

OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE *AD HOC* MAMPUYA

Le montant de l'indemnité au titre du préjudice moral calculé par la Cour est exorbitant et n'est pas proportionnel au préjudice subi par M. Diallo — Les principes régissant la fixation du montant de la réparation en droit international doivent s'appliquer avec la même rigueur à la réparation pour préjudice moral — L'obligation générale de réparation intégrale ne doit pas comporter un caractère punitif ni exemplaire — Le montant de l'indemnisation ne doit représenter que la juste compensation du dommage subi — La jurisprudence constante des cours des droits de l'homme, des tribunaux arbitraux et des commissions de réclamations montre que ces juridictions respectent le principe de proportion au moment de fixer le montant de la réparation — Les indemnités au titre de préjudice moral accordées par ces juridictions pour des violations des droits de l'homme plus graves que celles subies par M. Diallo sont inférieures à celles accordées à M. Diallo — Les conditions qui ont entouré les détentions et l'expulsion de M. Diallo ne constituent pas des circonstances aggravantes justifiant le montant excessif au titre du préjudice moral — Des principes applicables pour réparation du préjudice matériel — La preuve de l'existence du préjudice matériel ainsi que le lien de causalité entre le préjudice et le comportement illicite de l'Etat responsable s'avèrent fondamentaux pour l'établissement de l'indemnisation — La Guinée n'a pas apporté de « preuves suffisantes » établissant le dommage matériel allégué par M. Diallo sous la forme de perte de biens personnels — Le principe d'équité auquel d'autres juridictions ont fait appel dans leur jurisprudence n'est applicable qu'aux fins d'estimation de la valeur devant servir de base au calcul du montant de l'indemnisation — La Guinée n'a pas démontré un lien de causalité entre le préjudice matériel pour perte des biens personnels allégué par M. Diallo et le comportement de la RDC — Les cours des droits de l'homme se montrent plus exigeantes en matière de preuves et demandent un lien de causalité directe avec les faits incriminés — Bien que l'existence de biens personnels de M. Diallo ait été prouvée par l'inventaire, la Guinée n'a pourtant pas démontré que certains autres biens aient existé en dehors de ceux énumérés dans l'inventaire ni que ces biens avaient été perdus ou que leur perte était imputable à la RDC — Le montant de 10 000 dollars des Etats-Unis, fixé par la Cour, pour préjudice matériel ne repose sur aucun fondement juridique.

J'ai franchement adhéré, sur leur principe, aux principales conclusions retenues dans l'arrêt que la Cour a rendu pour enfin clore, par la fixation du montant de l'indemnisation découlant de la reconnaissance de la responsabilité internationale de la RDC pour fait internationalement illicite à raison de la violation des droits individuels de M Diallo, cette affaire qui dure depuis 1998. J'aurais bien voulu être d'accord avec la majorité de la Cour sur l'ensemble des points en discussion ; malheureusement, je n'ai pu suivre la majorité sur deux points du dispositif, qui en comporte six. Voilà ce qui justifie les explications que je me dois de présenter dans cette opinion, non, bien évidemment, pas dissidente mais individuelle.

SEPARATE OPINION OF JUDGE *AD HOC* MAMPUYA

[Translation]

The amount of compensation calculated by the Court in respect of the moral injury is excessive, and disproportionate to Mr. Diallo's suffering — The principles governing the assessment of pecuniary reparation in international law should be applied with the same rigour to reparation for moral injury — The general obligation to make full reparation should not have a punitive or exemplary character — The pecuniary award should simply represent fair compensation for the injury sustained — The established jurisprudence of the human rights courts, arbitral tribunals and claims commissions shows that these organizations adhere to the principle of proportionality when determining the amount of reparation — The amounts awarded by those bodies in respect of moral injury resulting from graver human rights violations than those suffered by Mr. Diallo are smaller than that awarded to Mr. Diallo — The conditions which surrounded Mr. Diallo's detentions and expulsion do not constitute aggravating circumstances justifying the excessive award for moral injury — The applicable principles for reparation of material injury — Evidence of the existence of the material injury and of the causal link between the injury and the wrongful conduct of the responsible State is essential in order to establish the right to compensation — Guinea has failed to provide "sufficient proof" establishing the material injury allegedly suffered by Mr. Diallo in the form of loss of personal property — The principle of equity to which other courts have referred in their jurisprudence is only applicable for the purpose of estimating the value to be used as the basis for calculating the amount of compensation — Guinea has not demonstrated that there is a causal link between the material injury resulting from the loss of personal property alleged by Mr. Diallo and the conduct of the DRC — The human rights courts are more exacting in respect of evidence and require that there be a direct causal link with the alleged offences — While the existence of Mr. Diallo's personal property has been proved by the inventory, Guinea, however, has failed to demonstrate that certain other property, in addition to that recorded in the inventory, existed, or that this property was lost or that its loss was imputable to the DRC — The sum of US\$10,000 fixed by the Court for the material injury has no legal basis.

