

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.*

*L'alinéa b) du paragraphe 1 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 établi et non présumé ou déduit de l'illégalité prétendue*

SEPARATE OPINION OF JUDGE *AD HOC* MAMPUYA

[Translation]

*Requirement of the existence of an inter-State dispute as a precondition to any judicial action and novelty of certain claims.*

Paragraph 1 (b) of Article 36 of the Vienna Convention — Content and sense of the obligation to inform — Nature and scope of the obligation contained in Article 36 to inform the arrested or detained alien in the light of the object and purpose of the 1963 Convention — Specificity of the rights identified in Article 36, paragraph 1, and the interrelationship of the three rights set out in subparagraph (b) — In the absence of material injury, a declaration by the Court of the wrongful nature of the Democratic Republic of the Congo's conduct should have constituted sufficient reparation for the injury suffered.

Lawfulness of the expulsion: Article 13 of the International Covenant on Civil and Political Rights (the Covenant or ICCPR) merely stipulates that the decision to expel be taken "in accordance with the law" — Arbitrariness is not contemplated by Article 13 of the ICCPR: the Court imposes a condition additional to those laid down in the ICCPR in order for an expulsion to be lawful — "Arbitrariness" only refers to arrests or detentions in the context of Article 9, paragraph 1, of the Covenant.

Direct rights as shareholder — Enforceability or opposability of an associé's direct rights — Notion of interference in company law — Enforceability or opposability of an associé's direct rights — Notion of interference.

---

The Court's function is to decide, in accordance with international law, such disputes as are submitted to it; the Court can exercise its jurisdiction in contentious proceedings only when a dispute genuinely exists between the Parties. The Court only takes cognizance of the facts through the inter-State dispute in relation to those facts; an argument expounded during the oral proceedings cannot be evidence of the existence of a dispute between the Parties.

Subparagraph (b) of paragraph 1 of Article 36 of the Vienna Convention on Consular Relations contains three separate but interrelated elements. The legal conclusions to be drawn from that interrelationship necessarily depend upon the facts of each case. It is necessary to consider the interrelationship of those three elements in the light of the particular facts and circumstances of the present case.

A purely moral, non-material injury may be redressed by purely moral "satisfaction". There is abundant jurisprudence to show that a declaration by the Court of the wrongful nature of a State's conduct constitutes sufficient reparation for the injury suffered.

The international instruments applied in the present case are not aimed at "arbitrary" expulsion; arbitrariness does not derive from the alleged unlawfulness of an act. The arbitrary character of a measure falling within a prerogative of so discretionary a nature on the part of the State as the determination of the conditions of access or acceptance of foreigners on its territory must therefore, in respect of expulsion, be proved, and not presumed or deduced from the

*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. 3.17-3.22) m'encourage à rappeler le bien-fondé de l'opinion que j'exprimais à cette époque.

*alleged unlawfulness of the measure. The law affords States a certain latitude to define what, in order to enforce an expulsion measure, is or is not required for their public order or national security.*

*Direct rights of the shareholder and interests of the shareholder. The alleged internationally wrongful acts must have been aimed directly at the associés direct rights as such. The associés direct rights are only enforceable against the company and within the context of its relations with the associés; the actions of a third party can only be considered as damaging to the direct rights of an associé "as such" if they represent acts of interference in the operation of the company or in the relations between the latter and its associés.*

It is with real regret that I have found myself unable to concur fully with the majority of the Court in this case. However, as judge — even *ad hoc* — I did not vote against the principal conclusion of the Judgment finding the Democratic Republic of the Congo guilty of violating certain obligations in relation to the individual rights of a Guinean national, thereby demonstrating, just as I did at the preliminary objections stage, that I have no problem with the universal assertion and safeguarding of human rights.

The purpose of this opinion is not therefore to dispute the provisions of the Judgment relating to that important issue, but to express certain reservations in respect of specific points decided by the Court, while disagreeing with some of the reasoning advanced by the majority or, at times, with certain of its conclusions.

#### MY RESERVATIONS

1. Having already voiced my dissent to the 24 May 2007 Judgment on the preliminary objections, I particularly wanted to start by setting out my reservations on a question which I believe to be of undisputed legal significance in international judicial law, concerning a Court practice which has become an established procedural principle — as consistently confirmed by the Court in its jurisprudence — but which was seemingly abandoned in its 2007 Judgment in this case. I am referring to the precondition to any seisin of the Court by unilateral application: there must be, particularly for the exercise of diplomatic protection, *a dispute between the States concerned*, that is, the State of origin of the individual whose rights are alleged to have been violated, and the receiving State, the perpetrator of the alleged internationally wrongful acts.

2. I was concerned at the time, in a purely legal interest, that this would mark the start of an unjustified U-turn in the jurisprudence in this area; the fact that States have since continued to adhere to this requirement (see, in particular, paras. 3.17-3.22 of Russia's preliminary objections in the case concerning *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation)*), is encouragement for me to recall the merits of the opinion I expressed at that time. As I had already pointed out in my

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» (arrêt n° 2, 1924, C.P.J.I. série A 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 illégitime; 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); en l'affaire relative aux *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*, la Cour 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 *Interpréta-*

separate opinion to the Judgment on the preliminary objections, the diplomatic practice is well-established: all international litigation, even if it relates to the facts of a situation covered by a bilateral agreement, is always preceded by “diplomatic representations”, which are not to be confused with exhaustion of local remedies. On this point the jurisprudence has likewise been well-established since the Judgment of the Permanent Court in the *Mavrommatis Palestine Concessions* case, which defines a dispute as “a disagreement on a point of law or fact, a conflict of legal views or of interests” (*Judgment No. 2, 1924, P.C.I.J., Series A, No. 2, p. 11*).

