The Burundian refugees in this situation were expelled in violation of Articles 2 and 12 of the African Charter."

The second African Commission decision, in *Kenneth Good v. Botswana*, communication 313/05 (May 2010) EX. CL/600 (XVII), so far as it relates to Article 12 (4) of the African Charter, is concerned essentially with compliance with the immigration law of Botswana:

"203. In addressing this issue the first point that has to be dwelled on is, what does the phrase 'in accordance with the law' under Article 12 (4) of the Charter refer to? It refers to the domestic laws of State Parties to the African Charter. Under this provision, each and every State Party has the power to expel non-nationals who are legally admitted into their territory. However, in doing so the Charter imposes an obligation on State Parties to have laws which regulate such matters and expects them to follow it strictly. This contributes towards making the process predictable and also helps to avoid abuse of power.

204. Botswana accordingly has a law in place which regulates immigration matters including deportation of non-nationals who are legally admitted into its territory. To this extent therefore Botswana has met its obligations under Article 12 (4) of the Charter. But the mere existence of the law by itself is not sufficient; the law has to be in line with not only the other provisions of the Charter but also other international human rights agreements to which Botswana is a party. In other words, Botswana has the obligation to make sure that the law (in this case the Botswana immigration Act) does not violate the rights and freedoms protected under the African Charter or any other international instrument to which Botswana is a signatory.

205. In this regard, the Commission in *Modise v Botswana* ruled that 'while the decision as to who is permitted to remain in a country is a function of the competent authorities of that country, this decision should always be made according to careful and just legal procedures, and with due regard to the acceptable international norms and standards.' International human rights norms and standards require states to provide non-nationals with the necessary forum to exercise their right to be heard before deporting them."

The Commission, earlier in its decision, had determined that Botswana was in breach of Mr. Good's rights under Article 7 (1) (a) of the Charter to have access to a court to determine his rights. The Commission held Botswana to be in breach of its procedural obligations.

13. It follows that we do not see the interpretations given to the two treaties by their monitoring bodies as questioning in any way the ordinary meaning of the provisions which results from the reading of the texts in context and in the light of their purpose, a meaning confirmed by the drafting history of the Covenant. Their interpretations indeed support the meaning given above. So too do the commentaries on the Covenant (see M. Nowak, *United Nations Covenant on Civil*

and Political Rights: CCPR Commentary, 2nd ed., 2005, pp. 290-291; S. Joseph, J. Schultz and M. Castan (eds.), *The International Covenant on Civil and Political Rights: Cases, Materials and Commentary*, 2nd ed., 2005, pp. 377-378).

14. The Court refers to jurisprudence of the European and Inter-American Human Rights Courts as supporting its conclusion relating to the expulsion provisions of the Covenant and the African Charter (Judgment, paragraph 68). It does not however cite any relevant decisions from either Court and those which we have consulted and which have held respondent States in breach are cases where the State had failed to observe *procedural* guarantees, had not followed its own law, or where the expulsion was collective (e.g. *Bolat v. Russia*, Application No. 14139/03, Decision of 5 October 2006, paras. 81-83 and *Lupsa v. Romania*, Application No. 10337/04, Decision of 8 June 2006, paras. 54-61; *Situations of Haitians in the Dominican Republic*, Inter-American Commission on Human Rights, Annual Report 1991, 14 February 1992, Chap. V). Commentaries to the European Convention confirm that the expulsion provision confers procedural protection but no protection on substance (see R. White and C. Ovey, *Jacobs, White and Ovey: The European Convention on Human Rights*, 5th ed., 2010, pp. 544-545; D. Harris, M. O'Boyle, E. Bates and C. Buckley, *Harris, O'Boyle and Warbrick: Law of the European Convention on Human Rights*, 2nd ed., 2009, pp. 747-748).

15. To conclude on this question of law, we emphasize again that by requiring that national law regulating expulsion be enacted and complied with and, in the case of the Covenant, that certain procedural rights be required, the treaties do provide important protections against arbitrary expulsion, as both the 1955 Secretariat annotations and the Human Rights Committee in its 1986 General Comment say (paras. 8 and 10 above). The history of freedom, it has been wisely said, is largely the history of the observance of procedural safeguards.

16. The facts in this case clearly demonstrate the force of that proposition. Here the DRC in making and carrying out the order to expel Mr. Diallo clearly breached the rights conferred on him by its own law:

1. by not consulting the National Immigration Board, receiving its recommendation and reciting that fact in the order;
2. by not providing Mr. Diallo with adequate reasons for the expulsion order;
3. by detaining Mr. Diallo pending the expulsion when it provides no evidence that that was necessary and for periods grossly in excess of those allowed by its law;

and also conferred on Mr. Diallo by the Covenant:

4. by not giving Mr. Diallo the opportunity to submit the reasons against his expulsion; and
5. by not allowing him to have his case reviewed by, and be represented for the purpose before, the competent authority or a person designated by that authority.

The egregious breaches by the DRC authorities of their law in making the arrests and detentions would in themselves, in our opinion, provide a sufficient reason for holding those actions to be arbitrary under the arrest and detention provisions of the Covenant and African Charter, with no reference at all to the purpose of the expulsion.

17. Given the manifest illegality of the expulsion for those reasons, the Court, in our view, would have had no need to consider the merits of the expulsion and its substantive arbitrariness, even if that course were available to it.

18. Although we need not consider the facts in detail, we add that we are not persuaded that the limited evidence before the Court provides a sufficient basis for the Court's statement that the expulsion order had no defensible basis because of a possible link between the expulsion and Mr. Diallo's attempts to recover the debts which he believed were owed to his companies (Judgment, paragraph 82). Those features of the expulsion order lead the Court to the conclusion that the arrests and detentions aimed at allowing the expulsion to be effected can only be characterized as arbitrary.

19. We begin with the recovery of debts owed to Africom-Zaire. The record before the Court shows no action after 1989 by that company in respect of debts allegedly owed to it by the State. The other Africom-Zaire issue related to a dispute with its lessor, but so far as the record shows the company was a judgment debtor following the Court of Appeal judgment of 1994 and the company's appeal to the Supreme Court was still pending as late as 2002.

Africontainers-Zaire made claims against five bodies in the course of the 1980s. It will be recalled that its trading activities had ceased by 1990. Two of the claims were against State corporations, Onatra, which operated ports and other transport facilities, and Gécamines, a State mining company. The record shows a settlement of the Onatra claim in 1990, its repudiation by Africontainers-Zaire later in the year, a follow-up letter on that matter from the company's attorney in July 1991, the rejection by Onatra of the repudiation, a rejection it repeated in February and September 1991, and correspondence relating to two containers in the course of 1991. On 14 June 1991, the company wrote in more comprehensive terms relating to 211 containers and claimed a specific amount. The final relevant document appears to be a letter of 31 July 1992 from the company to Onatra about alleged misuse of 479 containers from 1986-1989. The company expressed its willingness to negotiate the claims, without specifying any amount, in order to spare Onatra legal costs.

In the early 1990s there were exchanges with Gécamines about the loss of, damage to, and immobilization of some containers— about 20 or 30 in total. The record is silent from March 1993 to 1 June 1995 when at a meeting the company produced a list of 32 containers to which should be added, it said, another two; it also asserted the continuing validity of the claim for US\$30 million it had made in 1992. On 5 February 1996, a few days after Mr. Diallo was expelled, a Bailiff served a formal demand on Gécamines, now for US\$14 billion, or nearly 500 times as much as it had claimed just seven months earlier. There followed in 1996-1997 exchanges and negotiations between Gécamines and the company and the other freight forwarders in which Gécamines acknowledged that it was indebted and in which details were exchanged, as in the early 1990s, about the number of containers.

20. The company's claims against the three oil companies, Zaire Shell, Zaire Fina and Zaire Mobil, related to the alleged loss of, damage to, and non-use of, the company's containers and the oil companies' alleged breach of the exclusivity clauses in their agreements with the company. The record shows court proceedings against Zaire Shell and Zaire Fina. On 3 July 1995, Zaire Shell was ordered to pay in excess of US\$13 million, in August the appeal court upheld the decision, in mid-September the Vice-Minister of Justice ordered the Bailiff not to execute the judgment but 15 days later that order was in effect revoked. On the following day the company wrote to Shell Zaire forwarding a debit note, dated 9 September 1995, in respect of its activities between 1982 and 1990. The adjusted amount was now in excess of US\$1.8 billion or well over 100 times larger than the judgment it had obtained in July. On 6 October 1995 the Bailiff seized three vans and office

equipment, but on 13 October another Bailiff “Sur ordre de la Hiérarchie [not identified]” returned the property. On 20 June 2002, the Court of Appeal allowed Shell’s appeal and substituted a judgment against Shell for about US\$1,500.

The limited evidence on the Zaire Fina case indicates that the company’s claim was upheld in part but that judgment was reversed on appeal and the company’s cross appeal was dismissed in February 1994. The record before this Court of that litigation ends with the April 1995 submissions of the Public Prosecutor recommending that the Appeal Court judgment should be quashed and that a ruling should be made in that Court on the company’s cross appeal. On 2 November 1995, after the making of the expulsion order, the company sent a debit note to Zaire Fina based on a recalculation of the claim which it said now amounted to US\$2.6 billion.

No legal proceedings appear to have been brought against Zaire Mobil. Also on 2 November 1995, the company sent it a debit note including a recalculation of the invoices addressed to the oil company between 1983 and 1990. The adjusted amount was over US\$1.6 billion.

It is true that on 15 November 1995, Zaire Mobil and Zaire Fina wrote to the Prime Minister of the DRC calling attention to the fact that in June 1995 “Mr. Diallo sued Zaire Shell and was awarded US\$13 million” and to the “fictitious” claims (which totalled more than US\$4 billion) he now threatened against them, expressing their fear that his greed may imperil their very existence, by endangering their commercial activities and the job security of their employees, and seeking government intervention to warn the courts and tribunals of Mr. Ahmadou Sadio Diallo’s activities in his campaign to destabilize trading companies. But that letter can have had no part in the making of the expulsion order fully two weeks *earlier*.

21. To summarize in respect of the litigation, as at the time the DRC made the expulsion order against Mr. Diallo, Africontainers-Zaire did not have a judgment against Zaire Fina and, while it had a judgment against Zaire Shell in respect of which execution had been interrupted, it had issued it with a new debit note for a very much larger sum. Similar debit notes were issued to Zaire Fina and Zaire Mobil *after* the expulsion order was made.

22. The above account of the specific actions taken in respect of the companies’ debts is to be put in the context of the huge challenges facing the Zairean Government in the mid 1990s. The evidence before the Court includes, in addition to the expulsion orders against another 194 non-nationals, an extract from the report of the Central Bank of the Congo on the Zairean economy in 1993. The profound disequilibria which had characterized the economy for more than a decade had persisted in 1993. These unfavourable developments were combined with the pillaging of January 1993, the weakness of the banking system, socio-political instability, and erratic changes in prices and rates of exchange. Production had continued to fall, by 8.4 per cent in 1991, 10.5 per cent in 1992 and 16.2 per cent in 1993. In the production of goods the negative performance was to be seen in several areas, including mining (-36.4 per cent in 1992 and -22.1 per cent in 1993). Gécamines faced significant difficulties. Those difficulties, along with the January pillaging, had reduced the level of internal production and with the excessive creation of liquidity the inflation rate of almost 3,000 per cent in 1992 had risen to 4,600 per cent by the end of 1993. The drop in public receipts was explained notably by the absence of contributions by Gécamines, fraud and tax evasion and the granting of inopportune tax concessions. Exports of commodities in general continued to fall, by 12.5 per cent in 1993 by reason principally of the weakness of the level of production.

23. To repeat, against that record, we would be reluctant to find it established that the decision to expel Mr. Diallo had no defensible basis and in that sense was arbitrary.

24. To summarize, we consider that the Court's finding about the arbitrary character of the expulsion is unnecessary, wrong in law and difficult to support on the facts.

(Signed) Kenneth KEITH.

(Signed) Christopher GREENWOOD.

OPINION DISSIDENTE DE M. LE JUGE BENNOUNA

[Texte original français]

Lien entre l'arrestation, la détention et l'expulsion de M. Diallo et la violation de ses droits propres en tant qu'associé — Recouvrement des créances — Associé unique — Entrave à l'exercice des droits — Exercice des fonctions dévolues aux assemblées générales des sociétés — Droit de prendre part aux assemblées générales et d'y voter — Droit d'exercer les fonctions de gérant — Droit de surveiller et de contrôler la gérance des sociétés — Usus et fructus du droit de propriété sur les parts sociales.

1. J'ai voté contre le paragraphe 6 du dispositif de l'arrêt qui «[d]it que la République démocratique du Congo n'a pas violé les droits propres de M. Diallo en tant qu'associé des sociétés Africom-Zaïre et Africontainers-Zaïre», étant convaincu que le caractère illicite et arbitraire de l'arrestation, de la détention et de l'expulsion de M. Diallo (paragraphe 2 à 4 du dispositif) a eu pour conséquence la violation de ses droits propres en tant qu'associé des deux sociétés.

2. La Cour avait réservé, dans son arrêt du 24 mai 2007 sur les exceptions préliminaires (*Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2007 (II), p. 606, par. 66), l'appréciation, au stade du fond, «[d]es effets sur ces divers droits [en tant qu'associé et gérant] des mesures prises à l'encontre de M. Diallo». Il est apparu clairement, lors de la phase au fond de cette affaire, que si M. Diallo a été détenu à deux reprises, en 1988-1989 et en 1995-1996, puis expulsé finalement de la RDC, ce n'est pas par simple caprice des autorités de ce pays, mais parce qu'il avait tenté chaque fois d'obtenir le recouvrement des créances qui seraient dues à ses sociétés par l'Etat ou par des entreprises dans lesquelles ce dernier détient une part importante du capital. Ainsi, la créance de la société Africom-Zaïre sur l'Etat dans l'affaire du «papier-listing» a été reconnue par le ministre des finances qui a émis des lettres de change pour son règlement, puis suspendue sur ordre du premier ministre le 14 janvier 1988, M. Diallo ayant été accusé «d'escroquerie». Il sera, le 25 janvier suivant, détenu et incarcéré, sur ordre du premier ministre, pendant près d'un an, sans jugement et sans que l'Etat ne se soit acquitté de sa dette à l'égard de la société Africom-Zaïre.

3. M. Diallo sera confronté à des difficultés similaires lorsqu'il a engagé des actions en justice pour récupérer les dettes dues par des entreprises pétrolières de la RDC à la société Africontainers-Zaïre. Il a obtenu ainsi du tribunal de grande instance de Kinshasa, le 13 juin 1995, la condamnation de la société Zaïre Shell au paiement d'une somme de 13 millions de dollars des Etats-Unis à la société Africontainers-Zaïre, cette décision étant exécutoire. Mais, il ne parviendra cependant jamais à la faire exécuter ; ayant été l'objet d'un décret d'expulsion du premier ministre, le 31 octobre de cette année, il sera arrêté dès le 5 novembre et expulsé de la RDC le 31 janvier 1996. Entre temps, soit le 15 novembre 1995, les sociétés Zaïre Fina et Zaïre Mobil Oil ont saisi le premier ministre d'une lettre ayant pour objet la «tentative d'escroquerie et de déstabilisation des sociétés pétrolières par Diallo Ahmadou Sadio». Les deux sociétés appellent l'attention du premier ministre sur le fait «qu'en juin 1995, Monsieur Diallo Ahmadou Sadio, un sujet guinéen, a fait condamner Zaïre Shell à USD 13 000 000» et que «fort de ce succès, M. Diallo menace actuellement Zaïre Mobil Oil et Zaïre Fina», sur la base de «créances à la fois imaginaires et extravagantes». Elles ajoutent qu'elles «craignent que la cupidité de Diallo ne mette en péril leur existence en compromettant leurs activités commerciales ainsi que la sécurité des emplois pour les travailleurs», avant de conclure : «c'est pourquoi, nous sollicitons l'intervention du gouvernement pour prévenir les cours et tribunaux des agissements de Monsieur Diallo Ahmadou Sadio dans son entreprise de déstabilisation des sociétés commerciales».

4. S'agissant d'une lettre adressée au premier ministre par des entreprises de la RDC où l'Etat détient une partie substantielle du capital, celle-ci montre bien le motif réel de la détention et de l'expulsion de M. Diallo, à savoir les actions qu'il a engagées devant la justice pour récupérer les créances détenues par la société Africontainers-Zaïre contre des entreprises congolaises. Il importe peu que cette lettre soit postérieure au décret d'expulsion, dans la mesure où elle se fonde sur la condamnation de la société Zaïre Shell, le 13 juin 1995, par le tribunal de grande instance de Kinshasa.

5. D'ailleurs, la Cour a relevé elle-même qu'

«il est difficile de ne pas percevoir un lien entre l'expulsion de M. Diallo et le fait qu'il ait tenté d'obtenir le recouvrement des créances qu'il estimait être dues à ses sociétés par, notamment, l'Etat zaïrois ou des entreprises dans lesquelles ce dernier détient une part importante du capital, en saisissant à cette fin les juridictions civiles» (arrêt, paragraphe 82).

Mais, elle n'en a pas tiré les conséquences quant aux atteintes, qui allaient résulter de l'expulsion, aux droits propres de M. Diallo en tant qu'associé.

6. Donc, manifestement, les autorités de la RDC ont voulu chasser M. Diallo du territoire de ce pays, pour qu'il ne puisse plus exercer ses droits propres en tant qu'associé et gérant des sociétés Africom-Zaïre et Africontainers-Zaïre. Il est dès lors difficile de comprendre comment la Cour peut conclure (paragraphe 6 du dispositif) à la non-violation, par la RDC, de ces droits, alors que l'objectif même de la mesure d'expulsion de M. Diallo était de l'empêcher de s'occuper de ses sociétés. En effet, cela reviendrait à reconnaître que les autorités de ce pays pouvaient se débarrasser ainsi de M. Diallo et l'écarter de la gestion de ses affaires, lesquelles vont décliner rapidement, sans enfreindre en quoi que ce soit le droit international, qui permet à l'Etat national de M. Diallo de mettre en cause la responsabilité de la RDC pour des actes illicites portant atteinte aux droits propres de M. Diallo en tant qu'associé.

7. C'est dire à quel point les conclusions de la majorité, sur ce point, peuvent constituer un grave précédent si elles sont perçues comme un «blanc-seing» à des manœuvres destinées à neutraliser des investisseurs étrangers, en les expulsant du territoire où ils exercent leurs activités. Une telle situation est d'autant plus préoccupante qu'il est admis, dans cette affaire, que M. Diallo est devenu, de fait, l'unique associé des deux sociétés et qu'il «dirigeait et contrôlait pleinement la société Africom-Zaïre, il dirigeait et contrôlait aussi pleinement, de manière directe ou indirecte, la société Africontainers-Zaïre» (arrêt, paragraphe 110).

8. Certes, selon la jurisprudence *Barcelona Traction*, il y a une distinction entre les droits de l'actionnaire et ceux de la société, une atteinte aux seconds n'implique pas nécessairement une violation des premiers (affaire de la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique c. Espagne)*, deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1970, p. 36, par. 46). Mais une coupure entre l'associé unique et sa société est susceptible d'entraîner une violation des droits de l'un et de l'autre. Cet associé étant privé de l'exercice de ses droits, la société va se trouver comme un navire à la dérive et elle finira inéluctablement par sombrer ; ce qui sera le cas des sociétés Africom-Zaïre et Africontainers-Zaïre.

9. Les droits propres de M. Diallo, tels que réclamés par la Guinée, concernent le droit de prendre part aux assemblées générales et d'y voter, le droit d'être nommé gérant et d'exercer ces fonctions, le droit de surveiller et de contrôler la gérance des sociétés et le droit de propriété sur les parts sociales (arrêt, paragraphe 116).

10. S'agissant du droit de prendre part à des assemblées générales et d'y voter, la Cour relève qu'aucun élément n'atteste qu'une assemblée générale de l'une ou l'autre des sociétés se soit tenue avant ou après l'expulsion de M. Diallo, condition nécessaire pour que celui-ci puisse y participer. Elle se demande, dès lors, si M. Diallo a été privé du droit de convoquer l'assemblée générale, laquelle doit se tenir, sur le territoire congolais, et conclut que tel n'a pas été le cas (arrêt, paragraphe 121). Elle ajoute en outre que l'intéressé aurait pu se faire représenter par un mandataire.

11. Un tel raisonnement, qui s'attache à l'aspect purement formel du droit propre de M. Diallo de convoquer les assemblées générales de ses sociétés, lesquelles doivent se tenir en RDC, ne prend absolument pas en compte la nature du lien qui l'unit à celles-ci. En effet, étant l'unique associé, on conçoit aisément que M. Diallo exerçait directement lui-même les pouvoirs dévolus à l'assemblée générale, notamment l'affectation des bénéfices, et qu'en réalité le problème qui se posait, au lendemain de son expulsion, n'était pas tant le droit de convoquer l'assemblée générale que celui d'exercer les fonctions dévolues à celle-ci. Et, manifestement, il était le seul à pouvoir le faire et il en a été privé comme conséquence de son expulsion.

12. La majorité, relevant que M. Diallo pouvait nommer un mandataire pour la société Africom-Zaïre mais non pour Africontainers-Zaïre, a poussé le souci du formalisme au point de friser la caricature, soulignant que «M. Diallo pouvait, en sa qualité d'associé d'Africontainers-Zaïre, désigner le «représentant ou ... préposé» d'Africom-Zaïre pour le représenter à une assemblée générale d'Africontainers-Zaïre» (arrêt, paragraphe 125).

13. Partant du fait que M. Diallo est partenaire de la société Africom-Zaïre (dont il est l'unique associé), dans Africontainers-Zaïre, la majorité a considéré qu'en nommant son mandataire au titre de la première société, il ne tomberait plus sous le coup de l'interdiction prévue par l'article 22 du statut d'Africontainers-Zaïre. De telles contorsions formelles sont surprenantes, surtout qu'au bout du chemin le problème reste le même, à savoir que M. Diallo est privé de son droit d'exercer réellement les fonctions dévolues à l'assemblée générale de l'une ou l'autre des sociétés, dont il est l'unique associé.

14. Si l'on admet, comme l'avait souligné la Cour dans son arrêt de 2007 sur la compétence, que «M. Diallo, qui avait la qualité d'associé des deux sociétés Africom-Zaïre et Africontainers-Zaïre, exerçait également les fonctions de gérant pour chacune d'entre elles», il reste encore à se demander si l'exercice de ces fonctions n'a pas été violé par la RDC. La Cour, statuant au fond, estime que «[s]il est vrai qu'il a pu être plus difficile pour M. Diallo d'exercer ses fonctions de gérant du fait qu'il se trouvait hors du territoire de la RDC, la Guinée n'a pas démontré que cela lui avait été impossible» (arrêt, paragraphe 135). Or, on ne voit pas comment une telle démonstration pouvait se faire ? Ne suffisait-il pas, pour la Cour, d'en revenir au contexte de l'expulsion de M. Diallo qui avait été mis à l'index par les autorités congolaises, lesquelles l'ont

accusé de corruption ainsi que d'avoir «compromis l'ordre public zaïrois spécialement en matière économique, financière et monétaire» (décret d'expulsion du 31 octobre 1995), pour en déduire qu'il lui était devenu *ipso facto* impossible d'exercer ses fonctions de gérant, dans la mesure où il n'était plus à même d'entrer en relation avec ses interlocuteurs congolais et notamment les administrations concernées par les créances de ses sociétés ?

15. La Cour en arrive ensuite au droit de M. Diallo de surveiller et de contrôler les actes accomplis par la gérance, et relève que «[s]'il est peut-être vrai que les détentions et l'expulsion de M. Diallo ont rendu plus difficile l'activité commerciale des sociétés, elles n'ont pu en aucun cas empêcher celui-ci de surveiller et de contrôler la gérance, quel que soit l'endroit où il se trouvait» (arrêt, paragraphe 147). La Cour en reste là aussi à une affirmation de principe sans relation avec la réalité en cause, surtout lorsqu'on sait à quel point les activités de contrôle nécessitent une présence réelle, dans le pays concerné, du contrôleur, qui est en l'occurrence l'unique associé, même si celui-ci parvient à désigner des collaborateurs sur place en RDC.

16. Quant au droit de propriété de M. Diallo sur ses parts sociales, y compris son droit à percevoir un éventuel dividende ou tout autre montant en cas de liquidation des sociétés, la Cour se limite à dire qu'«il n'existe ... aucune preuve de ce que des dividendes aient jamais été déclarés ou qu'une quelconque mesure ait été prise pour liquider les sociétés» (arrêt, paragraphe 157). Pourtant M. Diallo vivait bien du revenu tiré de ses sociétés pendant qu'il résidait en RDC !

17. Quant au pouvoir de se prononcer sur la dissolution de la société qui revient à l'assemblée générale (article 99 du décret de 1887), il s'agit théoriquement d'un acte collectif nécessitant le vote des associés, mais dans le cas d'espèce la décision revenait à M. Diallo. Expulsé, il lui était impossible, en pratique, de procéder à la dissolution et à la liquidation de ses sociétés, ainsi qu'à la réalisation du reliquat de leur actif, sans compter que lesdites sociétés, laissées à l'abandon et privées du produit de leurs créances sur l'Etat congolais, avaient, entre temps, complètement périclité. Alors, certes M. Diallo n'a pas été privé formellement de son droit de propriété sur ses parts sociales, mais dans les faits, il a été privé entièrement de l'*usus* et du *fructus* de celui-ci, puisqu'il ne pouvait ni en tirer les dividendes ni en disposer réellement.

18. Dans cette affaire, l'entrave à l'exercice des droits de M. Diallo, comme conséquence de son expulsion, équivalait, à mon avis, de la part de la RDC, à le priver de ses droits propres en tant qu'associé, commettant ainsi des actes illicites qui engagent sa responsabilité internationale. En distinguant, dans son arrêt du 24 mai 2007, sur les exceptions préliminaires, entre les droits des associés et ceux des sociétés, la Cour a voulu prendre en compte la structure juridique de celles-ci ; en refusant de prendre en compte le droit de M. Diallo d'exercer ses droits d'associé, la Cour a, dans son arrêt du 30 novembre 2010, sur le fond, vidé ceux-ci de toute portée réelle.

(Signé) Mohamed BENNOUNA.

SEPARATE OPINION OF JUDGE CANÇADO TRINDADE

Table of Contents

	Page
I. <i>Prolegomena</i> : The Subject of the Rights and the Object of the Claim.....	2
II. Reflections on the Applicable Law in the <i>Cas d'Espèce</i>	3
1. Invocation and Incidence of the 1966 UN Covenant on Civil and Political Rights.....	3
2. Invocation and Incidence of the 1981 African Charter on Human and Peoples' Rights. ..	6
3. Invocation and Incidence of the 1963 Vienna Convention on Consular Relations.	7
III. The Saga of the Subject of the Rights: Considerations on the Vindication of the Protected Rights.....	8
1. The Right to Liberty and Security of Person.....	8
(a) <i>The Arrests and Detention of 1988-1989</i>	8
(b) <i>The Arrests and Detention of 1995-1996</i>	13
2. The Right Not to be Expelled from a State without a Legal Basis.....	14
3. The Right Not to Be Subjected to Mistreatment.	17
4. The Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the Due Process of Law.	19
IV. The Hermeneutics of Human Rights Treaties.....	20
V. The Principle of Humanity in Its Wide Dimension.	23
VI. The Prohibition of <i>Arbitrariness</i> in the International of Human Rights.	26
1. The Notion of <i>Arbitrariness</i>	26
2. The Position of the UN Human Rights Committee.....	27
3. The Position of the African Commission on Human and Peoples' Rights.	28
4. The Jurisprudential Construction of the Inter-American Court of Human Rights.	30
5. The Jurisprudential Construction of the European Court of Human Rights.	34
6. General Assessment.	36
VII. The Material Content of the Protected Rights.	37
1. The Right to Liberty and Security of Person.....	37
2. The Right Not to Be Expelled from a State without a Legal Basis.	38
3. The Interrelationship between the Protected Rights.....	40
VIII. The Jurisprudential Construction of the Right to Information on Consular Assistance in the Conceptual Universe of Human Rights.	41
1. The Individual Right beyond the Inter-State Dimension.	41
2. The Humanization of Consular Law.	42
3. The Irreversibility of the Advance of Humanization.	44
(a) <i>The Text of the 1963 Vienna Convention</i>	45
(b) <i>The Object and Purpose of the 1963 Vienna Convention</i>	47
(c) <i>The Travaux Préparatoires of the 1963 Vienna Convention</i>	47
(d) <i>General Assessment</i>	49
IX. The Notion of “Continuing Situation”: The Projection of Human Rights Violations in Time.	50
X. The Individual as Victim: Reflections on the Right to Reparation.	52
XI. Beyond the Inter-State Dimension: International Law for the Human Person.	56
XII. Concluding Observations.....	58
XIII. Epilogue: Towards a New Era of International Adjudication of Human Rights Cases by the ICJ.....	60

1. This is the first time in its history, to the best of my knowledge, that the International Court of Justice has established violations of the two human rights treaties at issue, *together*, namely, at universal level, the 1966 UN Covenant on Civil and Political Rights and, at regional level, the 1981 African Charter on Human and Peoples' Rights both in the framework of the universality of human rights: I fully concur with the Court's decision in this respect, as well as in respect of the established breach of the 1963 Vienna Convention on Consular Relations (Article 36 (1) (b)), as set forth in the resolutive points 2, 3 and 4 of the *dispositif* of the present Judgment.

2. Yet, pursuing a distinct *rationale*, the Court's majority came to an entirely different conclusion in other aspects of the present case (resolutive points 1, 5 and 6 of the *dispositif*). In relation to these other aspects, I regret not to be able to concur with the conclusions of the Court's majority. In this connection, a point has already been made in a Joint Declaration of five Members of the Court¹, appended to the present Judgment, as to the right to liberty and to security of person (added to the right not to be expelled from a State without a legal basis).

3. In addition thereto, and in relation to other matters dealt with in the present Judgment of the Court in the *A.S. Diallo* case (Guinea *versus* D.R. Congo), I thus feel it my duty to present, in this Separate Opinion, the foundations of my own personal position on them. Before embarking on this presentation, I shall preliminarily draw attention briefly to one significant feature — as I perceive it — of the *cas d'espèce*, as presented to the Court by the contending parties themselves, in relation to the *subject of the rights* and the *object of the claim* in the *cas d'espèce*.

I. Prolegomena: The Subject of the Rights and the Object of the Claim.

4. The present case *A.S. Diallo*, opposing the Republic of Guinea to the Democratic Republic of the Congo, concerns, in reality, the *individual rights* of Mr. A. S. Diallo, as set forth in the 1966 UN Covenant on Civil and Political Rights and in the 1981 African Charter on Human and Peoples' Rights, namely, and mainly, the right to liberty and security of person, and the right not to be expelled from a State without a legal basis². It further concerns his individual right to information on consular assistance in the framework of the guarantees of the due process of law, as enshrined into the 1963 Vienna Convention on Consular Relations. The violations complained of are those of the rights set forth in Articles 9, paragraphs (1) to (4), and 13, of the Covenant, and in Articles 6 and 12 (4) of the African Charter, and in Article 36 (1) (b) of the 1963 Vienna Convention.

5. The two contending States are both Parties to the aforementioned treaties: Guinea is Party to the Covenant on Civil and Political Rights since 24.01.1978, and to the African Charter since 16.02.1982, and the D.R. Congo is Party to the Covenant since 01.11.1976, and to the African Charter since 20.07.1987. They are both, likewise, Parties to the 1963 Vienna Convention: Guinea is Party to it since 30.06.1988, and the D.R. Congo since 15.07.1976. The present case is, thus, significantly, an *inter-State contentious case before the ICJ*, pertaining entirely to *the rights of the individual concerned* (Mr. A. S. Diallo), and the legal consequences of their alleged violation, under a UN human rights treaty, a regional human rights treaty, and a UN codification Convention. This is a significant feature of the present case, unique in the history of the ICJ.

¹Cf. Joint Declaration of Judges Al-Khasawneh, Simma, Bennouna, Cançado Trindade and Yusuf.

²The complaints arise out of the successive arrests and detentions of Mr. A. S. Diallo in D.R. Congo in 1988-1989 and in 1995-1996, as well as his expulsion from the D.R. Congo in 1996.

6. Once identified the *subject of the rights* and the *object of the claim* in the *cas d’espèce*, I purport, in the paragraphs that follow, to address, in logical sequence, some interrelated points. First, I shall focus on the identification of the applicable law in the *cas d’espèce*, with particular attention to the invocation and the incidence of the relevant provisions of the 1966 UN Covenant on Civil and Political Rights and of the 1981 African Charter on Human and Peoples’ Rights, in addition to the relevant provision of the 1963 Vienna Convention on Consular Relations.

7. Secondly, I shall turn attention to the saga of the subject of rights (Mr. A. S. Diallo) in the *cas d’espèce*. I shall concentrate my considerations on the vindication of the protected rights under those three treaties, namely, the right to the liberty and security of person, the right not to be expelled from a State without a legal basis, the right not to be subjected to mistreatment, and the right to information on consular assistance in the framework of the guarantees of the due process of law.

8. Thirdly, I shall dwell upon the hermeneutics of human rights treaties (in so far as it has a bearing on the resolution of the *cas d’espèce*), and, fourthly, I shall then concentrate my attention on the *principle of humanity*, as I understand it, in its wide dimension. Fifthly, my next set of considerations will focus on the key issue of the prohibition of *arbitrariness* in the International Law of Human Rights, wherein I shall review and assess the position of the UN Human Rights Committee and of the African Commission on Human and Peoples’ Rights, and the jurisprudential construction of the Inter-American and the European Courts of Human Rights.

9. Sixthly, in sequence, I shall examine the material content of the protected rights under the present Judgment (right to liberty and security of person, and right not to be expelled from a State without a legal basis), as well as the jurisprudential construction of the right to information on consular assistance in the conceptual universe of human rights. In respect of this latter, I shall dwell upon the individual right to information on consular assistance beyond the inter-State dimension, and examine and assess the process of humanization of consular law in this connection (as I perceive it), and what I consider the irreversibility of such advance of humanization.

10. Seventhly, I shall examine the notion of “continuing situation”, in the light of the projection of human rights violations in time. This will be followed, eighthly, by my reflections on the individual as *victim* and *titulaire* of the right to reparation, and, ninthly, by a brief presentation of my outlook of international law *for the human person*, beyond the inter-State dimension. The path will then have been paved for the presentation of my concluding observations, and a brief epilogue on the move — as I perceive it — towards a new era of international adjudication of human rights cases by the ICJ.

II. Reflections on the Applicable Law in the *Cas d’Espèce*.

1. Invocation and Incidence of the 1966 UN Covenant on Civil and Political Rights.

11. Throughout the whole proceedings of the present case *A.S. Diallo (Guinea v. D.R. Congo)*, the relevant provisions of the 1966 UN Covenant on Civil and Political Rights marked presence, at the written and oral phases, and formed object of the submissions of the contending parties. This remarkable feature of the *cas d’espèce* before the International Court of Justice is not to be underestimated. Already in its Application Instituting Proceedings (of 28 December 1998), the applicant State contended that under the Covenant on Civil and Political Rights, together with the 1948 Universal Declaration of Human Rights, “no one may be arrested or

detained unless proved guilty according to law by an impartial tribunal acting with regard for the presumption of innocence and the rights of the defence” (p. 29 *in fine*).

12. In its Memorial (of 23.03.2001), Guinea invoked the “relevant principles” applicable in case of “arbitrary arrest and detention and expulsion”, as enshrined in Articles 9 (1) and 13 of the Covenant on Civil and Political Rights (paras. 3.6 and 3.33). On its part, the respondent State, the D.R. Congo, in its Counter-Memorial (of 27.03.2008), addressed the point at issue (para. 1.03), challenging the alleged breaches of Articles 9 and 13 of the Covenant (paras. 1.24-1.31). Shortly afterwards, in its Reply (of 19.11.2008), Guinea dwelt upon the point at issue, at greater length, elaborating further on its submissions of violations — on the part of the D.R. Congo — of Articles 9 (1) to (4) of the Covenant.

13. This occurred, in Guinea’s view, on account of the arrests and detentions of Mr. A. S. Diallo in 1988-1989 and in 1995-1996, expressly referred to (paras. 1.17-1.48), which Guinea regarded as arbitrary, as the alleged victim was not informed of the reasons for his arrests and detentions and the charges against him, nor brought before a judge or a court to decide on their lawfulness within a reasonable time. Furthermore, Guinea sustained that the expulsion of the original complainant from the D.R. Congo in 1996 was effected not in conformity with the Covenant on Civil and Political Rights (Article 12 (4)), nor with the African Charter on Human and Peoples’ Rights (Article 12 (2)) (paras. 1.60-1.90).

14. On its part, in its Rejoinder (of 05.06.2009), the D.R. Congo controverted the applicant State’s submission that it had breached Article 9 (1) to (4) of the Covenant (paras. 1.18-1.35 and 1.39), also expressly referring to Mr. A. S. Diallo’s arrests and detentions of 1988-1989 as well as of 1995-1996 (paras. 1.07-1.49). The two contending Parties dwelt further upon their points in the course of the oral phase of the proceedings before the Court. Thus, in its pleadings of 19.04.2010, Guinea again invoked Articles 9 and 13 of the Covenant, in combination with Article 6 of the African Charter, and Article 36 (1) (b) of the 1963 Vienna Convention on Consular Relations (cf. *infra*)³.

15. Guinea concentrated attention particularly on Article 9 (1) to (5) of the Covenant⁴. For its part, the D.R. Congo, in its pleadings of 26.04.2010, argued that there had been no breach, on its part, of Articles 9 and 13 of the Covenant (on account of Mr. A. S. Diallo’s expulsion of 31.01.1996)⁵. The controversies between Guinea and the D.R. Congo were, thus, sustained by them throughout the whole proceedings of the present case before the Court, in their written and oral phases.

16. The important point here to be retained and singled out, in my perception, is precisely that, in the present case of *A.S. Diallo (Guinea v. D.R. Congo)*, the two contending Parties clearly relied on, as the applicable law in the *cas d’espèce*, mainly the UN Covenant on Civil and Political Rights, and also the African Charter on Human and Peoples’ Rights. It is highly significant — perhaps a sign of the new times — that the ICJ is here called upon, by the contending Parties themselves, to determine whether there has been a breach, or some breaches, by the respondent State, of the relevant provisions of the Covenant and the African Charter, in addition to the relevant provision of the 1963 Vienna Convention.

³ICJ, *Compte rendu* CR 2010/1, of 19.04.2010, p. 34, para. 24; and p. 50, para. 39; and p. 54, paras. 52-55.

⁴*Ibid.*, pp. 36-39, paras. 31-37; and cf. ICJ, *Compte rendu*. CR 2010/5, of 28.04.2010, pp. 18-19, paras. 23-24.

⁵ICJ, *Compte rendu* CR 2010/3, of 26.04.2010, pp. 32-36, paras. 58, 62-63, 66 and 70.

17. It may well be that the present case has undergone a certain metamorphosis, since the early days of the Application Instituting Proceedings (of 28.12.1998) and the Court's Judgment on Preliminary Objections (of 24.05.2007), followed by the subsequent proceedings till the present Judgment on the Merits (of 30.11.2010). Earlier on, much emphasis was placed on property rights and diplomatic protection, but enthusiasts of those two traditional issues seemed gradually to lose some or much of their interest (still dreaming of, or longing for, *Barcelona Traction* added to the *Mavrommatis* fiction remindful of Vattel), as the dynamics of the present case has fortunately taken a new course, in the written and oral phases concerning the merits (and reparation).

18. To my mind, the truth is that, along the proceedings on the merits (written and oral phases), the present case has taken the form — as it should — of a clear case of *human rights protection*. After all, since the days of Ulpiano (*circa* 170-228 of our era), *honeste vivere* comes first. *Vivere* itself comes before *habere*, and *dignitatem vivere* surely stands above property rights. Well above discretionary diplomatic protection, this has become a case of human rights protection, and one with far greater interest, in my view, for the *jus gentium* of our times. Each case has a dynamics of its own, and this development in the *cas d'espèce* should not pass unnoticed.

19. It is indeed remarkable that a Court, such as the ICJ, which is entrusted with the settlement of inter-State disputes, is at last requested, in the exercise of its function in contentious matters, to settle a dispute on the basis of two human rights treaties (one of the most important UN human rights treaties, the 1966 Covenant on Civil and Political Rights, and the African Charter on Human and Peoples' Rights), in addition to the relevant provision of the 1963 Vienna Convention on Consular Relations. The submissions of the contending Parties before the Court have been based, on those three treaties, which the two contending States themselves came to identify as the applicable law in the *cas d'espèce*.