I firmly supported the principle of the main conclusions adopted in the Judgment rendered by the Court, in order to finally bring an end to this case, which has been ongoing since 1998, by fixing the amount of compensation owed as a result of its finding that the international responsibility of the DRC is engaged by internationally wrongful acts which violated Mr. Diallo's individual rights. I would very much have liked to have agreed with the majority of the Court on all of the points under discussion; unfortunately, I could not subscribe to two of the six points of the operative clause. Hence the explanations I am obliged to set out in this opinion, which is quite clearly not dissenting, but separate.

1. Il s'agit d'abord d'un point d'appréciation en relation non avec le principe, mais avec l'évaluation du montant, pour moi d'une hauteur injustifiée, de l'indemnisation due par la RDC à la Guinée pour le préjudice moral, ou «immatériel», subi par M. Diallo à la suite de ses détentions et expulsion par les autorités du défendeur. J'ai exprimé mon désaccord sur un deuxième point : il s'agit d'un point de droit concernant la base juridique, pour moi inexistante en l'absence de toute preuve, de l'indemnisation allouée au titre de préjudice matériel du fait de la perte de biens personnels de M. Diallo. Ma divergence avec la majorité de la Cour sur ce point ainsi que mon vote subséquent s'expliquent du fait qu'il s'agit d'une importante question juridique de principe, nullement en raison du montant, du reste modeste, de l'indemnité accordée de 10 000 dollars des Etats-Unis, mais au regard de l'importante question de l'administration de la preuve en matière de réparation.

2. Etant entendu que, depuis son arrêt sur la fixation du montant de l'indemnisation dans l'affaire du *Détroit de Corfou* (*Royaume-Uni c. Albanie*) (*fixation du montant des réparations, arrêt, C.I.J. Recueil 1949, p. 244 et suiv.*), c'est la première fois que la Cour est appelée à se prononcer sur la fixation de l'indemnisation due par un Etat au titre de la responsabilité internationale de celui-ci pour fait internationalement illicite; la Cour ne peut se référer qu'à la riche expérience d'autres juridictions, y compris celle des tribunaux d'arbitrage et de réclamations. La pratique la plus exemplaire, à cet égard, est celle des deux cours régionales des droits de l'homme : la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) et la Cour interaméricaine des droits de l'homme (CIADH), mais aussi celle du Tribunal des réclamations Etats-Unis/Iran. L'abondante jurisprudence de ces juridictions a permis de dégager les principes qui, aujourd'hui, président à l'examen de toutes les questions soulevées par la détermination de la réparation et la fixation de l'indemnisation due par un Etat en matière de responsabilité internationale.

3. Ce sont donc cette jurisprudence et ces principes qui, selon la Cour elle-même, devraient la guider aussi bien pour la réparation en général que pour la fixation du montant de l'indemnisation. Or, l'analyse que j'ai faite du présent arrêt à la lumière de ces sources me conduit à constater que, finalement, la Cour ne s'en est pas inspirée.

4. Je commencerai mon exposé par la question, facile parce que de simple appréciation de fait, de la détermination du montant de l'indemnisation dû au titre du préjudice immatériel ou moral. Cela pour démontrer que la Cour n'a pas respecté les quelques principes dégagés par la jurisprudence constante, en fixant un montant qui s'avère nettement exorbitant au regard de ce que pratiquent toutes les autres juridictions, y compris celles spécialisées dans la sauvegarde des droits de l'homme, pourtant en principe les plus favorables aux victimes.

5. C'est après cela que j'expliquerai plus longuement ma vision sur la décision de la Cour d'octroyer une indemnité, peu importe son montant,

1. Firstly, I disagree with the finding relating not to the principle of the compensation owed by the DRC to Guinea for the moral — or “non-material” — injury suffered by Mr. Diallo following his detentions and expulsion by the Respondent’s authorities, but to the assessment of the amount of that compensation, which, in my view, is unjustifiably high. I have also expressed my disagreement with a second point: a point of law concerning the legal basis of the compensation awarded for the material injury caused by the loss of Mr. Diallo’s personal property, a basis which, to my mind, in the absence of any evidence, does not exist. I opposed the majority of the Court on this point, and voted accordingly, because there is an important legal question of principle at issue: not in view of the amount of compensation awarded, which at US\$10,000 is a modest sum, but in view of the significant evidentiary issue in relation to reparation.

2. This is the first time since its Judgment fixing the amount of compensation in the case concerning the *Corfu Channel (United Kingdom v. Albania) (Assessment of Amount of Compensation, Judgment, I.C.J. Reports 1949, pp. 244 et seq.)* that the Court has been called upon to decide the compensation owed by a State whose international responsibility is engaged by internationally wrongful acts; the Court, therefore, has no choice but to refer to the rich experience of other courts, including that of arbitration and claims tribunals. The most illustrative practice in this regard is that of the two regional human rights courts — the European Court of