A dispute develops when a conflict arises between the arguments advanced by the parties in respect of an act considered by one of them as wrongful; legally, it is this dispute, rather than the act itself, which forms the subject-matter of the proceedings, and it is through the dispute that the Court will take cognizance of the facts (case concerning *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2007 (II)*, pp. 636-644).

3. In fact, from the *Mavrommatis Palestine Concessions* case to that of *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*, in 2006, the Court’s position remained unchanged, until the Judgment on the preliminary objections in the present case. In that Judgment, the Court found that it was entitled to entertain Guinea’s Application without first having established that the acts allegedly suffered by Mr. Diallo at the hands of the Congo, besides being unlawful, had given rise to an inter-State dispute between Guinea and the Congo, the only circumstance under which any such act can be referred to the Court by means of an application. In so doing, the Court acted as though this requirement would no longer have to be satisfied, which would have constituted a complete about-turn in a jurisprudence which had never previously been contested.

4. Fortunately, in its preliminary objections in the case concerning *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation)*, the Russian Federation makes it clear, in accordance with jurisprudential tradition, that this requirement is still a precondition to the proper referral of any matter to the Court (para. 3.17); in the case concerning the *Nuclear Tests (New Zealand v. France)*, the Court states the following:

“The Court, as a court of law, is called upon to resolve existing disputes between States. Thus the existence of a dispute is the primary condition for the Court to exercise its judicial function; it is not sufficient for one party to assert that there is a dispute, since ‘whether there exists an international dispute is a matter for objective determination’ by the Court” (*Nuclear Tests (New Zealand v. France), Judgment, I.C.J. Reports 1974, p. 476, para. 58, citing*

*tion des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie, première phase, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1950, p. 74.)*

Elle y ajoute :

«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 de mesures conservatoires en l'affaire *Géorgie c. Fédération de Russie*, 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-Khasawneh, 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.*, p. 402, par. 10).

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 ..., 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.*, p. 402, 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

*Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, First Phase, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1950, p. 74).*

It adds there:

“Article 38 of the Court’s Statute provides that its function is ‘to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it’; but not only Article 38 itself but other provisions of the Statute and Rules also make it clear that the Court can exercise its jurisdiction in contentious proceedings only when a dispute genuinely exists *between the parties* . . .” (*Ibid.*, p. 477, para. 60; emphasis added.)

When the Order was made on the indication of provisional measures in the *Georgia v. Russian Federation* case, seven judges expressed their shared view in a joint dissenting opinion. In asserting that the disputed convention prescribes negotiated settlement ahead of any recourse to the Court, they confirm the requirement that there must be a dispute between the parties relating to the interpretation or application of the said convention (case concerning *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation), Provisional Measures, Order of 15 October 2008*, joint dissenting opinion of Judges Al-Khasawneh, Ranjeva, Shi, Koroma, Tomka, Bennouna and Skotnikov, *I.C.J. Reports 2008*, p. 401, para. 6).

The Judges object that:

“[m]oreover, . . . unable to find any evidence that the acts alleged by Georgia fall within the provisions of CERD, [the majority] has been content to observe merely that a dispute appears to exist as to the interpretation and application of CERD because the two Parties have manifested their disagreement over the applicability of Articles 2 and 5 of the Convention.” (*Ibid.*, p. 402, para. 10.)

Thereby contesting the fact that “an argument expounded during oral proceedings has mutated into evidence of the existence of a dispute between the Parties” (*ibid.*, p. 402, para. 10).

The seven judges observe, nevertheless, that

“[t]he Court . . . admits that the questions concerning CERD *should have been raised between the Parties*, referring specifically in this regard to the bilateral contacts between the Parties and certain representations made to the Security Council, even though *nowhere in these has Georgia accused Russia of racial discrimination*. Thus, in our opinion, the very substance of CERD *was never debated between the Parties before the filing of a claim before the Court*.” (*Ibid.*, p. 402, para. 12; emphasis added.)

Like the authors of that dissenting opinion, I myself find it “very surprising that the Court has chosen to disregard this precondition to any



affaire *Diallo*, «[i] est très surprenant que la Cour se soit ainsi débarrassée de cette condition préalable à tout recours judiciaire ...» (*C.I.J. Recueil 2008*, p. 402, 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 7 du dispositif de l'arrêt sur la réparation due 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

judicial action . . .” (*I.C.J. Reports 2008*, p. 402, para. 13) in the present Judgment, just as it did when it considered the preliminary phase of the *Diallo* case, because I still consider it to be a fundamental condition upon which the Court should have ruled, even in the absence of an objection to that effect, a preliminary objection or any other cumulative condition requiring, for example, prior negotiation or arbitration.

5. That said, in respect of the present Judgment on the merits, while I voted with the majority on the violations of Articles 9 and 13 of the International Covenant on Civil and Political Rights and Articles 6 and 12 of the African Charter on Human and Peoples’ Rights, I still have reservations about some of the reasoning, specifically that relating to the conduct of the Congolese authorities, which amounts to little more than suppositions and accusations that, in my view, were unnecessarily malicious, being based on suspicion, or simply redundant. Furthermore, I was unable to subscribe to either the reasoning or the part of the operative clause which finds that the Congo violated the obligations incumbent upon it under Article 36, paragraph 1 (*b*) of the Vienna Convention on Consular Relations, while, in respect of the rejection of Guinea’s complaints concerning Mr. Diallo’s direct rights as *associé*, although I fully subscribe to the Court’s conclusion, it is nevertheless my modest belief that the reasoning behind that conclusion fails to take account of the argument of principle as to why those complaints should be rejected.