20. At least one basic lesson can be extracted there from. This lesson is far more important than the already acknowledged impact of International Human Rights Law even upon a voluntarist, inter-State mechanism, such as diplomatic protection. Beyond the restricted confines of discretionary diplomatic protection, we can nowadays reckon that we have before us as essentially a human rights case, a case pertaining to the international protection of human rights. It is lodged with this Court within the confines of an inter-State mechanism, the one envisaged by the Committee of Jurists which originally devised the PCIJ Statute in 1920, which became, *mutatis mutandis*, the ICJ Statute in 1945.

21. The fact that the mechanism remains a strictly inter-State one, rather anachronistically, as if attempting to defy the ineluctable passing of time, does not mean that the reasoning of the ICJ should nowadays remain also one developed on a strictly inter-State perspective, a reasoning which can only behold States (cf. paras. 203-205, *infra*). We have before us a human rights case, a case concerning the rights of Mr. A. S. Diallo under the UN Covenant on Civil and Political Rights and the African Charter on Human and Peoples' Rights (in addition to the 1963 Vienna Convention), in respect of the arrests and detentions he was subjected to in 1988-1989 and 1995-1996, prior to his expulsion from the country of his long-time residence in 1996. Despite its inter-State procedure, the Court is called upon to pronounce on the rights of a human person, beyond the inter-State straightjacket.

22. Ours are the times of a new *jus gentium*, focused on the rights of the human person, individually or collectively, which the "*droit d'étatistes*" of the legal profession insist on refusing to reckon, or rather on refusing or failing to understand, willingly or not. Much to the credit of both Guinea and the D.R. Congo, the ICJ is now called upon to settle a dispute brought into its

[REDACTED]

Charter of the United Nations, the Charter of the [then] Organization of African Unity, the Universal Declaration of Human Rights, other instruments adopted by the United Nations and by African countries in the field of human and peoples' rights as well as from the provisions of various instruments adopted within the specialized agencies of the United Nations of which the Parties to the present Charter are members"⁷.

28. The ICJ, as "the principal judicial organ of the United Nations" (Article 92 of the UN Charter), was perfectly entitled, in the *cas d'espèce* to proceed, *sponte sua*, to the legal construction it undertook to determine the breach of Article 6 of the African Charter together with Article 9 (1) of the UN Covenant on Civil and Political Rights (paras. 74-79). The Court further referred to the relationship between Article 5 of the African Charter and Article 7 of the aforementioned Covenant, in respect of the African Charter's provision on "the right to the respect of the dignity inherent in a human being" (*cit.* in para. 84).

3. Invocation and Incidence of the 1963 Vienna Convention on Consular Relations.

29. Besides the relevant provisions of the Covenant and of the African Charter (*supra*), the contending parties also invoked, throughout the whole proceedings of the present case before the Court, the 1963 Vienna Convention on Consular Relations, and in particular its Article 36 (1) (b). Guinea and the D.R. Congo thus acknowledged such provisions of those three treaties as conforming the applicable law in the *cas d'espèce*. As for Article 36 (1) (b) of the 1963 Vienna Convention, it was Guinea which first invoked and dwelt upon it, at some length, in its Memorial (of 23.03.2001).

30. On the basis of the case-law of the ICJ on the matter, Guinea identified, in its Memorial, the *right of the individual* under that provision of the 1963 Vienna Convention (to be informed of consular assistance and to avail himself of it if he so wished), and the corresponding obligations of the States Parties (to secure that consular assistance be provided) under that Convention, — none of which had in its view been complied with in the present case (paras. 3.11-3.12, 3.30.2, 4.4 and 5.1.1). In its Counter-Memorial (of 27.03.2008), the D.R. Congo challenged the submission of Guinea of a breach of Article 36 (1) (b) of that Convention, by arguing that "Guinea's Ambassador in Kinshasa was aware of Mr. Diallo's arrest and detention in anticipation of his deportation to Conakry" (para. 1.20, and paras. 1.18-1.19 and 1.21-1.23).

31. In its Reply (of 19.11.2008), Guinea contended that "the facts establishing the elements of the violation of the 1963 Vienna Convention" were, in its view, "unquestionable" (para. 1.7). In reiterating, and insisting on, its position (paras. 3.3.1 and 4.1.1), Guinea stated:

"At no time in either 1988-1989 or 1995-1996 was Mr. Diallo, a Guinean national, informed of his rights under Article 36, paragraph 1(b), of the Vienna Convention on Consular Relations. (...) The DRC should have read all three sentences in Article 36, paragraph 1(b), of the 1963 Convention. As stated in the third sentence, the competent authorities of the receiving State 'shall inform the person concerned without delay of his rights under this subparagraph'. This third element cannot be ignored. (...) In the present case Zaire therefore bore an obligation under the 1963

⁷And, further to this provision, Article 61 of the African Charter adds that the African Commission is also to

"take into consideration, as subsidiary measures to determine the principles of law, other general or special international conventions laying down rules expressly recognized by member States of the [then] Organization of African Unity, African practices consistent with international norms on human and peoples' rights, customs generally accepted as law, general principles of law recognized by African States as well as legal precedents and doctrine".

Convention to ‘inform the person concerned without delay of his rights’ at the time of his arrest in 1988, and his arrests in 1995 and 1966. This was not done, and it constitutes a further violation of Mr. Diallo’s rights.” (Paras. 1.49 and 1.51-1.53.)

32. In the course of the oral arguments of 19.04.2010 before the Court, Guinea reiteratedly invoked Article 36 (1) (b) of the Vienna Convention on Consular Relations in support of its views⁸. In its turn, the D.R. Congo argued, in the public sitting of 26.04.2010, that there had been no breach on its part of that provision of the 1963 Vienna Convention. In its argument, the D.R. Congo pursued the matter from a strict *inter-State* outlook, referring to the contacts (and a letter) between the Ambassador of Guinea in Kinshasa and the authorities of the Congolese government⁹. The debates between the two contending parties, by no means ended in respect of the three treaties invoked in general before the Court: they were to continue in relation to the specific rights thereunder that were at stake, — which I shall now turn my attention to.

III. The Saga of the Subject of the Rights: Considerations on the Vindication of the Protected Rights.

33. The individual rights vindicated in the present case were alleged to have been breached in the factual context to the arrests, detentions and expulsion to which Mr. A. S. Diallo was subjected, in the period ranging from 1988 to 1996. Such rights comprised the right to liberty and to security of person (Articles 9 (1) to (4) of the UN Covenant on Civil and Political Rights), the right not to be expelled from a State without a legal basis (Article 13 of the Covenant), the right not to be subjected to mistreatment (Articles 7 and 10 of the Covenant), added to the right to information on consular assistance in the framework of the guarantees of the due process of law (Article 36 (1) (b)) of the 1963 Convention on Consular Relations.

34. The question may be asked why this latter is listed herein, as an individual right, provided for in a Convention having in mind consular relations, and celebrated in 1963 in pursuance of a predominantly inter-State optics. I shall address this question, characterizing the right to information on consular assistance as an *individual right*, within the conceptual universe of human rights, in a subsequent section (VIII, *infra*) of the present Separate Opinion, so as to clarify the point and discard any doubts that might still subsist as to the characterization of the right to information on consular assistance. Before embarking on such clarification, may I proceed to examine the aforementioned rights, one by one, in the subsequent paragraphs.

1. The Right to Liberty and Security of Person.

(a) *The Arrests and Detention of 1988-1989.*

35. The first right invoked in the present case was Mr. A. S. Diallo’s right to liberty and security of person, under Article 9 (1) to (4) of the Covenant. The right is asserted in relation to his arrests and detention in the D.R. Congo in 1988-1989 and in 1995. The contending Parties did not dispute the fact that Mr. A. S. Diallo was arrested on 25.01.1988, nor did they disagree that he was placed in detention on 27.01.1988, in the Makala prison, and one year later released, on

⁸ICJ, *Compte rendu*, doc. CR 2010/1, of 19.04.2010, pp. 27, 31 and 34-36, paras. 3 (v), 18, 24 and 28-29; ICJ, *Compte rendu*, doc. CR 2010/2, of 19.04.2010, p. 37, para. 7.

⁹ICJ, *Compte rendu*, doc. CR 2010/3, of 26.04.2010, pp. 26-31, paras. 48-49 and 54; and cf. also *ibid.*, pp. 18 and 26-30, paras. 15, 42-47 and 50-53.

03.01.1989, due to a Presidential pardon granted to him, after intervention by Guinea's Ambassador¹⁰.

36. Guinea argued that Mr. A. S. Diallo's arrest and detention in 1988-1989 were arbitrary, as the sole reason for his imprisonment in January 1988 lay in the fact that the Zairean State was greatly in debt to his company Africom-Zaire¹¹. That was in breach, in the view of Guinea, of the D.R. Congo's obligations arising under Article 9 of the Covenant¹². For its part, the D.R. Congo argued that "Mr. Diallo had been imprisoned in 1988 pursuant to a judicial investigation opened by law officers in the Prosecutor's Office of Kinshasa into acts of fraud of which he had, rightly or wrongly, been accused"¹³. The D.R. of Congo did not challenge Guinea's factual allegations with regard to Mr. A. S. Diallo's arrest and detention in 1988-1989, but considered it to be a new claim¹⁴.

37. The relevant provisions of the Covenant to the present line of consideration of the *cas d'espèce*, are those enshrined into Article 9 (on the right to liberty and security of person), which states:

- "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 established by law.
2. Anyone who is arrested shall be informed, at the time of arrest, of the reasons for his arrest and shall be promptly informed of any charges against him.
3. Anyone arrested or detained on a criminal charge shall be brought promptly before a judge or other officer authorized by law to exercise judicial power and shall be entitled to trial within a reasonable time or to release. It shall not be the general rule that persons awaiting trial shall be detained in custody, but release may be subject to guarantees to appear for trial, at any other stage of the judicial proceedings, and, should occasion arise, for execution of the judgement.
4. Anyone who is deprived of his liberty by arrest or detention shall be entitled to take proceedings before a court, in order that that court may decide without delay on the lawfulness of his detention and order his release if the detention is not lawful.
5. Anyone who has been the victim of unlawful arrest or detention shall have an enforceable right to compensation."

¹⁰ICJ, *Observations of Guinea to the Preliminary Objections of the D.R. Congo*, para. 1.41; ICJ, Oral Arguments CR 2006/51, para. 18, ICJ, *Reply of Guinea*, para. 1.13-1.16. Following this pardon, the *Procureur Général* at the Prosecutor's Office in Kinshasa closed the case on 28.01.1989, for inexpediency of prosecution; ICJ, *Observations of Guinea to the Preliminary Objections of the D.R. Congo*, para. 1.43.

¹¹ICJ, *Reply of Guinea*, para. 1.9.

¹²Guinea referred to a letter dated 04.07.1988 signed by Mr. S. Pida Nbagui, Zaire's First State Commissioner, and sent to the President of the Judicial Council of the Republic of Zaire; ICJ, *Reply of Guinea*, para. 1.14; ICJ, *Observations of Guinea on the D.R. Congo's Preliminary Objections*, Annex 15. That letter indicated, added Guinea, that the head of the D.R. Congo's Executive branch alone gave the order for Mr. A. S. Diallo's arrests and incarcerations, in an example of "the most complete commingling of powers"; ICJ, *Reply of Guinea*, para. 1.15.

¹³ICJ, *Rejoinder of the D.R. Congo*, para. 1.16. It was therefore, — the D.R. of Congo added, — a temporary detention for reasons of judicial investigation. The D.R. of Congo reproduced the version of the facts set out by the Guinean Embassy in Kinshasa, in a letter to the Guinean Minister of Foreign Affairs in Conakry, dated 03.02.1988; ICJ, *Rejoinder of the D.R. Congo*, para. 1.14.

¹⁴ICJ, *Rejoinder of the D.R. Congo*, paras. 1.11 and 1.13.

38. As to the first point to be herein considered, as to whether there has been a violation by the D.R. Congo of the conditions for permissive deprivation of liberty (principle of legality, prohibition of arbitrariness — *Article 9 (1)* of the Covenant), it ensues, from the evidence produced in the present case, that the Zairian judicial authorities did not issue any arrest warrant in 1988. This can surely be regarded, under the relevant provisions of the Covenant on Civil and Political Rights, as an indication of an *arbitrary* arrest. This is in line with the notion of *arbitrariness* under the Covenant, which I subsequently review in this Separate Opinion (section VI, *infra*). Moreover, there was no decision by the competent authorities as to the extension of Mr. A. S. Diallo's detention awaiting trial (*détention préventive*). The fact remains that Mr. A. S. Diallo remained one year in detention without any further judicial proceedings or investigation, charging him of any criminal offense.

39. The D.R. Congo did not provide any evidence that Mr. A. S. Diallo was arrested and imprisoned, as alleged, in the context of a true judicial investigation opened against him for alleged acts of fraud. In this regard, the Human Rights Committee has stated that arrests and detentions effected without charges constitute a violation of Article 9 (1) of the Covenant¹⁵. There is no indication that he was charged with a criminal offense at any time. In the absence of any relevant State party information, it can be concluded, — as the Court correctly did (para. 79), — that Mr. A. S. Diallo's deprivation of liberty was *arbitrary* and in violation of article 9 (1) of the Covenant.

40. Moving on to the right (of the arrested or detained person) to be informed of the reasons for the arrest or detention and the corresponding charges (*Article 9(2)* of the Covenant), Guinea claimed that Mr. A. S. Diallo was never specifically informed, either of the purported acts constituting the alleged offence, or of the provisions under which the accusation was brought against him¹⁶. According to Guinea, the *only* information given to Mr. A. S. Diallo by the judicial authority before which he was brought during his detention was that his arrest was “related to the Prime Minister's *communiqué*”¹⁷. The judicial authority therefore had no file, no indictment, nothing to show to Mr. A. S. Diallo authorizing his arrest and imprisonment, other than the Prime Minister's *communiqué*.

41. The D.R. Congo, on its part, acknowledged that Mr. A. S. Diallo was brought to the office of the Judicial Inspector, who told him that his arrest was related to the Prime Minister's press release (about his being accused of fraud)¹⁸. It thus appears established that a press release of Prime Minister accused Mr. A. S. Diallo of fraud¹⁹, and that this accusation was made public on radio and television channels on 20.01.1988, as well as by the press²⁰. There is no evidence that, at

¹⁵UN/Human Rights Committee (HRC), case *Titiahonjo v. Cameroun*, 2007, n° 1186/2003, para. 6.5; HRC, case *Monja Jaona v. Madagascar*, 1985, No. 132/1982, para. 14; HRC, case *Mpandanjila v. D.R. Congo*, 1986, No. 138/1983, para. 10.

¹⁶Guinea provided documentary evidence of a transcript of Mr. A. S. Diallo, drawn up on 29.10.2008 by two process servers for the courts and tribunals of Conakry, where Mr. A. S. Diallo stated: — “[T]hey did not show me a document of any kind authorizing my arrest, nor did they explain why I was being arrested”; ICJ, *Reply of Guinea*, Annex 1, answer to question 3.

¹⁷ICJ, *Reply of Guinea*, Vol. II, p. 6.

¹⁸ICJ, *Rejoinder of the D.R. Congo*, para. 1.22.

¹⁹CIJ, *Duplique de la R.D. Congo*, para. 1.22 ; ICJ, *Compte rendu* CR 2010/1, p. 28.

²⁰Letter sent to Guinean Minister for Foreign Affairs in Conakry, dated 03.02.1988. The D.R. Congo referred to a letter dated 03.02.1988 of Mr. Lounceny Kouyate (ICJ, *Compte rendu* CR 2010/3, pp. 16-17), Counsel at the Guinean Embassy in Conakry, in support of its contention that Mr. A. S. Diallo and Guinea itself were aware of the accusations against Mr. A. S. Diallo; ICJ, *Observations of Guinea on the D.R. Congo's Preliminary Observations*, of 03.07.2003, pp. 17-18.

the moment of Mr. A. S. Diallo's arrest, Congolese authorities informed him of the reasons for his arrest, nor is there any evidence that they informed him of the charges against him.

42. The UN Human Rights Committee, on its turn, has stated that the resulting obligation is not merely one of form. Not only must the individual concerned be informed at the time of arrest, but the information given must also be sufficiently specific²¹, so that he knows exactly the reason of the arrest. In the Committee's own words,

“[T]he Committee is of the opinion that article 9(2) of the Covenant requires that anyone who is arrested shall be informed sufficiently of the reasons for his arrest to enable him to take immediate steps to secure his release if he believes that the reasons given are invalid or unfounded. It is the view of the Committee that it was not sufficient simply to inform Adolfo Drescher Caldas that he was being arrested under the prompt security measures without any indication of the substance of the complaint against him.”

In the present case *A.S. Diallo*, in the absence of relevant and precise information from the D.R. Congo, Mr. A. S. Diallo's arrest and detention in 1988 have amounted to a violation of Article 9 (2) of the Covenant.

43. Turning now to the next point, as to rights of persons in custody and pre-trial detention, it may be recalled that *Article 9 (3)* of the Covenant, — already quoted, — stipulates that “anyone arrested or detained on a criminal charge “shall be brought promptly before a judge” or other judicial officer and “shall be entitled to trial within a reasonable time or to release”; it adds that it “shall not be the general rule that persons awaiting trial shall be detained in custody”, but release may be subject to “guarantees to appear for trial” and, should occasion arise, “for execution of the judgment”.

44. In this provision, what does “promptly” (“*dans le plus court délai*”) exactly mean? The Covenant itself has left it open, and so have the corresponding provisions of the European Convention of Human Rights (Article 5 (3)) and the American Convention on Human Rights (Article 7 (5)), which have given rise to a considerable case-law. However, the Human Rights Committee, in its *general comment* No. 8 (of 1982), on Article 9, has emphasized that, in no event, this may last longer than “a few days” (para. 2)²². In interpreting the requirement that a person be brought before a judge or another legal officer “*authorized by law to exercise judicial power*”, one may recall the criteria developed by the ECtHR in the *Schiesser v. Switzerland* case (1979, under Article 5 (3) of the ECHR) for the interpretation of that provision (para. 30), to the effect that:

“Such a judicial officer must be independent of the executive, personally hear the person concerned and be empowered to direct pre-trial detention or to release the person arrested.”

45. This case-law has been confirmed by the Human Rights Committee in the case *Kulomin v. Hungary* (1996), wherein the Committee pondered that:

²¹HRC n.°43/1979, case *Adolfo Drescher Cadas v. Uruguay*, 21.07.1983, paras. 13.2 and 14.

²²Cf. case *Fillastre and Bizouarn v. Bolivia*, No. 336/1988; and cf. also, in the same sense, case *McLawrence v. Jamaica*, No. 702/1996, and case *Kurbanov v. Tajikistan*, No. 1096/2002.

“It is inherent to the proper exercise of judicial power that it be exercised by an authority which is independent, objective and impartial in relation to the issues dealt with.”²³

In the circumstances of the *Kulomin v. Hungary* case, the Committee was not satisfied that the public prosecutor could be regarded as having the institutional objectivity and impartiality necessary to be considered an officer authorized to exercise judicial power within the meaning of Article 9 (3) of the Covenant. This provision enshrines the principle that pre-trial detention cannot become the general rule, and is thus to be limited to essential reasons²⁴, and should anyway be as short as possible.

46. It should not pass unnoticed that the Covenant regards pre-trial detention, not surprisingly, as an exceptional measure. In the *cas d’espèce*, it is not disputed that Mr. A. S. Diallo was taken on 25.01.1988, the day of his arrest, to the office of the Judicial Inspector, where he was told by the Inspector that his arrest was related to the First State Commissioner’s press release. However, Guinea considered that the Judicial Inspector assigned to the Prosecutor’s Office, before which Mr. A. S. Diallo was brought, could not be characterized as an officer authorized by law within the meaning of Article 9 (3) of the Covenant²⁵. Guinea added that the aforementioned judicial inspector was obeying the direct orders of the First State Commissioner²⁶.

47. The D.R. Congo asserted that the Covenant does not state that the authority referred to must be independent of the Executive²⁷. However, the D.R. Congo has not provided any evidence of a written arrest warrant or a minute of the first interrogation. Neither was Mr. A. S. Diallo brought before a judge or other officer authorized by law to exercise judicial power, according to the obligation set out in Article 9 (3) of the Covenant, under which anyone arrested or detained on a criminal charge must be brought promptly before a judge or another officer authorized by law to exercise judicial power. During his entire stay in the prison of Makala (from 27.02.1988 to 03.02.1989), Mr. A. S. Diallo did not see any judge²⁸. Therefore, it so appears that the D.R. Congo has incurred into a breach of Article 9(3) of the Covenant.

48. Next, the question may be asked whether the D.R. Congo has breached the right (of an arrested or detained person) to *habeas corpus* (Article 9 (4) of the Covenant)²⁹. This right, to have the detention reviewed in court without delay, exists irrespective of whether deprivation of liberty is unlawful. The Human Rights Committee has stated that the person deprived of liberty must have access to a lawyer³⁰. In the present case, Mr. A. S. Diallo has not been presented any arrest warrant when he was detained, and thus did not have the opportunity to obtain a ruling on the lawfulness or otherwise of his detention. It thus appears that the D.R. Congo has incurred into a breach also of Article 9(4) of the Covenant.

²³No. 521/1992.

²⁴Such as danger of suppression of evidence, of repetition of the offence, or of absconding.

²⁵ICJ, *Compte rendu* CR 2010/1, of 19.04.2010, paras. 16-17; ICJ, *Reply of Guinea*, p. 13, para. 1.24.

²⁶ICJ, *Reply of Guinea*, para. 1.24.

²⁷ICJ, *Rejoinder of the D.R. Congo*, para. 1.26.

²⁸ICJ, *Compte rendu* CR 2010/1, of 19.04.2010, paras. 17-17.

²⁹According to Guinea, Mr. A. S. Diallo was not given the opportunity to take any proceedings to obtain a ruling on the lawfulness of his detention; ICJ, *Reply of Guinea*, p. 14. In turn, the D.R. Congo stated that Guinea has not produced any evidence to show that Mr. A. S. Diallo was prevented by the D.R. Congo from taking such proceedings; ICJ, *Rejoinder of the D.R. Congo*, para. 1.34.

³⁰HRC, *Berry v. Jamaica* case, 1994, No. 330/1988, para. 11.1.

49. As can be seen from the preceding paragraphs, the contending parties — unlike the Court — have taken into account Article 9 of the Covenant *as a whole*, as they should. I have also taken into account Article 9 of the Covenant *as a whole, comme il faut*, in the circumstances of the present case. The Court, however, took into account only paragraphs (1) and (2) of Article 9, as the arguments on paragraphs (3) and (4) of Article 9 pertained to the arrests and detention of Mr. A. S. Diallo of 1988-1989, which the Court excluded from the scope of its considerations in the present case. As I have dissented from that part of the Court's decision (corresponding to resolutive point No. 1 of the *dispositif*), I feel it my duty to pronounce on the breach of Article 9 of the Covenant *as a whole*.

(b) The Arrests and Detention of 1995-1996.

50. The contending parties agreed that Mr. A. S. Diallo was arrested and detained more than once in late 1995 and early 1996, but that was as far as they did agree³¹. They disagreed on the duration of the periods in detention (cf. *infra*)³². Guinea maintained that Mr. A. S. Diallo was placed in detention on 05.11.1995 and that he remained imprisoned first for two months, before being released on 10 January 1996, "further to intervention by the [Zairean] President himself"³³. Mr. A. S. Diallo was, according to Guinea, then rearrested and imprisoned for two more weeks before being expelled³⁴. Mr. A. S. Diallo is thus said to have been detained for 75 days in all³⁵.

51. The D.R. Congo, in dismissing these allegations by Guinea, argued that the duration and conditions of Mr. A. S. Diallo's detention during the expulsion process were in conformity with Zairean law; in particular, it contended that the statutory maximum of eight days' detention was not exceeded. According to the D.R. Congo, Mr. A. S. Diallo was arrested on 05.11.1995 and then released two days later³⁶. At a date not provided by the D.R. Congo (but allegedly within eight days before 10.01.1996), Mr. A. S. Diallo was rearrested with a view to expulsion, and then he was released on 10.01.1996 because the Government had been unable to find an aircraft leaving for Conakry within the statutory period of no more than 8 days of detention³⁷. The D.R. Congo claimed at last that Mr. A. S. Diallo was under arrest in Kinshasa on 25.01.1996 (6 days at least before being expelled), but it did not say since when³⁸.

52. It so appears that the respondent State did not provide evidence for all its assertions. In this regard, the only proven facts, not contested by the contending Parties, are the fact that Mr. A. S. Diallo was *arrested on 05.11.1995*³⁹, as well as *his release on 10.01.1996*⁴⁰. However,

³¹ICJ, *Reply of Guinea*, para. 1.29; ICJ, *Counter-Memorial of the D.R. Congo*, pp. 11-12, paras. 1.09-1.11; ICJ, *Compte rendu* CR 2006/50, pp. 39-40, paras. 89-92.

³²The Congolese Legislative Order of 12.09.1983 provided for an 8-day statutory limit on detention.

³³ICJ, *Memorial of Guinea*, para. 2.63.

³⁴ICJ, *Reply of Guinea*, para. 1.40.

³⁵ICJ, case *A.S. Diallo (Guinea v. D.R. Congo)*, Judgment of 24.05.2007 (Preliminary Objections), para. 17; ICJ, *Memorial of Guinea*, para. 2.64. Guinea relied on the documentary evidence of *Avocats sans Frontières* (press release) and an article from the Kinshasa *Business and News*. An article in the Guinean daily newspaper *Horoya* (edition of 06.08.1996), — which echoed the Zairean weekly *L'Ouragan* (edition of 31.01.1996), — was also cited by Guinea. Cf. ICJ, *Memorial of Guinea*, Annexes 190, 193 and 206, respectively.

³⁶ICJ, *Counter-Memorial of the D.R. Congo*, para. 1.10, and Annex 7.

³⁷*Ibid.*, para. 1.11.

³⁸*Ibid.*, para. 1.21.

³⁹*Ibid.*, para. 1.10, and Annex 7: Committal Note (Billet d'écrou); in such handwritten Committal Note it can be read that it was said: — «Sieur Diallo est détenu à la permanence jusqu'à son expulsion du Zaïre».

the D.R. Congo did not prove its assertion that he was released in between those dates; nor did it specify exactly when was Mr. A. S. Diallo incarcerated after 10.01.1996, before he was deported⁴¹.

53. Article 9 of the Covenant on Civil and Political Rights refers, in general terms, to *every* type of deprivation of liberty⁴², whether pursuant a judicial investigation, or following an administrative decision. Article 9 of the Covenant thus applies to the arrests and detentions of Mr. A. S. Diallo in 1995-1996. *Article 9(1)* of the Covenant provides that any deprivation of liberty can only be effected in accordance with a procedure established by law. In the present case, the D.R. Congo did not produce any evidence that Mr. Diallo was likely to evade decisions taken by Zairian authorities and flee away. Nor did it produce any evidence that Mr. A. S. Diallo was released between 05.11.1995 and 10.01.1996. Nor did it provide the decisions extending the detention beyond the first 48 hours⁴³. In any event, the periods of arrests altogether exceeded the statutory period of 8 days⁴⁴.

54. Moreover, the D.R. Congo did not explain why, or whether, it was “absolutely necessary” to incarcerate again Mr. A. S. Diallo on 17.01.1996⁴⁵; nor did it ever demonstrate that it was absolutely necessary to extend Mr. A. S. Diallo’s detention. In conclusion, Mr. A. S. Diallo’s arrest and detention in 1995-1996 appears, in the light of the aforementioned, arbitrary and unlawful, and thus in breach of *Article 9(1)* of the CCPR, as the Court rightly concluded (Judgment, paragraph 79).

55. Next, as to Article 9(2) of the Covenant, in the present case Mr. A. S. Diallo was neither informed of the reasons for the arrests nor promptly informed of the charges against him. He was not even informed of the adoption of the decree of 31.10.1995⁴⁶. The D.R. Congo itself admits that, between 31.10.1995, when the expulsion decree was adopted, and 31.01.1996, when Mr. A. S. Diallo was actually deported, he did not know that there was already an expulsion order against him⁴⁷. It thus appears that, by not informing Mr. A. S. Diallo of the reasons for his arrests and detentions in 1995-1996, the D.R. Congo incurred in breach of *Article 9 (2)* of the Covenant, as the Court rightly determined (Judgment, paragraph 82).

⁴⁰ICJ, *Reply of Guinea*, para. 1.32; MG, Annex 194.

⁴¹The respondent State simply gave two clues: the first was the reference to “several days” after 10.01.1996, and the second was its own statement that on 25.01.1996 Mr. A. S. Diallo was “still in detention in Kinshasa six days before being expelled”; cf. ICJ, *Counter-Memorial of the D.R. Congo*, p. 12, para. 1.11, and p. 16, para. 1.21.

⁴²Cf. text reproduced in para. 35, *supra*.

⁴³ICJ, *Reply of Guinea*, para. 1.46. If Mr. Diallo was released on 10.01.1996, he would have been arrested on 02.01.1996, but there was no proof that he was freed before 02.01.1996.

⁴⁴There is some contradiction in the arguments of the D.R. Congo: it stated that he was released on 10.01.1996 because the Government had been unable to find an aircraft leaving for Conakry, within the statutory period of no more than 8 days of detention, pending expulsion from the Congo; ICJ, *Counter-Memorial of the D.R. Congo*, para. 1.11. However, the only document produced, dated 10.01.1996, stated that Mr. A. S. Diallo had been released “for inquiries”; ICJ, *Memorial of Guinea*, Annex 194. Inaccuracies of the kind make the respondent State’s argument appear vague and without foundation.

⁴⁵ICJ, *Reply of Guinea*, para. 1.40; and Annex 1, Answer to question 22.

⁴⁶ICJ, *Reply of Guinea*, para. 1.48; Annex 1, answer to questions 15, 20 and 26.

⁴⁷ICJ, *Compte rendu* CR 2006/52, pp. 19-20, para. 10.

2. The Right Not to be Expelled from a State without a Legal Basis.

56. Another right vindicated in the framework of the *cas d'espèce*, was the right not to be expelled from a State without a legal basis, set forth in *Article 13* of the Covenant, which states:

“An alien lawfully in the territory of a State Party to the present Covenant may be expelled therefrom only in pursuance of a decision reached in accordance with law and shall, except where compelling reasons of national security otherwise require, be allowed to submit the reasons against his expulsion and to have his case reviewed by, and be represented for the purpose before, the competent authority or a person or persons especially designated by the competent authority.”

57. In the present case, the fact was not disputed that, on 31.10.1995, the Prime Minister of Zaire issued an expulsion order against Mr. A. S. Diallo⁴⁸, with the following reason: Mr. A. S. Diallo's “presence and conduct have breached public order in Zaire, especially in the economic, financial and monetary areas, and continue to do so”⁴⁹. It was also common ground between the contending Parties that, on 05.11.1995, Mr. A. S. Diallo was placed under arrest with a view to his deportation. However, the parties contested each other's arguments as regards the duration and conditions of the periods of arrest⁵⁰ (cf. *supra*), as well as in respect of the facts related to the specific circumstances of Mr. A. S. Diallo's arrest, detention and expulsion (cf. *supra*).

58. Guinea claimed that Mr. A. S. Diallo's expulsion contravened some international and domestic rules framing the power to expel, namely: a) the respondent State did not fulfil the obligation to state reasons for the expulsion; b) the jurisdictional, formal and procedural rules were deliberately evaded; c) the refusal-of-entry procedure was intentionally and arbitrarily misused to effect an expulsion; and, at last, d) Mr. A. S. Diallo was at no time afforded the opportunity to submit the reasons against his expulsion and to have his case reviewed by the competent authority. All these elements show that the measure taken against Mr. Diallo was wholly arbitrary.

59. There are two different phases in the expulsion of Mr. A. S. Diallo: first, the expulsion decree of 31.10.1995; and secondly, the notice of refusal of entry of 31.01.1996. As for the grounds for expulsion, the lack of statement of reasons (in the legal sense of the term) makes the decree of expulsion vague. In this respect, the African Commission on Human and Peoples' Rights found, in the case of *Amnesty International v. Sudan* (1999), that:

“It is not enough for an arrest to be carried out under a legal provision to satisfy the requirements of Article 6: the law must comply with accepted standards. Thus a decree allowing for arrests for vague reasons, and upon suspicion rather than proven acts, was not in conformity with the African Charter [on Human and Peoples' Rights].”⁵¹

60. As already pointed out, Mr. A. S. Diallo was neither informed of the reasons for the arrests nor promptly informed of the charges against him; he was not even informed of the

⁴⁸ICJ, case *A.S. Diallo (Guinea v. D.R. Congo)*, Preliminary Objections, Judgment of 24.05.2007, paras. 15-16.

⁴⁹ICJ, *Counter-Memorial of the D.R. Congo*, Annex 5 (Decree n° 0043 of 31.10.1995, on deportation of Mr. A. S. Diallo).

⁵⁰ICJ, *Reply of Guinea*, para. 1.31.

⁵¹Cf. African Commission on Human and Peoples' Rights, communications 48/90, 50/91, 52/91 and 89/93, para. 59.

adoption of the 31.10.1995 decree for his deportation⁵². This fact has been admitted by the D.R. Congo⁵³. For that reason, Mr. A. S. Diallo could not submit any reason against the expulsion, nor could he have had his case reviewed by the competent authority, as provided for by *Article 13* of the Covenant. The decree of expulsion was thus not in conformity Article 13 of the Covenant.

61. There is, furthermore, a disagreement between the contending parties as to the form of expulsion of Mr. A. S. Diallo. The D.R. Congo acknowledged that Mr. A. S. Diallo was indeed expelled, and that the notice signed by the immigration officer “inadvertently” referred to “refusal of entry” (*refoulement*), instead of “expulsion”. Guinea sustained, on its part, that Mr. A. S. Diallo was the subjected to a “refusal of entry”⁵⁴. It may here be pointed out that the UN Human Rights Committee, in its *general comment* No. 15, of 1986, on the *position of aliens* under the Covenant on Civil and Political Rights, made it clear that the guarantee of Article 13 of the Covenant relates to any form of “obligatory departure” of aliens, irrespective of how this was described under domestic law⁵⁵ (cf. *infra*). Accordingly, although Article 13 refers to expulsion, it applied likewise to the refusal of entry of Mr. A. S. Diallo.

62. Article 13 of the Covenant states that the individual subject to expulsion must be “allowed to submit the reasons against his expulsion”. Furthermore, the possibility must be afforded “to plead [his] case before the competent national courts”, according to the African Commission on Human and Peoples’ Rights⁵⁶. However, Mr. A. S. Diallo was not given due notice of the decision to expel him before it was carried out, and was not able therefore to oppose any reason against it⁵⁷. Mr. A. S. Diallo should have been enabled to have had his case reviewed by the competent authority.

63. In the leading case of *Hammel vs. Madagascar* (1987)⁵⁸, the UN Human Rights Committee decided against the respondent State because the expellee had not been “indicted nor brought before a magistrate on any charge”, and because “he was not afforded an opportunity to challenge the expulsion order prior to his expulsion” (para. 18.2). The Committee added that the victim “was not given an effective remedy to challenge his expulsion”, and that the State concerned did not show that there were “compelling reasons of national security” to deprive him of that remedy (para. 19.2).

64. In formulating its views on the *Hammel vs. Madagascar* case (1987), the Human Rights Committee also took into account its *general comment* No. 15(27), on the position of aliens under the Covenant, and pointed out in particular that:

⁵²ICJ, *Reply of Guinea*, para. 1.48; Annex 1, answer to questions 15, 20 and 26.

⁵³ICJ, *Compte rendu* CR 2006/52, pp. 19-20, para. 10.

⁵⁴The Court drew attention to this, in its Judgment on Preliminary Objections, stating that Mr. Diallo “was justified in relying on the consequences of the legal characterization thus given by the Zairean authorities”; ICJ, case *A.S. Diallo (Guinea v. D.R. Congo)*, *I.C.J. Reports* 2007 (II), p. 601, para. 46.

⁵⁵On this point, cf. also: ECtHR, Judgment of 05.10.2006, case *Bolat v. Russia* (Application 14139/03), para. 79; ECtHR, Judgment of 12.02.2009, case *Nolan and K. v. Russia* (Application 2512/04), para. 112. And cf. also: UN/International Law Commission (ILC), *Memorandum prepared by the Secretariat — Expulsion of Aliens*, doc. A/CN.4/565, of 10.07.2006, p. 58, para. 67.

⁵⁶Cf. African Commission on Human and Peoples’ Rights, case *Union Inter-Africaine des Droits de l’Homme and Others v. Angola*, No. 159/96, 11.11.1997, para. 20.

⁵⁷Cf. also, on this point, African Commission on Human and Peoples’ Rights, case *Amnesty International v. Zambia*, No. 212/98, 05.05.1999, para. 41 *in fine*.

⁵⁸Communication No. 155/83, Human Rights Committee’s views of 03.04.1987, doc. CCPR/C/29/D/155/1983, pp. 1-9.

“an alien must be given full facilities for pursuing his remedy against expulsion so that this right will in all the circumstances of his case be an effective one” (para. 19.2).

In the present case *A.S. Diallo*, the victim did not enjoy either, the right of access to justice (comprising legal assistance) in the context of Article 13 of the Covenant. This Court rightly determined a breach of Article 13 of the Covenant in respect of the circumstances surrounding the expulsion of Mr. A. S. Diallo (para. 74).

3. The Right Not to Be Subjected to Mistreatment.

65. There are two other provisions of the UN Covenant on Civil and Political Rights which are pertinent to the consideration of the present case, namely, Articles 7 and 10 of the Covenant. *Article 7* stipulates that:

“No one shall be subjected to torture or to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment. In particular, no one shall be subjected without his free consent to medical or scientific experimentation.”

And, in addition, *Article 10 (1)* of the Covenant provides that:

“All persons deprived of their liberty shall be treated with humanity and with respect for the inherent dignity of the human person.”

66. In this connection, the Human Rights Committee has stressed, in its *general comment* No. 29 (on *derogations during a state of emergency*), of 2001, that Article 10 of the Covenant:

“expresses a norm of general international law not subject to derogation. This is supported by the reference to the inherent dignity of the human person in the preamble to the Covenant and by the close connection between Articles 7 and 10” (para. 13.a)⁵⁹.

67. In its Memorial⁶⁰, Guinea claimed that Mr. A. S. Diallo was mistreated during his imprisonment and expulsion. Guinea asserted, on this point, that, in carrying out the deportation order, the law enforcement authorities took Mr. A. S. Diallo away, on 05.11.1995, and secretly placed him in detention in an Immigration Service lock-up, without any form of judicial process or even examination, and that he remained imprisoned there without receiving any visit from his lawyers or officials from the Guinean Embassy until 10.01.1996, i.e., for 75 days.

68. He is alleged to have been incarcerated under dire conditions and to have received no food from the Congolese authorities. In particular, Guinea argued that during “the first four days of [his] detention [he] was kept secretly in a mosquito-infested cell that was permanently illuminated by a very bright light and (...) was deprived of food”⁶¹. Being kept in a cell under those conditions is completely incompatible with Article 10 of the Covenant, according to which “[a]ll persons

⁵⁹The same *general comment* No. 29 adds that “in no circumstances” may States Parties invoke Article 4 (in relation to derogations) “as justification for acting in violation of humanitarian law or peremptory norms of international law”; para. 11).

⁶⁰ICJ, *Memorial of Guinea*, pp. 30-31 and 51 *et seq.*

⁶¹ICJ, *Reply of Guinea*, Annex 1, pp. 6-7.

deprived of their liberty shall be treated with humanity and with respect for the inherent dignity of the human person”⁶².

69. Guinea further asserted that Mr. A. S. Diallo’s arrests and expulsion were in violation of the minimum standard of protection owed to aliens⁶³. Moreover, Guinea claimed that this treatment was in breach of such minimum standard and, specifically, of the minimum rules for the treatment of prisoners adopted by ECOSOC in 1955⁶⁴, whose value was reaffirmed by the UN General Assembly in 1990⁶⁵.

70. The D.R. Congo dismissed these claims and asserted that Mr. Diallo was held in a well-appointed facility through which passed all aliens undergoing deportation, there have been no production of evidence to the contrary⁶⁶. It added that at no time did Guinea’s Ambassador in Kinshasa, who followed Mr. A. S. Diallo’s case very closely, complain that their national was subjected to inhuman conditions.

71. In the view of the D.R. Congo, had Guinea presented the Court with evidence that Mr. A. S. Diallo was kept secretly in a mosquito-infested cell that was permanently illuminated by a very bright light and that he was deprived of food — which it did not, — such treatment would not amount automatically to a breach of Article 10 of the Covenant. The D.R. Congo concluded that Guinea had not proved the consequence of the alleged inhuman treatment (physical or mental effects of the circumstances of Mr. Diallo’s incarceration), and there had thus been no breach of Article 10 (1) of the Covenant.