6. On the first point, I will confine myself to repeating that, just as the misplaced reductionist reasoning which led the Court to consider it necessary to imply (*Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2007 (II)*, p. 601, para. 46) that the Congo acted out of deliberate malice, cunning and calculated self-interest in issuing a notice of refusal of entry [*refoulement*] rather than a notice of expulsion was, to my mind, gratuitous and unconvincing (*ibid.*, opinion of Judge *ad hoc* Mampuya, p. 645), so too its reiteration in this Judgment provokes the same reaction on my part. The same is true of the assertion, which is merely groundless speculation, that a link must have existed “between Mr. Diallo’s expulsion and the fact that he had attempted to recover debts . . . bringing cases for this purpose before the civil courts” (paragraph 82 of the Judgment). While it is understandable that so serious a charge might lie in the mouth of the Applicant, the World Court cannot endorse such a charge on the basis of an unfounded presumption.

Furthermore, both of these very serious charges were unnecessary, as neither was required in order for the Court to reach its principal conclusion on the lawfulness of the expulsion.

7. Thus, having voted with the majority of the Court on certain violations attributed to the Democratic Republic of the Congo, I also voted in favour of point 7 of the Judgment’s operative clause relating to the reparation owing to Guinea by the Congo as a result of those violations. However, in my view, the Court could have usefully made it clear that the

en ce qui concerne la prétendue violation par le défendeur 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 7 du dispositif, qui ne prescrit la réparation que pour les violations retenues du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et de 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 (Royaume-Uni c. Albanie)*, 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<sup>e</sup> 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

purely moral and non-material injury found to have been caused by the Respondent's purported violation of its obligation under Article 36, paragraph 1 (*b*), of the Vienna Convention on Consular Relations — a violation which did not cause any material injury — calls only for “declaratory” or moral reparation. Fully in line with point 7 of the operative clause, which provides for reparation only in respect of the violations of the International Covenant on Civil and Political Rights and the African Charter on Human and Peoples' Rights, such clarification would have served to demonstrate the Court's confirmation of a matter which, following its established jurisprudence, has become a principle. Thus, as just one example of this, I cite the following passage from the *Corfu Channel (United Kingdom v. Albania)* case — where it was in fact the violation of a State's sovereignty that was at issue — in which the Court unanimously finds that:

“by reason of the acts of the British Navy in Albanian waters in the course of the Operation of November 12th and 13th, 1946, the United Kingdom violated the sovereignty of the People's Republic of Albania, and that this declaration by the Court constitutes in itself appropriate satisfaction” (*Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1949*, p. 36).

Doctrine fully supports this position, for example:

“A purely moral injury may be redressed by purely moral ‘satisfaction’. The simplest form of satisfaction is a declaration by the court of the wrongfulness of a State's conduct; there is abundant jurisprudence in support of the proposition that, in the absence of material injury, a declaration by the court of the wrongful nature of conduct constituted sufficient reparation for the injury suffered (*Corfu Channel, I.C.J. Reports 1949*, p. 35).” (P. Reuter, *Droit international public*, Paris, Presses universitaires de France, 1983, 6th ed., p. 268.) [*Translation by the Registry.*]

While J. Crawford observes that: “[o]ne of the most common modalities of satisfaction provided in the case of moral or non-material injury to the State is a declaration of the wrongfulness of the act by a competent court or tribunal”. (In his commentary on the International Law Commission's Article 37, paragraph 2, on State responsibility.)

8. Moreover, in order to enhance the Respondent's responsibility, the Court believed it indispensable to include an additional characteristic, and hence a condition further to those laid down in the ICCPR in order for an expulsion to be lawful: Mr. Diallo's expulsion was not only considered unlawful, it was also “arbitrary”. In fact, Article 13 merely stipulates that the decision to expel be taken “in accordance with the law” and that the individual concerned be allowed to “submit the reasons against his expulsion” to “the competent authority or a person or persons especially designated by the competent authority”. The same is true of Article 12, paragraph 4, of the African Charter, which states that a non-national “legally admitted in a territory of a State party to the

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 ne 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 Pacte 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, une 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 à laquelle elle «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, communication 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»,

present Charter, may only be expelled from it by virtue of a decision taken in accordance with the law". There is no mention anywhere of "arbitrary" expulsion, unless that "arbitrary" character derives from unlawfulness or is implied by it. For it can only be one or the other. Either arbitrariness derives from unlawfulness, but manifestly this cannot be so, or arbitrariness is distinct from unlawfulness. In the latter case, in the first place this would impose an additional condition, not contemplated by Article 13 of the Covenant. Indeed, the Court's intent to impose this additional, unwritten condition is clear when it states:

"[f]irst, the applicable domestic law must itself be compatible with the other requirements of the Covenant and the African Charter; *second, an expulsion must not be arbitrary in nature . . .*" (paragraph 65 of the Judgment; emphasis added);

or when it observes that "the DRC has never been able to provide grounds which might constitute a convincing basis for Mr. Diallo's expulsion", or when it refers to "such an expulsion measure, one without any defensible basis" (paragraph 82 of the Judgment). Secondly, this additional condition creates a need: a need to clarify and explain what then, besides unlawfulness, arbitrariness would consist of.

9. There is no mention anywhere in the Judgment of any of these concerns, which to my mind, the Court, in introducing this further condition relating to arbitrariness, was not entitled to overlook. The Judgment is content to refer to the "considerable body of interpretative case law" of the Human Rights Committee, which the Court describes as "quasi-judicial" and to which it "believes that it should ascribe great weight".

10. However, the two concepts are distinct and must be distinguished, because, while arbitrary can cover unlawful, the opposite is not true. If we confine ourselves to the practice of that same Human Rights Committee, as Sir N. Rodley states in his separate opinion:

"'Arbitrary' in Article 9, paragraph 1, certainly covers unlawfulness. It is evident from the very notion of arbitrariness and the preparatory work. But I fail to see how the opposite is also true. Nor is there anything in the preparatory work to justify it." (*C. v. Australia*, 2002, Communication No. 900/1999.)

This may explain why an act, such as an arrest, which is perfectly legal, can be arbitrary, and why every unlawful act is not necessarily arbitrary. This is how it is understood by the Human Rights Committee when it states:

"The drafting history of Article 9, paragraph 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 and lack of predictability." (See Communication No. 305/1988, *Hugo van Alphen v. The Netherlands*, views adopted

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 deuxième phrase) et la privation de liberté non conforme à la loi (troisième 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: *Teófila Gómez Casafranca c. Pérou*, 2003, communication 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; *C. c. Australie*, communication n° 900/1999; *Baban et al. c. Australie*, communication n° 1014/2001; *Bakhtiyari et al. c. Australie*, communication n° 1069/2002; *Rafael Marques de Morais c. Angola*, 2005, communication 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 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

on 23 July 1990, doc. CCPR/C/39/D/305/1988 of 15 August 1990, para. 5.8.)

11. Moreover, it should be noted that the “interpretative case law” of the Human Rights Committee, to which this Judgment refers, relates exclusively to the interpretation of Article 9, paragraph 1, of the Covenant, which makes a distinction between arbitrary arrest or detention (in the second sentence) and the unlawful deprivation of liberty (third sentence):

“1. Everyone has the right to liberty and security of person. No one shall be subjected to arbitrary arrest or detention. No one shall be deprived of his liberty except on such grounds and in accordance with such procedure as are established by law.”

Accordingly, it is only to arrests or detentions in the context of Article 9, paragraph 1, of the Covenant that such “arbitrariness” refers. In support of this assertion, I cite, in particular, the following “case law” of the Committee: *Teófila Casafranca de Gómez v. Peru*, 2003, Communication No. 981/2001; *A. v. Australia*, Communication No. 560/1993, views adopted on 3 April 1997; *Hugo van Alphen v. The Netherlands*, views adopted on 23 July 1990, doc. CCPR/C/39/D/305/1988 of 15 August 1990; *Womah Mukong v. Cameroon*, views adopted on 21 July 1994, doc. CCPR/C/51/D/458/1991; *C. v. Australia*, Communication No. 900/1999; *Baban et al. v. Australia*, Communication No. 1014/2001; *Bakhtiyari et al. v. Australia*, Communication No. 1069/2002; *Rafael Marques de Morais v. Angola*, 2005, Communication No. 1128/2002.

12. If, therefore, the drafters of the Covenant had wanted to lay down an additional condition, while already using this concept of “arbitrary” in Article 9 in respect of arrest and detention, they would have done so by stating, in Article 13, that an expulsion has to be both in accordance with the law and not arbitrary. Besides the fact that such a characteristic — its nature and content — would need to be established, the undeniable truth is that, even then, Article 13 of the Covenant, whose alleged violation is addressed in this Judgment, is not aimed at the arbitrariness of an expulsion (a concept, moreover, not readily envisageable). Accordingly, the silence of the Covenant and the African Charter in that respect should be considered neither an omission which the Court should seek to make good, nor an error which it should try to correct, because the African Charter, which postdates the Covenant by 15 years, could have incorporated that notion of “arbitrary” had its sponsors so desired. The drafters of the Covenant and, in turn, those of the Charter were guided by common sense, which does not readily permit the contemplation of a condition such as this, which would deem arbitrary a decision of so discretionary a nature on the part of the State as whether or not to allow, under its law, the presence of foreigners on its territory.

13. As relevant jurisprudence on the subject of expulsion, in support



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 de l'ordre public et des 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 la 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.

of the further condition that an expulsion should “not be arbitrary in nature”, paragraph 68 of the Judgment cites Article 1 of Protocol No. 7 to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, entitled “Procedural safeguards relating to expulsion of aliens”. Cited without examples of specific decisions in which it has been interpreted in the same way as by the Court in the present case, this provision stipulates the following:

“1. An alien lawfully resident in the territory of a State shall not be expelled therefrom except in pursuance of a decision reached in accordance with law and shall be allowed:

- (a) to submit reasons against his expulsion,
- (b) to have his case reviewed, and
- (c) to be represented for these purposes before the competent authority or a person or persons designated by that authority.”

In this provision, we indeed not only find the same substance as in Article 13 of the ICCPR, but also the same question of its interpretation, without, however, anything to corroborate the fact that the European Court has interpreted it in the same way as this Judgment.

On the other hand, should we also wish to “make the case for the defence”, we could find support in paragraph 2 of the same Article, which provides: “An alien may be expelled before the exercise of his rights under paragraph 1 (a), (b) and (c) of this Article, when such expulsion is necessary in the interests of public order or is grounded on reasons of national security.” The use here of a positive formulation (“An alien may be expelled before the exercise of his rights under . . .” and not “cannot be expelled before the exercise of his rights under . . . unless . . .”) shows that territorial authorities are recognized to enjoy a certain latitude in the case, specifically, of a prerogative of a discretionary nature, which cannot be implicitly restricted, even by a suggestion that it is “arbitrary”.