72. In its present Judgment, the Court has found that “it has not been demonstrated that Mr. Diallo was subjected to treatment prohibited by Article 10, paragraph 1, of the Covenant” (para. 89). And the Court’s majority then rejected Guinea’s submissions in this respect (resolutive point 5 of the *dispositif*). Unlike in relation to the previous findings of the Court concerning provisions of the Covenant on Civil and Political Rights (*supra*), on this particular point I regret not to be able to follow the Court’s majority on this particular point.

73. The fact remains that it has not been demonstrated that Article 10 (1) has been complied with either. The Court’s majority seems to have taken a somewhat hurried decision on this particular point, applying the presumption in favour of the respondent State. In human rights cases of the kind, presumptions apply in favour of the ostensibly weaker party, the individual, the alleged victim. In the circumstances of the present case, the burden of proof cannot fall upon the applicant State; it is the respondent State that knows — or is supposed to know — the conditions of detention, and it is, accordingly, upon it that the burden of proof lies.

74. After all, it is the receiving State (of residence), rather than the sending State (of nationality), that is supposed to know what is going on in its own prisons, how are detainees under

⁶²ICJ, *Compte Rendu* CR 2010/5 (translation), para. 23.

⁶³ICJ, *Reply of Guinea*, para. 1.55.

⁶⁴Cf. the *Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners*, adopted by the I UN Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, held at Geneva in 1955, and approved by ECOSOC resolutions 663 C (XXIV) of 31.07.1957 and 2076 (LXII) of 13.05.1977, in particular Principles 20, 22-26 and 87.

⁶⁵UN, General Assembly resolution 45/111, of 14.12.1990, *Basic Principles for the Treatment of Prisoners*.

⁶⁶ICJ, *Counter-Memorial of the D.R. Congo*, paras. 1.12-1.13, and cf. paras. 1.32-1.33.

its custody being treated. The conditions of living, or of surviving, in the prisons of the world, — in all continents, anywhere in the world, — have been a matter of concern which has, for a long time, transcended legal thinking. Already in the second half of the XIXth century, a universal writer, F.M. Dostoievski, aptly pondered, in his *Souvenirs de la maison des morts* (1862), on the basis of his own personal experience, that the degree of civilization attained by any human society could be assessed by visiting its prisons. This remains so nowadays, anywhere in the world.

4. The Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the Due Process of Law.

75. Another right vindicated and protected in the framework of the present case *A.S. Diallo*, is the individual right to information on consular assistance, set forth in *Article 36 (1) (b)* of the Vienna Convention on Consular Relations, which significantly provides that:

“If the [national of the sending State] so requests, the competent authorities of the receiving State shall, without delay, inform the consular post of the sending State if, within its consular district, a national of that State is arrested or committed to prison or to custody pending trial or is detained in any other manner. Any communication addressed to the consular post by the person arrested, in prison, custody or detention shall be forwarded by the said authorities without delay. The said authorities shall inform the person concerned without delay of his rights under this subparagraph.”

76. Guinea claimed that Mr. A. S. Diallo was not informed of his right under Article 36 (1) (b) of the Vienna Convention, — neither in 1988 nor in 1995-1996. The D.R. Congo limited itself to asserting that various documents demonstrated that Mr. A. S. Diallo’s case “was known not only to the Guinean consulate in Kinshasa but also to the President of the Republic and the Minister for Foreign Affairs of Guinea”⁶⁷. This Court has held, on previous occasions, that Article 36 (1) (b) of the 1963 Vienna Convention requires the competent authorities of a State Party to advise, without delay, a national of another State party whom such authorities arrest or detain, of his right to the consular assistance guaranteed by that Article (the triad of the *Breard*, *LaGrand*, and *Avena* cases).

77. In this respect, in order to clarify the legal nature and content of the right at issue, I deemed it fit, at the end of the public sitting of the Court held on 26.04.2010, to put to the two contending Parties the following question⁶⁸:

“À votre avis, est-ce que les dispositions de l’article 36, paragraphe 1, alinéa (b), de la Convention de Vienne sur les relations consulaires de 1963 s’épuisent dans les relations entre l’État d’envoi ou de nationalité et l’État de résidence? Est-ce que M. Diallo lui-même a été informé, aussitôt après sa détention, sur l’assistance consulaire? Qui est le sujet du droit à l’information sur l’assistance consulaire? L’État d’envoi ou bien de nationalité ou l’individu?”⁶⁹.

78. In its written answer to my question, handed to the Court’s Registry on 27.04.2010, the respondent State contended that: a) article 36 (1) (b) of the 1963 Vienna Convention creates an “individual right” (Court’s Judgment in the *LaGrand* case, 2001, para. 77), which is, however, inextricably linked to the sending State’s right to communicate with its nationals through consular

⁶⁷ICJ, *Counter Memorial of the D.R. Congo*, p. 16, para. 1.22.

⁶⁸Referred to in paragraph 11 of the present Judgment of the Court.

⁶⁹ICJ, *Compte rendu* CR 2010/3, of 26.04.2010, p. 37, para. 73.

officers; b) although it is an individual right, it remains closely linked to the rights of the State itself; c) they are interdependent rights (Court's Judgment in the *Avena* case, 2004, para. 40), involving relation between the individual and the sending and the receiving States; d) Guinea was aware of Mr. Diallo's situation, and the purpose of the right to information on consular assistance was thus achieved; e) if that right had not been violated in respect of the sending State, it could not have been so in respect of its national; f) Mr. Diallo had "verbally" been informed by the D.R. of Congo, shortly after his detention, of the "possibility of seeking consular assistance from his State"; and g) the individual and his sending State (or State of nationality) hold the right to information in an interdependent way⁷⁰.

79. Nevertheless, the D.R. Congo did not produce any evidence in support of its assertion that Mr. A. S. Diallo had been "verbally" informed promptly, shortly after his detention, of the possibility to count on consular assistance from Guinea. The D.R. Congo did not actually prove that it had duly informed Mr. A. S. Diallo himself, without any delay, of his right under Article 36 (1) (b) of the 1963 Vienna Convention, having thus had its international responsibility engaged in that respect.

80. On its part, Guinea, in its reply to my question, stated, in its oral arguments of 28.04.2010, that: a) the State of residence has a duty to inform the individual concerned of his right to consular assistance; b) it is the individual who has the right to information, as indicated in Article 36 (1) (b) *in fine* of the 1963 Vienna Convention on Consular Relations; c) there is a certain interdependence between the individual right and the rights of the State (Court's Judgment in the *Avena* case, 2004, para. 40), but under Article 36 (1) (b) these latter are subordinated to the former; d) the information by one State to another is not sufficient, and, in the present case, Mr. Diallo was not informed (by the State of residence) about consular assistance, neither shortly after his detention nor later on; e) the assertion by the D.R. Congo in this regard was not accompanied by any proof, and the fact is that Mr. Diallo was not informed of his rights; and f) even if the sending State (of nationality) takes cognizance of the situation by other means, there is an international illicit fact on the part of the State of residence⁷¹.

81. It should not pass unnoticed, in this connection, that, even before the aforementioned *obiter dicta* of this Court in the *LaGrand* (2001) and the *Avena* (2004) cases, the first and pioneering articulation of the individual's right to information on consular assistance was the one developed by the Inter-American Court of Human Rights in its Advisory Opinion No. 16, of 01.10.1999, on the *Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the Due Process of Law*. It was expressly invoked by the contending Parties, and relied upon mainly by the complaining States, in the *LaGrand* (*Germany v. United States*) and the *Avena* (*Mexico v. United States*) cases before this Court, as we shall see subsequently (Section VIII, *infra*) in the present Separate Opinion.

IV. The Hermeneutics of Human Rights Treaties.

82. The invocation, by the contending parties before the ICJ, of such human rights treaties as the 1996 UN Covenant on Civil and Political Rights and the 1981 African Charter on Human and Peoples' Rights, and the vindication of some rights protected there under, — in addition to Article 36 (1) (b) of the 1963 Vienna Convention on Consular Relations in the conceptual universe of human rights, — brings to the fore the issue of the proper interpretation of human rights treaties. These latter go beyond the realm of purely inter-State relations. When one comes to the

⁷⁰ICJ, *Compte rendu* CR 2010/5, of 27.04.2010, pp. 1-2.

⁷¹ICJ, *Compte rendu* CR 2010/5, of 28.04.2010, pp. 9-13.

interpretation of treaties, one is inclined to resort, at first, to the general provisions enshrined in Articles 31-33 of the two Vienna Conventions on the Law of Treaties (of 1969 and 1986, respectively), and in particular to the combination under Article 31 of the elements of the ordinary meaning of the terms, the context, and the object and purpose of the treaties at issue.

83. One then promptly finds that, in practice, while in traditional International Law there has been a marked tendency to pursue a rather restrictive interpretation which gives as much precision as possible to the obligations of States Parties, in the International Law of Human Rights, somewhat distinctly, there has been a clear and special emphasis on the element of the object and purpose of the treaty, so as to ensure an effective protection (*effet utile*) of the guaranteed rights, without detracting from the general rule of Article 31 of the two Vienna Conventions on the Law of Treaties. In effect, whilst in general International Law the elements for the interpretation of treaties evolved primarily as guidelines for the process of interpretation by States Parties themselves, human rights treaties, in their turn, have called for an interpretation of their provisions bearing in mind the essentially *objective* character of the obligations entered into by States Parties: such obligations aim at the protection of human rights and not at the establishment of subjective and reciprocal rights for the States Parties.

84. Hence the special emphasis on the element of the object and purpose of human rights treaties, of which the *jurisprudence constante* of the European and Inter-American Courts of Human Rights has given eloquent testimony in the last couple of decades. The interpretation and application of human rights treaties have indeed been guided by considerations of a superior general interest or *ordre public* which transcend the individual interests of Contracting Parties. As indicated by the *jurisprudence constante* of the two aforementioned international human rights tribunals, those treaties are distinct from treaties of the classic type which incorporate restrictively reciprocal concessions and compromises; human rights treaties, in turn, prescribe obligations of an essentially objective character, implemented collectively, and are endowed with mechanisms of supervision of their own. The rich case-law on methods of interpretation of human rights treaties has enhanced the protection of the human person at international level and has enriched International Law under the impact of the International Law of Human Rights.

85. The converging case-law to this effect has generated the common understanding, in the regional systems of human rights protection, that human rights treaties, moreover, are endowed with a special nature (as distinguished from multilateral treaties of the traditional type); that human rights treaties have a normative character and that their terms are to be autonomously interpreted; that in their application one ought to ensure an effective protection (*effet utile*) of the guaranteed rights; and that permissible restrictions (limitations and derogations) to the exercise of guaranteed rights are to be restrictively interpreted. The work of the European and Inter-American Courts of Human Rights (more recently joined by the African Court on Human and Peoples' Rights) has indeed contributed to the creation of an international *ordre public* based upon the respect for human rights in all circumstances⁷²; it has established limits to excessive State voluntarism, and fostered the vision of the relations between public power and the human being whereby the State exists for the human being, and not *vice-versa*.

86. Furthermore, they have propounded the *autonomous* interpretation of provisions of human rights treaties, by reference to the respective domestic legal systems. Such autonomous meaning of the terms of human rights treaties (as distinct from their meaning, e.g., in domestic law) has been also

⁷²A. A. Cançado Trindade, "Le développement du Droit international des droits de l'homme à travers l'activité et la jurisprudence des Cours Européenne et Interaméricaine des Droits de l'Homme" (Discours du Président de la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme), in CourEDH, *Cour Européenne des Droits de l'Homme — Rapport annuel 2003*, Strasbourg, CourEDH, 2004, pp. 41-50.

endorsed, e.g., by the Human Rights Committee, under the UN Covenant on Civil and Political Rights, for example, in the adoption of its views in the *Van Duzen v. Canada* case (in 1982). Moreover, the dynamic or *evolutive* interpretation of the respective human rights Conventions (the temporal dimension) has been followed by both the European⁷³ and the Inter-American⁷⁴ Courts, so as to fulfil the evolving needs of protection of the human being.

87. Thus, in its pioneering Advisory Opinion No. 16, on *The Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the Due Process of Law* (1999), which has inspired the international case-law *in statu nascendi* on the matter, the Inter-American Court clarified that, in its interpretation of the norms of the American Convention on Human Rights, it should extend protection in new situations (such as that concerning the observance of the right to information on consular assistance) on the basis of pre-existing rights. The same vision has been propounded by that Court in its subsequent and forward-looking Advisory Opinion No. 18, on the *Juridical Condition and Rights of Undocumented Migrants* (2003).

88. The European Court of Human Rights has likewise reiteratedly pronounced to that effect⁷⁵; in the *Loizidou v. Turkey* case (Preliminary Objections, 1995), for example, the ECtHR expressly discarded undue restrictions which would not only “seriously weaken” its role in the discharge of its functions but “would also diminish the effectiveness of the Convention as a constitutional instrument of European public order (*ordre public*)”⁷⁶. There is, thus, a converging case-law of the Inter-American and European Courts of Human Rights — and indeed of other human rights international supervisory organs — on the fundamental issue of the proper interpretation of human rights treaties, naturally ensuing from the overriding identity of the object and purpose of those treaties.

89. General international law itself bears witness of the principle (subsumed under the general rule of interpretation of Article 31 of the two Vienna Conventions on the Law of Treaties) whereby the interpretation is to enable a treaty to have appropriate effects. In the present domain of protection, International Law has been made use of in order to improve and strengthen — and never to weaken or undermine — the safeguard of recognized human rights⁷⁷ (in pursuance of the principle *pro persona humana, pro victima*). The specificity of the International Law of Human

⁷³E.g., cases *Tyrer v. United Kingdom* (1978), *Airey v. Ireland* (1979), *Marckx v. Belgium* (1979), *Dudgeon v. United Kingdom* (1981), among others.

⁷⁴Cf., in this sense, the *obiter dicta* in: IACtHR, Advisory Opinion OC-16/99, on the *Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the Due Process of Law*, of 01.10.1999, paras. 114-115, and Concurring Opinion of Judge A.A. Cançado Trindade, paras. 9-11; IACtHR, case of the “*Street Children*” (*Villagrán Morales and Others v. Guatemala*), Judgment of 19.11.1999 (merits), paras. 193-194; IACtHR, case *Cantoral Benavides v. Peru*, Judgment of 18.08.2000 (merits), paras. 99 and 102-103; IACtHR, case *Bámaca Velásquez v. Guatemala*, Judgment of 25.11.2000 (merits), Separate Opinion of Judge A.A. Cançado Trindade, paras. 34-38; IACtHR, case of the *Community Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua*, Judgment of 31.08.2001 (merits and reparations), paras. 148-149; IACtHR, case *Bámaca Velásquez v. Guatemala*, Judgment of 22.02.2002 (reparations), Separate Opinion of Judge A.A. Cançado Trindade, para. 3.

⁷⁵For example, in its judgments in the cases of *Wemhoff v. F.R. Germany* (1968), *Belgian Linguistics* (1968), *Golder v. United Kingdom* (1975), *Ireland v. United Kingdom* (1978) and *Soering v. United Kingdom* (1989), among others.

⁷⁶ECtHR, *Loizidou v. Turkey* case (preliminary objections), Judgment of 23.03.1995, para. 75.

⁷⁷Cf. A.A. Cançado Trindade, “Co-existence and Co-ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights (At Global and Regional Levels)”, 202 *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye* (1987) p. 401.

Rights finds expression not only in the interpretation of human rights treaties in general but also in the interpretation of specific provisions of those treaties⁷⁸.

90. Both the European and the Inter-American Courts of Human Rights have rightly set limits to State voluntarism, have safeguarded the integrity of the respective human rights Conventions and the primacy of considerations of *ordre public* over the “will” of individual States, have set higher standards of State behaviour and established some degree of control over the interposition of undue restrictions by States, and have reassuringly enhanced the position of individuals as subjects of the International Law of Human Rights, with full procedural capacity. In so far as the basis of their jurisdiction in contentious matters is concerned, eloquent illustrations can be found of their firm stand in support of the integrity of the mechanisms of protection of the two respective regional Conventions⁷⁹.

91. The two international human rights Tribunals, by correctly resolving basic procedural issues raised in the aforementioned cases, have aptly made use of the techniques of Public International Law in order to strengthen their respective jurisdictions of protection of the human person. They have decisively safeguarded the integrity of the mechanisms of protection of the American and European Conventions on Human Rights, whereby the **juridical emancipation of the human person vis-à-vis her own State** is achieved. They have, furthermore, achieved a remarkable jurisprudential construction on the right of access to justice (and of obtaining reparation) at international level.

92. As to substantive law, the contribution of the two international human rights Courts to this effect is illustrated by numerous examples of their respective case-law pertaining to the rights protected under the two regional Conventions. The European Court has a vast and remarkable case-law, for example, on the right to the protection of liberty and security of person (Article 5 of the European Convention), and the right to a fair trial (Article 6). The Inter-American Court has a significant case-law on the fundamental right to life, comprising also the conditions of living, as from its decision in the paradigmatic case of the so-called “*Street Children*” (*Villagrán Morales and Others v. Guatemala*, Merits, 1999); it has also a rich case-law on distinct forms of reparations.

V. The Principle of Humanity in Its Wide Dimension.

93. The previous considerations on the hermeneutics of human rights treaties lead me now to address the principle of humanity in its wide dimension. When one refers to the principle of humanity, there is a tendency to consider it in the framework of International Humanitarian Law. Thus, for example, it is beyond doubt that, in this framework, civilians and persons *hors de combat* are to be treated with humanity. The principle of humane treatment of civilians and persons *hors*

⁷⁸Pertinent illustrations can be found in, e.g., provisions which contain references to general international law. Such is the case, for example, of the requirement of prior exhaustion of local remedies as a condition of admissibility of complaints or communications under human rights treaties; the local remedies rule bears witness of the interaction between International Law and domestic law in the present domain of protection, which is fundamentally *victim-oriented*, concerned with *the rights of individual human beings rather than of States*. Generally recognized principles or rules of International Law — which the formulation of the local remedies rule in human rights treaties refers to, — besides following an evolution of their own in the distinct contexts in which they apply, necessarily suffer, when inserted in human rights treaties, a certain degree of adjustment or adaptation, dictated by the special character of the object and purpose of those treaties and by the widely recognized specificity of the International Law of Human Rights. Cf. A.A. Cançado Trindade, *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1983, pp. 1-443.

⁷⁹For example, the decisions of the European Court in the *Belilos v. Switzerland* case (1988), in the *Loizidou v. Turkey* case (Preliminary Objections, 1995), and in the *I. Ilascu, A. Lesco, A. Ivantoc and T. Petrov-Popa v. Moldova and the Russian Federation* case (2001), as well as the decisions of the Inter-American Court in the *Constitutional Tribunal and Ivcher Bronstein v. Peru* cases (Jurisdiction, 1999), in the *Hilaire, Constantine and Benjamin and Others v. Trinidad and Tobago* (Preliminary Objection, 2001), and in the *Barrios Altos v. Peru* case (Merits, 2001).

de combat is provided for in the 1949 Geneva Conventions on International Humanitarian Law (common Article 3, and Articles 12 (1)/12 (1)/13/5 and 27 (1)), and their Additional Protocols I (Article 75 (1)) and II (Article 4 (1)). Such principle, moreover, is generally regarded as one of customary International Humanitarian Law.

94. My own understanding is in the sense that the principle of humanity is endowed with an even wider dimension: it applies in the most distinct circumstances, both in times of armed conflict and in times of peace, in the relations between public power with all persons subject to the jurisdiction of the State concerned. That principle has a notorious incidence when these latter are in a situation of vulnerability, or even *defencelessness*, as evidenced by relevant provisions of distinct treaties integrating the International Law of Human Rights. Thus, for example, at UN level, the 1990 International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families provides, *inter alia*, in its Article 17 (1), that:

“Migrant workers and members of their families who are deprived of their liberty shall be treated with humanity and with respect for the inherent dignity of the human person and for their cultural identity.”

95. Likewise, the 1989 UN Convention on the Rights of the Child stipulates (Article 37 (b)) that: “States Parties shall ensure that [e]very child deprived of liberty shall be treated with humanity and respect for the inherent dignity of the human person, and in a manner which takes into account the needs of persons of his or her age(...)”. Provisions of the kind can also be found in human rights treaties at regional level.

96. To recall but a couple of examples, the 1969 American Convention on Human Rights, in providing for the right to humane treatment (Article 5), determines *inter alia* that “[a]ll persons deprived of their liberty shall be treated with respect for the inherent dignity of the human person” (para. 2). Likewise, the 1981 African Charter on Human and Peoples’ Rights disposes *inter alia* that “[e]very individual shall have the right to the respect of the dignity inherent in a human being and to the recognition of his legal status” (Article 5).

97. And the 1969 Convention on the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa sets forth, *inter alia*, that “[t]he grant of asylum to refugees is a peaceful and humanitarian act (...)” (Article II (2)). And the examples to the same effect multiply. The point I wish to make here is that the principle of humanity permeates the whole *corpus juris* of the international protection of the rights of the human person (encompassing International Humanitarian Law, the International Law of Human Rights, and International Refugee Law), at global (UN) and regional levels.

98. In respect of the present case *A.S. Diallo (Guinea v. D.R. Congo)*, in particular, it may be pointed out that the principle of humanity underlies Article 7 of the UN Covenant on Civil and Political Rights, which protects the individual’s personal integrity, against mistreatment, as well as Article 10 of the Covenant (concerning persons under detention), which begins by stating that “[a]ll persons deprived of their liberty shall be treated with humanity and with respect for the inherent dignity of the human person” (para. 1). This comprises not only the negative obligation not to mistreat (Article 7), but also the positive obligation to ensure that a detainee, under the custody of the State, is treated with humanity and due respect for his inherent dignity as a human person.

99. The principle of humanity, in effect, underlies the two *general comments*, No. 9 (of 1982, para. 3) and No. 21 (of 1992, para. 4) on Article 10 of the Covenant (humane treatment of persons deprived of their liberty). The principle of humanity, usually invoked in the domain of

International Humanitarian Law, thus extends itself also to that of International Human Rights Law. And, as the Committee rightly stated in its *general comment* No. 31 (of 2004), “both spheres of Law are complementary, not mutually exclusive” (para. 11).

100. The principle of humanity has met with judicial recognition. It is not my intention here, within the confines of the present Separate Opinion in the *A.S. Diallo* case, to review the international case-law to this effect, as I have done so elsewhere⁸⁰. Suffice it here to recall but one selected illustration, on the basis of my own experience. The *jurisprudence constante* of the Inter-American Court of Human Rights has properly warned that the principle of humanity, inspiring the right to humane treatment (Article 5 of the American Convention on Human Rights), applies even more forcefully when a person is unlawfully detained, and kept in an “*exacerbated situation of vulnerability*” (Judgments in the cases of *Maritza Urrutia v. Guatemala*, of 27.11.2003, para. 87; of *Juan Humberto Sánchez v. Honduras*, of 07.06.2003, para. 96; *Cantoral Benavides v. Peru*, of 18.08.2000, para. 90; and cf. *Bámaca Velásquez v. Guatemala*, of 25.11.2000, para. 150).

101. In my Separate Opinion in the Judgment in the case of the *Massacre of Plan de Sánchez* (of 29.04.2004), concerning Guatemala, I devoted a whole section (III, paras. 9-23) of it to the judicial acknowledgement of the principle of humanity in the recent case-law of that Court as well as of the *ad hoc* International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia. Furthermore, I therein expressed my understanding that the principle of humanity, orienting the way one treats the others (*el trato humano*), “encompasses all forms of human behavior and the totality of the condition of the vulnerable human existence” (para. 9).

102. International law is not at all insensitive to that, and the principle at issue applies in any circumstances, so as to prohibit inhuman treatment, by reference to humanity as a whole, so as to secure protection to all, including those in a situation of great vulnerability (paras. 17-20). *Humaneness* is to condition human behaviour in all circumstances, in times of peace as well as of disturbances and armed conflict.

103. The principle of humanity permeates the whole *corpus juris* of protection of the human person, providing one of the illustrations of the approximations or convergences between its distinct and complementary branches (International Humanitarian Law, the International Law of Human Rights, and International Refugee Law), at the hermeneutic level, and also manifested at the normative and the operational levels. In faithfulness to my own conception, I have, in this Court likewise, deemed it fit to develop some reflections on the basis of the principle of humanity *lato sensu*, in my Dissenting Opinion⁸¹ in the case of the *Obligation to Prosecute or Extradite* ((*Belgium v. Senegal*), Request for Provisional Measures, Order of 28.05.2009), as well as in my Dissenting Opinion⁸² in the case of *Jurisdictional Immunities of the State* (Counter-Claim, (*Germany v. Italy*), Order of 06.07.2010).

104. And, in the Court’s recent Advisory Opinion on *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo*, I devoted one entire section (XIII(4)) of my Separate Opinion expressly to the “fundamental principle of humanity”

⁸⁰Cf. A. A. Cançado Trindade, “Le déracinement et la protection des migrants dans le droit international des droits de l’homme”, 19 *Revue trimestrielle des droits de l’homme* — Bruxelles (2008) pp. 289-328, esp. pp. 295 and 308-316.

⁸¹Paragraphs 24-25 and 61.

⁸²Paragraphs 116, 118, 125, 136-139 and 179.

(paras. 196-211) in the framework of the law of nations⁸³ itself. I saw it fit to recall that the “founding fathers” of international law (F. de Vitoria, A. Gentili, F. Suárez, H. Grotius, S. Pufendorf, C. Wolff) propounded a *jus gentium* inspired by the principle of humanity *lato sensu* (paras. 73-74).

105. It may here be pointed out that the principle of humanity is in line with natural law thinking. It underlies classic thinking on humane treatment and the maintenance of sociable relationships, also at international level. Humaneness came to the fore even more forcefully in the treatment of persons in situation of vulnerability, or even defenselessness, such as those deprived of their personal freedom, for whatever reason.

106. The *jus gentium*, when it began to correspond to the law of nations, came then to be conceived by its “founding fathers” as regulating the international community constituted by human beings socially organized in the (emerging) States and co-extensive with humankind, thus conforming the *necessary* law of the *societas gentium*. This latter prevailed over the will of individual States, respectful of the human person, to the benefit of the common good⁸⁴. The precious legacy of natural law thinking, evoking the natural law of the right human reason (*recta ratio*), has never faded away, and this should be stressed time and time again, particularly in face of the indifference and pragmatism of the “strategic” *droit d’étatistes*, so numerous in the legal profession in our days.

VI. The Prohibition of Arbitrariness in the International of Human Rights.

107. For the consideration of the present case *A.S. Diallo*, a proper understanding of the prohibition of *arbitrariness*, in the framework of the International Law of Human Rights, assumes a central importance. To that end, I shall, next, review the notion of *arbitrariness*, consider the position of the UN Human Rights Committee and the African Commission on Human and Peoples’ Rights, as well as the jurisprudential construction of the Inter-American and European Courts of Human Rights on the matter. I shall then present my general assessment of this key issue.

1. The Notion of Arbitrariness.

108. The adjective “arbitrary”, derived from the Latin “*arbitrarius*”, originally meant that which depended on the authority or will of the arbitrator, of a legally recognized authority. With the passing of time, however, it gradually acquired a different connotation; already in the mid-XVIIth century, it had been taken to mean that which appeared uncontrolled (arbitrary) in the exercise of will, amounting to capriciousness or despotism. The qualification “arbitrary” came thus to be used in order to characterize decisions grounded on simple preference or prejudice, defying any test of “foresee-ability”, ensuing from the entirely *free will* of the authority concerned, rather than based on *reason*, on the conception of the rule of law in a democratic society, on the criterion of reasonableness and the imperatives of justice, on the fundamental principle of equality and non-discrimination.

109. As human rights treaties and instruments conform a *Law of protection* (a *droit de protection*), oriented towards the safeguard of the ostensibly weaker party, the victim, it is not at all surprising that the prohibition of *arbitrariness* (in its modern and contemporary sense) covers

⁸³Cf. also paragraphs 66-67, 74-76, 96, 176, 185 and 239-240.

⁸⁴A. A. Cançado Trindade, *A Humanização do Direito Internacional*, Belo Horizonte/Brazil, Edit. Del Rey, 2006, pp. 9-14, 172, 318-319, 393 and 408.

arrests and detentions, as well as other acts of the public power, such as expulsions. Bearing in mind the hermeneutics of human rights treaties, as outlined above, a merely exegetical or literal interpretation of treaty provisions would be wholly unwarranted (cf. *infra*).

110. Such has in fact been the understanding of international supervisory organs of human rights protection, as we shall see next. I shall take as illustrations the positions of two supervisory organs (the UN Human Rights Committee and the African Commission on Human and Peoples' Rights), as well as the jurisprudential constructions of two international human rights tribunals (the Inter-American and the European Courts of Human Rights).

111. Preliminarily, as to the determination of the breach of the right not to be deprived arbitrarily of one's liberty (principle of legality, prohibition of arbitrariness — *Article 9 (1)* of the UN Covenant on Civil and Political Rights), may it be recalled that the UN Working Group on Arbitrary Detention⁸⁵ has expressed that view that deprivation of liberty is to be regarded as *arbitrary* "when it manifestly cannot be justified on any legal basis" (such as, e.g., continued detention after the sentence has been served)⁸⁶. The UN Human Rights Committee (HRC), — the supervisory organ of the Covenant on Civil and Political Rights, — has dwelt further upon the matter.

2. The Position of the UN Human Rights Committee.

112. To start with, there are decisions which reveal the position taken by the HRC on the matter at issue. For example, in the *Mukong v. Cameroon* case (1994), the HRC interpreted "*arbitrary*" in a broad sense, as meaning inappropriate, unjust, unpredictable and inconsistent with legality⁸⁷. More generally, the HRC pondered, in the subsequent *Jalloh vs. The Netherlands* case (2002), that "*arbitrary*" ought to be understood as covering "unreasonable action"⁸⁸; in any event, action ought to be deemed appropriate and proportional in the circumstances of the case at issue⁸⁹.

113. In the aforementioned *Mukong v. Cameroon* case, the Committee expressly observed that:

"The drafting history of Article 9(1) confirms that 'arbitrariness' is not to be equated with 'against the law', but must be interpreted more broadly to include elements of inappropriateness, injustice, lack of predictability and due process of law. (...) This means that remand on custody pursuant to lawful arrest must not only be lawful but reasonable in all the circumstances. Remand in custody must further be necessary in all the circumstances." (Para. 9.8.)

⁸⁵Established by the former UN Commission on Human Rights, in its resolution 1991/42.

⁸⁶UN General Assembly document A/HRC/7/4/Add.1, of 16.01.2008, p. 3; cf. ICJ, *Reply of Guinea*, para. 1.19.

⁸⁷HRC, No. 458/1991, *Mukong v. Cameroon*, 21.07.1994, para. 9.8.

⁸⁸HRC, No. 794/1998, *Jalloh v. The Netherlands*, 26.03.2002, A/57/40, Vol. II, p. 132, para. 8.2.

⁸⁹Furthermore, the UN Declaration on the Human Rights of Individuals Who Are Not Nationals of the Country in Which They Live (of 13.12.1985) provides (in Article 5) that

"aliens shall enjoy, in accordance with domestic law and subject to the relevant international obligations of the State in which they are present, in particular the following rights: a) the right to life and security of person, whereby "no alien shall be subjected to arbitrary arrest or detention", and "no alien shall be deprived of his or her liberty except on such grounds and in accordance with such procedures as are established by law"; b) "the right to protection against arbitrary or unlawful interference with privacy, family, home or correspondence (...)".

114. By means of its *Views* on communications, the Committee has further interpreted the Covenant to deal with crucial issues, such as, for example, that of non-derogable rights and states of emergency⁹⁰. It has made it quite clear, in respect of the issue of *arbitrariness* of public authorities, that one is to avoid equating *arbitrariness* only with the expression “against the law”. Thus, in the *Marques de Morais v. Angola* case (2005), *inter alia*, it gave *arbitrariness* a broader interpretation, so as to encompass elements of injustice, lack of due process of law, inappropriateness, and lack of predictability.

115. In the same line of reasoning, earlier on, in the case of *R.Mojica v. Dominican Republic* (1994) and in the case of *Tshishimbi v. Zaire* case (1996), the Committee warned that an interpretation that would allow States Parties “to tolerate, condone or ignore” threats made by public authorities to the personal liberty and security of non-detained individuals under the jurisdiction of the States Parties concerned “would render ineffective the guarantees of the Covenant”⁹¹. Likewise, in the case of *L. Rajapakse v. Sri Lanka* (2006), the Committee again pondered that personal security was to be safeguarded in distinct circumstances, also beyond the context of formal deprivation of liberty (para. 9.7)

116. The HRC’s concerns to ensure protection to individuals against arbitrariness on the part of State authorities is not restricted to the right to personal liberty, but extends to other rights protected under the Covenant as well. It is present in some of its *Views* on communications concerning expulsions, under Article 13 of the Covenant (on the right of aliens not to be expelled arbitrarily). The test of *bona fides* or prohibition of *abus de pouvoir* on the part of those authorities was applied by the HRC in the *A. Maroufidou v. Sweden* case (1981); and in the *E. Hammel v. Madagascar* case (1987) the HRC upheld the right to an effective (domestic) remedy in such cases of expulsion.

3. The Position of the African Commission on Human and Peoples’ Rights.

117. There are several decisions of the African Commission on Human and Peoples’ Rights (AfComHPR) determining the occurrences of breaches of Article 6 of the African Charter on Human and Peoples’ Rights⁹², in so far as the prohibition of arbitrary arrests or detentions is concerned. In one of those cases in which the AfComHPR established a breach of the kind, namely, the case of *L. Zegveld and M. Ephrem v. Eritrea* (2003), the AfComHPR stated quite clearly that, by means of its Article 6:

“The African Charter specifically prohibits arbitrary arrests and detentions.

Evidence before the African Commission indicates that the 11 persons have been held incommunicado and without charge since they were arrested in September 2001 (...). The African Commission notes that to date it has not received any information or substantiation from the respondent State demonstrating that the

⁹⁰Cf., e.g., [Various Authors,] *Droits intangibles et états d’exception* (eds. D. Prémont et alii), Bruxelles, Bruylant, 1996, pp. 1 et seq..

⁹¹Para. 5.4, in both cases. In the *L. Rajapakse v. Sri Lanka* case (2006), likewise, the Committee again pondered that personal security was to be safeguarded in distinct circumstances, also beyond the context of formal deprivation of liberty.

⁹²Cf., to this effect, e.g., its decisions in the cases *Media Rights Agenda v. Nigeria* (2000), paras. 41-44 and 70-75; *J. D. Ouko v. Kenya* (2000), paras. 21 and 31; *K.Aminu v. Nigeria* (2000), paras. 21 and 26; *D. K. Jawara v. Gambia* (2000), paras. 57-59 and 74; *Constitutional Rights Project v. Nigeria* (1999), paras. 12-16; *Law Office of Ghazi Suleiman v. Sudan* (2003), paras. 48-50 and 67; *K. Achuthan and Amnesty International (on Behalf of A. Banda, and O. and V. Chirwa) v. Malawi* (1994), paras. 8-9 and 12.

11 persons were being held in appropriate detention facilities and that they had been produced before courts of law.

Incommunicado detention is a gross human rights violation (...). The African Commission is of the view that all detentions must be subject to basic human rights standards (...). Furthermore, every detained person must have prompt access to a lawyer and to their families and their rights with regard to physical and mental health must be protected as well as entitlement to proper conditions of detention.”⁹³

118. In stressing, in its decision in the same *L. Zegveld and M. Ephrem* case, the prohibition of arbitrary arrests and detentions under the African Charter (Article 6), the AfComHPR warned that arbitrariness affected the right of access to justice itself. In the words of the AfComHPR,

“the lawfulness and necessity of holding someone in custody must be determined by a court of other appropriate judicial authority. The decision to keep a person in detention should be open to review periodically (...). Persons suspected of committing any crime must be promptly charged with legitimate criminal offences and the State should initiate legal proceedings that should comply with fair trial standards as stipulated by the African Commission in its [1992] *Resolution on the Right to Recourse and Fair Trial* and elaborated upon in its [2003] *Guidelines on the Right to Fair Trial and Legal Assistance in Africa*.”⁹⁴

119. The practice of the African Commission in respect of the prohibition of arbitrariness is not restricted to Article 6, on the prohibition of arbitrary arrests and detentions. It extends, naturally, to other rights protected under the African Charter, such as the right not to be expelled arbitrarily from a country, as provided in Article 12 (4) of the Charter: “A non-national legally admitted in a territory of a State Party to the present Charter, may only be expelled from it by virtue of a decision taken in accordance with the law.” In this connection, in the case of the *Organisation Mondiale contre la Torture, Association Internationale des Juristes Démocrates, Commission Internationale des Juristes and Union Interafricaine des Droits de l’Homme v. Rwanda* (1996)⁹⁵, the African Commission clarified that:

“This provision should be read as including a general protection of all those who are subject to persecution, that they may seek refuge in another State. Article 12(4) prohibits the arbitrary expulsion of such persons from the country of asylum. (...)” (Para. 31.)⁹⁶

120. In a case lodged with the Commission by the *Union Inter-Africaine des Droits de l’Homme, Fédération Internationale des Liges des Droits de l’Homme, Rencontre Africaine des Droits de l’Homme, and Organisation Nationale des Droits de l’Homme au Sénégal*⁹⁷, on behalf of certain West African nationals expelled from Angola in 1996, the AfComHPR, in deciding in favour of the complainants on 11.11.1997, pondered, after invoking Article 12 (4) of the Charter (para. 14), that:

⁹³Paragraphs 52-55.

⁹⁴Paragraph 56.

⁹⁵Communications ns. 27/89, 46/91, 49/91 and 99/93, joined.

⁹⁶Text reproduced in: Institute for Human Rights and Development, *Compilation of Decisions on Communications of the African Commission on Human and Peoples’ Rights* (1994-2001) p. 324.

⁹⁷Communication No. 159/96.

“African States in general and the Republic of Angola in particular are faced with many challenges, mainly economic. In the face of such difficulties, States often resort to radical measures aimed at protecting their nationals and their economics from non-nationals. Whatever the circumstances may be, however, such measures should not be taken at the detriment of human rights. (...) By deporting the victims, thus separating some of them from their families, the defendant State has violated and violates the letter of this text.” (Paras. 16-17).⁹⁸

121. Warnings of the kind have been made by the African Commission in its decisions also in the cases of *Modise v. Botswana* (2000, paras. 83-84), *Rencontre Africaine pour la Défense des Droits de l’Homme vs. Zambia* (1997, paras. 30-31), *K. Good v. Botswana* (2010, paras. 206-208), *Institute for Human Rights and Development in Africa v. Angola* (2008, paras. 65 and 69-70). In the aforementioned case of the *Rencontre Africaine pour la Défense des Droits de l’Homme*, the Commission held that the deportations at issue breached Articles 2, 7 and 12 of the African Charter, after pondering that “none of the deportees had the opportunity to seize the Zambian courts to challenge their detention or deportation”⁹⁹. And in the aforementioned *Modise* case, the Commission pondered that the decision as to who is permitted to remain in a country “should always be made according to careful and just legal procedures” (para. 83). In other words, it is not sufficient that State authorities proceed in accordance with the law, as this latter must be in conformity with the African Charter, and reflect the basic requirements of *justice*.

122. In the case of *Amnesty International, Comité Loosli Bachelard, Lawyers Committee for Human Rights, and Association of Members of the Episcopal Conference of East Africa v. Sudan* (1999), concerning the situation prevailing in Sudan between 1989 and 1993, the AfComHPR observed that Article 6 ought to be interpreted in such a way as to effect arrests “only in the exercise of powers normally granted to the security forces in a democratic society”. In its view, the wording of the decree at issue allowed for individuals to be arrested for “vague reasons, and upon suspicion, not proven acts”, and that was “not in conformity with the spirit of the African Charter”; the Commission established “serious and continuing violations of Article 6”, among other provisions of the Charter¹⁰⁰. In sum, the position upheld by the AfComHPR in its practice is that the prohibition of arbitrariness covers not only the right to personal liberty, but other rights protected under the African Charter, such as, *inter alia*, the right not to be arbitrarily expelled from a country.

4. The Jurisprudential Construction of the Inter-American Court of Human Rights.

123. Turning now to the jurisprudential construction of the Inter-American Court of Human Rights (IACtHR) on the matter at issue, in the paradigmatic case of the “*Street Children*” (*Villagrán Morales and Others v. Guatemala*, merits, Judgment of 19.11.1999), the IACtHR held, in respect of the prohibition of unlawful or arbitrary arrest (Article 7 (2) and (3) of the American Convention on Human Rights — ACHR), that no one can be subjected to arrest or imprisonment that, “although qualified as legal”, may be considered incompatible with fundamental human

⁹⁸The Commission declared that the deportation of the victims constituted a violation of Articles 2, 7 (1) (a), 12 (4) and (5), 14 and 18 of the African Charter.