Finally, although there are no provisions anywhere for “material safeguards”, the title of this same Article 1 of the European Protocol, “Procedural safeguards relating to expulsion of aliens”, makes it clear that even the European Convention did not intend for an expulsion measure to be subject to material, substantive conditions, thus also letting it be understood that the content of the only condition approximating to a substantive one, “in the interests of [the] public . . . [and for] reasons of national security”, is defined at the discretion of the State authority. Therefore, I do not believe it justified to treat, as the Court does (paragraph 72 of the Judgment), the requirement to provide reasons for the decision to expel laid down by Article 15 of the 1983 Legislative Order as a strictly substantive condition, when only the territorial State is in a position to say what is and what is not “necessary in the interests of public order” or required for its “national security”. This argument, expounded at length by the Democratic Republic of the Congo (Counter-Memorial, paras. 1.27-1.28), was not considered by the Court.

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 l'alinéa *b*) de son paragraphe 1, 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 à l'alinéa *a*) du paragraphe 1, 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.

I will now turn to the source of my disagreement with the majority of the Court.

#### MY DISAGREEMENT

The Alleged Violation of the Obligation under Article 36, paragraph 1 (*b*), of the Vienna Convention on Consular Relations:

##### *Content and Sense of the Obligation to Inform*

14. Article 36, paragraph 1 (*b*), provides:

“[I]f he 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.”

The Congo is criticized in particular for failing to inform directly and “without delay” the individual concerned, Mr. Diallo, of his right to request, through the Guinean Embassy in Kinshasa, the intervention of the Guinean authorities. In the Judgment, the allegation is presented, and the relevant provision interpreted, in a way which, in my view, fails to take account of all the pertinent elements as laid down by the Convention. In that Convention, as the Court itself has interpreted it (*LaGrand (Germany v. United States of America), Judgment, I.C.J. Reports 2001*, p. 492, para. 74), the fundamental principle in respect of consular protection is set out in paragraph 1 (*a*), which concerns the right of consular employees to communicate with and have access to nationals of the sending State. I believe this is important to a full understanding of the scope of the receiving State’s obligation laid down in subparagraph (*b*) of the same paragraph.

15. The obligation itself is split into three elements: first, the competent authorities of the receiving State must, if the person concerned so requests, notify the arrest to the consular post of the sending State; second, they must transmit any communication addressed to the consular post by the arrested person; and, finally, they must inform “without delay” the individual concerned of his rights. According to the Court’s interpretation, this third element — the final element laid down by paragraph 1 (*b*) — is in fact an indispensable precondition to the fulfillment of the other two elements: the person concerned must be informed of his right, as set out in the last sentence of paragraph 1 (*b*), in order for the first two elements to be realized.

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 la 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

«[c]et 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.*, p. 43, 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

16. Thus, the obligation to inform the consular authorities codified in the Convention is considered as an obligation to inform the person detained of *his right to request* consular assistance, as well as — only if he so requests — *his right to contact* his consular post. It is a positive obligation incumbent upon the State in whose territory a foreign national is detained. This is how the Court interprets it in the *Avena* case:

“the clear duty to provide consular information under Article 36, paragraph 1 (*b*), does not invite assumptions as to what the arrested person might prefer, as a ground for not informing him. It rather gives the arrested person, once informed, the right to say he nonetheless does not wish his consular post to be notified.” (*Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, *Judgment*, *I.C.J. Reports 2004 (I)*, p. 46, para. 76.)

However, the Court states prior to this that:

“Article 36, paragraph 1 (*b*), contains three *separate* but *inter-related* elements: the right of the individual concerned to be informed without delay of his rights under Article 36, paragraph 1 (*b*); the right of the consular post to be notified without delay of the individual’s detention, if he so requests; and the obligation of the receiving State to forward without delay any communication addressed to the consular post by the detained person.” (*Ibid.*, p. 43, para. 61; emphasis added.)

*Nature and Scope of the Obligation Contained in Article 36 to Inform the Arrested or Detained Alien in the Light of the Object and Purpose of the 1963 Convention*

17. It is true that in the *LaGrand* case the Court concludes that, in view of the wording of its provisions, Article 36, paragraph 1, creates individual rights, stating that “[t]he clarity of these provisions, viewed in their context, admits of no doubt” (*LaGrand (Germany v. United States of America)*, *Judgment*, *I.C.J. Reports 2001*, p. 494, para. 77).

And, logically, it is on account of this supposed “clarity” that the Court chose not to have recourse to the classical rules of interpretation, as set forth in Article 31 of the Vienna Convention on the Law of Treaties.

18. In this respect, and without wishing to dispute that conclusion, I do have some doubts about that categorical statement by the Court. When the relevant provision of Article 36 is placed in the general context of the Convention, far from being “clear”, its sense and scope need rather to be sought out.

We observe, *first*, that the purpose and object of concluding an international convention on consular relations, as the preamble indicates, is to “contribute to the development of friendly relations among nations”.

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'alinéa *a*) de l'article 5 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.»