⁹⁹Paragraphs 29-30 and *dispositif* of the Commission’s decision.

¹⁰⁰Paragraphs 59-60 and the *dispositif* of the Commission’s decision.

rights, for being, *inter alia*, “unreasonable, unforeseeable or out of proportion” (para. 131). This has become *jurisprudence constante* of the IACtHR¹⁰¹.

124. The IACtHR was soon to reiterate its position on the matter, in the *Bámaca Velásquez v. Guatemala* case (Judgment of 25.11.2000, para. 139). Later on, applying the same criterion in the *Maritza Urrutia v. Guatemala* case (Judgment of 27.11.2003, para. 65), the IACtHR found that the detention in the *cas d’espèce* had been carried out within the framework of a pattern of arbitrariness on the part of the agents of the State (paras. 69-70). Likewise, in the *Juan Humberto Sánchez v. Honduras* case (Judgment of 07.06.2003), the IACtHR, after reiterating (para. 78) its aforementioned *obiter dictum*, found the detentions arbitrary, for having been effected within a framework of *abus de pouvoir* on the part of the State agents (para. 80).

125. In the case of the *Brothers Gómez Paquiyauri v. Peru* (Judgment of 08.07.2004), the IACtHR established the arbitrariness of the detention, which had occurred within the framework of a systematic practice of human rights violations, with aggravating circumstances (paras. 88-89). In the *Massacre of Mapiripán* case, concerning Colombia (Judgment of 15.09.2005), the IACtHR upheld that the deprivation of liberty had been effected in a *modus operandi* marked by arbitrariness, and other grave violations of human rights (paras. 136 and 138).

126. In the tragic case of *Bulacio*, concerning Argentina (Judgment of 18.09.2003), the Court recalled that there are “material and formal requirements” (causes, cases or circumstances, as well as procedures, defined in law) that must be observed (under Article 7 of the American Convention) in applying a measure or punishment that involves imprisonment. Detainees have the right to “humane treatment” and to live in “conditions of detention that are compatible with their personal dignity” (paras. 125-126). The State, being responsible for detention centres, is “the guarantor of these rights of the detainees” (para. 126).

127. Furthermore, in the same *Bulacio* case, the IACtHR deemed it fit to ponder that:

“State authorities exercise total control over persons under their custody. The way a detainee is treated must be subject to the closest scrutiny, taking into account the detainee’s special vulnerability (...). The vulnerability of the detainee aggravates when the detention is illegal or arbitrary. Then the person is in a situation of complete defenselessness, which causes a definite risk of abridgment of other rights, such as those to humane and decent treatment. (...). This Court has emphasized that solitary confinement of the detainee must be exceptional, as it causes him or her moral suffering and psychological disturbances, as it places the detainee in a situation of particular vulnerability and increases the risk of aggression and arbitrariness in prisons, and because it endangers strict observance of the due process of law.” (Paras. 126-127.)

128. At last, the Court added, in the *Bulacio* case, that detainees have likewise the right to be informed of the causes and reasons of detention “at the time it occurs”, so as to prevent and avoid arbitrariness (para. 128). To this same effect, they are entitled to count on “immediate judicial control” of their detention (para. 129). They have the right to notify a third party that they are under “State custody” (para. 130), as well as to count on appropriate medical care (para. 131). In

¹⁰¹Cf., earlier on, in the same sense, IACtHR, case *Gangaram Panday v. Suriname*, Judgment of 21.01.1994, para. 47; IACtHR, case *Suárez Rosero v. Ecuador*, Judgment of 12.11.1997, para. 43. And cf., subsequently, to the same effect, IACtHR, case *Acosta Calderón v. Ecuador*, Judgment of 24.06.2005, para. 57; IACtHR, case *Palamara-Iribarne v. Chile*, Judgment of 22.11.2005, para. 215.

sum, detention centres “must meet certain minimum standards” that ensure respect for the aforementioned rights (para. 132), so as to prevent and avoid arbitrariness.

129. In the case of *Tibi v. Ecuador* (Judgment of 07.09.2004), the IACtHR found the preventive detention at issue arbitrary, as there had been no sufficient indicia to presume that Mr. D.D. Tibi had been the perpetrator of, or an accomplice to, any delict, nor had it been established that such detention was needed (para. 107). The IACtHR deemed it “indispensable” to underline that the application of preventive detention, being a very severe measure:

“must be exceptional, since it is limited by the principles of lawfulness, presumption of innocence, necessity, and proportionality, indispensable in a democratic society” (para. 106).

130. In the adjudication by the IACtHR of the case *Tibi v. Ecuador*, I gathered some energy to include, in my Separate Opinion, a whole section (I) on “The Impact of Arbitrary Detention and of the Conditions of Incarceration on Human Conscience”, wherein I deemed it fit to ponder:

“D.D. Tibi, like Josef K., was detained without knowing why. ‘Somebody had slandered Josef K.’, — wrote Franz Kafka at the very beginning of *The Trial* (*El Proceso*, 1925), — ‘as without having done anything wrong he was detained one morning’ (chapter I). D.D. Tibi was more fortunate than banker Josef K., but they both suffered something incomprehensible, if not absurd. Josef K. could only await his summary execution, shortly before which he exclaimed: ‘Where was the judge whom I never saw? Where was the high court before which I never appeared?’ (chapter X). From the beginning of the saga to its end, his efforts were futile in face of the arbitrariness of a cruelly virtual and despairing ‘justice’.

D.D. Tibi was less unfortunate than Kafka’s character, because he recovered his liberty and, also, he lives in a time in which, alongside the national courts (with their idiosyncrasies) there are also international human rights tribunals. The present Judgment which the Inter-American Court has just adopted, can contribute to the recovery of his faith in human justice. In his case, a portrait of daily life in the jails not only of Latin America but throughout the world, gives eloquent testimony of the insensitiveness, indifference, and irrationality of the world which surrounds us all.

Few testimonies of the suffering resulting from arbitrary detention have been so eloquently described as Antonio Gramsci’s *célèbres Letters from the Prison* (1926-1936). In an even literary form, he wrote that, during the initial period of his detention, it already seemed to him that time was denser, as space no longer existed for him (...). When he took a train, after 10 years of detention, (...), he experienced a ‘terrible impression’ when he saw that ‘during this time the vast world had continued to exist with its meadows, its forests, the common people, the groups of children, certain trees’ (...); he experienced a terrible impression especially when he saw himself in the mirror after so much time¹⁰².

Three decades before Gramsci, in the late XIXth century, Oscar Wilde gave to the history of universal thought his own personal testimony of the suffering caused by his incarceration, in his renowned *De Profundis* (1897). From the Reading prison, he wrote that, for those unfairly detained, ‘there is only one season, the season of sorrow.

¹⁰²A. Gramsci, *Cartas do Cárcere*, Rio de Janeiro, Edit. Civilização Brasileira, 1966 (reed.), pp. 135--136 and 370.

(...) And in the sphere of *thought*, no less than in the sphere of time, motion is no more¹⁰³.

It is possible that the *étranger* D.D. Tibi experienced the same feeling as the *étranger* Mersault, that matters pertaining to the detention and the process were treated 'leaving aside' the detainee, reflecting the 'tender indifference' of the outside world (chapters IV-V). As for Gramsci, almost the only thing left to the *étranger* of Albert Camus (*L'étranger*, 1949) was the passing of time; as 'light and shadows alternated', it was 'the same day ceaselessly passing in the cell', and the worst hour was when 'the noise of the night came from all the floors of the prison in an entourage of silence' (chapter II). Mersault also had only the memories of a life that no longer belonged to him (chapter IV). For him, all days passed 'watching, in their face, the decline of the colours that lead from day to night', the latter being 'like a melancholic truce' (chapter V). (...)

In writing on his conditions of detention and his efforts to flee both the suffering and the degeneration of the spirit, Oscar Wilde, referring to the '*Zeitgeist* of a heartless period', reflected that time and space are 'mere accidental conditions of thought', and that, in prison, what he had before him was only his past.¹⁰⁴ (...) This is an evil that knows no borders, and one that reflects the indifference and brutalization of the world around us. Today, the characters of Kafka and Camus are dispersed and forgotten in prisons of all continents. Many of the detainees are innocent, and those who are not, having been aggressors, become new victims. Their survival no longer has a spatial dimension, and the temporal one is what they may, perhaps, fathom in the hidden depths of their inner life. Anyhow, their life, in relation to the others, no longer belongs to them. And they survive in closer and closer intimacy with evil and with the overwhelming brutalization imposed on them. The Law cannot remain indifferent to all this, to the indifference of the world, in particular in the pathetically self-named 'post-modern' societies.

As a matter of fact, abuses of detention and against the detainees are not a recent phenomenon. In his classical work on *Of Crimes and Punishments* (1764), Cesare Beccaria warned about the fact that 'the punishment is often greater than the crime', and the 'refined ordeals' conceived by human intellect 'seem to have been invented by tyranny rather than by justice'¹⁰⁵. With the passing of time, the need for administrative and legislative as well as judicial control (endowed with particular importance) and supervision of the conditions of detention were reckoned, — a control which was transposed from the domestic law level to that of international law in the mid-XXth century. (...)

As the Judgment of the Inter-American Court in the present case of *Tibi v. Ecuador* reveals, the Law comes to protect also those who are forgotten in prison, in the 'house of the dead' so lucidly denounced in the XIXth century by Dostoevsky. The aforementioned reaction of the Law, both *ratione personae* and *ratione materiae*, indicates that human conscience has awoken to the pressing need and aim of decisively putting an end to the scourges of arbitrary detention (...). A role of major relevance is here exercised by the general principles of law. With that, there is reason to nourish the hope that the D.D. Tibis, the Joseph K.s, and the Mersaults, will

¹⁰³O. Wilde, *De Profundis*, Madrid, Ed. Siruela, 2000 (repr.), p. 54.

¹⁰⁴*De Profundis*, op. cit. supra No. (103), pp. 113 and 127.

¹⁰⁵C. Beccaria, *De los Delitos y de las Penas* (with comments by Voltaire), 11th. repr., Madrid, Alianza Ed., 2000 (repr.), p. 129, and cf. p. 149.

gradually diminish in number, until they no longer suffer in the prisons of the ‘post-modern’, insensitive, indifferent and brutalized world in which we live.”¹⁰⁶

5. The Jurisprudential Construction of the European Court of Human Rights.

131. For its part, on the matter at issue, the European Court of Human Rights (ECtHR), in finding (para. 54) a breach of Article 5 (1) of the European Convention of Human Rights (ECHR), for example, in its Judgment (of 25.06.1996) in the case of *Amuur v. France*, pointed out that that provision on the right to liberty was meant to ensure that no one should be dispossessed of liberty in an arbitrary way (para. 42). Any such deprivation of liberty, — the ECtHR added in the *Amuur* case:

“should be in keeping with the purpose of Article 5, namely, to protect the individual from arbitrariness (...). Where a national law authorizes deprivation of liberty — especially in respect of a foreign asylum-seeker — it must be sufficiently accessible and precise, in order to avoid all risk of arbitrariness. These characteristics are of fundamental importance with regard to asylum-seekers at airports, particularly in view of the need to reconcile the protection of fundamental rights with the requirements of States’ immigration policies” (para. 50).

132. Seventeen years earlier, in the *Winterwerp v. The Netherlands* case (Judgment of 24.10.1979), the ECtHR found no violation of Article 5 (1) of the ECHR (para. 52), as the delay at issue had not involved an arbitrary deprivation of liberty in the case, and the detention had been effected, in its view, “in accordance with a procedure prescribed by law” (paras. 49-50). Yet, the ECtHR deemed it fit to express its view that:

“the words ‘in accordance with a procedure prescribed by law’ essentially refer back to domestic law (...). However, the domestic law must itself be in conformity with the Convention. (...) [A]ny measure depriving a person of his liberty should issue from and be executed by an appropriate authority and should not be arbitrary.” (Para. 45.)

133. In the *Saadi v. United Kingdom* case, the Chamber of the ECtHR considered (Judgment of 11.07.2006) the applicant’s claims of arbitrariness, and in particular that “there should be a ‘necessity’ test” for detention (para. 46); this latter “must be compatible with the overall purpose of Article 5, which is to protect the individual from arbitrariness” (para. 40). The case was then referred to the Grand Chamber of the ECtHR, which, though endorsing the finding that there had been no breach on Article 5 (1) in the case (but rather a breach of Article 5 (2) — Judgment of 29.01.2008), elaborated further on the notion of arbitrariness.

134. In this new Judgment, of 2008, in the *Saadi* case, the Grand Chamber of the ECtHR, besides invoking the principle of *bona fides* (on the part of the national authorities — paras. 74. and 77), warned that simple compliance with national law was “not sufficient”, as:

“the notion of ‘arbitrariness’ in Article 5(1) extends beyond lack of conformity with national law, so that a deprivation of liberty may be lawful in terms of domestic law but still arbitrary and thus contrary to the Convention. (...) The notion of arbitrariness

¹⁰⁶ECtHR, case of *Tibi v. Ecuador* (Judgment of 07.09.2004), Separate Opinion of Judge A. A. Cançado Trindade, paras. 2-6, 9, 12-13 and 36.

in the context of Article 5 varies to a certain extent depending on the type of detention involved (...).

One general principle established in the case-law is that detention will be ‘arbitrary’ where, despite complying with the letter of national law, there has been an element of bad faith or deception on the part of the authorities (...). The condition that there be no arbitrariness further demands that both the order to detain and the execution of the detention must genuinely conform with the purpose of the restrictions permitted by the relevant sub-paragraph of Article 5(1) (...).

The notion of arbitrariness (...) also includes an assessment whether detention was necessary to achieve the stated aim. The detention of an individual is such a serious measure that it is justified only as a last resort where other, less severe measures have been considered and found to be insufficient to safeguard the individual or public interest which might require that the person concerned be detained (...). The principle of proportionality further dictates that where detention is to secure the fulfillment of an obligation provided by law, a balance must be struck between the importance in a democratic society of securing the immediate fulfillment of the obligation in question, and the importance of the right to liberty (...).” (Paras. 67-70.)

135. Earlier on, in the *Baranowski v. Poland* case (Judgment of 28.03.2000), in establishing a breach of Article 5 (1) and (4) of the ECHR (paras. 58, 77 and 86), the European Court reiterated the obligation to conform the substantive and procedural rules of domestic law (under Article 5 (1) of the ECHR — para. 50). Furthermore, it found an absence, in the domestic law at issue, of “any precise provisions” laying down whether “detention ordered for a limited period at the investigation stage could properly be prolonged at the stage of the court proceedings”; this, in the Court’s view, did not satisfy the test of “foresee ability” (para. 55). It then stressed that:

“for the purposes of Article 5(1) of the Convention, detention which extends over a period of several months and which has not been ordered by a court or by a judge or any other person ‘authorized (...) to exercise judicial power’ cannot be considered ‘lawful’ in the sense of that provision” (para. 57).

136. The prohibition of arbitrariness has been upheld by the ECtHR not only in respect of the right to personal liberty (Article 5), but also in relation to other rights protected under the European Convention. Thus, in tryad of cases *Boultif v. Switzerland* (Chamber’s Judgment of 02.08.2001, para. 46), *Üner v. The Netherlands* (Grand Chamber’s Judgment of 18.10.2006, para. 57), and *Maslov v. Austria* (Grand Chamber’s Judgment of 23 June 2008, para. 69), the ECtHR took the care to elaborate on, and to establish the criteria to be pursued in assessing whether an expulsion measure was “necessary” (a “pressing social need”) in a democratic society, and proportionate to the “legitimate aim pursued”, so as to avoid and to discard arbitrariness.

137. In the tryad of the cases of *Al-Nashif* (Chamber’s Judgment of 20.06.2002, paras. 119 and 121), *Musa and Others* (Chamber’s Judgment of 11.01.2007), and *Bashir and Others* (Chamber’s Judgment of 14.06.2007, para. 41), the three concerning Bulgaria, the respective Chambers of the European Court, bearing Article 8 (right to respect for private and family life) of the ECHR in mind, warned that, when fundamental rights are at stake, domestic law would run against the rule of law (*la prééminence du droit*) if the margin of appreciation left to the Executive knew of no limits; domestic law should thus provide sufficient guarantees against arbitrariness. In the *Al-Nashif* case, it added that the phrase “in accordance with the law” implied that the legal basis ought to be “accessible” and “foreseeable”, and that “there must be a measure of legal protection against arbitrary interferences by public authorities with the rights safeguarded by the Convention”

(para. 119), even in case of an interpretation of “national security measures” which turns out to be “unlawful or contrary to common sense and arbitrary” (paras. 123-124).

138. The same warning against such an interpretation of “national security” measures was reiterated by the ECtHR in the case of *C.G. and Others v. Bulgaria* (Chamber’s Judgment of 24.04.2008). In the aforementioned *Musa and Others* case, the ECtHR further warned against “un acte administratif non motivé, délivré en dehors de toute procédure contradictoire et non susceptible de recours” (para. 60). The Court has expressed its concern also in relation to domestic policies on immigration and residence (as in, e.g., the case of *Berrehab v. The Netherlands*, Judgment of 21.06.1988, paras. 28-29).

139. In the same line of reasoning, in the case of *Lupsa v. Romania* (Chamber’s Judgment of 08.06.2006), the ECtHR reiterated the ponderation sedimented in its *jurisprudence constante* on this matter, to the effect that:

“the expression ‘in accordance with the law’ requires firstly that the impugned measure should have a basis in domestic law, but also refers to the quality of the law in question, requiring that it be accessible to the persons concerned and formulated with sufficient precision to enable them — if need be, with appropriate advice — to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail.

Admittedly, in the particular context of measures affecting national security, the requirement of foreseeability cannot be the same as in many other fields (...). Nevertheless, domestic law must afford a measure of legal protection against arbitrary interferences by public authorities with the rights guaranteed by the Convention. In matters affecting fundamental rights it would be contrary to the rule of law, one of the basic principles of a democratic society enshrined in the Convention, for a legal discretion granted to the executive to be expressed in terms of an unfettered power (...). The existence of adequate and effective safeguards against abuse, including in particular procedures for effective scrutiny by the courts, is all the more important since a system of secret surveillance designed to protect national security entails the risk of undermining or even destroying democracy on the ground of defending it (...).” (Paras. 32-34.)

6. General Assessment.

140. The interpretation of the UN Covenant on Civil and Political Rights by the Human Rights Committee, and of the African Charter on Human and Peoples’ Rights by the African Commission on Human and Peoples’ Rights, as well as the jurisprudential construction of the Inter-American and the European Courts of Human Rights, point towards a firm prohibition of arbitrariness in distinct circumstances. It is by no means restricted to the right to personal liberty. It extends likewise to other protected rights under the respective human rights treaties or conventions.

141. It covers likewise, of course, the right not to be expelled arbitrarily from a country, the right to a fair trial, the right to respect for private and family life, the right to an effective remedy, or any other protected right. This is, epistemologically, the correct posture in this respect, given the interrelatedness and indivisibility of all human rights. To attempt to advance a restrictive view of the prohibition of arbitrariness, or an atomized approach to it, would be wholly unwarranted. And it would run against the outlook correctly pursued by international human rights supervisory organs

such as the UN Human Rights Committee and the African Commission on Human and Peoples' Rights, and by international human rights tribunals such as the Inter-American and the European Courts.

142. Human nature being what it is, everyone needs to guard protection against arbitrariness on the part of State authorities. In a wider horizon, human beings need protection ultimately against themselves, in their relations with each other. There is hardly any need to require an express provision to the effect of prohibiting arbitrariness in respect of distinct rights, or else to require the insertion of the adjective "arbitrary" in distinct provisions, in order to enable the exercise of protection against arbitrariness, in any circumstances, under human rights treaties. The letter together with the spirit of those provisions under human rights treaties, converge in pointing to the same direction: the absolute prohibition of arbitrariness, under the International Law of Human Rights as a whole. Underlying this whole matter is the imperative of access to justice *lato sensu*, the *right to the Law* (*le droit au Droit, el derecho al Derecho*), the right to the realization of justice in a democratic society.

VII. The Material Content of the Protected Rights.

143. Relevant elements of the practice of the UN Human Rights Committee (its general comments, as well as its views or decisions on individual communications or petitions) can here be recalled, for the determination of the *material content* of the vindicated and protected rights under the Covenant on Civil and Political Rights in the present case *A.S. Diallo*, namely, the right to liberty and security of person, the right not to be expelled from a State without a legal basis, and the right not to be subjected to mistreatment. In a subsequent section (VIII, *infra*) I shall cover the jurisprudential construction of the right to information on consular assistance in the conceptual universe of human rights.

144. Under the present section, may I begin by pointing out that, in the course of the previous examination of the vindication of the protected rights in the present case (III, *supra*), reference was made to a couple of views or decisions of the Human Rights Committee on individual communications or petitions. This is an adequate stage of the present Separate Opinion to return to that point, with attention turned to the material content of those rights, and either to stress the pertinence of such views or decisions aforementioned for the *cas d'espèce*, or else to bring to the fore other views or decisions of the Committee not yet referred to, which may have pertinence to the present purposes.

1. The Right to Liberty and Security of Person.

145. In the course of the preceding examination of the present case, reference was made to a couple of views or decisions of the Human Rights Committee on individual communications or petitions. May I return to this point now, either stressing the pertinence of such decisions already mentioned for the *cas d'espèce*, or else bringing to the fore other decisions by the Committee not yet referred to, likewise pertinent to the present purposes.

146. As to Article 9 of the Covenant (right to liberty and security of person), attention may be drawn, e.g., to two leading cases, namely, those of *Adolfo Drescher Caldas v. Uruguay* (1983) and of *Mukong v. Cameroon* (1994). In the former, the case of *Adolfo Drescher Caldas v. Uruguay*, the petitioner had been kept *incommunicado* under detention for six weeks, without the possibility of petitioning for a *habeas corpus*, and was subsequently charged before a military

judge. The Committee found a breach of Article 9 (4) of the Covenant for lack of recourse to *habeas corpus*, and reasoned that:

“Article 9(2) of the Covenant requires that anyone who is arrested shall be informed sufficiently of the reasons for his arrest to enable him to take immediate steps to secure his release if he believes that the reasons given are invalid or unfounded. It is the view of the Committee that it was not sufficient simply to inform Adolfo Drescher Caldas that he was being arrested under the prompt security measures without any indication of the substance of the complaint against him.” (Para. 13.2.)

147. And, later on, in the *Mukong v. Cameroon* case (1994), the Committee found that the respondent State had arbitrarily deprived the petitioner of his freedom, in violation, *inter alia*, of Article 9 (1) of the CCPR; the Committee noted that the mere fact that a State Party had complied with its domestic law did not mean that the arrest and detention of an individual was not arbitrary (para. 9.8). Moreover, in its *general comment* No. 8, of 1982, on the *right to liberty and security of person* (Article 9 of the Covenant), the Human Rights Committee pondered that Article 9:

“has often been somewhat narrowly understood in reports by States Parties, and they have therefore given incomplete information. The Committee points out that paragraph 1 is applicable to all deprivations of liberty, whether in criminal cases or in other cases (...). In particular the important guarantee laid down in paragraph 4, i.e., the right to control by a court of the legality of the detention, applies to all persons deprived of their liberty by arrest or detention. Furthermore, States Parties have, in accordance with Article 2(3), also to ensure that an effective remedy is provided in other cases in which an individual claims to be deprived of his liberty in violation of the Covenant.

(...) If so-called preventive detention is used, for reasons of public security, (...) it must be not be arbitrary, and must be based on grounds and procedures established by law (para. 1), information of the reasons must be given (para. 2) and court control of the detention must be available (para. 4) as well as compensation in the case of a breach (para. 5). And if, in addition, criminal charges are brought in such cases, the full protection of Article 9(2) and (3), as well as Article 14, must also be granted.” (Paras. 1 and 4.)

2. The Right Not to Be Expelled from a State without a Legal Basis.

148. Four years later, the Human Rights Committee issued its *general comment* No. 15, of 1986, on the *position of aliens* (to include not only foreigners, but also refugees and stateless persons) under the Covenant (Article 13 of the Covenant), the Human Rights Committee observed that:

“the rights set forth in the Covenant apply to everyone, irrespective of reciprocity, and irrespective of his or her nationality or statelessness.

Thus, the general rule is that each one of the rights of the Covenant must be guaranteed without discrimination between citizens and aliens. (...)

(...) Article 13 (...) is applicable to all procedures aimed at the obligatory departure of an alien, whether described in national law as expulsion or otherwise. If such procedures entail arrest, the safeguards of the Covenant relating to deprivation of liberty (Articles 9 and 10) may also be applicable. (...) If the legality of an alien’s

entry or stay is in dispute, any decision on this point leading to his expulsion or deportation ought to be taken in accordance with Article 13. It is for the competent authorities of the State Party, in good faith and in the exercise of their powers, to apply and interpret the domestic law, observing, however, such requirements under the Covenant as equality before the law (Article 26).

(...) Its purpose [of Article 13] is clearly to prevent arbitrary expulsions. (...) An alien must be given full facilities for pursuing his remedy against expulsion so that this right will in all the circumstances of his case be an effective one. (...) Discrimination may not be made between different categories of aliens in the application of Article 13.” (Paras. 1-2 and 9-10.)

149. Also in respect of Article 13 of the Covenant, reference can further be made to three other cases dealt with by the Human Rights Committee, namely, those of *Hammel v. Madagascar* (1987), of *Cañon García v. Ecuador* (1991), and of *Mansour Ahani v. Canada* (2004). In the first of these cases, that of *Hammel v. Madagascar*, the Committee, having found breaches of Articles 9 (4) and 13 of the Covenant, because: (a) the petitioner had been unable to take proceedings before a court to determine the lawfulness of his arrest; and (b) for “grounds that were not those of compelling reasons of national security, he was not allowed to submit the reasons against his expulsion and to have his case reviewed by a competent authority within a reasonable time” (para. 20).

150. The relevance of the *Hammel v. Madagascar* case to the present *A.S. Diallo* case before this Court is manifest, given the fact that the Human Rights Committee not only suggested that, in order to deny an individual the right to challenge his expulsion, the State Party ought to demonstrate that there were “compelling reasons of national security” but also concluded that, *in casu*, the reasons adduced by Madagascar were *not* reasons of “national security”. This seems to contradict the view, advanced by the D.R. Congo in the present case before this Court, that the State concerned would be the sole and final judge in relation to acts presumably threatening its national security.

151. In the second of the aforementioned cases, — that of *Cañon García v. Ecuador*, — the Human Rights Committee, noting that the respondent State had not sought to refute the petitioner’s allegations pertaining to Articles 7, 9 and 13 of the Covenant, found accordingly that the respondent State had incurred in breaches of those provisions (paras. 5(2) and 6 (1)). And, in the third case, that of *Mansour Ahani v. Canada*, the Human Rights Committee found a breach of Article 13 of the Covenant, which encompassed not only the certificate attesting the grounds for expulsion, but also “the Minister’s decision on risk of harm” prior to the deportation of the petitioner to the country wherefrom he sought refuge. The Committee did not accept that “compelling reasons of national security existed to exempt the State Party from its obligation under that Article to provide the procedural protections in question”, and reasoned that the petitioner should be afforded such protections (para. 10.8, and cf. paras. 10.9 and 12).

152. In its *general comment* No. 31, of 2004, on the *nature of the general legal obligation imposed on the States Parties to the Covenant*, the Human Rights Committee further clarified its position on the material content of the right not to be expelled from a State without a legal basis. The Committee added therein that States Parties have an:

“obligation not to extradite, deport, expel or otherwise remove a person from their territory, where there are substantial grounds for believing that there is a real risk of irreparable damage, such as that contemplated by articles 6 and 7 of the Covenant,

either in the country to which removal is to be effected or in any country to which the person may be subsequently removed” (para. 12).

This has a bearing on the issue of the interrelationship between the protected rights under the Covenant, to which I shall next turn attention.

3. The Interrelationship between the Protected Rights.

153. I have already referred to the vindication, in the present case, of the right not to be subjected to mistreatment, *stricto sensu*, under Articles 7 and 10 (1) of the Covenant on Civil and Political Rights (*supra*). The Human Rights Committee has a vast practice on those provisions; at regional level, that right has been the object of an extensive case-law of the European and the Inter-American Courts of Human Rights, as well as of the African Commission on Human and Peoples’ Rights to date. It is beyond the purpose of this Separate Opinion to dwell upon this matter. May I only add that, mistreatment *lato sensu* can be inferred also from a combination of those Articles of the Covenant with its own provisions concerning some other protected rights.

154. For example, in the already mentioned case of *Hammel v. Madagascar* (*supra*), the Human Rights Committee related Articles 9 (4) to Article 13 of the Covenant, finding breaches of both of them: of Article 9 (4), because the victim was unable to challenge his arrest (during his detention preceding his expulsion), he was unable to take proceedings before a court to determine the lawfulness or otherwise of his arrest; and of Article 13, because, for grounds that “were not those of compelling reasons of national security”, he was “not allowed to submit the reasons against his expulsion”, and “to have his case reviewed by a competent authority within a reasonable time” (paras. 19(4) and 20).

155. Likewise, Article 13 of the Covenant appears intertwined, e.g., with Article 12 (on the right to freedom of movement). Those two Articles, together, safeguard a set of individual rights related essentially to freedom of movement. Article 12 (1) states that “[e]veryone within the territory of a State shall, within that territory, have the right to liberty of movement and freedom to choose his residence”. And Article 12 (4) adds that “[n]o one shall be arbitrarily deprived of the right to enter his own country”.

156. It cannot pass unnoticed, in the circumstances of the present case, that Article 12 (4) of the Covenant extends an unrestricted protection against expulsion to aliens who, like Mr. A. S. Diallo, have developed such a close relationship with the State of residence that has practically become his “home country”: in the *cas d’espèce*, Mr. A. S. Diallo came to the State of residence at the age of 17, having been living there for 30 years¹⁰⁷. Likewise, in the previous case of *Hammel v. Madagascar* (1987), Mr. E. Hammel had been a practicing attorney in Madagascar for 19 years, until his expulsion on 11.02.1982, without having been indicted nor brought before a magistrate on any charge (para. 18.2).

157. A holistic view of the protected rights under the Covenant seems to have helped to clarify aspects of concrete cases brought into the cognizance of the Human Rights Committee. For example, in so far as a possible breach of other human rights enshrined into the Covenant is concerned, the Committee has found that there *can be* a violation of a person’s *right to family life* (Article 17), when the expulsion of a person results in a separation from her family. Although the

¹⁰⁷ICJ, Reply of Guinea, para. 1.122.

mere fact that one member of the family is entitled to remain in the territory of a State Party does not necessarily mean that requiring other members of the family to leave involves such interference¹⁰⁸, the Committee specified that:

“the relevant criteria for assessing whether or not the specific interference with family life can be objectively justified must be considered, on the one hand, in light of the significance of the State party’s reasons for the removal of the person concerned, and, on the other, the degree of hardship the family and its members would encounter as a consequence of such removal”¹⁰⁹.

VIII. The Jurisprudential Construction of the Right to Information on Consular Assistance in the Conceptual Universe of Human Rights.

1. The Individual Right beyond the Inter-State Dimension.

158. In its substantial and ground-breaking Advisory Opinion No. 16, of 01.10.1999, on the Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Due Process of Law, the Inter-American Court of Human Rights (IACtHR), after reviewing the legislative history and evolving application of Article 36 (1) (b) of the 1963 Vienna Convention on Consular Relations, pondered that the bearer (*titulaire*) of the rights mentioned therein:

“is the individual. In effect, this Article is unequivocal in stating that rights to consular information and notification are ‘accorded’ to the interested person. In this respect, Article 36 is a notable exception to what are essentially State’s rights and obligations accorded elsewhere in the Vienna Convention on Consular Relations. As interpreted by this Court in the present Advisory Opinion, Article 36 is a notable advance over international law’s traditional conceptions of this subject.

The rights accorded to the individual under sub-paragraph (b) of Article 36 (1), cited earlier, tie in with the next sub-paragraph [(c)] (...). (...) That exercise of this right is limited only by the individual’s choice. (...)

The Court therefore concludes that Article 36 of the Vienna Convention on Consular Relations endows a detained foreign national with individual rights that are the counterpart of the host State’s correlative duties. This interpretation is supported by the Article’s legislative history. There, although in principle some States believed that it was inappropriate to include clauses regarding the rights of nationals of the sending State, in the end the view was that there was no reason why that instrument should not confer rights upon individuals.” (Paras. 82-84.)

159. And the IACtHR added that the consular communication, referred to by Article 36 of the 1963 Vienna Convention,

“does indeed concern the protection of the rights of the national of the sending State and may be of benefit to him. This is the proper interpretation of the functions of ‘protecting the interests’ of that national and the possibility of receiving ‘help and assistance’, particularly with arranging appropriate ‘representation before the tribunals’.” (Para. 87.)

¹⁰⁸Cf. *Winata v. Australia*, CCPR/C/72/D/930/2000, 21 July 2001, para. 7.1.

¹⁰⁹Cf. *Madafferi v. Australia*, CCPR/C/81/D/1011/2001, of 26.07.2004, para. 9.8; and cf. also *Byahuranga v. Denmark*, communication No. 1222/2003, 01.11.2004, para. 11.9.

In sum, in its Advisory Opinion No. 16, of 1999, the IACtHR thus held that Article 36 of the 1963 Vienna Convention recognizes to the foreigner under detention individual rights, — among which the right to information on consular assistance, — to which correspond duties incumbent upon the receiving State (irrespective of its federal or unitary structure) (paras. 84 and 140).

160. The IACtHR pointed out that the evolutive interpretation and application of the *corpus juris* of the International Law of Human Rights¹¹⁰ have had “a positive impact on International Law in affirming and developing the aptitude of this latter to regulate the relations between States and human beings under their respective jurisdictions” (para. 115). The IACtHR thus adopted the “proper approach” in considering the matter submitted to it in the framework of “the evolution of the fundamental rights of the human person in contemporary international law” (paras. 114-115).

161. The IACtHR sustained the view that, for the due process of law to be preserved, “a defendant must be able to exercise his rights and defend his interests effectively and in full procedural equality with other defendants” (para. 117). In order to attain its objectives, “the judicial process ought to recognize and correct the factors of real inequality” of those taken to justice (para. 119); thus, the notification, to persons deprived of their liberty abroad, of their right to communicate with their consul, contributes to safeguard their defence and the respect for their procedural rights (paras. 121-122). The individual right to information under Article 36 (1) (b) of the Vienna Convention on Consular Relations thus renders effective the right to the due process of law (para. 124)¹¹¹.

162. The IACtHR thereby linked the right at issue to the evolving guarantees of due process of law. This Advisory Opinion No. 16 of the IACtHR, truly pioneering, has served as inspiration for the emerging international case-law, *in statu nascendi*, on the matter¹¹², and is having a sensible impact on the practice of States in the region on the issue. That historical Advisory Opinion, furthermore, reveals the impact of the International Law of Human Rights in the evolution of Public International Law itself, specifically for having the IACtHR been the first international tribunal to warn that, if non-compliance with Article 36 (1) (b) of the Vienna Convention on Consular Relations of 1963 takes place, it occurs to the detriment not only of a State Party but also of the human beings at issue¹¹³.

2. The Humanization of Consular Law.

163. That Advisory Opinion was followed, four years later, in the same line of thinking, by Advisory Opinion No. 18 of the IACtHR, of 17.09.2003, on the *Juridical Condition and Rights of Undocumented Migrants*. This latter opened new ground for the protection of migrants, in acknowledging the prevalence of the rights inherent to human beings, irrespective of their

¹¹⁰The Court stated that “human rights treaties are living instruments, whose interpretation ought to follow the evolution of times and the current conditions of life” (para. 114). The Court made it clear that, in its interpretation of the norms of the American Convention on Human Rights, it should aim at extending protection in new situations on the basis of preexisting rights.

¹¹¹The non-observance or obstruction of the exercise of this right affects the judicial guarantees (para. 129).

¹¹²As promptly acknowledged by expert writing; cf., e.g., G. Cohen-Jonathan, “Cour Européenne des Droits de l’Homme et droit international général (2000)”, 46 *Annuaire français de Droit international* (2000) p. 642; M. Mennecke, “Towards the Humanization of the Vienna Convention of Consular Rights — The *LaGrand* Case before the International Court of Justice”, 44 *German Yearbook of International Law/Jahrbuch für internationales Recht* (2001) pp. 430-432, 453-455, 459-460 and 467-468; Ph. Weckel, M.S.E. Helali and M. Sastre, “Chronique de jurisprudence internationale”, 104 *Revue générale de Droit international public* (2000) pp. 794 and 791; Ph. Weckel, “Chronique de jurisprudence internationale”, 105 *Revue générale de Droit international public* (2001) pp. 764-765 and 770.

¹¹³As the ICJ subsequently also admitted, in the *LaGrand* case.

migratory status¹¹⁴. The Court made it clear that States ought to respect and ensure respect for human rights in the light of the general and basic principle of equality and non-discrimination, and that any discriminatory treatment with regard to the protection and exercise of human rights generates the international responsibility of the States. In the view of the IACtHR, the fundamental principle of equality and non-discrimination has entered into the domain of *jus cogens*.

164. The IACtHR added that States cannot discriminate or tolerate discriminatory situations to the detriment of migrants, and ought to guarantee the due process of law to any person, irrespective of his or her migratory status. This latter cannot be a justification for depriving a person of the enjoyment and exercise of his or her human rights, including labour rights. Undocumented migrant workers have the same labour rights as the other workers of the State of employment, and this latter ought to ensure respect for those rights in practice. States cannot subordinate or condition the observance of the principle of equality before the law and non-discrimination to the aims of their migratory or other policies¹¹⁵.

165. Advisory Opinion No. 18 propounded the same dynamic or evolutive interpretation of International Human Rights Law heralded by the IACtHR four years earlier, in its Advisory Opinion No. 16 of 1999¹¹⁶. In 2003, the IACtHR reiterated and expanded its forward-looking outlook, in its Advisory Opinion No. 18, on the *Juridical Condition and Rights of Undocumented Migrants*, constructed upon the evolving concepts of *jus cogens* and of obligations *erga omnes* of protection (in their horizontal and vertical dimensions). This jurisprudential construction points in a clear direction: consular assistance and protection have become much closer to human rights protection.

166. It so happens that consular assistance and protection have indeed undergone a process of *jurisdictionalization*, integrating, in the light of the outlook advanced by the Inter-American Court, the enlarged conception of the *due process of law*, proper of our times. This is gradually being grasped in contemporary expert writing, which now rightly acknowledges that, while diplomatic protection remains ineluctably discretionary, pursuing an unsatisfactory inter-State dimension, consular assistance and protection are now linked to the obligatory guarantees of due process of law, in the framework of the International Law of Human Rights¹¹⁷. The ultimate

¹¹⁴This more recent Advisory Opinion No. 18 is likewise having an impact on the theory and practice of International Law in the present domain of protection of the human rights of migrants, — as also promptly acknowledged by expert writing; cf., e.g., L. Hennebel, “L’humanisation du Droit international des droits de l’homme — Commentaire sur l’Avis Consultatif No. 18 de la Cour Interaméricaine relatif aux droits des travailleurs migrants”, 15 *Revue trimestrielle des droits de l’homme* (2004) No. 59, pp. 747-756; S. H. Cleveland, “Legal Status and Rights of Undocumented Migrants — Advisory Opinion OC-18/03 [of the] Inter-American Court of Human Rights”, 99 *American Journal of International Law* (2005) pp. 460-465; C. Laly-Chevalier, F. da Poian and H. Tigroudja, “Chronique de la jurisprudence de la Cour Interaméricaine des Droits de l’Homme (2002-2004)”, 16 *Revue trimestrielle des droits de l’homme* (2005) No. 62, pp. 459-498.

¹¹⁵In addition, the four Individual Opinions presented were, significantly, all of them, Concurring Opinions. In my own lengthy Concurring Opinion, as [then] President of the Court, I dwelt upon nine points, namely: (a) the *civitas maxima gentium* and the universality of the human kind; (b) the disparities of the contemporary world and the vulnerability of migrants; (c) the reaction of the universal juridical conscience; (d) the construction of the individual subjective right of asylum; (e) the position and the role of the general principles of law; (f) the fundamental principles as *substratum* of the legal order itself; (g) the principle of equality and non-discrimination in the International Law of Human Rights; (h) the emergence, the content and the scope of *jus cogens*; and (i) the emergence and the scope of obligations *erga omnes* of protection (their horizontal and vertical dimensions).

¹¹⁶In that 16th and pioneering Advisory Opinion, of major importance, the Inter-American Court clarified that, in its interpretation of the norms of the American Convention, it should extend protection in new situations (such as that concerning the observance of the right to information on consular assistance) on the basis of preexisting rights (*supra*).