*Second*, Article 36, which is entitled “Communication and contact with nationals of the sending State”, opens with the phrase: “With a view to facilitating the exercise of consular functions relating to nationals of the sending State”. This phrase clearly limits the scope of Article 36 to that of a provision aimed solely at facilitating the exercise of consular functions relating to the nationals of the sending State. *Third*, in accordance with Article 5 (a) of the Convention, consular functions primarily consist of “protecting in the receiving State the interests of the sending State and of its nationals, both individuals and bodies corporate, within the limits permitted by international law”. From this context of consular functions, it is clear that, here, the principle of interpretation according to the natural and ordinary meaning of the words used cannot be absolute. The interpretation should not disregard the purpose and object of the conclusion of an international convention on consular relations, which, as the preamble indicates, is to “contribute to the development of friendly relations among nations” and, in particular, to enable the sending State to exercise its consular functions.

19. Thus, on the one hand, the language of the Convention itself does not seem to corroborate the trend initiated by the interpretation given in 2001 in the *LaGrand* case, making the right of the arrested or detained alien to be informed an exclusively individual right, a trend which purely and simply treats the issue as a human rights one, detaching it completely from the field of diplomatic or consular protection.

Therefore, the United States was not entirely unjustified in seeking to interpret Article 36, in the context and light of the object and purpose of the Convention, in order to argue that:

“the position of the individual under the Convention derives from the right of the State party to the Convention, acting through its consular officer, to communicate with its nationals. The treatment due to individuals is inextricably linked to and derived from the right of the State.” (Counter-Memorial of the United States, p. 84, para. 100.)

20. An examination of the *travaux préparatoires* confirms this reading: it is important to recall the debate which took place on whether mention should be made of the rights accorded to individuals and, in particular, the way in which Article 36, paragraph 1 (a) should address the question of a foreign national being able to communicate with a consular officer.

The original text proposed by the ILC was drafted as follows:

“The competent authorities shall, without undue delay, inform the competent consulate of the sending State, if within its district, a national of that State is committed to prison or to custody pending trial or is detained in any other manner.” (A/CONF.25/6, United



(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 de l'alinéa *a*) du paragraphe 1 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[aient] 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*

Nations Conference on Consular Relations, Vol. II, A/CONF.25/16/Add.1, p. 24.)

That text made no mention of individual rights, and the commentary which accompanied it clearly stated that what mattered was that consular officers were able to carry out their functions.

21. A certain number of delegations took the view that the Convention should recognize the personal right of a foreign national to communicate with the consular officers of his country, but this matter gave rise to a great deal of controversy, from which a clear consensus could not be found. During the negotiating sessions on Article 36, the Venezuelan delegation objected to the opening statement of paragraph 1 (*a*) of the ILC draft, which concerned the rights of nationals of the sending State to communicate with and have access to the competent consulate, arguing that this statement had no place in a convention on consular relations, and stating that:

“foreign nationals in the receiving State should be under the jurisdiction of that State and should not come within the scope of a convention on consular relations” (United Nations Conference on Consular Relations, Vol. I, Summary records of plenary meetings and of the meetings of the First and Second Committees, A/CONF.25/16, p. 358, para. 32 (meeting of 14 March 1963 of the Second Committee)).

22. This led to the order of the elements of Article 36, paragraph 1 (*a*) being reversed, in such a way that the consul’s right to communicate with the individual is mentioned first, and then the individual’s right to communicate with the consul (*ibid.*, p. 361, para. 2, amendment proposed by Venezuela and other States).

What this underscores, therefore, is that the individual’s position in respect of the Convention derives from the right accorded to the State party to the Convention, acting through its consular officers, to communicate with its nationals; the treatment of individuals is inextricably linked to and derived from the right of the State.

*Specificity of the Rights Identified in Article 36, Paragraph 1, and the Interrelationship of the Three Rights Set Out in Subparagraph (b)*

23. As we have seen, in the *Avena* case the Court established a link between the three elements of Article 36, paragraph 1 (*b*), even though it asserted that they were distinct. It is worth pointing out that the Court had already done this in the *LaGrand* case, in very clear terms which described this link as an interrelationship (*I.C.J. Reports 2001*, p. 492, para. 74). However, in the *Avena* case the Court made one very important addition:

“The legal conclusions to be drawn from that interrelationship necessarily depend upon the facts of each case . . . It is necessary to

*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 doc. Guinée-RDC 2010/15, 27 avril 2010).

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 (doc. Guinée-RDC 2010/15, 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 que lui confère le paragraphe 1 de l'article 36.

*revisit the interrelationship of the three subparagraphs of Article 36, paragraph 1, in the light of the particular facts and circumstances of the present case.*" (*Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, Judgment, I.C.J. Reports 2004 (I), p. 52, paras. 99-100; emphasis added.)

In that connection, we know that the Democratic Republic of the Congo has argued that it follows from the interrelated link between the right to information of the sending State or State of nationality and the right to information of the arrested or detained alien that, "*if that right has not been violated in respect of the State — here, Guinea — it cannot have been so in respect of its national, Mr. Diallo*" (response of the Democratic Republic of the Congo to a question put by a judge; see doc. Guinea-DRC 2010/15, 27 April 2010).

Thus the Respondent's position is that Article 36, paragraph 1 (b) of the Vienna Convention does indeed create "individual rights" (*LaGrand (Germany v. United States of America)*, Judgment, I.C.J. Reports 2001, p. 494, para. 77), but rights which are inextricably linked to the sending State's right to communicate with its nationals through consular agents. Accordingly, it asserts that, in spite of its individual dimension, this right remains closely tied to the rights of the State itself. Finally, the Democratic Republic of the Congo argues that the right to information is a mutual right of the individual and his sending State (doc. Guinea-DRC 2010/15, 27 April 2010, p. 1). This argument enables it to highlight the fact that the purpose of this right to information is to facilitate the exercise of consular functions relating to nationals of the sending State, which confirms that this individual right is closely linked to the rights of the State itself, and that the treatment of individuals is inextricably linked to and derived from the rights of the State.

24. As in the *Avena* case, the Court, rather than making an interpretation based first and foremost on a "clarity" which, when examined, is doubtful to say the least, could have usefully interpreted Article 36, paragraph 1 (b), in relation both to its context and to the interrelationship of the rights set out therein, *in the light of the particular facts and circumstances* of the case between Guinea and the Democratic Republic of the Congo, as the Court itself recommends in its *Avena* Judgment. Not doing so led the Court to apply purely theoretical considerations. In this connection, it should be pointed out that Guinea defends its position on the basis of the Court's interpretation of this treaty provision in the *LaGrand* and *Avena* cases, even though the legal problems posed in, and the circumstances of, those cases are markedly different from those of the present case.

The facts and circumstances of the present case show that, in contrast to both of the above-mentioned cases, the Democratic Republic of the Congo's failure to inform Mr. Diallo of his rights did not prevent Guinea from exercising the right accorded to it under Article 36, paragraph 1. It is

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 connaissent 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<sup>es</sup> 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 que, en ordonnant l'expulsion de M. Diallo en 1996, elle n'a porté

true that informing Mr. Diallo of his rights might well have “facilitate[d] the implementation of the system of consular protection” (see para. 74 of the *LaGrand* Judgment), but, considering the object of the obligation incumbent upon the receiving State, it is impossible to be indifferent to the fact that the Guinean authorities were undeniably informed or, indeed, that they were able, as they themselves acknowledge, to exercise their consular function. Accordingly, the failure to inform could not have had the effect of preventing Guinea from exercising its rights of consular protection in respect of its national. In fact, in this instance, Mr. Diallo’s situation was certainly not unknown to the Guinean authorities, who became aware within a period sufficiently “timely” for them to have been able to act, while remaining entitled to take the Congolese authorities to task, were it indeed the case, for not having complied with the relevant procedure. Thus, this case is not the same as that of the *LaGrand* brothers, whose situation was, as it were, hidden from the German authorities and remained unknown to them throughout the period when diplomatic action was still possible; Germany was prevented from acting by the American failure to inform the *LaGrand* brothers of their rights. It is therefore not entirely justified to summarily dismiss the Congolese claim that Mr. Diallo was orally informed. In relation to an information process which can, in practice, only be carried out orally, it is unrealistic to talk of a lack of “the slightest evidence” which would prove that an oral action had been carried out. The Court should have attached no weight whatever to the statement of the individual concerned, Mr. Diallo, questioned 13 years after the event, alleging for the first time that the Congolese authorities had not informed him of his right to request the protection of his country’s embassy (Reply of the Republic of Guinea, Vol. II, Annex I: Transcript of hearing of Mr. Ahmadou Sadio Diallo, drawn up on 29 October 2008 by Maîtres Boubacar Téliélé Sylla and Aboubacar Camara). All the more so since there was no evidence to the contrary — which, in any event, would be impossible to produce — and since the alleged violation by the Congo of Article 36, paragraph 1 (*b*), of the Convention in question did not cause any injury to Guinea, since it did not prevent it from learning of Mr. Diallo’s imprisonment and, later, of his expulsion, or, therefore, from protecting him.

MY POSITION ON THE ALLEGED VIOLATIONS OF MR. DIALLO’S  
DIRECT RIGHTS AS ASSOCIÉ

25. According to the Democratic Republic of the Congo, the question which arises is whether “Mr. Diallo’s expulsion from the Congo resulted in a violation of his direct rights as *associé* in Africom-Zaire and Africontainers” (Counter-Memorial of the Democratic Republic of the Congo, para. 2.02; Rejoinder of the Democratic Republic of the Congo, para. 2.05). It observes in this respect that, in ordering Mr. Diallo’s expulsion in 1996, it did not infringe any of his direct rights as *associé*.

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 qu'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. Cela 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 fautive, 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

Therefore, what must be determined is whether or not the Democratic Republic of the Congo carried out acts specifically aimed at Mr. Diallo's direct rights.

*Enforceability or Opposability of an Associé's Direct Rights*

26. Guinea treats an attack on company rights, resulting in injury to shareholders, as a violation of their direct rights; in other words, it treats a violation of the rights of Africom-Zaire and Africontainers-Zaire as a violation of the rights of Mr. Diallo. However, to conflate the rights in this way is to misrepresent the general régime of diplomatic protection, which, for its part, always subjects the admissibility of a claim on behalf of shareholders of a foreign company to there having been a violation of the "direct rights" of such shareholders "as such".

In this connection, Guinea has claimed, as it did for the Judgment of 24 May 2007, that Mr. Diallo's arrest, detention and expulsion not only had the effect "of preventing him from continuing to administer, manage and control any of the operations of the companies Africom-Zaire and Africontainers-Zaire", *but were specifically motivated by the intent to prevent him from exercising these rights, from pursuing the legal proceedings brought on behalf of the companies, and thereby from recovering their debts.*

27. Expulsion is indeed a measure which, when taken against an individual, could have an effect on his status as *associé*. But, as the Court ruled in the *Barcelona Traction* case, this is not sufficient to engage the responsibility of a State. It would need to be determined whether the measures taken by the Democratic Republic of the Congo were aimed directly at Mr. Diallo's rights as *associé* or whether, on the contrary, they were aimed at him as an individual and, collaterally, affected his rights as *associé* and their exercise.