¹¹⁷Cf. E. Decaux, “La protection consulaire et les droits de l’homme”, in: Société française pour le Droit international (SFDI), *La protection consulaire* (Journée d’études de Lyon de 2005), Paris, Pédone, 2006, pp. 56-57, 64 and 69-72.

beneficiaries of this evolution are the individuals facing adversity, particularly those deprived of their personal liberty abroad.

3. The Irreversibility of the Advance of Humanization.

167. Advisory Opinion No. 16 (of 01.10.1999) of the IACtHR, on the *Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Due Process of Law*, was extensively relied upon by the contending Parties in the proceedings (written and oral phases) before the ICJ in the *LaGrand* and *Avena* cases. In the *LaGrand* case, it was invoked in both the Memorial of Germany (of 16.09.1999, para. 4.13) and in the Counter-Memorial of the United States (of 27.03.2000, para. 102, No. 110); and it was object of further attention in the oral arguments of both Germany¹¹⁸ and the United States¹¹⁹.

168. Likewise, in the *Avena* case, that Advisory Opinion of the IACtHR was invoked, in the course of the written phase of the proceedings before the ICJ, by Mexico in its Application (paras. 65, 77 and 271) as well as in its Memorial (of 20.06.2003, paras. 157-158, 194, 332, 336 and 344), and by the United States in its Counter-Memorial (para. 6.84). Mexico further invoked it in its oral arguments before the ICJ¹²⁰. The ICJ was obviously quite aware of the inspiring contents of Advisory Opinion No. 16 of the IACtHR, on *The Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the Due Process of Law* (1999), when it issued its Judgments in the *LaGrand* (2001) and *Avena* (2004) cases, though it did not care to refer to that relevant judicial precedent, as it should have, on both occasions.

169. In the line of the aforementioned ground-breaking Advisory Opinion No. 16 of the IACtHR, the ICJ also identified, in the *LaGrand* case (Judgment of 27.06.2001), the “individual rights” under Article 36 (1) of the 1963 Vienna Convention (para. 77). But the ICJ’s reasoning remained *à mi-chemin*, not pursuing it up to the point of inserting those individual rights into the conceptual universe of human rights. Subsequently, in the *Avena* case (Judgment of 31.03.2004), the Court related the individual rights there under to the corresponding obligations incumbent upon the State concerned (para. 76).

170. In the same *Avena* case, the Court was then faced with Mexico’s contention — well in conformity with the aforementioned Advisory Opinion No. 16 of 1999 of the IACtHR (*supra*) — that:

“the right to consular notification and consular communication under the Vienna Convention is a fundamental human right that constitutes part of due process in criminal proceedings and should be guaranteed in the territory of each of the Contracting Parties to the Vienna Convention; according to Mexico, this right, as such, is so fundamental that its infringement will *ipso facto* produce the effect of vitiating the entire process of the criminal proceedings conducted in violation of this fundamental right” (*I.C.J. Reports 2004 (I)*, pp. 60-61, para. 124).

¹¹⁸ICJ, *Compte rendu* CR 2000/26, of 13.11.2000, paras. 10-14; ICJ, *Compte rendu* CR 2000/27, of 13.11.2000, paras. 21, 23 and 29; ICJ, *Compte rendu* CR 2000/30, of 16.11.2000, paras. 4-5 and 10-11.

¹¹⁹ICJ, *Compte rendu* CR 2000/29, of 14.11.2000, para. 6.23; ICJ, *Compte rendu* CR 2000/31, of 17.11.2000, paras. 4.7.

¹²⁰ICJ, *Compte rendu* CR 2003/24, of 15.12.2003, paras. 34-36 and 39; ICJ, *Compte rendu* CR 2003/25, of 15.12.2003, para. 451.

171. The Court, after summarizing Mexico's argument grounded in the aforementioned Advisory Opinion No. 16 of the IACtHR, took a step backwards when it added suddenly, in a rather dogmatic and authoritarian tone:

“Whether or not the Vienna Convention rights are human rights is not a matter that this Court need decide. The Court would, however, observe that neither the text nor the object and purpose of the Convention, nor any indication in the *travaux préparatoires*, support the conclusion that Mexico draws from its contention in that regard.” (*I.C.J. Reports 2004 (I)*, p. 61, para. 124.)

And the Court promptly concluded, *ex cathedra*, that Mexico's submission could not therefore be upheld (para. 125).

172. Yet, if the Court was not prepared to examine Mexico's contention, and felt — for whatever reasons that escape my comprehension — that it did not need to decide on it, it should not have made such a statement without indicating on which assumptions it was based. The authority of argument is always far more persuasive than the argument of authority. The fact is that the Court's statement is, *data venia*, without foundation. It does not resist closer examination, either in respect of the *text* of Article 36 (1) (b) of the 1963 Vienna Convention, or in respect of its *object and purpose*, or in respect of its *travaux préparatoires*.

(a) *The Text of the 1963 Vienna Convention.*

173. As to the *text*, it has already been pointed out that it is the *individual* who has the right to information on consular assistance, as indicated in Article 36 (1) (b) *in fine* of the 1963 Vienna Convention (*supra*). The last phrase of Article 36 (1) (b) leaves no doubt that *it is the individual, and not the State*, who is the *titulaire* of the right to be informed on consular assistance. However intertwined may this provision be with States Parties' obligations, this is clearly an *individual right*. If this individual right is breached, the guarantees of the due process of law will ineluctably be affected.

174. As the Inter-American Court rightly pondered, in this respect, in its Advisory Opinion No. 16 of 1999,

“The International Covenant on Civil and Political Rights recognizes the right to the due process of law (Article 14) as a right that ‘derive[s] from the inherent dignity of the human person’. That Article enumerates a number of guarantees that apply to ‘everyone charged with a criminal offence’, and in that respect is consistent with the principal international human rights instruments.

In the opinion of this Court, for ‘the due process of law’ a defendant must be able to exercise his rights and defend his interests effectively and in full procedural equality with other defendants. It is important to recall that the judicial process is a means to ensure, insofar as possible, an equitable resolution of a difference. The body of procedures, of diverse character and generally grouped under the heading of the due process, is all calculated to serve that end. To protect the individual and see justice done, the historical development of the judicial process has introduced new procedural rights. Examples of the evolving nature of judicial process are the rights not to incriminate oneself, and to have an attorney present when one speaks. These two rights are already part of the legislation and jurisprudence of the more advanced legal systems. And so, the body of judicial guarantees given in Article 14 of the

International Covenant on Civil and Political Rights has evolved gradually. It is a body of judicial guarantees to which others of the same character, conferred by various instruments of international law, can and should be added.

In this regard the Court has held that the procedural requirements that must be met to have effective and appropriate judicial guarantees 'are designed to protect, to ensure, or to assert the entitlement to a right or the exercise thereof' and are 'the prerequisites necessary to ensure the adequate protection of those persons whose rights or obligations are pending judicial determination'.

To accomplish its objectives, the judicial process must recognize and correct any real disadvantages that those brought before the bar might have, thus observing the principle of equality before the law and the courts and the corollary principle prohibiting discrimination. The presence of real disadvantages necessitates countervailing measures that help to reduce or eliminate the obstacles and deficiencies that impair or diminish an effective defense of one's interests. Absent those countervailing measures, widely recognized in various stages of the proceeding, one could hardly say that those who have the disadvantages enjoy a true opportunity for justice and the benefit of the due process of law equal to those who do not have those disadvantages.

This is why an interpreter is provided when someone does not speak the language of the court, and why the foreign national is accorded the right to be promptly advised that he may have consular assistance. These measures enable the accused to fully exercise other rights that everyone enjoys under the law. Those rights and these, which are inextricably inter-linked, form the body of procedural guarantees that ensures the due process of law.

In the case to which this Advisory Opinion refers, the real situation of the foreign nationals facing criminal proceedings must be considered. Their most precious juridical rights, perhaps even their lives, hang in the balance. In such circumstances, it is obvious that notification of one's right to contact the consular agent of one's country will considerably enhance one's chances of defending oneself and the proceedings conducted in the respective cases, including the police investigations, are more likely to be carried out in accord with the law and with respect for the dignity of the human person.

The Court therefore believes that the individual right under analysis in this Advisory Opinion must be recognized and counted among the minimum guarantees essential to providing foreign nationals the opportunity to adequately prepare their defense and receive a fair trial.

The incorporation of this right into the Vienna Convention on Consular Relations — and the discussions that took place as it was being drafted — are evidence of a shared understanding that the right to information on consular assistance is a means for the defense of the accused that has repercussions — sometimes decisive repercussions — on enforcement of the accused' other procedural rights.

In other words, the individual's right to information, conferred upon in Article 36 (1) (b) of the Vienna Convention on Consular Relations, makes it possible for the right to the due process of law upheld in Article 14 of the International Covenant on Civil and Political Rights, to have practical effects in tangible cases; the minimum guarantees established in Article 14 of the International Covenant can be amplified in the light of other international instruments like the Vienna Convention on

Consular Relations, which broadens the scope of the protection afforded to those accused.” (Paras. 116-124.)

(b) *The Object and Purpose of the 1963 Vienna Convention.*

175. As to the *object and purpose* of the Vienna Convention on Consular Relations, they are affected, to the point of not being fulfilled, in case of a breach of the individual right to information on consular assistance (Article 36 (1) (b) of the Convention). Its object and purpose lie in the *commonality* of interests of all the States Parties to the 1963 Vienna Convention, in the sense that compliance by the States Parties, with all the obligations set forth there under, — including the obligation of compliance with the individual right at issue, — is to be secured. Accordingly, in so far as consular assistance is concerned, the preservation of, and compliance with, the individual right to information on it (Article 36 (1) (b)) becomes essential to the fulfilment of the object and purpose of the Vienna Convention on Consular Relations.

(c) *The Travaux Préparatoires of the 1963 Vienna Convention.*

176. The *travaux préparatoires* of that provision of the 1963 Vienna Convention contain valuable indications to the same effect. Those *travaux préparatoires* have been insufficiently explored in expert writing, but were object of close attention on the part of the Advisory Opinion No. 16, of 1999, of the Inter-American Court of Human Rights (IACtHR), on *The Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the Due Process of Law*. The aforementioned conclusions, on the matter at issue, arrived at by the IACtHR, were grounded on an in-depth analysis of the *travaux préparatoires* of the 1963 Vienna Convention.

177. Besides the elements of those *travaux* referred to by the IACtHR in its Advisory Opinion No. 16 of 1999¹²¹ (and also discussed in the pleadings before the Court¹²²), I deem it fit to add, in this Separate Opinion in the present *A.S. Diallo* case, which the ICJ has just resolved, the following ones, which I find relevant for the clarification of the point at issue, examined herein. In the debates of the 1963 UN Conference on Consular Relations, held in Vienna, the Delegate of Greece (Mr. Spyridakis), for example, stated that Article 36 (1) (b) of the [then] Draft Convention was intended:

“to establish an additional safeguard for the rights of the individual and to reinforce the ideal of humanism”¹²³.

In stressing the relevance of that provision, he added that that work of codification of international law on consular relations had taken into account the promotion and protection of human rights, and “future generations would be grateful” for that¹²⁴.

178. The Delegate of Australia (Mr. Woodberry), in the same line, stressed the importance, in the present context of consular assistance, of securing respect for the fundamental rights of the individual, emanating from a “principle upon which the United Nations was based”¹²⁵. The

¹²¹Paragraph 90, notes 71-73.

¹²²Cf. e.g., IACtHR, Advisory Opinion No. 16, on *The Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the Due Process of Law* (1999), Series B (Pleadings, Oral Arguments and Documents), 2000, pp. 39, 66-67, 74, 88, 90-91, 93-94, 117, 129, 131, 146, 167 and 206-207.

¹²³UN, *United Nations Conference on Consular Relations* (Vienna, 04.03-22.04.1963), Vol. I — *Official Records*, N.Y., UN, 1963, p. 39.

¹²⁴*Ibid.*, p. 339.

¹²⁵*Ibid.*, pp. 331-332.

Delegate of Korea (Mr. Chin), in turn, deemed it fit to point out that the duty of the receiving State under Article 36 (1) (b) of the Draft Convention was:

“extremely important, because it related to one of the fundamental and indispensable rights of the individual”¹²⁶.

179. In the same line of reasoning, the Delegate of Tunisia (Mr. Bouziri) also singled out the great importance of consular assistance, as detention was “a serious infringement of the freedom and dignity of the individual”; the measures provided for in Article 36 (1) (b) of the Draft Convention were thus “necessary to protect the rights of foreigners”¹²⁷. The same point was made by the Delegates of the United Kingdom (Mr. Evans)¹²⁸ and of Kuwait (Mr. S.M. Hosni)¹²⁹. The Delegate of France (Mr. de Menthon) stressed the need to secure respect for one of the fundamental rights of the individual, and thus to reinforce further information on consular assistance¹³⁰.

180. The Delegate of Spain (Mr. Pérez Hernández) regarded the right to information on consular assistance and to enjoy willingly such assistance, as “one of the most sacred rights of foreign residents in a country”¹³¹. The Delegate of Vietnam (Mr. Vu-Van-Mau) made the point that, as *titulaire* of the right to information on consular assistance, it was the individual himself who was to decide whether he wished or not to count on the assistance of his consul: one was here faced with “the rights of the detained person”¹³². Likewise, the Delegate of India (Mr. Krishna Rao) also stated that it was for the individual concerned to decide whether to avail himself or not of consular assistance¹³³.

181. In connection with this latter, the Delegates of Ecuador (Mr. Alvarado Garaicoa)¹³⁴ and Ukraine (Mr. Zabigailo)¹³⁵ saw it fit to refer to the 1948 Universal Declaration of Human Rights. The Delegate of Switzerland (Mr. Serra), on his turn, referred, in the present context of consular assistance, to “the freedom of the human person” and “the expression of the will of the individual”, as “fundamental principles” taken into account by the “instruments concluded under the auspices of the United Nations”¹³⁶. He added emphatically that:

“[t]he Swiss Delegation was prepared to agree to any proposal which referred to the freely expressed wish of the person concerned. That was the object of its amendment for the addition of a new paragraph (...). What mattered was that the essential principle which (...) was laid down in a number of bilateral conventions should be

¹²⁶*Ibid.*, p. 338.

¹²⁷*Ibid.*, p. 339.

¹²⁸*Cf. ibid.*, p. 339.

¹²⁹*Cf. ibid.*, p. 332.

¹³⁰*Ibid.*, pp. 38, 332 and 344.

¹³¹*Ibid.*, p. 332, and cf. also pp. 335 and 344.

¹³²*Ibid.*, p. 37.

¹³³*Ibid.*, p. 339, and cf. p. 333.

¹³⁴*Cf. ibid.*, p. 333.

¹³⁵*Cf. ibid.*, p. 46.

¹³⁶*Ibid.*, p. 335.

stated in the text being prepared by the Conference. [It] would be unable to accept any formula which ignored the will of the persons concerned.”¹³⁷

(d) General Assessment.

182. All the aforementioned interventions, at an advanced stage of the preparatory work of the 1963 Vienna Convention on Consular Relations, — which, in historical perspective, preceded in three years the adoption of the two UN Covenants on Human Rights (on Civil and Political Rights, as well as on Economic, Social and Cultural Rights, respectively), — indicated that, already at that time, there was awareness among participating Delegations as to the need to insert the right to information on consular assistance into the conceptual universe of human rights. There were, in the debates of 1963 at the Vienna Conference, no less than 19 interventions pointing in this same direction.

183. In addition to those interventions, the UN High Commissioner for Refugees submitted a memorandum to the 1963 Vienna Conference, wherein it singled out that draft Article 36 of the Draft Convention was one of its two provisions that had a direct bearing upon its own work, in so far as the protection of the rights of nationals of the sending State in the State of residence were concerned¹³⁸. There was indeed an awareness of the imperative of human rights protection, *even before the adoption of the Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (CERD) in 1965 and of the two UN Covenants on Human Rights in 1966*, at the early stage of the legislative phase of UN human rights treaties.

184. Such awareness, and the legal consequences of the consideration of the matter within the conceptual universe of human rights, were grasped and properly developed, more than three decades later, by the IACtHR in its Advisory Opinion No. 16 on *The Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the Due Process of Law* (1999), — consolidated by its Advisory Opinion No. 18 on the *Juridical Condition and Rights of Undocumented Migrants* (2003), — which contributed decisively for the process of *humanization* of consular law¹³⁹, going well beyond the inter-State dimension.

185. The aforementioned Advisory Opinion No. 16 (1999) was brought into the attention of the ICJ in proceedings before this latter, and paved the way its reasonings in the resolution of the triad of the *Breard/LaGrand/Avena* cases. Such advance of humanization of consular law is bound to be an irreversible one. Human conscience, the universal juridical conscience (as the ultimate material source of International Law), was soon awakened so as to fulfil a pressing need to this effect. Human conscience was soon attentive to fulfil the needs of protection of human beings in all circumstances, including in situations of deprivation of personal liberty abroad. Such irreversibility of the advance of humanization, in the present domain of international law, among others, is a reassuring one.

¹³⁷*Ibid.*, p. 335. On the Swiss amendment, cf. UN, *United Nations Conference on Consular Relations* (Vienna, 04.03-22.04.1963), Vol. II — *Official Records*, N.Y., UN, 1963, p. 83. The comment to draft Article 36 of the Draft Convention observed that “[s]i les droits prévus au présent article doivent s’exercer conformément aux lois et règlements de l’Etat de résidence, cela ne veut pas dire que ces lois et règlements pourraient mettre à néant les droits dont il s’agit”; *ibid.*, p. 25.

¹³⁸Cf. doc. A/CONF.25/L.6, reproduced in *ibid.*, p. 53.

¹³⁹Cf. A. A. Cançado Trindade, “The Humanization of Consular Law: The Impact of Advisory Opinion No. 16 (1999) of the Inter-American Court of Human Rights on International Case-Law and Practice”, 6 *Chinese Journal of International Law* (2007) pp. 1-16.

186. It leaves no room for steps backwards, or hesitations. From the preceding review, it is clear that, contrary to what this Court stated in paragraph 124 (*cit. supra*, para. 171) in its Judgment of 2004 in the *Avena* case (dismissing a submission by Mexico), the point at issue — concerning a provision of a UN Convention of universal scope, such as the 1963 Vienna Convention on Consular Relations — is a point which this Court, as the principal judicial organ of the United Nations, needs indeed to pronounce upon or decide.

187. It could have done so in the present *A.S. Diallo* case, — since the point was raised before it in the course of the oral phase of the proceedings of the *cas d’espèce*, — but it preferred to give a rather summary treatment to the consideration of Article 36 (1) (*b*) of the 1963 Vienna Convention. Moreover, — and contrary again to what this Court asserted in 2004 in the *Avena* case, — both the text, and object and purpose of the 1963 Convention, as well as several indications in its *travaux préparatoires* (*cf. supra*), clearly support the view (then advanced by Mexico, on the basis of the Advisory Opinion No. 16, of 1999, of the IACtHR) that the right to information on consular assistance belongs to the conceptual universe of human rights, and non-compliance with it ineluctably affects judicial guarantees vitiating the due process of law.



188. It is not for this Court to keep on cultivating, in *obiter dicta*, hesitations or ambiguities, such as those of paragraph 124 of its *Avena* Judgment of 2004. Furthermore, in this transparent age of *internet*, to attempt capriciously to overlook or to ignore the contribution of other contemporary international tribunals to the progressive development of international law, — in the sense of the irreversible advance of its humanization, — seems to attempt to avoid the penetrating sunlight with a fragile blindfold.

IX. The Notion of “Continuing Situation”: The Projection of Human Rights Violations in Time.

189. Having examined the material content of the human rights protected in the *cas d’espèce*, as well as the jurisprudential construction of the right to information on consular assistance in the conceptual universe of human rights, I may now turn to the next point, before moving on to the question of the right to reparation in the present case of *A.S. Diallo*: I allow myself to turn now to the notion of “continuing situation”, in the framework of the projection of human rights violations in time. This is an issue which has not yet been satisfactorily resolved in contemporary international case-law and legal doctrine, and thus requires careful attention in our days.

190. We have already seen that the AfComHPR, in the case of *Amnesty International, Comité Loosli Bachelard, Lawyers Committee for Human Rights, and Association of Members of the Episcopal Conference of East Africa v. Sudan* (1999), established the occurrence of “serious and continuing violations”¹⁴⁰ of Article 6” of the African Charter (*cf. para. 122, supra*). This was not the only occasion wherein the notion of “continuing situation” marked presence in the practice of the AfComHPR.

191. To recall but another example, in its decision in the *L. Zegveld and M. Ephrem v. Eritrea* case (2003), the AfComHPR, having found that 11 persons were being held, since September 2001, under “secret detention without any access to the courts, lawyers or family”, added:

¹⁴⁰Emphasis added.

“Regrettably, these persons’ rights *are continually being violated* even today, as the respondent State is still holding them in secret detention in blatant violation of their rights to liberty and recourse to fair trial.”¹⁴¹

192. Likewise, in its practice the UN Human Rights Committee has acknowledged the existence of “continuing” or “persistent” violations of human rights under the Covenant on Civil and Political Rights. It has also referred to “continuing” or “persistent effects” of certain human rights breaches under the Covenant, in relation with the difficulties it has at times faced to examine *ratione temporis* certain individual communications lodged with it¹⁴². In fact, in its practice, the Committee has displayed its keen awareness of the *time factor* in the settlement of cases raising issues of competence *ratione temporis*.

193. In this respect, reference can also be made to the Committee’s *general comment* No. 26 (of 1997), on the *continuity of obligations*, with an incidence in the law of treaties (cf. para. 3). Reference can further be made to its *general comment* No. 31 (of 2004), where the Committee espoused the view that the individual’s right to an effective remedy

“may in certain circumstances require States Parties to provide for and implement provisional or interim measures to avoid *continuing situations* and to endeavour to repair at the earliest possible opportunity any harm that may have been caused by such violations”¹⁴³.

194. In sum, in the exercise of its functions, the Committee has, in my view, aptly identified, in its interpretation of the Covenant on Civil and Political Rights, the proper *time* and *space* dimensions in all its consequences. Examples of the former are provided by its endorsement of the notions of *continuing situation* and *persistent effects*, in its handling of communications, as well as, in certain circumstances, of *potential victims*. As to the latter, an example is provided by its endorsement of the *extra-territorial* application of the protected rights. It is beyond the scope of the present Separate Opinion to embark on an examination of this latter.

195. I have, in fact, devoted considerable attention to the notion of “continuing situation” in my recent Dissenting Opinion in the case of *Jurisdictional Immunities of the State* ((*Germany v. Italy*), Counter-Claim, Order of 06.07.2010), having devoted four sections of it (VII-X) to: (a) the origins of that concept in international legal doctrine (paras. 60-64); (b) its configuration in international litigation and case-law, in Public International Law as well as in International Human Rights Law (paras. 65-83); (c) its configuration in international legal conceptualization at normative level; and d) its presence in that case. It is not my intention to repeat here the analysis I developed therein.

196. Suffice it here to refer to my considerations on the jurisprudential construction of “continuing situation” on the part of both the European and the Inter-American Courts of Human Rights (paras. 73-83). Particularly illustrative are, *inter alia*, the three Judgments of the Inter-American Court in the leading case of *Blake v. Guatemala* (Preliminary Objections, of 02.07.1996; Merits, of 24.01.1998; and Reparations, of 22.01.1999), and the recent Judgment of

¹⁴¹Para. 57; emphasis added.

¹⁴²For a recent assessment, cf. L. Hennebel, *La jurisprudence du Comité des droits de l’homme des Nations Unies — Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et son mécanisme de protection individuelle*, Bruxelles, Bruylant/Nemesis, 2007, pp. 374-381.

¹⁴³Para. 19; emphasis added.

the Grand Chamber of the European Court in *Varnava and Others v. Turkey* case (of 18.09.2009). It is not at all surprising that the notion of “continuing situation” has been developed to a larger extent in the domain of the international protection of human rights. This significant jurisprudential development cannot pass unnoticed to the ICJ in our days.

197. In the consideration of the present case *A.S. Diallo*, the point at issue is reflected in the Joint Declaration of five Members of this Court¹⁴⁴, appended to the present Judgment. I feel obliged to add yet another remark thereto, in the line of the observations developed in this section (IX) of my Separate Opinion. The griefs suffered by Mr. A. S. Diallo in the present case disclose a *factual nexus* between the arrests and detentions of 1988-1989 and those of 1995-1996, prior to his expulsion from the country of residence in 1996. Those griefs, *extended in time*, were in breach of the applicable law in the present case (Articles 9 and 13 of the Covenant on Civil and Political Rights, Articles 6 and 12(4) of the African Charter on Human and Peoples’ Rights, Article 36 (1) (b) of the Vienna Convention on Consular Relations), as interpreted in pursuance of the hermeneutics of human rights treaties.

198. At the time of his arrests and detention, Mr. A. S. Diallo was not informed of the charges against him, nor could he have availed himself without delay of his right to information on consular assistance. His griefs were surrounded by arbitrariness on the part of State authorities. Moreover, there was a chain of causation, a *causal nexus*, in that *continuity* of occurrences, to be borne in mind (with a direct incidence on the reparation due to Mr. A. S. Diallo), which the Court’s majority regrettably failed to consider. The projection of human rights in time also raises the issue of the prolonged lack of access to justice.

199. This *causal nexus* could at least have been considered as evidence put before the Court, but was simply discarded by the Court’s majority¹⁴⁵. The Court could at least have taken into account — in my view it should have — the circumstances of the arrests and detention in 1988-1989 in its consideration of the arrests and detention of 1995-1996, prior to Mr. A. S. Diallo’s expulsion from the D.R. Congo in 1996. Keeping the aforementioned *factual nexus* and *causal nexus* in mind, it could hardly be denied that there was a *continuing situation* of breaches of Mr. A. S. Diallo’s individual rights (specified *supra*), in the period extending from 1988 to 1996.

X. The Individual as Victim: Reflections on the Right to Reparation.

200. I have now come to the consideration of the issue of the right to reparation in the *cas d’espèce*. As to resolutive points 7 and 8 (duty to make appropriate reparation) of the *dispositif* of the Court’s Judgment in the present *A.S. Diallo* case, which were adopted with my concurring vote, I feel obliged, in addition, to express my concern that the provision of adequate reparation is still to wait further, till the Court eventually decides later on this aspect (pursuant to resolutive point 7), in case the contending Parties fail to reach an agreement on this issue within the forthcoming six months. To my mind, this resembles an arbitral, rather than a truly judicial procedure, and looks somewhat disquieting to me.

201. This is particular so, if we bear in mind the prolonged length of time that the handling of this case by the Court has taken. Since Guinea’s application of 1998 until the delivery by the

¹⁴⁴Cf. Joint Declaration of Judges Al-Khasawneh, Simma, Bennouna, Cançado Trindade and Yusuf.

¹⁴⁵Despite what it partly conceded in para. 82 of the present Judgment.

Court of its decision of 2007 on Preliminary Objections, almost a decade was consumed¹⁴⁶. Subsequently, from the deposit of the D.R. Congo's Counter-Memorial of 2008 until the end of the oral phase of pleadings before the Court in 2010, another three years have passed¹⁴⁷. At last, the Court has just delivered today, 30 November 2010, its present Judgment on the merits of the *cas d'espèce*.

202. The basic claim underlying the present case *A.S. Diallo* has thus remained, for consideration by this Court, before this latter for almost 12 years, from the end of December 1998 to this end of November 2010. It could hardly be denied that this has been a prolonged and cumbersome procedure, and a particularly time-consuming one, for reasons not attributable to the Court itself, except for its apparent outlook of such procedure inadequately resembling rather that of an arbitral tribunal, — something which is, in my view, to be avoided, *particularly when reparation for human rights breaches is at stake*. The Court is the master of its own jurisdiction, and of its own procedure, and unreasonable prolongation of time-limits for the performance of procedural acts is to be curtailed and avoided.

203. By virtue of the decision taken by the Court in resolutive point 8, of the *dispositif* of the present Judgment, the determination of reparation is now extended for another period of up to six months, to start with. This does not appear reasonable to me, as the subject (*titulaire*) of the rights breached in the present case is not the applicant State, but the individual concerned, Mr. A. S. Diallo, who is also the ultimate beneficiary of the reparations due. It is thus all too proper to keep in mind the *individual's* right to reparation in the light of the applicable law in the *cas d'espèce*, — the International Law of Human Rights, in particular the Covenant on Civil and Political Rights and the African Charter on Human and Peoples' Rights (in addition to the Vienna Convention on Consular Relations).

E' il primo momento in cui si dice questo!

204. This issue takes us beyond the domain of international procedural law, into that of juridical epistemology, encompassing one's own conception of international law in our times. Here, the applicant State is the claimant, but the victim is the individual. The applicant State claims for reparation, but the *titulaire* of the right to reparation is the individual, whose rights have been breached. The applicant State suffered no damage at all, it rather incurred into costs and expenses, in espousing the cause of its national abroad. The damage was suffered by the individual himself (subjected to arbitrary arrests and detention, and expulsion from the State of residence), not by his State of nationality.

205. The individual concerned is at the *beginning* and at the *end* of the present case, and his saga has not yet ended, as a result also of the unreasonable prolongation of the proceedings before this Court. As it can be seen from my own voting on the distinct resolutive points of the *dispositif* of the present Judgment, these latter have left me with mixed feelings, for the lack of consistency of the Court's reasoning on the successive points submitted to its decision. It is about time for this Court to overcome the *acrobaties intellectuelles* ensuing from an undue reliance on the old

¹⁴⁶Guinea's Application instituting proceedings was lodged with the Court on 28.12.1998, and the deposit of its Memorial took place on 23.03.2001. The D.R. Congo raised its Preliminary Objections on 03.10.2002, to which Guinea opposed its Written Statement of 07.07.2003. Four years later, on 24.05.2007, the Court delivered its Judgment on Preliminary Objections.

¹⁴⁷The D.R. Congo's Counter-Memorial dates from 27.03.2008, Guinea's Reply was deposited on 19.11.2008, and the D.R. Congo's Rejoinder on 05.06.2009; the oral arguments of the parties in pleadings before the Court lasted from 19 to 29.04.2010.

Vattelian fiction, revived by the PCIJ in the *Mavrommatis* fiction¹⁴⁸ (not a principle, simply a largely surpassed fiction).

206. It can no longer keep on reasoning within the hermetic parameters of the exclusively inter-State dimension. The recognition of the damage suffered by the individual (para. 98 of the Judgment) has rendered unsustainable the old theory of the State's assertion of its "own rights" (*droits propres*), with its underlying voluntarist approach. The *titulaire* of the right to reparation is the individual, who suffered the damage, and State action in diplomatic protection is to secure the reparation due to the individual concerned¹⁴⁹. Such action in diplomatic protection aims at reparation for a damage, usually already consummated, to the detriment of the individual; consular assistance and protection, much closer nowadays to human rights protection, are exercised in a rather *preventive* way, so as to avoid a probable or a new damage to the individual concerned. This affinity of contemporary consular assistance and protection with human rights protection is largely due to the historical rescue of the individual, of the human person, as subject of international law.

207. Had the Court pursued the hermeneutics of the human rights treaties, invoked by the contending States throughout the *whole* of its proceedings (cf. *supra*), in the whole Judgment, this latter would have been entirely a much more consistent and satisfactory one. In particular, the unreasonable prolongation of the presentation of this case before this Court, and of its examination thereof, now added to the prolongation of the settlement of the reparation due to the individual concerned, brings to the fore a concern I have raised, more than once, within the Court: as I sought to demonstrate, and warn, in my Dissenting Opinion (paras. 46-64) in the case concerning *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, (Order of 28.05.2009), as well as in my Dissenting Opinion (para. 118) in the case of *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy)*, (Counter-Claim, Order of 06.07.2010), the time of human justice is not at all the time of human beings.

208. In the present case *A.S. Diallo*, the criteria followed by the Human Rights Committee on the matter at issue may provide an indication to this Court for the determination of an appropriate reparation for the breaches of the rights under the Covenant (cf. *supra*) suffered by the victim. Ultimately, this may amount to a proper compensation (in the unlikelihood of *restitutio in integrum*), — among other forms of reparation (such as satisfaction, public apology, rehabilitation of the victim, guarantees of non-repetition of the harmful acts, among others) — for the violations of the rights there under, that is, for material and moral damages, fixed to some extent on the basis of considerations of equity.

¹⁴⁸In the words of the Permanent Court of International Justice (PCIJ) in the case of the *Mavrommatis Palestine Concessions ((Greece v. United Kingdom), Series A, No. 2, 1924)*,

"It is an elementary principle of international law that a State is entitled to protect its subjects, when injured by acts contrary to international law committed by another State, from whom they have been unable to obtain satisfaction through the ordinary channels. By taking up the case of one of its subjects and by resorting to diplomatic action or international judicial proceedings on his behalf, a State is in reality asserting its own rights — its right to ensure, in the person of its subjects, respect for the rules of international law.

The question, therefore, whether the present dispute originates in an injury to a private interest, which in point of fact is the case in many international disputes, is irrelevant from this standpoint. Once a State has taken up a case on behalf of one of its subjects before an international tribunal, in the eyes of the latter the State is sole claimant." (P. 12.)

¹⁴⁹Cf. S. Touzé, *La protection des droits des nationaux à l'étranger — Recherches sur la protection diplomatique*, Paris, Pédone, 2007, pp. 23, 228-229, 255-257, 319, 322-324 and 453-456; and cf. C. Santuli, "Entre protection diplomatique et action directe: la représentation — Eléments épars du statut international des sujets internes", in: Société française pour le Droit international (SFDI), *Le sujet en Droit international* (Colloque de Mans, 2004), Paris, Pédone, 2005, pp. 93-95.

209. In cases of the kind, such reparations are to be granted *from the perspective of the victims*, human beings (their original claims, needs and aspirations). This discloses a wider horizon in the matter of reparations, when human rights are at stake. The most advanced international case-law on such distinct forms of reparation, in cases pertaining to human rights breaches (individually and collectively) is, at present, that of the Inter-American Court of Human Rights (cf. *infra*). As we are here concerned with the UN Covenant on Civil and Political Rights, suffice it now to recall that, in the same line of reasoning, the Human Rights Committee, in its *general comment No. 31* (of 2004), on the *nature of the general legal obligation* (under Article 2) *incumbent upon States Parties to the Covenant*, reminded that Article 2 (3) of the Covenant provides for reparations to individuals whose Covenant rights have been violated, and further noted in this respect that reparations can consist of:

“restitution, rehabilitation and measures of satisfaction, such as public apologies, public memorials, guarantees of non-repetition and changes in relevant laws and practices, as well as bringing to justice the perpetrators of human rights violations” (para.16).

210. As already quoted, Article 9 (5) of the Covenant on Civil and Political Rights stipulates that “[a]nyone who has been the victim of unlawful arrest or detention shall have an enforceable right to compensation”. I have already sustained the need to consider Article 9 of the Covenant as a whole (paras. 35-49, *supra*), including, now, its paragraph 5. In its practice, whenever breaches of Article 9 (and other provisions of the Covenant, such as, *inter alia*, Article 13) have been found, the Human Rights Committee has determined compensation (as a form of reparation) utilizing the general formula:

“In accordance with the provisions of Article 2 of the Covenant, the State Party is under an obligation to take measures to remedy the violations suffered by [the petitioner].”

211. Article 2 of the Covenant sets forth a *general obligation* to the States Parties¹⁵⁰, which is added to the specific obligations in relation to each of the rights guaranteed there under. The aforementioned general formula allows for flexibility, in the determination of the measures of compensation or other forms of reparation to the victim(s) concerned. The ultimate aim is, naturally, whenever possible, the *restitutio in integrum*, but, when that is not possible, recourse is to be made to the provision of other adequate forms of reparation, as I have just indicated.

¹⁵⁰Article 2 of the Covenant on Civil and Political Rights states that

“1. Each State Party to the present Covenant undertakes to respect and to ensure to all individuals within its . . . territory and subject to its jurisdiction the rights recognized in the present Covenant, without distinction of any kind, such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status.

2. Where not already provided for by existing legislative or other measures, each State Party to the present Covenant undertakes to take the necessary steps. in accordance with its constitutional processes and with the provisions of the present Covenant, to adopt such legislative or other measures as may be necessary to give effect to the rights recognized in the present Covenant.

3. Each State Party to the present Covenant undertakes:

1. To ensure that any person whose rights or freedoms as herein recognized are violated shall have an effective remedy, notwithstanding that the violation has been committed by persons acting in an official capacity; to ensure that any person claiming such a remedy shall have his rights thereto determined by competent judicial, administrative or legislative authorities, or by any other competent authority provided for by the legal system of the State, and to develop the possibilities of judicial remedy;
2. To ensure that the competent authorities shall enforce such remedies when granted”.

212. In any case, and whatever the circumstances might be, it is to be borne in mind that the duty to make reparation reflects a fundamental principle of general international law, promptly captured by the Permanent Court of International Justice (PCIJ), early in its case-law, and endorsed by the case-law of the ICJ¹⁵¹. That obligation to make reparation is governed by international law in all its aspects (such as, e.g., its scope, forms and characteristics, and the determination of the beneficiaries). Accordingly, compliance with it cannot be made subject to modification or suspension, in any circumstances, by any respondent States, through the invocation of provisions (or difficulties) of their own domestic law¹⁵².

XI. Beyond the Inter-State Dimension: International Law for the Human Person.

213. The present *A. S. Diallo* case shows that diplomatic protection was initially resorted to herein, keeping in mind property rights or investments, but the dynamics of the case, at the stage of its merits, underwent a metamorphosis, and it reassuringly turned out to be a case, ultimately, of human rights protection, of the rights inherent to the human person, concerning its liberty and legal security. It is reassuring to see that even a tool conceived in the inter-State optics like diplomatic protection, may turn out to be utilized to safeguard human rights.

214. Whether the outcome of this case corresponded to the original motivations that gave rise to it, is hard to tell. The handling of each case in the course of international adjudication has a dynamics of its own. Yet, the outcome of the *cas d'espèce* is indeed reassuring, in so far as the rights protected are concerned, and it contains a couple of lessons that cannot here pass unnoticed. Let me now address them briefly, as I perceive them.

215. To start with, attempts to revitalize traditional diplomatic protection, with its ineluctable discretionary nature, should not be undertaken underestimating human rights protection, — as suggested to the International Law Commission (ILC) in 2000¹⁵³. In my understanding, the greatest legacy of the international legal thinking of the XXth century, to that of this new century, lies in the historical rescue of the human person as subject of rights emanating directly from the law of nations (the *droit des gens*), as a true subject (not only “actor”) of contemporary international law. The emergence of the International Law of Human Rights has considerably enriched contemporary international law, at both substantive and procedural levels.

216. Secondly, once we move into the much wider (and more satisfactory and gratifying) conceptual universe of the International Law of Human Rights, we have to guard ourselves against

¹⁵¹Cf. PCIJ, case of the *Factory at Chorzów* (Jurisdiction), Judgment No. 8, 1927, Series A, No. 9, p. 21; PCIJ, case of the *Factory at Chorzów* (Merits), Judgment No. 13, 1928, Series A, No. 17, p. 29; ICJ, Advisory Opinion on the *Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania*, ICJ Reports 1950, p. 228; among others.

¹⁵²Cf. PCIJ, Advisory Opinion on the *Jurisdiction of the Courts of Danzig*, 1928, Series B, No. 15, pp. 26-27; PCIJ, Advisory Opinion on the *Greco-Bulgarian “Communities”*, 1930, Series B, No. 17, pp. 32 and 35; PCIJ, case of the *Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex*, Order of 06.12.1930, Series A, No. 24, p. 12, and Judgment, 1932, Series A/B, No. 46, p. 167; PCIJ, Advisory Opinion on *Treatment of Polish Nationals and Other Persons of Polish Origin or Speech in the Danzig Territory*, 1932, Series A/B, No. 44, p. 24.

¹⁵³The suggestion tried to make one believe that remedies provided by human rights treaties and instruments were “weak”, while diplomatic protection offered a “more effective remedy”, as “most States” would treat it “more seriously” than a complaint against their conduct to “a human rights monitoring body”; ILC, “First Report on Diplomatic Protection” (*rapporteur* J. R. Dugard), UN doc. A/CN.4/506, of 07.03.2000, para. 31. The suggestion simply begs the question, and ignores the considerable achievements under the International Law of Human Rights in recent decades (including remarkable changes in domestic legislation and administrative practices in numerous countries), that would never have been accomplished under discretionary diplomatic protection.

inclinations towards any partial or atomized outlook¹⁵⁴, such as the one, e.g., put to the ILC one decade ago, to the effect that “[w]hile the European Convention on Human Rights may offer real remedies to millions of Europeans, it is difficult to argue that the American Convention on Human Rights or the African Charter on Human and Peoples’ Rights have achieved the same degree of success”¹⁵⁵.

217. This is simply not true. One could easily be led into such hurried “conclusion” on the basis of statistical data, but statistics are, in my view, to be approached with great caution, if not critically, as they tend to reveal as much as they conceal. Not all advances in the domain of human rights protection are amenable to quantification. To me, quality prevails over quantity. No one would question the considerable achievements in the European system of human rights protection, as disclosed by its vast and remarkable case-law, e.g., on the right to personal liberty and security and the right to a fair trial¹⁵⁶.

218. Yet, there is no reason, or basis, to underestimate or minimize remarkable achievements attained likewise in the inter-American and the African systems of human rights protection. There is general recognition today that the most advanced case-law on reparations (in its distinct forms, and including in collective cases) and on provisional measures of protection (encompassing the members of several human collectivities) is that of the Inter-American Court of Human Rights¹⁵⁷. Likewise, the African Commission on Human and Peoples’ Rights has settled cases of special gravity (on the fundamental right to life itself, and other protected rights)¹⁵⁸ that hardly find any parallel either at the UN or at other regional levels.

219. One is thus to avoid the traditional Euro-centric outlook, so common in the study of the law of nations of the past, and so typical of the static vision of so-called “realists”, and one is to pursue a respectful universalist perspective, not only of UN procedures, but also of regional systems of human rights protection, as these latter operate also within the framework of the universality of human rights. The present case of *A.S. Diallo* affords evidence to this effect, as it

¹⁵⁴If one remains imprisoned in the Vattelian dream-world of exclusive inter-State relations, one is easily led to the vision that “as long as the State remains the dominant actor in international relations”, diplomatic protection “remains the most effective remedy for the promotion of human rights” (*ibid.*, para. 32), — a vision which simply does not hold true. It overlooks the considerable achievements around the world, in recent decades, under the International Law of Human Rights, reassessed by the United Nations, *inter alia*, in its II World Conference on Human Rights (Vienna, 1993).

¹⁵⁵Cf. *ibid.*, para. 25.

¹⁵⁶Articles 5 and 6 of the European Convention of Human Rights.

¹⁵⁷Carefully constructed, in particular, as from the period 1998-2006. On forms of reparation in cases concerning individuals or individualized victims (as distinguished from those concerning members of whole communities), cf. the IACtHR’s Judgments in the cases of *Loayza Tamayo v. Peru* (27.11.1998), *Suárez Rosero v. Ecuador* (20.01.1999), “*Street Children*” (*Villagrán Morales and Others*) v. *Guatemala* (26.05.2001), *Cantoral Benavides v. Peru* (03.12.2001), *Bámaca Velásquez v. Guatemala* (22.02.2002), *Hilaire, Benjamin and Constantine et alii v. Trinidad and Tobago* (21.06.2002), *Myrna Mack Chang v. Guatemala* (25.11.2003), *Maritza Urrutia v. Guatemala* (27.11.2003); and, on forms of reparation in cases concerning a plurality of victims, or members of whole communities, cf. the IACtHR’s Judgments in the cases of *Aloeboetoe et alii v. Suriname* (10.03.1993), *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua* case (01.02.2000), *Massacre of Plan de Sánchez v. Guatemala* (19.11.2004), *Indigenous Community Yakye Axa v. Paraguay* (17.06.2005), *Mapiripán Massacre v. Colombia* (15.09.2005), *Massacre of Pueblo Bello v. Colombia* (31.01.2006), *Moiwana Community v. Suriname* (08.02.2006), *Indigenous Community Sawhoyamaya v. Paraguay* (20.03.2006), *Ituango Massacres v. Colombia* (01.07.2006).

¹⁵⁸Cf. the case of the *D.R. Congo v. Burundi, Rwanda and Uganda* (communication No. 227/99): the African Commission was therein faced with an inter-State communication, in a case involving the use of armed force by the respondent States. In its decision of May 2003, it found the respondent States in breach of Articles 2, 4, 5, 12(1) and (2), 14, 16, 17, 18(1) and (3), 19, 20, 21, 22 and 23 of the African Charter. The AfComHPR found that “the killings, massacres, rapes, mutilations and other grave human rights abuses committed while the respondent States’ armed forces were still in effective occupation of the eastern provinces of the complainant State” were also inconsistent with International Humanitarian Law (para. 79).

has just been resolved by the World Court on the basis of the relevant provisions of a universal instrument (the UN Covenant on Civil and Political Rights) *together* with a regional instrument (the African Charter on Human and Peoples' Rights), and a UN codification Convention (the Vienna Convention on Consular Relations).

220. Thirdly, in order to provide adequate reparation to the victims of violated rights, we have to move into the domain of the International Law of Human Rights, we cannot at all remain in the strict and short-sighted confines of diplomatic protection, as a result of not only its ineluctable discretionary nature, but also its static inter-State dimension. Reparations, here, require an understanding of the conception of the law of nations centered on the *human person (pro persona humana)*. Human beings, — and not the States, — are indeed the ultimate beneficiaries of reparations for human rights breaches to their detriment.

221. The Vattelien fiction of 1758 (expressed in the formula — “*Quiconque maltraite un citoyen offense indirectement l'État, qui doit protéger ce citoyen*”¹⁵⁹) has already played its role in the history and evolution of international law. The challenge faced today by the World Court is of a different nature, going well beyond such inter-State dimension. It requires from the Court preparedness to explore the ways of incorporating, in its *modus operandi* — starting with its own reasoning, — the acknowledgement of the consolidation of the international legal personality of individuals, and the gradual assertion of their international legal capacity, — to vindicate rights which are theirs and not their own State's, — as subjects of rights and bearers of duties emanating directly from international law, in sum, as true subjects of international law.

XII. Concluding Observations.

222. In this perspective, and as a starting-point in this direction, in its present Judgment in the A.S. *Diallo* case the Court was right in concentrating its attention, in particular, in the breaches found of Articles 9 and 13 of the UN Covenant on Civil and Political Rights, and Articles 6 and 12 (4) of the African Charter of Human and Peoples' Rights, as well as Article 36 (1) (b) of the Vienna Convention on Consular Relations. They concern the rights of Mr. A. S. Diallo as an individual, as a human person. The breaches of his individual rights as *associé* of the two companies come to the fore by way of consequence, having been likewise affected.

223. The subject of the rights, that the Court has found to have been breached by the respondent State in the present case, is not the applicant State: the subject of those rights is Mr. A. S. Diallo, an individual. The procedure for the vindication of the claim originally utilized (by the applicant State) was that of diplomatic protection, but the substantive law applicable in the present case, — as clarified after the Court's Judgment of 2007 on Preliminary Objections, in the course of the proceedings (written and oral phases) as to the merits, — is the International Law of Human Rights.

224. Whenever the Court diverted, in parts of the present Judgment, from the proper hermeneutics of human rights treaties, it incurred into inconsistencies (such as those of resolutory points 1, 5 and 6 of the *dispositif* of the present Judgment). Those deviations disclosed a somewhat crooked line of reasoning, which could and should have been avoided. Once the applicable law is identified and conformed, as in the present case, by human rights treaties, the Court is to interpret and apply them in pursuance of the general rule of interpretation of treaties (Article 31 of the two

¹⁵⁹E. Vattel, *Le droit des gens* (1758), book II, para. 71.

Vienna Conventions on the Law of Treaties, of 1969 and 1986), bearing in mind their special nature.

225. After all, human rights treaties do apply in the framework of *intra-State* relations (such as, in the present case, the relations between the D.R. Congo and Mr. A. S. Diallo). In properly interpreting and applying such treaties, the Court is thereby giving its contribution to the development of the aptitude of international law to regulate relations at *intra-State*, as well as *inter-State*, levels. In the present case, in the framework of the International Law of Human Rights, the contending parties have sought to substantiate the arguments on the basis of the relevant provisions of two human rights treaties, — the UN Covenant on Civil and Political Rights and the African Charter on Human and Peoples' Rights, — as well as on the basis of the provision on an individual right enshrined into the Vienna Convention on Consular Relations (Article 36 (1) (b)), and construed in the conceptual universe of human rights.

226. The present case concerns, thus, the human rights (to liberty and security of person; not to be expelled from a State without a legal basis; not to be subjected to mistreatment; and to information on consular assistance in the framework of the guarantees of the due process of law) of which the *titulaire* is Mr. A. S. Diallo. Had the Court pursued the proper hermeneutics of human rights treaties throughout the *whole* Judgment, in all likelihood it would have arrived at a conclusion distinct from that found in resolutive points 1, 5 and 6 of the *dispositif* of the present Judgment, and I would not have needed to vote against them.

227. The fact that the contentious procedure before the Court keeps on being exclusively an inter-State one, — not by an intrinsic necessity, nor by a juridical impossibility of being of another form, — does not mean that the *reasoning* of the Court ought to develop within an essentially and exclusively inter-State optics, above all when it is called to pronounce, in the peaceful settlement of the corresponding disputes, on questions which go beyond the interests of the contending States, and which pertain to the fundamental rights of the human person, and even to the international community as a whole.

228. The relations governed by contemporary international law, in distinct domains of regulation, transcend to a large extent the purely inter-State dimension (e.g., in the international protection of human rights, in the international protection of the environment, in international humanitarian law, in international refugee law, in the law of international institutions, among others), and the ICJ, called upon to pronounce upon those relations, is not bound to restrain itself to an anachronistic inter-State optics. The anachronism of its mechanism of operation ought not to, and cannot, condition its *reasoning*, so as to enable it to exert faithfully and fully its functions of principal judicial organ of the United Nations.

229. In any case, the present Judgment, in so far as resolutive points 2, 3, 4 and 7 of its *dispositif* are concerned, with which I concur, constitutes a valuable contribution of its case-law to the settlement of disputes originated at *intra-State* level, when human rights are at stake. This is indeed a human rights case, decided today, on 30 November 2010, by the ICJ, despite the strict and anachronistic inter-State procedure before this latter. The fact that a human rights case has at last been decided by the ICJ itself is particularly significant to me.

230. It shows that, at times, reality can appear better than the prospects. The human mind does not conform itself to a straightjacket. One is not to lose faith in the progressive development of international law, despite the bias of the majority of the legal profession. The fact that a human

rights case has now been decided by the ICJ itself, further shows that contemporary international law has notably developed to such an extent that States themselves see it fit to make use of a contentious procedure of the kind, originally devised in 1920 and confirmed in 1945 for their own and exclusive utilization, in order to obtain from the Court its decision on human rights, on rights inherent to the human person, ontologically anterior and superior to the State itself.

231. This amounts, furthermore, to a clear and reassuring acknowledgement of the existence of common and superior values that States themselves no longer hesitate to recognize. This is, in so far as the present case is concerned, very much to the credit of both Guinea and the D.R. Congo, two African States, that have thereby given a good example to be followed in other continents and latitudes. It is in line with the evolving international law for the human person (*pro persona humana*), the new *jus gentium* of this beginning of the XXIst century.

XIII. Epilogue: Towards a New Era of International Adjudication of Human Rights Cases by the ICJ.

232. Having endeavoured to identify the lessons extracted from the present *A.S. Diallo* case (*supra*), I could not conclude this Separate Opinion without a brief epilogue on its historical transcendence. The case resolved today by the ICJ had as claimant a State, and as victim — and beneficiary of reparation — an individual. As I pointed out at the beginning of this Separate Opinion, this is the first time in its history that the World Court has resolved a case on the basis of the applicable law conformed by two human rights treaties together, one at universal level (the UN Covenant on Civil and Political Rights) and the other at regional level (the African Charter on Human and Peoples' Rights), in addition to the relevant provision (Article 36 (1) (b)) of the Vienna Convention on Consular Relations, situated also in the domain of the international protection of human rights.

solo che non si è accorto che Diallo non è il beneficiario della riparazione!

233. It is reassuring that, due originally to the exercise of diplomatic protection; the cause of Mr. A. S. Diallo reached this Court. This was as far as diplomatic protection, a traditional instrument, went, and could go. We cannot expect more from it than what it can provide. It is, after all, as traditional as the *rationale* of the procedure before this Court. Individuals keep suffering a *capitis diminutio*, as they still need to rely on that traditional instrument to reach this Court, whilst they already have *locus standi in judicio* or even *jus standi* before other contemporary international tribunals. This shows that there is epistemologically no impediment for individuals to have either *locus standi* or *jus standi* before the World Court as well; what is lacking is the *animus* to render that possible, given the usual prevalence of mental inertia.

234. Notwithstanding, there is something both reassuring and novel in the present case *A.S. Diallo* now resolved by this Court: as from the proceedings on the merits (written and oral phases), the case of *A.S. Diallo* has been to a large extent heard, and adjudicated upon, in the conceptual framework of the International Law of Human Rights. It is this latter, and not diplomatic protection, that is apt to safeguard the rights of persons under adversity, or socially marginalized or excluded, or in situations of the utmost vulnerability.

235. Diplomatic protection was here originally exercised by Guinea to protect a successful businessman, devoted to making money for many years, who, later on, fell in disgrace abroad, in the country of his residence, the D.R. Congo. Diplomatic protection remains ontologically discretionary, and thus limited in scope and possibilities. What has diplomatic protection been doing to safeguard the human rights of millions of documented and undocumented migrants,

struggling to survive through their own labour, and daily humiliated around the world? Virtually nothing.

236. The only protection that “the wretched of the earth”¹⁶⁰ have been finding is the one provided under certain international instruments and treaties of the International Law of Human Rights. Attention is thus to be shifted from the differing *de facto* capabilities of States to extend protection to their nationals abroad, into the satisfaction of the basic needs of protection of those forgotten by the world, the poor and the oppressed, who have already lost faith in human justice. This is a great challenge to international justice today, a challenge that can effectively be faced only in the realm of the International Law of Human Rights, beyond the purely inter-State dimension.

237. Moreover, this is the first time in its history that the World Court has expressly taken into account the contribution of the case-law of two international human rights tribunals, the European and the Inter-American Courts, to the perennial struggle of human beings against *arbitrariness*. The ICJ, much to its credit, has done so, in paragraph 68 of the present Judgment, in relation to the interpretation, by the European and the Inter-American Courts, respectively, of Article 1 of Protocol No. 7 to the European Convention of Human Rights, and of Article 22 (6) of the American Convention on Human Rights, which it regarded as consistent with what it has found in paragraph 65 of the present Judgment¹⁶¹. Paragraph 65 refers to the protection of the human person against arbitrary treatment, encompassing the prohibition of arbitrary expulsion¹⁶².

238. This discloses a new mentality in relation to another relevant issue. The co-existence of multiple international tribunals, fostering access to international justice on the part of a growing number of *justiciables* around the world in distinct domains of human activity, bears evidence of the way contemporary international law has developed in the old search for the realization of international justice. Contemporary international tribunals have much to learn from each other.

239. Article 92 of the UN Charter states that this Court, the ICJ, is “the principal judicial organ of the United Nations”. In addition, Article 95 of the UN Charter leaves the door open to member States to entrust the solution of their differences to “other tribunals by virtue of agreements already in existence or which may be concluded in the future”. Ours has become the age of international tribunals, and this is a highly positive phenomenon, as what ultimately matters is the enlarged or expanded access to justice, *lato sensu*, comprising the realization of justice.

240. Misleading and deleterious expressions, such as “proliferation of international tribunals”, “forum shopping”, and “fragmentation of international law”, should be definitively discarded, not only for their superficiality (despite the regrettable fascination which they seem to have been exerting upon a large and hectic segment of the legal profession), but also because they do not at all belong to the lexicon of international law. And they simply miss the point, — the overriding imperatives of justice. Contemporary international tribunals should pursue their

¹⁶⁰To paraphrase a humanist of the XXth century, Frantz. O. Fanon, *Les damnés de la terre*, 1961.

¹⁶¹By reference to the corresponding provisions of the Covenant on Civil and Political Rights and of the African Charter on Human and Peoples’ Rights.

¹⁶²Particularly relevant, for a study of the right to freedom of movement and residence under Article 22 of the American Convention on Human Rights, are the Judgment of the Inter-American Court, of 15.06.2005, in the case of the *Moiwana Community v. Suriname* (paras. 107-121), as well as the IACtHR’s Order (on Provisional Measures of Protection), of 18.08.2000, in the case of *Haitians and Haitian-Origin Dominicans in the Dominican Republic* (paras. 9-11), and Concurring Opinion of Judge A.A. Cançado Trindade (paras. 2-25).

common mission — the realization of international justice — working together, without antagonisms, self-sufficiencies or protagonist moves.

241. This is another lesson that can be extracted from the adjudication of the present case *A.S. Diallo*. It is indeed reassuring that the ICJ has disclosed a new vision of this particular issue, in so far as international human rights tribunals are concerned. This is particularly important at a time when States rely, in their submissions to this Court, on relevant provisions of human rights conventions, as both Guinea and the D.R. Congo have done in the present case, in their arguments centred on the UN Covenant on Civil and Political Rights and the African Charter on Human and Peoples' Rights (in addition to the relevant provision of the Vienna Convention on Consular Relations, in the framework of the international protection of human rights).

242. This is not the only example wherein this has occurred. On 29 May 2009, the ICJ delivered its Order (on Provisional Measures) in the case concerning *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite*, wherein Belgium and Senegal presented their submissions concerning the interpretation and application of the relevant provisions of the 1984 UN Convention against Torture. And, very recently, a few days ago, in the public sittings before this Court of 13 to 17 September 2010, Georgia and the Russian Federation submitted their oral arguments in the case concerning the *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*, another UN human rights treaty. It is reassuring that States begin to rely on human rights treaties before this Court, heralding a move towards an era of possible adjudication of human rights cases by the ICJ itself. The international juridical conscience has at last awakened to the fulfilment of this need.

243. The ICJ, in the exercise of its contentious as well as advisory functions in recent years, has referred either to relevant provisions of a human rights treaty such as the Covenant on Civil and Political Rights, or to the work of its supervisory organ, the Human Rights Committee¹⁶³. These antecedents are not to pass unnoticed, in acknowledging the turning-point which has just occurred in the present case of *A.S. Diallo*: the Court, in the Judgment being delivered today, 30 November 2010, has gone much further, beyond the United Nations system, in acknowledging the contribution of the jurisprudential construction of two other international tribunals, the Inter-American and the European Courts of Human Rights. It has also dwelt upon the contribution of an international human rights supervisory organ, the African Commission on Human and Peoples' Rights. The three regional human rights systems operate within the framework of the universality of human rights.

¹⁶³Thus, as to contentious cases, in its Judgment in the case of *Armed Activities on the Territory of the Congo (D.R. Congo v. Uganda)*, 19.12.2005), the Court held that the Covenant provisions were applicable to the case. Shortly afterwards, in its Judgment in the case of the *Application of the Convention against Genocide (Bosnia-Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, 26.02.2007), the Court recalled the wording of Articles 2 and 3 of the Covenant to support its interpretation of the meaning of the word "undertakes" in the Convention against Genocide (Article 1) — As to its advisory function, the ICJ held, in its Advisory Opinion on *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* (09.07.2004), that the Covenant is not unconditionally suspended in times of conflict (para. 106), and that the Covenant applies outside the States Parties' territory when they exercise their jurisdiction therein, as emerges from the legislative history of the Covenant, as well as from the consistent practice of the Human Rights Committee (paras. 107-111 and 134). Earlier on, in its Advisory Opinion on the *Threat of Use of Nuclear Weapons* (08.07.1996), the ICJ referred to Article 6 (on the right to life) of the Covenant. Very recently, in my Separate Opinion in the Court's Advisory Opinion on *Accordance with International Law of the [Unilateral] Declaration of Independence of Kosovo* (22.07.2010), I deemed it fit to refer to Article 1 of the two UN Covenants on Human Rights as well as to the Human Rights Committee's position on the States' automatic succession in respect of human rights treaties and on the extra-territorial application of human rights (paras. 154 and 191).

244. Contemporary international tribunals should pursue their common mission — the realization of international justice — in a spirit of respectful dialogue, learning from each other, keeping in mind the perennial lesson of Socrates, so perspicaciously grasped by Karl Popper in the XXth century:

“Toute solution d’un problème donne naissance à de nouveaux problèmes qui exigent à leur tour solution (...). Plus nous apprenons sur le monde, et plus ce savoir s’approfondit, plus la connaissance de ce que nous ne savons pas, la connaissance de notre ignorance prend forme et gagne en spécificité comme en précision. Là réside en effet la source majeure de notre ignorance : le fait que notre connaissance ne peut être que finie, tandis que notre ignorance est nécessairement infinie.”¹⁶⁴

245. By cultivating this dialogue, attentive to each other’s work in pursuance of a common mission, contemporary international tribunals will provide avenues not only for States, but also for human beings, everywhere, and in respect of distinct domains of international law, to recover their faith in human justice. They will thus be enlarging and strengthening the aptitude of contemporary international law to resolve disputes occurred not only at *inter*-State level, but also at *intra*-State level. And they will thus be striving towards securing to States as well as to human beings what they are after: the realization of justice.

(Signed) Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE.

¹⁶⁴K.R. Popper, *Des sources de la connaissance et de l’ignorance*, Paris, Éd. Payot et Rivages, 1998, pp. 150-151.

OPINION DISSIDENTE DE M. LE JUGE AD HOC MAHIU

Atteintes aux droits de l'homme — Arrestation et détention de 1988-1989 — Recevabilité de la demande — Demande nouvelle — Demande tardive — Demande contenue dans la requête — Demande découlant de l'objet de la requête — Jurisprudence de la Cour.

Droit congolais des sociétés et spécificités des sociétés dont M. Diallo est l'unique actionnaire — Droits de M. Diallo et droits des sociétés — Droits propres de M. Diallo comme associé — Droits de l'associé dans la gestion et le fonctionnement des sociétés — Droits de participer aux assemblées générales — Droits de l'associé au regard de la gérance — Droit de surveillance et de contrôle — Droit de procéder à la liquidation des sociétés et droit au reliquat — Problème de l'expropriation indirecte — Droit à réparation.

Tout en souscrivant à beaucoup de conclusions auxquelles la Cour est parvenue dans la présente affaire, il reste que sur les deux points les plus importants concernant, d'une part, la recevabilité de la demande relative à l'arrestation et la détention de M. Diallo en 1988-1989 et, d'autre part, la violation des droits d'associé de M. Diallo dans les deux sociétés Africom-Zaïre et Africontainers-Zaïre, je ne suis convaincu ni par les conclusions adoptées, ni par l'argumentation déployée pour les justifier et il convient donc d'indiquer les raisons pour lesquelles je ne peux pas suivre la Cour sur ces points.

1. LA RECEVABILITÉ DE LA DEMANDE RELATIVE À L'ARRESTATION ET LA DÉTENTION DE M. DIALLO EN 1988-1989

A la suite d'un examen du point relatif à la recevabilité de la demande de la Guinée concernant l'arrestation et la détention de M. Diallo en 1988-1989, la Cour estime qu'il s'agit d'une demande nouvelle qui ne remplit pas les conditions requises permettant de l'inclure dans la procédure engagée depuis 1998 ; elle conclut que ladite demande est irrecevable parce qu'elle a été présentée tardivement (paragraphe 47 de l'arrêt). Je ne peux pas souscrire à une telle conclusion et je ne suis pas réellement convaincu par l'argumentation qui la soutient parce qu'elle fait prévaloir une interprétation très rigide et une application excessivement formaliste de la jurisprudence de la Cour.

Il est vrai que les faits concernant l'arrestation et la détention de 1988-1989 ne sont pas mentionnés ou décrits dans la requête introductive de l'instance du 28 décembre 1998, ni dans le document annexé à celle-ci ; ils n'apparaissent formellement et pour la première fois que dans les observations de la République de Guinée (dénommée ci-après la «Guinée») du 7 juillet 2003 sur les exceptions préliminaires de la République démocratique du Congo (dénommée ci-après la «RDC»). Ces mêmes faits sont ensuite repris de façon beaucoup plus détaillée dans la Réplique de la Guinée du 19 novembre 2008 qui précise, en outre, qu'ils font «indubitablement partie des faits illicites à raison desquels la Guinée entend engager la responsabilité internationale du défendeur». Il s'agit donc d'une demande additionnelle et il convient de voir si une telle demande était ou non susceptible d'être accueillie par la Cour.

On sait que la jurisprudence de la Cour ne considère pas comme irrecevable *ipso facto* toute demande nouvelle car «la nouveauté d'une demande n'est pas décisive en soi pour la question de la recevabilité» (affaire du *Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Honduras)*, C.I.J. Recueil 2007 (II), p. 695, par. 110) ; elle admet que celle-ci est recevable si elle remplit l'une ou l'autre des deux conditions suivantes :

- soit parce qu'elle est contenue dans la requête (*Temple de Préah Vihéar, fond, C.I.J. Recueil 1962, p. 36*) ;
- soit parce qu'elle découle directement de la question qui fait l'objet de la requête (*Compétence en matière de pêcheries (République fédérale d'Allemagne c. Islande), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 203, par. 72 ; Certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1992, p. 266, par. 67*).

La raison d'être de ce test en deux temps étant tout simplement la nécessité d'établir un lien suffisamment étroit entre l'objet du différend, tel que défini dans la requête, et la demande additionnelle, pour assurer une bonne administration de la justice et afin de respecter les droits de l'autre partie à l'instance ainsi que les droits des Etats tiers. La Cour a déjà eu l'occasion de dire qu'elle «ne saurait admettre, en principe, qu'un différend porté devant elle par requête puisse être transformé, par voie de modifications apportées aux conclusions, en un autre différend dont le caractère ne serait pas le même» (*Société commerciale de Belgique, arrêt, 1939, C.P.J.I. série A/B n° 78, p. 173*).

Dans le cas d'espèce, quels sont le contenu et l'objet de la requête ? En se rapportant à la requête précitée du 28 décembre 1998, il est dit de manière très sommaire et plus précisément que M. Diallo a été : «injustement incarcéré par les autorités de cet Etat [la République démocratique du Congo], spolié de ses importants investissements, entreprises et avoirs mobiliers, immobiliers et bancaires puis expulsé».

On constate donc que la requête vise de manière assez vague l'incarcération et la spoliation dont M. Diallo a été l'objet, sans faire référence à aucun acte précis. Autrement dit le contenu et l'objet de la requête initiale *stricto sensu* sont énoncés de manière générale et large, ce qui permet de couvrir incontestablement tout acte d'incarcération ou de spoliation sans précision de période. Il est également important de noter qu'il n'est pas davantage fait référence à l'arrestation et la détention de 1995-1996 qui sont les seuls faits retenus par le présent arrêt de la Cour comme base de la demande guinéenne. Si l'on s'en tient à la seule requête *stricto sensu* qui contient, comme le relève la Cour, «un exposé succinct de l'objet du différend» (paragraphe 1 de l'arrêt), les événements de 1988-1989 comme ceux de 1995-1996 sont omis et ils sont donc à ce stade sur le même plan du point de vue de la procédure et de leur statut.

Certes, les événements de 1995-1996 sont mentionnés et décrits dans le mémoire de la Guinée joint en annexe à la requête, lequel mémoire spécifie les faits à l'origine du différend, les moyens de droit et les demandes de la Guinée, alors que les événements de 1988-1989 n'apparaissent pas, tout comme d'ailleurs bien d'autres événements qui ne seront invoqués que dans les phases ultérieures de la procédure et que la Cour a néanmoins retenus. L'arrestation, la détention et l'expulsion de 1995-1996 sont mises en avant parce qu'elles constituent et illustrent l'ultime et dernier acte d'un processus qui a commencé depuis la fin des années 1980 et qui s'est poursuivi jusqu'au moment de l'expulsion en janvier 1996. En effet, les atteintes aux droits de M. Diallo s'insèrent dans un continuum d'actes illicites qui se sont succédés pendant toute cette période et il n'était guère besoin d'énumérer et de préciser chacun d'entre eux dès le stade de la demande initiale, ceux-ci devant être précisés dans la suite de la procédure.

Les faits de 1988-1989 n'ont ainsi pas transformé l'objet du différend défini dans la requête, et la question qui est soumise à la Cour pour décision demeure celle de savoir si M. Diallo a été injustement incarcéré et expulsé par les autorités de la RDC en violation des règles découlant tant du droit interne congolais que des règles internationales engageant la RDC, suite à des tentatives de recouvrement des créances détenues par ses sociétés.

Certes, il y a apparemment quelques différences sur le fondement juridique de l'incarcération de 1988-1989 et celle de 1995-1996, comme l'indique la Cour, puisque, dans le premier cas, l'incarcération reposerait sur une procédure de nature pénale — qui s'est au demeurant révélée infondée — alors que, dans le second cas, elle repose formellement sur une procédure de nature administrative en vue de l'expulsion (paragraphe 43 de l'arrêt). Toutefois, dès que l'on dépasse les apparences et que l'on observe de plus près les faits, les choses se présentent différemment aussi bien en ce qui concerne le motif de l'incarcération que la procédure mise en œuvre.

Le motif réel des deux incarcérations est le même : il s'agit d'entraver ou d'empêcher M. Diallo de recouvrer des créances qui lui étaient dues par un certain nombre d'organismes ou entreprises relevant de l'Etat congolais. Quant à l'incarcération, il ressort clairement des éléments versés au dossier que la première arrestation a eu lieu sur ordre du premier commissaire d'Etat zaïrois (premier ministre), comme en atteste une lettre datée du 4 juillet 1988, adressée au président du conseil judiciaire du Zaïre et signé du premier commissaire d'Etat (lettre citée par les deux Parties, et figurant à l'annexe 15 des observations de la Guinée sur les exceptions préliminaires, en date du 7 juillet 2003). Les arrestations en 1995-1996 ont également été ordonnées par l'autorité exécutive, aux fins de mettre en œuvre un ordre d'expulsion établi par le premier ministre. Il ressort ainsi clairement que la première comme la deuxième détention de M. Diallo revêtent en réalité un aspect administratif et non pénal ; elles ont été prises par l'autorité exécutive en dépassement de son pouvoir, avec une interférence occasionnelle du seul procureur dont on sait qu'il est sous l'autorité directe de ladite autorité exécutive.

Substantiellement ou matériellement il n'y a guère de différence entre les deux situations : il s'agit d'une même personne qui, pour les mêmes motifs et à des périodes distinctes, se trouve victime d'arrestations et de détentions arbitraires commises par un commissaire d'Etat ou premier ministre. Par conséquent, la demande de la Guinée relative à l'incarcération de 1988-1989 présente des liens suffisamment étroits avec la demande principale et, loin de modifier l'objet de la requête, elle ne fait que restituer l'enchaînement chronologique des atteintes aux droits de M. Diallo. De ce fait, elle remplit les conditions pour être déclarée recevable.

Par voie de conséquence, et pour paraphraser ce que dit la Cour dans l'affaire du *Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes*, la demande relative à la détention de 1988-1989 est implicitement contenue dans la question qui fait l'objet de la requête de la Guinée, à savoir la stratégie d'incarcération arbitraire adoptée par le défendeur à l'encontre de M. Diallo et la violation de ses droits de l'homme qui en découle directement. Les faits de 1988-1989 n'ont aucunement transformé la nature du différend qui est soumis à la Cour.

Il est regrettable que la Cour se soit écartée dans cette affaire de sa jurisprudence établie en matière de demandes nouvelles, qui attachait moins d'importance aux conditions de forme. Par exemple, dans l'affaire du *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)*, où le Costa Rica n'avait pas fait figurer sa demande relative à la pêche dans sa requête, mais seulement plus tard dans son mémoire, la Cour a estimé que :

«compte tenu de la relation que les riverains entretiennent avec le fleuve et du libellé de la requête, il existe un lien suffisamment étroit entre la demande relative à la pêche à des fins de subsistance et la requête, dans laquelle le Costa Rica invoque, outre le traité de 1858, «d'autres règles et principes applicables du droit international»» (arrêt du 13 juillet 2009, par. 137).

Il me semble que le lien entre l'arrestation de 1988-1989 et l'arrestation de 1995-1996 est aussi étroit et même plus étroit que le lien entre la pêche et les droits de navigation. La demande de la Guinée relative à la détention de 1988-1989, tout en étant nouvelle, ne semble pas contredire les dispositions de procédure régissant la Cour et l'interprétation que celle-ci en donne dans la

jurisprudence précitée. Ainsi, la demande de la Guinée relative à l'illicéité de l'arrestation et de la détention de M. Diallo, en 1988-1989, ne constitue qu'une précision supplémentaire sur la matérialité et la continuité des actes illicites reprochés au défendeur et la Cour aurait dû logiquement prendre en considération cette continuité et ces faits. Comme cela n'a pas été le cas, je ne pouvais que prendre position contre le point 5 du dispositif de l'arrêt.

2. LES DROITS PROPRES DE M. DIALLO EN TANT QU'ASSOCIÉ DES SOCIÉTÉS AFRICOM-ZAÏRE ET AFRICONTAINERS-ZAÏRE

2.1. Il convient, tout d'abord, de rappeler **la nature et l'ampleur de la participation de M. Diallo dans les deux sociétés** (Africom-Zaïre, ci-après «Africom» et Africontainers-Zaïre, ci-après «Africontainers») qu'il possède et gère afin de mieux comprendre les implications de fait et de droit de cette situation.

Les statuts de la société Africom créée en 1974 n'ayant pas été produits, ni par le demandeur ni par le défendeur, son existence légale découle d'un certain nombre d'autres actes dont notamment les statuts de la seconde société créée par M. Diallo, Africontainers. En effet, c'est l'acte notarié du 18 septembre 1979 portant statuts de Africontainers (mémoire de la Guinée, annexe 1) qui indique que cette nouvelle société est créée au départ entre trois associés, deux personnes physiques (M. Kibeti Zala, de nationalité guinéenne et Mme Dewast, de nationalité française) et une personne morale, la société Africom dont il est précisé que:

- celle-ci est immatriculée au registre du commerce de Kinshasa sous le numéro 80.427 ;
- elle a son siège social avec mention de l'adresse ;
- et, enfin, elle est représentée par son gérant M. Diallo, de nationalité guinéenne.

Ce même acte précise que, dans la répartition du capital social de la société Africontainers, Africom bénéficie de 30 % des parts sociales.

Ainsi c'est par le biais de cet acte notarié du 18 septembre 1979 que l'on dispose de quelques informations sur la société Africom dans la présente affaire et que son statut est confirmée comme société privée à responsabilité limitée, conformément au droit congolais.

Par le biais d'un autre acte notarié du 18 avril 1980, concernant la seconde société Africontainers, on est informé d'un important changement dans la répartition du capital social de celle-ci, puisque la société Africom et M. Diallo deviennent les seuls actionnaires de la société Africontainers. A partir de cette date, Africontainers n'a plus que deux associés, une personne morale, la société Africom détentrice de 60 % des parts sociales et une personne physique, M. Diallo, détenteur de 40 % des parts restantes. En outre, M. Diallo est désigné comme le gérant de la société Africontainers en lieu et place du précédent gérant, M. David, de nationalité française.

S'agissant des activités d'Africom, celles-ci apparaissent au cours des années 1980 par le biais de bons de commande, d'échanges de courriers avec un certain nombre de partenaires congolais publics ou privés, s'échelonnant de 1983 à 1996, à propos de créances non honorées notamment par l'Etat congolais, ainsi que des décisions de justice se rapportant à divers contentieux.

En l'absence des statuts de la société Africom, il ressort des actes notariés mentionnés précédemment qu'elle aurait eu, au regard du droit congolais, le statut de société privée à responsabilité limitée. Toutefois, dans les faits, elle serait devenue une société unipersonnelle dans la mesure où M. Diallo en aurait été le seul associé.

S'agissant de la société Africontainers — qui a été créée en tant que société à responsabilité limitée classique, avec trois associés — elle a évolué vers une société à deux associés dont le dédoublement est largement une fiction pour apparaître, elle aussi, comme une société unipersonnelle. En effet, à côté de M. Diallo, détenteur de 40 % des actions, l'autre associé majoritaire est Africom qui est elle-même une émanation du seul M. Diallo, de sorte que celui-ci est finalement le seul et unique associé des deux sociétés concernées par la présente affaire : Africom et Africontainers. On aboutit ainsi au résultat selon lequel M. Diallo n'est pas, sur le plan strictement juridique et étroitement formaliste, l'unique associé légal de Africontainers, mais il le devient dans les faits puisque, derrière l'autre associé légal (société Africom), il n'y a plus qu'une seule réalité, M. Diallo lui-même. C'est au demeurant ce que déclare la Cour, dans le paragraphe 114 de l'arrêt, en constatant que «M. Diallo, en tant que gérant comme en tant qu'associé des deux sociétés, dirigeait et contrôlait celles-ci pleinement».

Il y a une telle interpénétration ou osmose entre M. Diallo et ses deux sociétés, tant au plan des faits que du droit, qu'il est très malaisé de les dissocier, alors même que cette situation a incontestablement une incidence dès lors que l'on cherche à identifier les droits propres de M. Diallo pour la solution du présent litige. Deux solutions sont possibles :

- soit on déchire le voile des apparences pour prendre en compte la réalité économique et sociale et considérer que l'individu Diallo est effectivement le détenteur de la totalité des parts sociales et, à ce titre, les atteintes portées à l'ensemble de ces parts affectent nécessairement, d'une façon ou d'une autre, ses droits propres ;
- soit on maintient le voile et la fiction de la distinction entre les parts de la société Africom et les parts de l'individu Diallo et, même dans ce cas, les parts sociales de M. Diallo constituent autant de droits propres qu'il est en position de faire valoir, dès lors qu'il y est porté atteinte par les actes ou omissions des autorités congolaises.

2.2. L'importance des parts sociales de M. Diallo dépend naturellement de l'activité économique des deux sociétés dont il est finalement l'unique actionnaire. La réalité de cette activité est présentée par les deux Parties de façon aussi opposée qu'incertaine. La situation économique n'était ni aussi florissante que le prétend le demandeur, ni en état de faillite comme le prétend le défendeur. Si l'on observe attentivement l'argumentation des Parties, ce qui creuse l'écart dans l'appréciation de la situation, c'est partiellement le fait que les Parties se réfèrent souvent à des périodes différentes de la vie de ces deux sociétés ; le demandeur met l'accent sur la période de la décennie 1980 et le début des années 1990 où il y avait incontestablement une activité économique effective et importante alors que le défendeur met l'accent sur le milieu des années 1990 où l'activité économique avait incontestablement baissé pour diverses raisons, liées aussi bien à une rétractation de l'économie congolaise qu'aux refus ou difficultés rencontrées par les deux sociétés pour recouvrer leurs créances en saisissant les autorités concernées et les juridictions compétentes.

Par ailleurs, la documentation produite est loin de donner toutes les informations adéquates pour une évaluation réellement satisfaisante des activités économiques. L'expulsion de M. Diallo a sans doute empêché l'accès aux documents comptables appropriés et le demandeur n'a pu fournir qu'un certain nombre de documents de nature à permettre une évaluation très approximative des activités des deux sociétés. Il reste que si ces documents ne constituent pas, d'ores et déjà, une base adéquate pour une évaluation précise de tous les actifs des deux sociétés, les créances qu'elles détiennent sur différents opérateurs (administration congolaise et entreprises publiques

congolaises : Gécamines, Zaïre Fina, société PLZ, Zaïre Shell) et dont elles demandent le recouvrement, offrent déjà une base permettant d'avoir une certaine évaluation de ces actifs. Il y a lieu de tenir compte également des refus des différents débiteurs congolais d'honorer les créances des sociétés et des interférences des autorités congolaises pour empêcher ou différer le recouvrement ; tous ces comportements ont nécessité une énorme mobilisation d'énergie, pendant des années, pour l'unique responsable des deux sociétés, en vue de surmonter les obstacles et il est évident qu'ils ont eu des conséquences négatives sur le déploiement des activités économiques desdites sociétés.

La Partie défenderesse récusé la plupart des évaluations produites concernant généralement les créances sur des opérateurs publics ; mais les récusations sont de simples affirmations, très rarement étayées par des preuves ; elle se limite à alléguer que les montants ne reposent sur aucune base sérieuse, qu'ils sont exagérés ou fantaisistes, même lorsqu'ils ont été reconnus par les autorités concernées ou validés par les juridictions congolaises. Certes, il est possible que certaines estimations soient discutables ou peu crédibles, encore aurait-il fallu apporter davantage d'éléments d'informations convaincants, pour étayer des prétentions qui se présentent comme de simples allégations dépourvues d'éléments probants.

Il ressort des écritures et des plaidoiries des Parties que les sociétés Africom et Africontainers ont cessé leurs activités, mais elles sont en désaccord sur, d'une part, les dates de cette cessation et, d'autre part, l'existence même de ces sociétés à l'heure actuelle. En l'état actuel des informations produites, il est tout aussi malaisé de déterminer la date précise de cessation de leurs activités sur le plan économique que de savoir quelle est la situation exacte des deux sociétés sur le plan juridique.