28. In order to reject Guinea's claims, however, the Court relies solely on the reasoning previously followed by it in the *Barcelona Traction* case: that in principle it is possible for a State to bring proceedings where the acts complained of were aimed at the "direct rights of the shareholders as such". Accordingly, it proceeded to verify each of the rights invoked by the Applicant, so as to ascertain whether the Congo had taken actions "aimed at [those] rights . . . as such" and found that the allegation was unfounded, because the right claimed to be enjoyed by Mr. Diallo in fact belongs to the company (paragraph 119 of the Judgment), and because the decisions taken by the Congo did not violate the right invoked (paragraphs 134, 137, 138 and 148 of the Judgment). The Court also had a duty to respond to Guinea's allegations on the *intuitu personae* character of the companies in question. The Applicant contends that, in *sociétés privées à responsabilité limitée* [private limited liability companies] (hereinafter "SPRLs"), the *parts sociales* are not freely transferable, which greatly accentuates the *intuitu personae* character of these companies, making them very different in this respect from public limited



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 sociales 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

companies. It argues that this characteristic is even more marked in the case of Africom-Zaire and Africontainers-Zaire, since Mr. Diallo was their sole *gérant* and sole *associé*. According to Guinea, “in fact and in law it was virtually impossible to distinguish Mr. Diallo from his companies” (Guinea’s Reply, para. 2.90; case concerning *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, *Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2007 (II)*, p. 604, para. 56).

In support of its argument, Guinea cites what it calls “the acts of interference” by the Democratic Republic of the Congo “with Mr. Diallo’s property rights in the *parts sociales*”, the “interference” through the “arrests and detentions” and through the arrests and expulsion, the “interference” through the expropriation of the companies, which it has made no attempt whatsoever to prove, as well as the “judicial interference”.

The Court responds to those allegations (in particular, in paragraphs 155-157) by remaining faithful to the solutions developed and adopted by it in the *Barcelona Traction* case.

29. In my view, however, this was its opportunity to reaffirm the principle, implied in that approach, that the direct rights of an *associé*, whether “functional” or “property” rights, are only enforceable or opposable against the company itself, because they are born, and are deployed and exercised, within the context of the relations between the company and its *associés* or shareholders; they can thus be seen as entitlements held by the *associés* or shareholders vis-à-vis the company. That is why, when those entitlements are violated by actions aimed at the company’s rights, the *associé* can only seek redress from the latter. It is also the reason why a claim against a third party will only lie if its actions were aimed at those rights as such.

#### *Notion of Interference in Company Law*

30. The other fundamental principle is that of the notion of interference liable to infringe the direct rights of an *associé*. Guinea cites this principle, but applies it incorrectly when it alleges “interference with [Mr. Diallo’s] property rights”, in the form, in particular, of his arrest, detention and expulsion, measures which prevented Mr. Diallo “from managing his companies and from any participation in the activities of their corporate organs, and . . . deprived [him] of any possibility of controlling and using his *parts sociales*” (Guinea’s Reply, paras. 2.86-2.88). Guinea further cites the acts of interference which led to “the Congolese authorities’ decision . . . to stay enforcement of the judgment for the plaintiff handed down in *Africontainers v. Zaire Shell*” (*ibid.*, and paragraph 150 of the Judgment). However, these “acts of interference”, if established, would not have been aimed at the *associé*’s rights “as such”, although they might, at best, be evidence of a possible denial of justice, a claim which Guinea has not sought to pursue.

However, the “acts of interference” capable of infringing the direct

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 Company*, 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.

rights of an *associé* “as such” are those which obstruct the operation of the company or the relations between the company and its *associés*. In practice, since the direct rights of the *associé* are only enforceable against the company and in the context of its relations with the *associés*, the actions of a third party can only be considered as damaging to the direct rights of an *associé* “as such” if they represent acts of interference as thus defined. No logical process can transform acts aimed at an *associé* as an individual, in his personal capacity, such as the arrest, detention and expulsion of Mr. Diallo, into interference, as defined above and aimed at the rights of the *associé* “as such”, in the operation of the company, or in the relations between the company and its *associés*.

31. The Congo gives a good example of such interference when responding to those arguments advanced by Guinea, stating that Guinea “has not demonstrated that the Democratic Republic of the Congo gave the order to Africontainers not to permit Mr. Diallo to control its operations” (CR 2010/4, p. 8, para. 15).

This reasoning is that developed in the *Salvador Commercial Company* case, cited by both Parties, and in particular by the Democratic Republic of the Congo in its preliminary objections (para. 2.35). Although that case seems to be in the nature of an equitable judgment, it is a perfectly good illustration of the notion of interference. Thus the tribunal states that the Salvadoran authorities had adopted measures directly aimed at the direct rights of the shareholders vis-à-vis their company. The arbitral award, referring to those acts of interference, cites the arbitrary replacement of the directors of the Salvadoran company by other directors — apparently in the pay of the State — the calling of meetings of the company’s governing bodies without notifying the American majority shareholders, the refusal to allow those shareholders to examine certain company documents, etc. (*Reports of International Arbitral Awards (RIAA)*, Vol. XV, pp. 474-475), and finds that, by undertaking those measures, Salvador had directly prevented shareholders from exercising their rights in relation to their company.

32. By contrast, there is nothing in the circumstances of the present case to suggest that the Congolese authorities interfered in this way with the internal operation of Africom-Zaire or Africontainers-Zaire. The Court reaches the same conclusion, but I felt that this conclusion required better reasoning than the somewhat elliptical reasoning offered in the Judgment.

(Signed) Auguste MAMPUYA.