S'agissant des activités des deux sociétés, elles ont subi — à l'instar des autres sociétés opérant au Zaïre — les conséquences des graves difficultés politiques, économiques et monétaires qui ont affecté le pays au début des années 1990 et qui ont fait l'objet d'un rapport alarmant de la Banque centrale du Congo (contre-mémoire de la RDC, annexe 2) ; il est donc normal qu'il y ait eu une rétractation de leurs activités et l'on peut comprendre que de telles circonstances liées aux conditions économiques générales ne sont pas normalement imputables aux autorités, comme l'a dit la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire *Oscar Chinn* (arrêt, C.P.J.I. série A/B n° 63, p. 88). Il reste que ces difficultés ne pouvaient que s'aggraver à un degré incomparable avec l'expulsion de M. Diallo à ce moment crucial, ce qui entraîne une déstabilisation des deux sociétés ; comme la déstabilisation dure depuis cette date, il est évident qu'aucune société ne peut continuer d'exister réellement après de sérieuses perturbations et une cessation d'activité de près de quinze ans. Cela est d'autant plus vrai que chacune des deux sociétés est, directement et intimement, liée à la personne de M. Diallo qui en est à la fois l'associé unique et le seul gérant. C'est sans doute là que gît toute la grande particularité ou l'incontestable spécificité de la présente affaire qui ne permet pas de l'appréhender comme d'autres affaires portées auparavant devant la Cour, notamment l'affaire de la *Barcelona Traction* ou celle de la société *Elettronica Sicula*. On reviendra un peu plus loin sur cette particularité et les conséquences qui en découlent.

S'agissant de l'existence juridique, elle peut naturellement se prolonger ; toutefois, comme nous le verrons également plus loin, il n'est pas très convaincant de s'en tenir à un simple constat formel en alléguant que les deux sociétés continuent d'exister aussi longtemps que leur mort juridique n'aura pas été constatée conformément aux règles, c'est-à-dire par leur dissolution régulière et leur liquidation totale. Une situation de fait peut aboutir à des conséquences constituant une sorte de mort juridique, quand bien même elle n'est consacrée par aucun acte formel.

2.3. Les droits de l'associé Diallo dans la gestion et le fonctionnement de ses sociétés.

L'expulsion de M. Diallo ne peut rester sans effets sur les droits qu'il détient et leur exercice en tant que seul associé pouvant assurer la gestion et le fonctionnement des deux sociétés. Cela ressort clairement tant des éléments juridiques que des éléments de fait qui entourent son droit de convoquer une éventuelle assemblée générale, d'y participer et d'y voter.

Tout d'abord, s'agissant de la convocation des assemblées générales, un point de droit oppose les deux Parties pour savoir si une telle décision relève de la seule prérogative de la société, comme le soutient le défendeur, ou si elle est également une prérogative des associés. Il convient donc de se référer au droit congolais et plus précisément aux dispositions de l'article 83 du décret du 27 février 1887 selon lequel:

«La gérance et les commissaires, s'il en existe, peuvent convoquer l'assemblée générale en tout temps.

Ils doivent la convoquer sur la demande d'associés réunissant le cinquième du nombre total des parts sociales.

Si la gérance ne donne pas suite à cette demande dans un délai convenable, la convocation peut être ordonnée par le tribunal.»

A la lumière de cet article 83, il ressort à l'évidence que si la décision de convoquer une assemblée générale incombe au gérant et aux commissaires (alinéa 1), les actionnaires ont également le droit de demander la convocation d'une assemblée générale dès lors qu'ils représentent un cinquième des parts sociales (alinéa 2). Une telle demande se traduit par une obligation pour le gérant et les commissaires qui sont tenus d'y procéder.

Etant donné, dans cette affaire, que M. Diallo est sinon l'associé unique, du moins le détenteur à titre personnel d'un nombre de parts sociales supérieur à un cinquième, il détient le droit de convoquer l'assemblée générale. Comme, en outre, il est en fait le seul actionnaire, ce droit devient une sorte de monopole dont la violation est susceptible de recours comme l'indique la Cour dans l'affaire de la *Barcelona Traction*:

«Il est bien connu que le droit interne leur [aux actionnaires] confère des droits distincts de ceux de la société, parmi lesquels le droit aux dividendes déclarés, le droit de prendre part aux assemblées générales et d'y voter, le droit à une partie du reliquat d'actif de la société lors de la liquidation. S'il est porté atteinte à l'un de leurs droits propres, les actionnaires ont un droit de recours indépendant.» (*C.I.J. Recueil 1970*, p. 36, par. 47.)

Notons que l'énumération donnée par la Cour concerne les droits les plus évidents et elle n'est pas exhaustive ; ceci est confirmé par la Commission du droit international dans le commentaire de l'article 12 de son projet relatif à la protection diplomatique de 2006 où elle se réfère à la position de la Cour en indiquant que le soin est laissé aux tribunaux de déterminer, dans chaque cas d'espèce, les limites de tels droits mais en veillant à bien séparer les droits des actionnaires de ceux de la société, en particulier en ce qui concerne le droit de participer à la gestion de sociétés (rapport de la Commission du droit international, 2006, p. 68).

S'agissant de la participation aux assemblées générales et au vote en leur sein, il est assurément impossible à M. Diallo d'y être présent physiquement du fait de son expulsion. Certes, il y a la possibilité d'une représentation par un mandataire, mais une telle solution n'empêche pas qu'il y a une violation de son droit d'y être personnellement présent.

Dans l'arrêt, la Cour estime que si M. Diallo a été empêché d'être présent physiquement à une éventuelle assemblée générale, du fait de son expulsion, il n'a pas été empêché d'agir pour convoquer celle-ci (paragraphe 121) ni de s'y faire représenter par un mandataire (paragraphe 123) et elle en tire la conclusion que l'expulsion n'a donc pas porté atteinte aux droits d'associé de M. Diallo. Donc, tout en reconnaissant qu'il y a là une entrave, elle juge que celle-ci «n'équivaut pas à une privation de son droit de prendre part aux assemblées générales et d'y voter» (paragraphe 126 de l'arrêt). La Cour constate en outre qu'il n'y a eu aucune convocation ni même tentative de convocation d'une assemblée générale, ce qui confirmerait qu'il n'y a pas eu la privation de ce droit. Il y a dans les développements de l'arrêt, sur ce point comme sur quelques autres, une série de déductions formelles et abstraites qui ne rendent pas compte de la réalité des événements et n'emportent pas la conviction.

Au demeurant la Cour se rend compte de cette situation plus que singulière des droits de M. Diallo et elle s'efforce de l'expliquer, de manière générale et lapidaire, dans le paragraphe 115, en disant que si elle peut paraître artificielle, cela résulte de la distinction qu'il convient de faire et à laquelle il faut s'en tenir rigoureusement entre les droits de l'actionnaire et les droits des sociétés, conformément à la jurisprudence de l'affaire de la *Barcelona Traction* et en s'en tenant à l'arrêt du 24 mai 2007 dans la présente affaire sur les exceptions préliminaires.

Il est difficile de partager une telle approche et surtout la conclusion qui subordonne la protection d'un droit à un empêchement absolu de son exercice et non à une atteinte à son exercice. Si l'on opte pour une analyse strictement littérale et formaliste des textes, il semble que cela soit un raisonnement logique irréprochable. Mais, c'est un raisonnement qui repose sur un modèle de société qui suppose l'existence de plusieurs ou d'au moins deux actionnaires, de manière à ce que l'actionnaire empêché puisse agir pour assurer la convocation et le déroulement de l'assemblée générale. Or, un tel modèle ne peut pas se transposer tel quel pour l'appliquer en quelque sorte mécaniquement à la situation présente de petites sociétés devenues *de facto* unipersonnelles.

Les deux sociétés en cause, dans la présente affaire, ne sont pas des firmes multinationales avec des filiales ou succursales ; elles ne disposent pas de plusieurs responsables auxquels peuvent être confiés des pouvoirs de gestion et de décision pour veiller à leur bon fonctionnement. Ce sont au départ des sociétés de deux ou trois associés travaillant avec un très petit nombre de personnes pour les activités subalternes, alors que leur gestion et leur direction relèvent directement d'une seule personne, M. Diallo. Ajoutons à cela le fait que ces sociétés sont établies exclusivement dans un pays situé en Afrique où l'on sait que le réseau des relations personnelles est déterminant pour le bon ou le mauvais fonctionnement d'une entreprise. C'est dire, par conséquent, que toute entrave — et *a fortiori* tout empêchement d'activité — frappant l'unique responsable et gestionnaire des deux sociétés retentit de manière directe et fatale sur leur fonctionnement, en les mettant dans une situation périlleuse que le défendeur lui-même qualifie de quasi-faillite. C'est dire également que, dans la présente affaire, la convocation et le déroulement d'une assemblée générale, hors la présence de M. Diallo, apparaissent non seulement assez singuliers, mais ils sont assez difficilement imaginables.

Pour bien comprendre cela, voyons comment se présenterait le scénario abstrait et formel où M. Diallo convoquerait une assemblée générale de la société Africontainers depuis la Guinée et quelle serait la suite des événements. Il va adresser sa convocation à M. Diallo — donc à lui-même — en tant qu'associé de cette société et une autre convocation au second associé, la société Africom dont le seul responsable n'est autre que le même M. Diallo. Celui-ci envoie et reçoit ainsi en même temps deux convocations qu'il ne peut honorer personnellement puisque le territoire congolais lui est interdit. Il est difficile de convenir qu'une telle situation soit normale ; il faut plutôt convenir qu'il y a un côté assez surréaliste dans ce scénario auquel pourtant semble souscrire l'approche et le raisonnement retenus dans le présent arrêt.

Certes, il y a la possibilité théorique de désigner deux mandataires, l'un pour la société Africom et l'autre pour lui-même, mais il n'en reste pas moins qu'il est bel et bien porté atteinte à son droit d'accomplir lui-même tous les actes relevant normalement d'un actionnaire et *a fortiori* d'un gérant. Par ailleurs, pour rester dans le scénario d'une convocation de l'assemblée générale qui se déroulerait sans la présence de M. Diallo, on peut se demander comment deux simples mandataires vont pouvoir délibérer sur les activités de deux sociétés dont ils ignorent largement le fonctionnement et la gestion puisque celles-ci dépendent directement et étroitement de l'action personnelle de la personne empêchée d'y participer. En outre et raisonnablement, il est difficile d'imaginer que les deux sociétés puissent fonctionner normalement lorsque leur unique actionnaire se retrouve dépouillé de toutes ses prérogatives et dans l'obligation de recourir uniquement à des mandataires. Enfin, et dans ces conditions, il est pour le moins assez étrange de soutenir qu'il n'y a aucun empêchement pour exercer les droits d'associé.

2.4. Les droits de M. Diallo au regard de la gérance des sociétés.

Selon l'article 65 du décret de 1887 «les gérants sont nommés soit dans l'acte constitutif, soit par l'assemblée générale». L'acte de nomination n'est à proprement parler ni un droit de la société, ni un droit strictement individuel ; il s'agit là d'un acte collectif, notion qui a donné lieu à des débats au sein de la doctrine civiliste pour l'identifier, le caractériser et le situer dans la classification des actes juridiques (cf. G. Roujou de Boubée, *Essai sur l'acte juridique collectif*, Paris, LGDJ, 1961 et A.-L. Pastré-Boyer, *L'acte juridique collectif en droit privé français : contribution à la classification des actes juridiques*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2006). Il s'agit d'un acte pris par un groupe de personnes, qu'il ait ou non la personnalité juridique et, dans le cas de la société Africontainers, l'acte de nomination du gérant doit normalement être pris par les associés réunis en assemblée générale avec la participation au vote de chacun d'entre eux ; la nomination est bien un acte collectif, mais la participation au vote est bien un droit individuel de chaque associé dont la violation peut donner lieu à des recours, comme nous l'avons indiqué précédemment.

En tout état de cause, dans la présente affaire, comme M. Diallo est devenu l'actionnaire unique des deux sociétés, le droit collectif est devenu dans la pratique un droit individuel. Or, l'exercice de ce droit, c'est-à-dire la participation personnelle de M. Diallo au vote, a été empêchée par son expulsion tandis que son éventuelle représentation, par un mandataire, pose les problèmes qui ont été évoqués précédemment. En privant M. Diallo de la participation personnelle, il y a eu incontestablement une atteinte directe à son droit d'associé et à sa participation éventuelle à l'acte collectif de désignation du gérant, celui-ci pouvant être lui-même.

Le fait d'empêcher M. Diallo d'être présent physiquement au lieu du siège de l'administration de la société et de l'assemblée générale, constitue une autre atteinte à son droit d'être candidat à la fonction de gérant et, *a fortiori* et plus grave encore, d'exercer les fonctions de gérant.

Il semble qu'une personne, M. N'Kanza, ait été chargée un moment donné d'accomplir certaines fonctions au nom de la société Africontainers. Toutefois, il y a une grande incertitude aussi bien sur le processus de sa désignation que sur la fonction exacte qui lui a été impartie. Le seul acte produit, concernant sa désignation, est une simple mention dans un courrier d'avocat du 16 février 1996, alors que la désignation du gérant incombe, légalement (article 65 du décret de 1887) et statutairement (article 14 des statuts de la société Africontainers), à l'assemblée générale de la dite société. Celle-ci avait désigné M. David comme gérant lors de l'assemblée constitutive du 18 septembre 1979 ; par la suite, une assemblée générale extraordinaire du 18 avril 1980 a remplacé M. David par M. Diallo qui a toujours conservé cette fonction, puisqu'il a été nommé pour une durée indéterminée et qu'il n'a jamais été remplacé à ce jour.

Aucune preuve sérieuse n'est avancée pour conforter l'allégation qu'un gérant a été régulièrement désigné. La personne présentée à tort comme telle, M. N'Kanza, a sans doute représenté M. Diallo, absent du Congo contre sa volonté, pendant un certain temps pour quelques démarches très limitées, mais cela ne suffit nullement pour en faire un gérant de la société Africontainers au sens légal et statutaire. Tout au plus, pourrait-on éventuellement invoquer la possibilité d'une gérance partielle et provisoire en raison de l'empêchement du gérant légal et statutaire, lequel empêchement incombe aux autorités congolaises.

2.5. Le droit de surveillance et de contrôle de M. Diallo.

A la question de savoir si le droit de surveillance et de contrôle appartient aux associés ou si le rôle de ces derniers se limite seulement à nommer des commissaires aux comptes seuls habilités à surveiller et contrôler, la réponse découle des termes de l'article 71 du décret de 1887 qui distingue deux situations en fonction du nombre d'associés :

- si le nombre d'associés est supérieur à cinq, la prérogative incombe obligatoirement aux commissaires nommés par les associés (article 71, alinéa 1 et 2 et article 72) ;
- si le nombre d'associés est inférieur à cinq, la nomination de commissaires n'est pas obligatoire et, surtout, l'alinéa 3 de l'article 71 précise que «chaque associé a *les pouvoirs* des commissaires» (les italiques sont de moi). En l'espèce, nous sommes dans cette seconde situation, au moins pour la société Africontainers qui ne comprend que deux associés (la société Africom représentée par M. Diallo et M. Diallo lui-même). Les termes de la loi sont suffisamment clairs et évidents pour constater que, dans ce cas, le pouvoir de surveillance et de contrôle est reconnu comme un pouvoir ou droit de l'associé.

Néanmoins, une question peut se poser, celle de savoir si l'associé qui exerce ce droit de surveillance et de contrôle devient un organe de la société distinct de l'associé ou s'il reste toujours un associé. On sait qu'une même personne ou un même organe peut exercer deux fonctions différentes, en vertu du fameux principe de dédoublement fonctionnel. Si l'on prend l'exemple d'une société obligée de désigner des commissaires aux comptes et si un associé est nommé commissaire aux comptes, il va relever de ce dédoublement fonctionnel en exerçant de façon très distincte, d'une part, ses prérogatives d'associé et, d'autre part, ses prérogatives de commissaire aux comptes qui en font alors un organe de la société. Ce cas de figure est donc assez simple à comprendre et à expliquer.

On serait tenté de déduire que cela vaut aussi pour l'exemple d'une société qui n'a pas nommé de commissaires aux comptes et où chaque associé dispose de la prérogative de surveillance et de contrôle à côté des droits qu'il détient comme associé. Toutefois, pareille déduction ne serait pas correcte, car il n'y a pas équivalence entre les deux situations en raison du libellé de l'article 71, alinéa 3, précité ; celui-ci ne dit pas que chaque associé obtient le statut de commissaire aux comptes, devenant par conséquent organe de la société — comme dans le premier cas ; il dit expressément que chaque associé «a les pouvoirs» des commissaires aux comptes et il ne s'agit pas seulement d'une nuance de forme ou de vocabulaire, mais d'une différence substantielle qui touche aux fondements mêmes du statut d'associé et du statut de commissaire aux comptes :

- dans un cas, il y a la nomination de l'associé comme commissaire aux comptes, laquelle nomination l'institue alors comme organe de la société, dans un statut distinct de son statut d'associé ; en effet, en agissant en tant que commissaire aux comptes, il doit mettre de côté son statut d'associé et, en quelque sorte, entrer dans la peau du commissaire pour l'assumer pleinement ;

- dans l'autre, il n'y a rien de tel et c'est tout simplement l'associé qui hérite, en vertu de la loi, de prérogatives supplémentaires afin de surveiller et de contrôler la gestion de la société comme associé, en exerçant des prérogatives nouvelles ; la notion de commissaire aux comptes est ainsi subsumée dans celle d'associé.

Pour résumer, on peut dire aussi que, dans le premier cas, il y a un changement de statut et l'institution d'un nouvel organe alors que, dans le second cas, il y a seulement des prérogatives nouvelles qui viennent s'ajouter à celles de l'associé. Aussi, dans la présente espèce, la circonstance que M. Diallo soit finalement le seul associé aboutit à un cumul assez singulier dans la mesure où il est en même temps le gérant et le contrôleur de la société Africontainers. Ce cumul, loin de rendre sans objet les conséquences de l'expulsion, invite à distinguer entre, d'une part, les droits du gérant qui sont ceux d'un organe de la société et ne relèvent pas, à ce titre, des droits propres de M. Diallo susceptibles d'être couverts par la protection diplomatique (arrêt de la Cour du 24 mai 2007) et, d'autre part, les droits de contrôle de l'associé qui sont des droits propres et sont couverts par la protection diplomatique.

2.6. Le droit de M. Diallo de procéder à la liquidation des sociétés et à la réalisation du reliquat de leur actif

Il découle de l'article 99 du décret précité de 1887 qu'il appartient à l'assemblée générale de se prononcer sur la dissolution de la société et la réalisation du reliquat de son actif. Il s'agit là encore d'un acte collectif que nous avons évoqué précédemment et qui est justiciable de la même analyse et de la même conclusion. L'acte de liquidation est pris par les associés réunis en assemblée générale avec la participation au vote de chacun d'entre eux ; cette participation au vote est un droit individuel et propre à chaque associé et, par voie de conséquence, sa violation peut donner lieu à des recours contre les auteurs de cette violation.

Certes, l'expulsion de M. Diallo a visé le gérant, organe des deux sociétés, dont il est allégué que la présence et la conduite compromettaient l'ordre public zaïrois ; toutefois, elle a concerné, à travers la même personne, non seulement le gérant, mais aussi le surveillant et contrôleur ainsi que l'associé. Si les activités de gérant se rattachent aux sociétés et ont été exclues du champ de la présente instance par l'arrêt précité du 24 mai 2007, les autres activités de l'associé constituent des droits propres de M. Diallo, lequel peut les faire valoir et demander la mise en œuvre des voies et moyens de leur protection, y compris la protection diplomatique par la Guinée.

2.7. Le problème de l'expropriation indirecte et de ses conséquences

On sait que les règles du droit international relatives à l'expropriation ont évolué pour consacrer, après une période de controverses, cette notion d'expropriation indirecte à travers les sentences de plusieurs instances juridictionnelles (tribunaux arbitraux sous l'égide du CIRDI ou de la Chambre de commerce international, Tribunal irano-américain, Cour interaméricaine des droits de l'homme, Cour européenne des droits de l'homme, etc.) et aussi à travers les études doctrinales (parmi une abondante littérature citons notamment R. Dolzer, «Indirect Expropriation of Alien Property», *ICSID Review Foreign Investment Law Journal*, 1986, p. 33 ; A. K. Hoffmann, «Indirect Expropriation, dans A. Reinisch (dir. publ.), *Standards of Investment Protection*, Oxford University Press, 2008, p. 151 ; Y. Nouvel, «Les mesures équivalant à une expropriation dans la pratique récente des tribunaux arbitraux», *RGDIP*, 2002, p. 79 et B. Stern, «In search of the Frontiers of Indirect Expropriation», dans *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: the Fordham papers*, 2007, 2008, p. 29).

Dans le cas d'espèce, chacune des différentes mesures prises à l'encontre de M. Diallo (rupture de contrats, interpellation ou arrestation, blocage ou refus d'honorer les créances, déni de justice, expulsion) ne constitue pas, par elle-même, une mesure d'expropriation. Toutefois, l'addition de ces mesures couronnée par l'expulsion a fini par avoir des effets équivalents, ce qui permet de parler d'une expropriation indirecte. Les droits de propriété — et plus précisément les parts sociales de M. Diallo — n'ont pas été visés directement par chacune de ces mesures, mais ils ont été mis en péril par le fait que leur propriétaire a été dans l'impossibilité, matérielle et juridique, d'entreprendre les actes de gestion nécessaires pour les sauvegarder et *a fortiori* les faire fructifier. Il est devenu le propriétaire de sociétés transformées en coquilles vides au fur et à mesure que le temps s'est écoulé.

Etant devenu le seul associé, directement ou indirectement, et parce que la situation de fait a entraîné la disparition ou quasi-disparition des sociétés, M. Diallo supporte dans son propre patrimoine la presque totalité du préjudice subi par ses sociétés. A ce titre, il s'agit bien d'une atteinte à ses droits d'associé tels qu'ils ont été définis et dans les limites posées par l'arrêt de la Cour du 24 mai 2007 sur les exceptions préliminaires. Ajoutons à cela que la disparition ou quasi-disparition des deux sociétés empêche celles-ci d'exercer les recours appropriés permettant de faire valoir leurs droits, ce qui soulève une question importante méritant quelques explications.

La Cour a déjà abordé ce problème de la disparition de société dans l'affaire de la *Barcelona Traction* et elle a dégagé un certain nombre d'éléments ou de critères ayant guidé sa démarche. La présente affaire donne à la Cour l'occasion de mieux éclairer sa démarche en précisant davantage les éléments et critères avancés auparavant.

On sait que par lettre adressée le 31 janvier 2007 à la Cour, la RDC a informé celle-ci que la société Africom avait cessé toutes ses activités au milieu des années 1980, ce qui aurait mené à la radiation de son immatriculation au registre de commerce (paragraphe 22 de l'arrêt du 24 mai 2007). Il s'agissait alors d'un élément nouveau — survenu depuis la fin de la procédure orale concernant les exceptions préliminaires ; il est de nature à avoir des conséquences directes sur la question de la protection diplomatique des associés qui se situerait désormais sur un autre terrain que celui plus étroit sur lequel s'est situé l'arrêt précité.

En effet, les termes de la lettre du défendeur se sont confirmés dans la pratique, non seulement pour la société Africom, mais aussi pour la société Africontainers, car, ainsi que nous l'avons relevé précédemment, des sociétés restées inactives depuis près de quinze années (1996-2010) ont en fait cessé d'exister. Cela oblige à s'interroger sur la nature de cette disparition qui crée une situation nouvelle où il n'y a pratiquement plus de possibilité pour l'une ou l'autre société, ou les deux, de faire valoir directement leurs droits par elles-mêmes et de défendre ainsi, indirectement, les droits et intérêts de leur associé unique. Cette impossibilité de toute action par l'intermédiaire de la société priverait l'associé unique de tout recours si on lui refusait le jeu de la protection diplomatique par la Guinée ; on se trouverait devant une solution contraire non seulement à l'équité mais aussi aux principes fondamentaux régissant les droits de la défense et les droits de l'homme. Ce problème a préoccupé la Cour, la doctrine et la Commission du droit international et un bref rappel est utile pour en saisir la portée.

Dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, la Cour l'évoque très précisément en tant que première exception à la règle classique de la protection diplomatique dans le paragraphe 64 où elle déclare ceci:

«La Cour recherchera maintenant s'il existe en l'espèce d'autres circonstances spéciales où la règle générale pourrait ne pas avoir effet. Deux situations particulières lui paraissent devoir retenir l'attention à ce sujet : *le cas où la société aurait cessé d'exister*, le cas où l'Etat national de la société n'aurait pas qualité pour agir en faveur de celle-ci.» (Affaire de la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique c. Espagne)*, deuxième phase, arrêt, C.I.J Recueil 1970. p. 40, par. 64 ; les italiques sont de moi.)

Puis elle analyse la situation dans les paragraphes 65 à 68. Certes, elle conclut dans cette affaire que la société n'a pas disparu et, de ce fait, l'invocation de cette exception ne pouvait pas être pertinente en l'espèce. On peut inférer du raisonnement de la Cour que, si l'hypothèse de la disparition avait été établie, on serait en présence d'une situation où l'exception serait prise en considération. En effet, la Cour indique clairement dans le paragraphe 66 de l'arrêt que :

«la disparition de la société en droit prive les actionnaires de la possibilité d'un recours par l'intermédiaire de la société ; c'est uniquement quand toute possibilité de ce genre leur est fermée que la question d'un droit d'action indépendant peut se poser pour eux et pour leur gouvernement» (*ibid.*, p. 41, par. 66).

Dans son opinion individuelle jointe à l'arrêt, le juge Fitzmaurice a bien analysé le problème en évoquant la situation où une société est

«dans l'incapacité *de facto* de protéger ses intérêts et, partant, ceux des actionnaires. Il est évident que, dans les cas de ce genre, aucune intervention ni réclamation pour le compte de la *société* elle-même ne saurait par hypothèse être possible sur le plan international puisque, d'une part, il s'agit d'une société nationale et non étrangère et que, d'autre part, l'autorité à laquelle la société devrait pouvoir s'adresser pour obtenir appui ou protection est précisément l'auteur du préjudice... La personne morale étant devenue impuissante et incapable d'agir utilement, les actionnaires viennent en quelque sorte se substituer à la direction pour assurer la protection des intérêts de la société par tous les moyens légaux qui leur sont ouverts.» (*Ibid.*, opinion individuelle du juge Fitzmaurice, p. 72, par. 14 ; note de bas de page omise.)

Dans la mesure où, en la présente instance, il se confirme que l'une ou l'autre ou les deux sociétés auraient disparu, on se retrouve alors dans la première exception examinée par la Cour permettant d'ouvrir la voie au jeu de la protection diplomatique. Ce point de vue, très largement partagé au sein de la doctrine, est également repris dans le projet d'articles adopté par la Commission du droit international en 2006 en tant que première exception à la règle générale de la protection diplomatique en s'inspirant de la position de la Cour. Selon l'article 11 du projet:

«Un Etat de nationalité des actionnaires d'une société ne peut exercer sa protection diplomatique à l'égard desdits actionnaires lorsqu'un préjudice est causé à la société que :

- a) si la société a cessé d'exister d'après la loi de l'Etat où elle s'est constituée pour un motif sans rapport avec le préjudice.»

En l'espèce, il semble bien que l'on soit en présence d'une telle situation même si beaucoup d'éléments d'informations demeurent encore incertains, ne serait-ce que pour déterminer si les sociétés ont effectivement cessé d'exister, quand et comment. Il reste que cette situation aurait dû être clarifiée davantage par la Cour.

Au plan des faits, les Parties sont d'accord pour constater que les sociétés ont cessé d'exister, puisqu'elles n'ont aucune activité depuis que leur gérant a été expulsé. Elles divergent sur les dates auxquelles les sociétés ont cessé d'exister effectivement et surtout sur le problème de leur existence juridique, ce dernier point nécessitant de voir quel est l'état de la question.

On sait que, dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, la Cour s'était déjà penchée sur ce problème de disparition de société et elle a indiqué la démarche à suivre pour savoir si une société a ou non cessé d'exister, en adoptant une solution considérée comme plus stricte que celle prévalant auparavant, comme l'a rappelé la Commission du droit international dans son commentaire de l'article 11 (rapport de la CDI de 2006, p. 62). La position de la Cour ressort clairement des paragraphes 65, 66 et 67 de l'arrêt dont les extraits pertinents méritent d'être cités :

«65. Il est néanmoins constant que cette société a perdu tous ses avoirs en Espagne et qu'elle a été placée sous *receivership* au Canada, un *receiver* et administrateur ayant été désigné. Il est incontesté qu'elle a été entièrement paralysée au point de vue économique...

66. On ne saurait néanmoins soutenir que la société a disparu comme personne morale ni qu'elle a perdu la capacité d'exercer l'action sociale. Elle était libre de se prévaloir de sa capacité devant les tribunaux espagnols et elle l'a fait. Elle n'est donc pas devenue juridiquement incapable de défendre ses propres droits ni les intérêts de ses actionnaires... Seule la disparition de la société en droit prive les actionnaires de la possibilité d'un recours par l'intermédiaire de la société ; c'est uniquement quand toute possibilité de ce genre leur est fermée que la question d'un droit d'action indépendant peut se poser pour eux et pour leur gouvernement.

67. En l'espèce la *Barcelona Traction* est sous *receivership* dans le pays où elle a été constituée. Loin de laisser supposer que la personne morale ou ses droits se soient éteints, cette situation indique plutôt que ces droits subsistent tant qu'il n'y a pas liquidation. Bien qu'en état de *receivership*, la société continue d'exister. De plus, il est de notoriété publique que ses actions étaient cotées en bourse encore récemment.»

Qu'en est-il de l'application de ces critères dans la présente affaire ? Il suffit de comparer terme à terme les situations de la société *Barcelona Traction* et des sociétés de M. Diallo pour que les conclusions apparaissent assez clairement :

- d'une part, si la société *Barcelona Traction* a cessé d'exister au lieu de ses activités (Espagne), elle n'avait pas cessé d'exister au lieu de sa constitution (Canada), alors que les deux sociétés de M. Diallo ont cessé d'exister *de facto* au lieu unique de leur activité et de leur constitution (République démocratique du Congo), en raison des agissements des autorités congolaises ;
- d'autre part, la société *Barcelona Traction* n'était pas devenue juridiquement incapable de défendre ses propres droits ni les intérêts de ses actionnaires et l'administrateur nommé par les tribunaux canadiens était à même d'exercer tous les recours appropriés, alors que, à l'évidence, les deux sociétés de M. Diallo sont devenues incapables de se défendre parce que leur gérant est mis dans l'impossibilité, physique et juridique, d'agir par les autorités congolaises.

Pour tous ces éléments de fait et de droit, et contrairement à la situation prévalant dans l'affaire de la *Barcelona Traction* (paragraphe 68 de l'arrêt de 1970), dans la présente affaire les conditions semblent réunies pour permettre à la Guinée d'exercer sa protection diplomatique à l'égard de l'associé, M. Diallo, désormais seul détenteur des actifs des sociétés (le voile social ayant disparu), tout en restant dans la ligne de l'arrêt du 24 mai 2007 sur les exceptions préliminaires.

3. LE DROIT À RÉPARATION

Naturellement, je partage les conclusions de la Cour sur les violations des droits de l'homme dont a été victime M. Diallo et sur la nécessité d'une indemnisation dans les conditions indiquées dans le dispositif de l'arrêt, tout en estimant que la Cour aurait pu retenir ces mêmes conclusions sur les violations identiques qui ont eu lieu pendant la période antérieure à 1995-1996. En revanche, à la lumière des développements qui précèdent et qui montrent que M. Diallo a été victime de préjudices matériels et moraux découlant des différentes violations de ses droits de l'homme ainsi que de ses droits d'associé, ma position s'écarte de la conclusion très restrictive de la Cour qui exclut toute violation des droits d'associé de M. Diallo et écarte donc toute réparation à ce titre.

(Signé) Ahmed MAHIOU.

OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE AD HOC MAMPUYA

Exigence de l'existence d'un différend interétatique comme condition préalable à tout recours judiciaire et nouveauté de certaines réclamations.

Paragraphe 1 b) de l'article 36 de la convention de Vienne — Contenu et sens de l'obligation d'informer — Nature et portée de l'obligation d'informer l'étranger arrêté ou détenu contenue dans l'article 36 à la lumière de l'objet et du but de la convention de 1963 — La spécificité des droits énoncés à l'article 36, paragraphe 1, et l'interdépendance des trois droits énoncés à l'alinéa b) — En l'absence d'un préjudice matériel, la déclaration par la Cour du caractère illicite du comportement de la République démocratique du Congo aurait dû constituer une réparation suffisante du préjudice subi.

Régularité de l'expulsion : l'article 13 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (le Pacte ou PIDC) exige seulement que l'expulsion doit être décidée «conformément à la loi» — Le caractère arbitraire n'est pas prévu par l'article 13 du PIDC : la Cour ajoute une condition supplémentaire à celles qu'énumère le PIDC pour la régularité d'une expulsion. Le caractère «arbitraire» se rapporte seulement aux arrestations ou détentions dans le cadre du paragraphe 1 de l'article 9 du Pacte.

Droits propres d'actionnaire — Exigibilité ou opposabilité des droits propres d'associé. Notion d'ingérence dans le droit des sociétés — Exigibilité ou opposabilité des droits propres d'associé — Notion d'ingérence.

La mission de la Cour est de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis ; la Cour ne peut exercer sa compétence contentieuse que s'il existe réellement un différend entre les Parties. La Cour ne connaît des faits qu'à travers le différend interétatique né à propos de ces faits ; une argumentation développée à l'audience ne peut être la preuve de l'existence d'un différend entre les Parties.

L'alinéa b) du paragraphe 1 de l'article 36 de la convention de Vienne sur les relations consulaires contient trois éléments distincts mais liés entre eux. Les conclusions à tirer en droit de cette interdépendance dépendent nécessairement des faits de l'espèce. Il faut examiner l'interdépendance de ces trois éléments à la lumière des faits et circonstances particuliers de la présente espèce.

Un dommage purement moral et immatériel peut être réparé par des «satisfactions» purement morales. Selon une jurisprudence abondante, la déclaration par le juge du caractère illicite du comportement d'un Etat constitue une réparation suffisante du préjudice subi.

Les instruments internationaux appliqués dans la présente espèce ne visent pas une expulsion «arbitraire» ; la notion d'arbitraire ne découle pas de l'illégalité alléguée d'un acte. Le caractère arbitraire d'une mesure relevant d'une prérogative aussi discrétionnaire pour un Etat que la détermination des conditions d'accès ou d'acceptation des étrangers sur son territoire, donc en matière d'expulsion doit être établie et non présumée ou déduite de l'illégalité prétendue de la mesure. Le droit laisse aux Etats une latitude certaine pour définir ce qui, pour appliquer une mesure d'expulsion, correspond ou non aux exigences de leur ordre public ou de leur sécurité nationale.

Droits propres de l'actionnaire et intérêts de l'actionnaire. Les prétendus faits internationalement illicites doivent avoir été dirigés directement contre les droits propres de

l'associé comme tels. Les droits propres d'associé ne sont exigibles qu'à l'égard de la société et dans le cadre de ses rapports avec les associés, les actes d'un tiers ne peuvent être considérés comme attentatoires aux droits propres d'associé «comme tels» que s'ils représentent des actes d'ingérence dans le fonctionnement de la société ou dans les rapports entre cette dernière et ses associés.

C'est avec un réel regret que je n'ai pu, dans cette affaire, suivre en tout la majorité de la Cour. Mais comme juge, même *ad hoc*, je n'ai pas voté contre la conclusion principale de l'arrêt condamnant la République démocratique du Congo pour violation de certaines obligations à l'égard des droits individuels du ressortissant guinéen, montrant par là que, tout comme lors de l'examen des exceptions préliminaires, je n'ai aucun problème avec l'affirmation et la sauvegarde universelles des droits de l'homme.

Il ne s'agit donc pas ici de contester les dispositions de l'arrêt relatives à cette importante question, mais d'exprimer quelques réserves sur certains points tranchés par la Cour, tandis que je ne suis pas d'accord avec la majorité en certains de ses raisonnements et, parfois, en certaines de ses conclusions.

Mes réserves

1. Il me tenait à cœur de, avant toute autre chose, exposer mes réserves, après mon désaccord déjà exprimé lors de l'arrêt du 24 mai 2007 sur les exceptions préliminaires, concernant une question qui me paraît avoir une importance juridique incontestable en droit judiciaire international, en rapport avec une pratique de la Cour devenue un véritable principe procédural, confirmé par une jurisprudence constante de la Cour mais qui a semblé avoir été abandonné dans son arrêt de 2007 dans cette même affaire. Il s'agit de la condition préalable à toute saisine de la Cour par requête unilatérale : le fait qu'il doit exister, en particulier pour l'exercice de la protection diplomatique, *un différend entre les Etats concernés*, l'Etat d'origine de la personne dont il est prétendu que les droits ont été violés et l'Etat de sa résidence auteur des faits prétendus internationalement illicites.

2. J'avais alors la crainte, dans un intérêt purement juridique, de voir ainsi naître un revirement injustifié de jurisprudence en la matière ; le fait que, depuis, les Etats n'ont pas abandonné cette exigence (voir en particulier les exceptions préliminaires de la Russie dans l'affaire relative à l'*Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie)*, exceptions préliminaires de la Fédération de Russie, par. 3.17-3.23) m'encourage à rappeler le bien-fondé de l'opinion que j'exprimais à cette époque.

Ainsi que je l'avais déjà indiqué dans mon opinion individuelle lors de l'arrêt sur les exceptions préliminaires,

«La pratique diplomatique est constante : toute action internationale, même si elle porte sur des faits relatifs à une situation conventionnelle bilatérale, est toujours précédée de «représentations diplomatiques», qui ne se confondent pas avec l'épuisement des recours internes. Sur ce point, la jurisprudence est également constante depuis l'arrêt de la Cour Permanente dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine*, qui définit le différend comme «un désaccord sur un point de droit ou de fait, une contradiction, une opposition de thèses juridiques ou d'intérêts.» (1924, arrêt, C.P.J.I. série A n° 2, fascicule n° 2, p. 11.)»

Le différend naît lorsqu'un désaccord surgit entre les thèses soutenues par les parties en rapport avec un fait jugé par l'une d'elles comme illicite ; juridiquement, c'est ce différend, plus que le fait lui-même, qui fait l'objet de l'instance, et c'est à travers le différend que la Cour va connaître des faits (affaire *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2007 (II), p. 636-644).

3. De fait, de l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine* à celle des *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda)*, en 2006, la position de la Cour n'avait pas varié, jusqu'à cet arrêt sur les exceptions préliminaires dans la présente affaire. En effet, dans cette décision, la Cour avait cru fondé de connaître de la requête guinéenne sans au préalable avoir établi que, au-delà des faits dont M. Diallo aurait été victime de la part du Congo ; ces derniers, par ailleurs illicites, avaient fait naître un différend interétatique entre la Guinée et le Congo, la seule qualification sous laquelle la Cour peut être saisie de tel ou de tel fait par voie de requête. Ce faisant, elle s'est comportée comme si dorénavant cette condition ne devrait plus être exigée ; ce qui aurait constitué un véritable revirement d'une jurisprudence jamais auparavant démentie.

4. Heureusement, dans ses exceptions préliminaires en l'affaire relative à l'*Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie)*, la Fédération de Russie indique bien, dans le respect de la tradition jurisprudentielle, que cette exigence figure toujours comme la condition préalable de la régularité de toute saisine de la Cour (par. 3.17) ; elle y dit ce qui suit :

«La Cour, comme organe juridictionnel, a pour tâche de résoudre des différends existant entre Etats. L'existence d'un différend est donc la condition première de l'exercice de sa fonction judiciaire ; on ne peut se contenter à cet égard des affirmations d'une partie car «l'existence d'un différend international demande à être établie objectivement» par la Cour.» (*Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France, arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 476, par. 58, citant Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie, première phase, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1950, p. 74, par. 55.)*)

ajoutant que :

«L'article 38 du Statut dispose que la mission de la Cour est de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis ; en dehors de l'article 38 lui-même, d'autres dispositions du Statut et du Règlement indiquent aussi que la Cour ne peut exercer sa compétence contentieuse que s'il existe réellement *un différend entre les parties...*» (*Ibid.*, p. 477, par. 60 ; les italiques sont de moi.)

A l'occasion de l'ordonnance rendue en indication des mesures conservatoires en la même instance, dans une opinion dissidente commune, sept juges se sont prononcés dans le même sens. En effet, en affirmant que la convention querellée impose un règlement négocié préalable à toute saisine de la Cour, ils confirment la condition qu'il doit exister un différend entre les Parties touchant l'interprétation ou l'application de ladite convention (affaire relative à l'*Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie)*, mesures conservatoires, ordonnance du 15 octobre 2008, opinion dissidente commune des juges Al-Kasawneh, Ranjeva, Shi, Koroma, Tomka, Bennouna et Skotnikov, C.I.J. Recueil 2008, p. 401, par. 6).

Ils dénoncent que :

«D'ailleurs..., ne pouvant trouver aucune preuve que les actes allégués par la Géorgie entraient dans les prévisions de la CIEDR, [la majorité] s'est contentée de constater qu'un différend paraît exister sur l'interprétation et l'application de la CIEDR parce que les deux Parties ont montré leur désaccord sur l'applicabilité des articles 2 et 5 de la Convention.» (*Ibid.*, p. 402, par. 10.)

Contestant par là le fait qu'«une argumentation développée à l'audience devient la preuve de l'existence d'un différend entre les Parties» (*ibid.*).

Les sept juges constatent que, néanmoins,

«La Cour en vient ... à admettre que les questions relevant de la CIEDR devaient être soulevées entre les Parties et elle invoque à ce sujet les contacts bilatéraux entre les Parties et des représentations adressées au Conseil de sécurité (*ibid.*, par. 115), mais la Géorgie n'a à aucun moment accusé la Russie de discrimination raciale. Par conséquent, à notre avis, la substance même de la CIEDR n'a jamais fait débat entre les Parties jusqu'au dépôt d'un recours devant la Cour.» (*Ibid.*, par. 12 ; les italiques sont de moi.)

Comme les auteurs de cette opinion dissidente, je conclus moi-même que, ici, comme alors quand elle a examiné la phase préliminaire de cette affaire *Diallo*, «[i]l est très surprenant que la Cour se soit ainsi débarrassée de cette condition préalable à tout recours judiciaire...» (*ibid.*, par. 13), tandis que je continue par ailleurs de penser qu'il s'agit d'une condition de principe sur laquelle la Cour aurait dû se prononcer même en l'absence d'une objection dans ce sens, d'une exception préliminaire ou de toute autre condition cumulative portant par exemple sur la nécessité de négociation ou d'arbitrage préalable.

5. Cela dit, par rapport au présent arrêt sur le fond, tout en ayant voté avec la majorité sur les violations des articles 9 et 13 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, ainsi que des articles 6 et 12 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, je demeure réservé sur certains développements : ceux relatifs aux comportements des autorités congolaises, développements qui reviennent à des procès d'intention ou à des imputations qui m'ont semblé inutilement malveillantes parce que suspicieuses ou simplement superfétatoires. Par ailleurs, je n'ai pu souscrire ni au raisonnement ni à la partie du dispositif concluant à la violation par le Congo des obligations lui incombant en vertu de l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'article 36 de la convention de Vienne sur les relations consulaires, tandis que, en rapport avec le rejet des griefs guinéens sur les droits propres de M. Diallo en tant qu'associé, souscrivant pleinement à la conclusion de la Cour, j'estime modestement, cependant, que le raisonnement de cette dernière néglige l'argument de principe pour lequel ses griefs devaient être rejetés.

6. Sur le premier point, je me contenterai de redire que de même que la malheureuse réduction par laquelle la Cour avait cru devoir laisser entendre (*Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2007 (II), p. 601, par. 46) que c'est par malveillance, astuce et calcul délibérés que le Congo aurait délivré un procès-verbal de «refoulement» plutôt qu'un procès-verbal d'expulsion m'avait paru gratuite et ne m'avait pas convaincu (*ibid.*, opinion du juge *ad hoc* Mampuya, p. 645) de même, reprise aujourd'hui, elle provoque la même réaction de ma part. Il en est de même de

l'affirmation, qui n'est qu'une conjecture non fondée, selon laquelle il doit être établi «un lien entre l'expulsion de M. Diallo et le fait qu'il ait tenté d'obtenir le recouvrement des créances ... en saisissant à cette fin les juridictions civiles» (paragraphe 82 de l'arrêt). Si une accusation aussi grave peut se comprendre dans la bouche de la demanderesse, la Cour mondiale ne saurait l'assumer sous forme d'une présomption sans fondement.

Ces deux lourdes imputations étaient d'autant moins nécessaires que la conclusion principale de la Cour quant à la régularité ou non de la mesure d'expulsion n'en avait nullement besoin.

7. Ayant ainsi voté avec la majorité de la Cour sur certaines violations attribuées à la République démocratique du Congo, j'ai également adhéré au point 6 du dispositif de l'arrêt sur les réparations dues en conséquence à la Guinée par le Congo. Néanmoins, il me semble que la Cour aurait pu utilement préciser que le préjudice, purement moral et immatériel, retenu en ce qui concerne la prétendue violation par le demandeur de l'obligation du point b) du paragraphe 1 de l'article 36 de la convention de Vienne sur les relations consulaires, violation qui n'a pas produit de dommage matériel, n'appelle qu'une réparation «déclaratoire», morale. En parfaite concordance avec le point 6 du dispositif qui ne prescrit la réparation que pour les violations retenues du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, cette précision aurait servi à montrer que la Cour confirme ce qui, à la suite de sa jurisprudence constante, est devenu un principe. Ainsi, pour ne prendre que le seul exemple suivant dans l'affaire du *Détroit de Corfou* où il était pourtant question de la violation de la souveraineté d'un Etat, lorsque la Cour, à l'unanimité, dit que :

«par les actions de sa marine de guerre dans les eaux albanaises au cours de l'opération des 12 et 13 novembre 1946, le Royaume-Uni a violé la souveraineté de la République populaire d'Albanie, cette constatation par la Cour constituant en elle-même une satisfaction appropriée» (*fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1949, p. 36*).

La doctrine confirme unanimement cette position, par exemple :

«Un dommage purement moral peut être réparé par des «satisfactions» purement morales. La plus simple est la proclamation par le juge du caractère illicite du comportement d'un Etat ; une jurisprudence abondante a déclaré qu'en l'absence d'un préjudice matériel, la déclaration par le juge du caractère illicite d'un comportement constituait une réparation suffisante du préjudice subi (*Détroit de Corfou, C.I.J. Recueil 1949, p. 35*).» (*P. Reuter, Droit International Public, Paris, Presses Universitaires de France, 1983, 6^e éd., p. 268*.)

Tandis que J. Crawford commente que : «Une des formes de satisfaction les plus fréquentes pour dommage moral ou immatériel est la déclaration d'illicéité faite par une cour ou un tribunal compétent.» (Dans son commentaire à l'article 37, paragraphe 2, de la CDI sur la responsabilité de l'Etat.)

8. Par ailleurs, en vue d'alourdir la responsabilité de la défenderesse, la Cour a cru indispensable d'ajouter une caractéristique et, donc, une condition supplémentaire à celles qu'énumère le PIDC pour la régularité d'une expulsion : le caractère «arbitraire» de l'expulsion de M. Diallo, outre qu'elle est jugée illégale. En effet, l'article 13 exige seulement que l'expulsion doit être décidée «conformément à la loi» et l'intéressé doit pouvoir «faire valoir les raisons qui militent contre son expulsion» devant «l'autorité compétente ou [par] une ou plusieurs personnes spécialement désignées par ladite autorité». Il en est de même du paragraphe 4 de l'article 12 de la Charte africaine qui dit que l'étranger «légalement admis sur le territoire d'un Etat partie à la présente Charte ne pourra être expulsé qu'en vertu d'une décision conforme à la loi». Nulle part il

n'y est question d'expulsion «arbitraire», à moins que ce caractère «arbitraire» ne découle de l'illégalité ou soit impliqué par elle. Car des deux choses, l'une. **Soit l'arbitraire découle de l'illégalité, or, manifestement il ne peut en être ainsi ; soit l'arbitraire est différent de l'illégalité.** Dans ce dernier cas, d'une part, il s'ajouterait une condition supplémentaire mais non prévue par l'article 13 du Pacte. En effet, la Cour a bien entendu ajouter cette condition supplémentaire non prévue lorsqu'elle dit :

«D'une part, il faut que la loi nationale applicable soit elle-même compatible avec les autres exigences du Pate et de la Charte africaine ; *d'autre part, une expulsion ne doit pas revêtir un caractère arbitraire...*» (Paragraphe 65 de l'arrêt ; les italiques sont de moi.)

ou lorsqu'elle dit que «la RDC n'a jamais été à même ... de fournir des motifs qui puissent être de nature à donner un fondement convaincant à l'expulsion de M. Diallo» ou qu'elle parle «d'une telle mesure d'expulsion, qui ne repose sur aucun fondement défendable» (paragraphe 82 de l'arrêt). D'autre part, cette condition supplémentaire induit une exigence : celle d'expliquer et de préciser en quoi consisterait alors, en dehors de l'illégalité, le caractère arbitraire.

9. On ne trouve, nulle part dans l'arrêt, aucune de ces préoccupations dont, me semble-t-il, en introduisant cette autre condition liée au caractère arbitraire, la Cour ne pouvait faire l'économie. Notre arrêt se contente de renvoyer à la «jurisprudence interprétative considérable» du Comité des droits de l'homme dont la Cour proclame le caractère «quasi-judiciaire» et «estime devoir accorder une grande considération».

10. Toutefois, les deux notions sont distinctes et doivent être distinguées, car si l'arbitraire peut recouvrir l'illégal, l'inverse n'est pas vrai. Pour ne retenir que la pratique du même Comité des droits de l'Homme, ainsi que le dit dans son opinion individuelle sir N. Rodley :

«La notion de caractère «arbitraire» évoquée au paragraphe 1 de l'article 9 englobe certes la notion d'illégalité. Ce fait ressort à l'évidence du concept même de l'arbitraire et des travaux préparatoires. Je ne vois pas toutefois comment l'inverse serait également vrai. Rien dans les travaux préparatoires ne le justifie non plus.» (Affaire *C. c. Australie*, 2002, n° 900/1999.)

Ceci peut expliquer pourquoi un acte, par exemple une arrestation, parfaitement légal peut être arbitraire et que tout acte illégal n'est pas nécessairement arbitraire. C'est ainsi que le Comité des droits de l'homme le conçoit lorsqu'il dit :

«L'historique de la rédaction du paragraphe 1 de l'article 9 confirme qu'il ne faut pas donner au mot «arbitraire» le sens de «contraire à la loi», mais plutôt l'interpréter plus largement du point de vue de ce qui est inapproprié, injuste et non prévisible.» («Elements of inappropriateness, injustice and lack of predictability», voir communication n° 305/1988, *Hugo van Alphen c. Pays-Bas*, constatations adoptées le 23 juillet 1990, doc. CCPR/C/39/D/305/1988 du 15 août 1990, par. 5.8.)

11. Du reste, il faut remarquer que la «jurisprudence interprétative» du Comité des droits de l'homme à laquelle notre arrêt fait allusion est relative exclusivement à l'interprétation du paragraphe 1 de l'article 9 du Pacte qui distingue l'arrestation ou la détention arbitraire (dans la première phrase) et la privation de liberté non conforme à la loi (deuxième phrase) :

«1. 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 prévue par la loi.»

C'est donc aux seules arrestations ou détentions, dans le cadre du paragraphe 1 de l'article 9 du Pacte, que se rapporte ce caractère «arbitraire». Je citerai, à l'appui de cette affirmation, entre autres, les «jurisprudences» suivantes du Comité : *Gómez Casafranca c. Pérou*, 2003, n° 981/2001 ; *A. c. Australie*, communication n° 560/1993, avis adoptés le 3 avril 1997 ; *Hugo van Alphen c. Pays-Bas*, constatations adoptées le 23 juillet 1990, doc. CCPR/C/39/D/305/1988 du 15 août 1990 ; *Womah Mukong c. Cameroun*, constatations adoptées le 21 juillet 1994, doc. CCPR/C/51/D/458/1991 ; *A. c. Australie*, n° 560/1993 ; *C. c. Australie*, communication n° 900/1999 ; *Baban et al. c. Australie*, n° 1014/2001 ; *Bakhtiyari et al. c. Australie*, n° 1069/2002 ; *Marques contre Angola*, 2005, n° 1128/2002.

12. Si, donc, les auteurs du Pacte avaient voulu prescrire une condition supplémentaire, alors qu'ils utilisaient déjà cette notion d'arbitraire à l'article 9 concernant l'arrestation et la détention, ils l'auraient fait en parlant, à l'article 13, d'une expulsion devant être à la fois conforme à la loi et non arbitraire. Outre qu'un tel caractère, sa nature et son contenu, demanderaient à être établis, force est de constater que, même alors, l'article 13 du Pacte dont la prétendue violation est examinée ici ne vise pas le caractère arbitraire d'une expulsion (du reste difficile à concevoir). Pour autant, ce silence du Pacte et de la Charte africaine ne saurait être considéré ainsi qu'une omission que la Cour s'emploierait à combler ni qu'une erreur qu'elle chercherait à corriger, tandis que la Charte africaine, postérieure de quinze ans au Pacte, aurait pu mentionner cette notion d'arbitraire si telle était la volonté de ses promoteurs. Les auteurs du Pacte et, à leur suite, ceux de la Charte, ont suivi le bon sens qui ne permet pas d'envisager aussi facilement une telle condition qui jugerait d'arbitraire une décision aussi discrétionnaire pour un Etat que celle d'admettre ou non, conformément à sa législation, la présence d'étrangers sur son territoire.

13. Quant à la jurisprudence propre à la matière de l'expulsion, à l'appui de la condition supplémentaire pour une expulsion, de «ne pas avoir un caractère arbitraire», le paragraphe 68 de notre arrêt cite l'article premier du protocole n° 7 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, intitulé «Garanties procédurales en cas d'expulsion d'étrangers». Citée sans exemples de décisions précises l'interprétant dans le sens retenu par la Cour dans la présente instance, cette disposition stipule ce qui suit :

«1. Un étranger résidant régulièrement sur le territoire d'un Etat ne peut en être expulsé qu'en exécution d'une décision prise conformément à la loi et doit pouvoir :

- a) faire valoir les raisons qui militent contre son expulsion,
- b) faire examiner son cas, et
- c) se faire représenter à ces fins devant l'autorité compétente ou une ou plusieurs personnes désignées par cette autorité.»

Nous retrouvons dans cette disposition certes la même substance que l'article 13 du PIDC mais aussi la même question de son interprétation, sans toutefois que rien ne corrobore le fait que la Cour européenne l'ait interprétée comme le fait notre arrêt.

Par contre, si l'on voulait également «instruire à décharge», on pourrait tirer profit du paragraphe 2 du même article qui dispose que : «Un étranger peut être expulsé avant l'exercice des droits énumérés au paragraphe 1 a), b) et c) de cet article lorsque cette expulsion est nécessaire dans l'intérêt de l'ordre public ou est basée sur des motifs de sécurité nationale.» Il y a là un élément qui montre, dans une formule affirmative («un étranger peut être expulsé avant l'exercice des droits énumérés...») et non «ne peut être expulsé avant l'exercice des droits énumérés que...»), qu'une latitude certaine est reconnue aux autorités territoriales, s'agissant, justement, d'une prérogative discrétionnaire que l'on ne saurait, implicitement, limiter même en insinuant son caractère «arbitraire».

Enfin, alors qu'il n'est prévu nulle part ailleurs des «garanties matérielles», l'intitulé de cet article premier du protocole européen, «Garanties procédurales en cas d'expulsion d'étrangers», renseigne clairement que même la convention européenne n'a pas entendu soumettre la mesure d'expulsion à des conditions matérielles, de fond, laissant également comprendre que le contenu de la seule condition proche du fond, «l'intérêt public et motifs de sécurité nationale» est défini discrétionnairement par l'autorité de l'Etat. Il ne me semble pas, dès lors, fondé d'assimiler, comme le fait la Cour (paragraphe 72 de l'arrêt), à une condition stricte de fond l'exigence de motivation de la décision d'expulsion prévue par l'article 15 de l'ordonnance-loi de 1983, dès le moment où seul l'Etat territorial peut définir ce qui est ou non «nécessaire dans l'intérêt de l'ordre public» ou ce qu'est l'exigence de sa «sécurité nationale». Cet argument abondamment exposé par la République démocratique du Congo (contre-mémoire, par. 1.27-1.28) n'a pas retenu l'attention de la Cour.

A présent, j'aborde le point sur lequel porte mon désaccord avec la majorité de la Cour.

Mon désaccord

La prétendue violation de l'obligation en vertu de l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'article 36 de la convention de Vienne sur les relations consulaires.

Contenu et sens de l'obligation d'informer

14. L'article 36, à son paragraphe 1 b), stipule :

«Si l'intéressé en fait la demande, les autorités compétentes de l'Etat de résidence doivent avertir sans retard le poste consulaire de l'Etat d'envoi lorsque, dans sa circonscription consulaire, un ressortissant de cet Etat est arrêté, incarcéré ou mis en état de détention préventive ou toute autre forme de détention. Toute communication adressée au poste consulaire par la personne arrêtée, incarcérée ou mise en état de détention préventive ou toute autre forme de détention doit également être transmise sans retard par lesdites autorités. Celles-ci doivent sans retard informer l'intéressé de ses droits aux termes du présent alinéa.»

Ce qui est spécialement reproché au Congo c'est de ne pas avoir informé directement et «sans tarder» la personne concernée, M. Diallo, de son droit de solliciter, à travers l'ambassade de Guinée à Kinshasa, l'intervention des autorités de son pays. Dans notre arrêt, l'allégation est présentée et la disposition pertinente interprétée dans des termes qui ne me semblent pas tenir compte de tous les éléments pertinents tels que les prescrit la convention. Dans cette dernière, en

effet, ainsi que l'a interprétée la Cour (affaire *LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2001, p. 492, par. 74), le principe de base en matière de protection consulaire est énoncé au paragraphe 1 a) qui concerne le droit de communication et d'accès des fonctionnaires consulaires avec et auprès des ressortissants de l'Etat d'envoi. Ceci me semble important aux fins de la bonne compréhension de la portée de l'obligation de l'Etat de résidence déclinée à l'alinéa b) du même paragraphe.

15. Quant à cette obligation elle-même, elle se présente en trois éléments : les autorités compétentes de l'Etat de résidence doivent nécessairement d'une part, si l'intéressé en fait la demande, notifier l'arrestation au poste consulaire de l'Etat d'envoi ; d'autre part, transmettre toute communication adressée au poste consulaire par la personne incarcérée et, enfin, informer «sans retard» l'intéressé de ses droits. L'interprétation de la Cour étant que le troisième élément, énoncé en dernier dans l'alinéa, est en fait le préalable indispensable à la réalisation des deux autres, l'intéressé devant être informé de son droit, ici énoncé en fin du paragraphe, afin que les deux autres éléments se concrétisent.

16. De la sorte, l'obligation d'informer les autorités consulaires codifiée dans la convention est considérée comme une obligation d'informer le détenu de *son droit de demander* une assistance consulaire ainsi que de *son droit de contacter*, seulement s'il en fait demande, son poste consulaire. Il s'agit d'une obligation positive à la charge de l'Etat dans lequel un ressortissant étranger est détenu. La Cour le juge ainsi, en effet, dans l'affaire *Avena* :

«l'obligation sans équivoque de fournir l'information consulaire en vertu de l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'article 36 n'appelle pas de conjectures sur les préférences de la personne arrêtée, qui pourraient justifier de ne pas l'informer. Elle donne plutôt à la personne arrêtée le droit, une fois informée, de dire qu'elle ne souhaite néanmoins pas que son poste consulaire reçoive une notification.» (*Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2004 (I), p. 46, par. 76.)

Toutefois, la Cour précise au préalable que

«Cet alinéa [alinéa b) du paragraphe 1 de l'article 36] contient trois éléments *distincts* mais *liés* entre eux : le droit de l'intéressé d'être informé sans retard des droits qui lui sont reconnus par ledit alinéa ; le droit du poste consulaire de recevoir sans retard notification de la mise en détention de l'intéressé, si ce dernier en fait la demande ; et l'obligation de l'Etat de résidence de transmettre sans retard toute communication adressée au poste consulaire par la personne détenue.» (*Ibid.*, par. 61 ; les italiques sont de moi.)

Nature et portée de l'obligation d'informer l'étranger arrêté ou détenu contenue dans l'article 36 à la lumière de l'objet et du but de la convention de 1963

17. Certes, dans l'affaire *LaGrand*, la Cour conclut que, compte tenu du libellé de ces dispositions, le paragraphe 1 de l'article 36 crée des droits individuels, estimant que «la clarté de ces dispositions, lues dans leur contexte, ne laisse en rien à désirer» (affaire *LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2001, p. 494, par. 77).

Et c'est, logiquement, à cause de cette supposée «clarté», que la Cour a choisi de ne pas recourir aux règles classiques d'interprétation telles que reprises dans l'article 31 de la convention de Vienne sur le droit des traités.

18. A cet égard, et sans vouloir remettre en cause cette conclusion, je me permets de douter de cette affirmation catégorique de la Cour. Lorsque l'on place la disposition concernée de l'article 36 dans le contexte général de la convention, loin d'être «clairs», son sens et sa portée seraient plutôt à rechercher.

On observe, *premièrement*, que le but et l'objet de la conclusion d'une convention internationale sur les relations consulaires, comme l'indique le préambule, sont de «contribuer ... à favoriser les relations d'amitié entre les pays». *Deuxièmement*, l'article 36, qui est intitulé «Communication avec les ressortissants de l'Etat d'envoi», commence par la phrase : «afin que l'exercice des fonctions consulaires relatives aux ressortissants de l'Etat d'envoi soit facilité». Il est clair que cette clause ramène la portée de l'article 36 à celle d'une disposition destinée uniquement à faciliter l'exercice des fonctions consulaires relatives aux ressortissants de l'Etat d'envoi. *Troisièmement*, en vertu de l'article 5 a) de la convention, les fonctions consulaires consistent notamment à «protéger dans l'Etat de résidence les intérêts de l'Etat d'envoi et de ses ressortissants, personnes physiques et morales, dans les limites admises par le droit international». Par ce contexte des fonctions consulaires, on se rend bien compte que, ici, la règle de l'interprétation selon le sens naturel et ordinaire des termes employés ne peut être absolue. L'interprétation ne devrait pas mettre de côté le but et l'objet de la conclusion d'une convention internationale sur les relations consulaires qui, comme l'indique le préambule, sont de «contribuer ... à favoriser les relations d'amitié entre les pays» et, spécialement, de permettre à l'Etat d'envoi, d'exercer ses fonctions consulaires.

19. Ainsi, d'une part, les indications de la convention elles-mêmes ne semblent pas corroborer la tendance inaugurée par l'interprétation donnée dès 2001 dans l'affaire *LaGrand*, faisant du droit d'être informé reconnu à l'étranger arrêté ou détenu, un droit de l'individu exclusivement, tendance qui assimile purement et simplement cette matière à celle des droits de l'homme pour la soustraire totalement à celle de la protection diplomatique ou consulaire.

Ce n'est donc pas tout à fait sans raison que les Etats-Unis pouvaient interpréter l'article 36, dans le contexte et à la lumière de l'objet et du but de la convention en en concluant que :

«La situation de l'individu au regard de la convention découle du droit reconnu à l'Etat partie à celle-ci, agissant par l'intermédiaire de ses fonctionnaires consulaires, de communiquer avec ses ressortissants. Le traitement réservé aux individus est indissociablement lié au droit de l'Etat et en découle.» (Contre-mémoire des Etats-Unis, p. 84, par. 100.)

20. L'examen des travaux préparatoires confirme cette manière de procéder, il est important de rappeler le débat qui a eu lieu sur l'utilité de mentionner les droits reconnus aux individus, le débat portant surtout sur la façon dont l'alinéa a) du paragraphe 1 de l'article 36 devrait aborder la question de la capacité du ressortissant étranger à communiquer avec un fonctionnaire consulaire.

Le texte initial proposé par la CDI était ainsi rédigé :

«Les autorités compétentes doivent avertir, sans retard injustifié, le consulat compétent de l'Etat d'envoi, lorsque, dans les limites de sa circonscription, un ressortissant de cet Etat est incarcéré ou mis en état de détention préventive ou toute autre forme de détention.» (A/CONF.25/6, Conférence des Nations Unies sur les relations consulaires, vol. II, A/CONF.25/16/Add.1, p. 24.)

Ce texte ne faisait pas mention des droits des individus et le commentaire qui l'accompagnait indiquait clairement que ce qui comptait c'était la capacité des fonctionnaires consulaires à accomplir leurs fonctions

21. Un certain nombre de délégations estimaient que la convention devrait reconnaître le droit personnel d'un ressortissant étranger de communiquer avec les fonctionnaires consulaires de son pays, mais cette question a donné lieu à une grande controverse qui n'a pas permis de dégager un consensus clair. Au cours des négociations sur l'article 36, la délégation du Venezuela s'est opposée à la première phrase du paragraphe 1 *a*) du projet de la CDI qui concernait les droits des ressortissants de l'Etat d'envoi de communiquer avec le consulat compétent et de s'y rendre, en soutenant que cette phrase n'était pas à sa place dans une convention sur les relations consulaires, précisant que :

«les étrangers qui se trouv[ai]ent dans l'Etat de résidence [devaient] être soumis à la juridiction de cet Etat et qu'il n'y [avait] pas lieu de les viser dans une convention sur les relations consulaires» (Conférence des Nations Unies sur les relations consulaires, vol. I, comptes rendus analytiques des séances plénières et des séances de la première et de la deuxième commission, A/CONF.25/16, p. 358, par. 32 (séance du 14 mars 1963 de la deuxième commission)).

22. C'est ainsi que l'on aboutit à inverser l'ordre de présentation de l'alinéa *a*) du paragraphe 1 de l'article 36 de sorte qu'il mentionne d'abord le droit du consul à communiquer avec l'individu et ensuite le droit de l'individu à communiquer avec le consul. (*Ibid.*, p. 361, par. 2, amendement proposé par le Venezuela et d'autres Etats.)

De ce fait, ce qui est mis en relief c'est que la situation de l'individu au regard de la convention découle du droit reconnu à l'Etat partie à celle-ci, agissant par l'intermédiaire de ses fonctionnaires consulaires, de communiquer avec ses ressortissants, le traitement réservé aux individus étant indissociablement lié au droit de l'Etat, il en découle.

La spécificité des droits énoncés à l'article 36, paragraphe 1, et l'interdépendance des trois droits énoncés à l'alinéa *b*)

23. Nous avons vu que, dans l'affaire *Avena*, la Cour établissait un lien entre les trois éléments énoncés à l'alinéa *b*) du paragraphe 1 de l'article 36, même si elle affirmait qu'ils étaient distincts ; il faut dire qu'elle l'avait déjà fait dans l'affaire *LaGrand* dans des termes très explicites qui qualifiaient ce lien comme une interdépendance (*C.I.J. Recueil 2001*, p. 492, par. 74). Mais, dans l'affaire *Avena*, la Cour ajoutait quelque chose d'extrêmement important :

«Les conclusions à tirer en droit de cette interdépendance dépendent nécessairement des faits de l'espèce... Il y a lieu de réexaminer l'interdépendance des trois alinéas du paragraphe 1 de l'article 36 à la lumière des faits et circonstances particuliers de la présente espèce.» (Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. Etats-Unis d'Amérique), arrêt, C.I.J. Recueil 2004 (I), p. 52, par. 99-100 ; les italiques sont de moi.)

Par rapport à cela, on sait que la République démocratique du Congo soutenait qu'il découle du lien d'interdépendance entre le droit à l'information de l'Etat d'envoi ou de la nationalité et le droit à l'information de l'étranger incarcéré ou détenu que «si ce droit n'a pas été violé à l'égard de la Guinée, il n'a pu l'être à l'égard de M. Diallo» (réponse de la République démocratique du Congo à la question posée par un juge, voir document GC 2010/15).

Pour la défenderesse, en effet, l'alinéa *b*) du paragraphe 1 de l'article 36 de la convention de Vienne crée certes un «droit individuel» (*LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2001*, p. 494, par. 77), mais un lien qui est inextricablement lié au droit de l'Etat d'envoi de communiquer avec ses ressortissants par l'intermédiaire des agents consulaires. Elle

fait valoir, pour cela, que, en dépit de sa dimension individuelle, ce droit demeure étroitement lié à ceux de l'Etat lui-même. Finalement, la République démocratique du Congo soutient que l'individu et son Etat d'envoi sont mutuellement titulaires du droit à l'information (GC 2010/15, 27 avril 2010, p. 1-2). C'est ce qui lui permet de mettre en exergue le fait que le but de ce droit à l'information est de faciliter l'exercice des fonctions consulaires relatives aux ressortissants de l'Etat d'envoi, ce qui confirme que ce droit individuel est étroitement lié aux droits de l'Etat lui-même et que le traitement réservé aux individus est indissociablement lié au droit de l'Etat et en découle.

24. Comme dans l'affaire *Avena*, la Cour, plutôt que d'en faire une lecture première fondée sur une «clarté» dont l'analyse fait pour tout le moins douter, aurait pu utilement procéder à une interprétation de l'article 36, paragraphe 1, alinéa b), par rapport à son contexte et par rapport à l'interdépendance des droits qui y sont énoncés, à la lumière des faits et circonstances particuliers de l'affaire qui oppose la Guinée à la République démocratique du Congo comme le recommande la Cour elle-même dans son arrêt *Avena*. Ne pas le faire a conduit la Cour à appliquer des considérations purement théoriques. A cet égard, il faut souligner que la Guinée défend sa position en se basant sur l'interprétation que la Cour a faite de cette disposition conventionnelle dans l'affaire *LaGrand* et l'affaire *Avena*, même si les problèmes juridiques qui s'étaient posés ainsi que les circonstances desdites affaires diffèrent sensiblement de ceux du cas d'espèce.

Les faits et circonstances de la présente espèce montrent, au contraire des deux affaires susmentionnées, que le fait que la République démocratique du Congo n'ait pas informé M. Diallo de ses droits n'a pas empêché la Guinée d'exercer le droit qui lui confère le paragraphe 1 de l'article 36. Certes, cette information «aurait pu faciliter la mise en œuvre du système de protection consulaire» (voir affaire *LaGrand*, par. 74), mais, dans la perspective de l'objet de l'obligation pesant sur l'Etat de résidence, on ne peut être indifférent au fait que les autorités guinéennes soient incontestablement informées ou, surtout, qu'elles aient pu, comme elles le reconnaissent elles-mêmes, exercer leur fonction consulaire. De telle sorte que le manque d'information ne pouvait avoir pour effet l'impossibilité pour la Guinée d'exercer ses droits de protection consulaire de son ressortissant. De fait, nous sommes bien dans un cas où la situation de M. Diallo n'était certainement pas ignorée des autorités guinéennes qui en ont été au courant dans le temps «utile» où elles auraient pu agir, quitte à reprocher aux autorités congolaises, si tel était bien le cas, de ne pas avoir respecté la procédure en la matière. Le cas que nous avons ici n'est donc pas le même que celui des frères *LaGrand* dont le sort fut en quelque sorte caché et est resté ignoré des autorités allemandes tout le temps où une action diplomatique était encore possible ; l'Allemagne a été empêchée d'agir par l'omission américaine d'informer les frères *LaGrand* de leurs droits. Il n'est donc pas totalement fondé de déconsidérer sans autre forme de procès l'argument congolais selon lequel l'information aurait été donnée verbalement. Pour une information qui, effectivement, ne peut être donnée que verbalement, on ne peut parler d'absence de «commencement de preuve» ni de tout autre élément qui étayerait un comportement verbal. On aurait dû considérer comme sans valeur une déclaration de l'intéressé, M. Diallo, interrogé treize ans après les événements, prétendant pour la première fois que les autorités congolaises ne l'avaient pas informé de son droit de demander la protection de l'ambassade de son pays (réplique de la République de Guinée, vol. II, annexe I : procès-verbal d'audition de M. Ahmadou Sadio Diallo, établi le 29 octobre 2008 par M^{es} Boubacar Télimélé Sylla et Aboubacar Camara). D'autant plus qu'il n'y a pas eu de preuve contraire, impossible d'ailleurs à administrer, et que la prétendue violation de l'article 36, paragraphe 1, alinéa b), de cette convention par le Congo n'a causé aucun préjudice à la Guinée, ne l'ayant pas empêchée d'être au courant de l'incarcération et, plus tard, de l'expulsion de M. Diallo et, donc de le protéger.

Ma position sur les prétendues violations des droits propres d'associé de M. Diallo

25. Selon la République démocratique du Congo, la question qui se pose est celle de savoir si «l'expulsion de M. Diallo du territoire congolais aurait entraîné une violation des droits propres de M. Diallo en tant qu'associé dans les sociétés Africom-Zaïre et Africontainers» (contre-mémoire de la République démocratique du Congo, par. 2.02 ; duplique de la République démocratique du Congo, par. 2.05). Elle fait observer à cet égard qu'en ordonnant l'expulsion de M. Diallo en 1996, elle n'a porté atteinte à aucun droit propre de cet individu en tant qu'associé. Il s'agit donc de savoir si la République démocratique du Congo a posé des actes visant ou non directement les droits propres de M. Diallo.

Exigibilité ou opposabilité des droits propres d'associé

26. La Guinée assimile une atteinte aux droits de la société, entraînant un préjudice pour les actionnaires, à la violation de leurs droits propres, c'est-à-dire, elle assimile une violation des droits des sociétés Africom-Zaïre et Africontainers-Zaïre à une violation des droits de M. Diallo. Par contre, une telle confusion altère le régime général de la protection diplomatique qui, quant à lui, subordonne toujours la recevabilité d'une réclamation en faveur d'actionnaires d'une société étrangère à une violation des «droits propres» de ces actionnaires «en tant que tels».

A cet égard la Guinée a prétendu, comme lors de l'arrêt du 24 mai 2007, que l'arrestation, la détention et l'expulsion de M. Diallo ont non seulement eu pour effet «de l'empêcher de continuer à administrer, à gérer et à contrôler toutes les opérations des sociétés Africom-Zaïre et Africontainers-Zaïre», mais ont précisément été motivées par la volonté de l'empêcher d'exercer ces droits, de poursuivre les actions en justice initiées pour lesdites sociétés et de récupérer, ce faisant, leurs créances.

27. Certes, l'expulsion est une mesure contre l'individu qui a pu avoir une incidence dans sa situation d'associé. Ceci ne suffit pas, comme la Cour a statué dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, pour engager la responsabilité d'un Etat. Il faudrait examiner si les mesures prises par la République démocratique du Congo étaient directement dirigées contre les droits de M. Diallo en tant qu'associé, ou si par contre, elles étaient dirigées contre l'individu et collatéralement ont pu affecter ses droits d'associé ou leur exercice.

28. Mais, pour rejeter les réclamations guinéennes, la Cour ne reprend que ce raisonnement qu'elle avait déjà suivi dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, la possibilité de principe de déposer une réclamation pour l'Etat national dans l'hypothèse où les actes incriminés sont dirigés contre les «droits propres des actionnaires en tant que tels». Elle a ainsi procédé à la vérification pour chaque droit revendiqué par la demanderesse, pour voir si le Congo avait pris des actes «dirigés contre [ces] droits en tant que tels» et constater que l'allégation était fausse, erronée parce qu'en fait le droit revendiqué au profit de M. Diallo appartenait aux sociétés (paragraphe 119 de l'arrêt), ou que la décision congolaise n'a pas porté atteinte au droit évoqué (paragraphe 134, 137, 138 et 148 de l'arrêt). La Cour se devait également de répondre aux allégations de la Guinée sur le caractère *intuitu personae* des sociétés concernées. La demanderesse fait valoir que, dans les sociétés privées à responsabilité limitée (SPRL), les parts sociales ne sont pas librement transmissibles, ce qui accentue considérablement le caractère *intuitu personae* de ces sociétés, très différentes à cet égard des sociétés anonymes. Ce caractère aurait été encore plus marqué pour les sociétés Africom-Zaïre et Africontainers-Zaïre dans la mesure où M. Diallo se serait retrouvé être l'unique gérant et le seul associé de celles-ci. Selon la Guinée, «en fait comme en droit, il était impossible de distinguer M. Diallo de ses sociétés» (réplique de la Guinée, par. 2.90 ; affaire *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2007 (II), p. 604, par. 56).

Aux fins de sa démonstration, la Guinée dénonce ce qu'elle appelle «les ingérences de la République démocratique du Congo» «dans le droit de propriété de M. Diallo sur ses parts sociales...», les «ingérences» par les «arrestations et détentions», par les arrestations et l'expulsion, les «ingérences» par l'expropriation des sociétés dont il n'est nulle part tenté de prouver l'existence ainsi que les «ingérences judiciaires».

La Cour répond à ces allégations (particulièrement, aux paragraphes 155-157), en restant fidèle aux solutions développées et adoptées par elle dans l'affaire de la *Barcelona Traction*.

29. Mais, il me semble que c'était l'occasion de réaffirmer le principe, impliqué dans cette démarche, qui est que les droits propres d'associé, qu'ils soient «fonctionnels» ou «patrimoniaux», ne sont exigibles ou opposables qu'à la société elle-même parce qu'ils naissent, se déploient et s'exercent dans le cadre des rapports entre la société et ses associés ou actionnaires ; ils s'analysent ainsi comme des créances de ceux-ci vis-à-vis de celle-là. C'est à cause de cela que lorsqu'ils sont atteints par des actes dirigés contre les droits de la société, l'associé ne peut se retourner que contre cette dernière. C'est également la raison pour laquelle, la responsabilité d'un tiers ne peut être sollicitée que si ses actes ont visé ces droits en tant que tels.

Notion d'ingérence dans le droit des sociétés

30. L'autre règle de principe est celle de la notion d'ingérence qui serait susceptible de porter atteinte aux droits propres d'associé. La Guinée s'y réfère mais en fait une application mal à propos lorsqu'elle allègue des «ingérences dans le droit de propriété de M. Diallo», se traduisant en particulier par les mesures d'arrestation, de détention et d'expulsion, dans la mesure où ces mesures plaçaient M. Diallo dans l'impossibilité «de gérer ses sociétés, de participer aux activités de leurs organes, ainsi que de contrôler ses parts sociale et d'en faire usage» (réplique de la Guinée, par. 2.86-2.88). Par ailleurs, elle fait allusion à des ingérences par lesquelles «les autorités congolaises ont décidé de suspendre l'exécution de l'arrêt rendu en l'affaire *Africontainers c. Zaïre Shell* en faveur de la société demanderesse» (*ibid.*, et paragraphe 150 de l'arrêt). Or, ces «ingérences», pour autant qu'elles soient établies, ne seraient pas dirigées contre les droits d'associé «comme tels», mais pourraient, à la limite, déterminer un éventuel déni de justice, moyen auquel la Guinée a renoncé.

Mais, les «ingérences» susceptibles de porter atteinte aux droits propres d'associé «en tant que tels» sont celles qui interviennent dans le fonctionnement de la société ou dans les rapports entre la société et ses associés. De fait, en tant que les droits propres d'associé ne sont exigibles qu'à l'égard de la société et dans le cadre de ses rapports avec les associés, les actes d'un tiers ne peuvent être considérés comme attentatoires aux droits propres d'associé «comme tels» que s'ils représentent des actes d'ingérence ainsi définis. Aucune logique ne peut faire que des actes visant un associé comme individu, à titre personnel, comme l'arrestation, la détention ou l'expulsion de M. Diallo, se transforment en ingérences dans le sens défini ci-dessus et visant les droits d'associé «en tant que tels» dans le fonctionnement de la société ou dans les rapports entre la société et ses associés.

31. Le Congo donne un bon exemple de telles ingérences en répondant à ces arguments de la Guinée en faisant valoir que celle-ci «n'a pas démontré que la République démocratique du Congo a donné l'ordre à la société Africontainers de ne pas permettre à M. Diallo de contrôler ses opérations» (CR 2010/4, p. 14, par. 15).

Cette thèse est celle développée dans l'affaire de la *Salvador Commercial Co.*, évoquée par les deux Parties, en particulier par la République démocratique du Congo en ses exceptions préliminaires (par. 2.35). Bien que cette affaire semble relever d'un jugement en équité, elle

illustre parfaitement bien la notion d'ingérence. Le tribunal précise, en effet, que les autorités salvadoriennes avaient adopté des mesures qui visaient directement les droits propres des actionnaires vis-à-vis de leur société. La sentence arbitrale, indiquant ces actes d'ingérence, mentionne le remplacement arbitraire d'administrateurs de la société salvadorienne par d'autres administrateurs apparemment à la solde de l'Etat, la convocation de réunions d'organes dirigeants de la société sans avertir les actionnaires américains majoritaires, le refus de laisser consulter certains documents de la société à ces actionnaires, etc. (*Recueil des sentences arbitrales (RSA)*, vol. XV, p. 474-475), constatant que par ces mesures, le Salvador avait entravé directement les droits des actionnaires vis-à-vis de leur société.

32. Par contre, dans les circonstances de la présente espèce, rien ne laisse penser que les autorités congolaises se soient ingérées de cette manière dans le fonctionnement interne des sociétés Africom-Zaïre et Africontainers-Zaïre. La Cour arrive à la même conclusion, mais il m'avait semblé nécessaire de mieux motiver celle-ci que n'a pu le faire le raisonnement quelque peu elliptique déployé dans l'arrêt.

(Signé) Auguste MAMPUYA.
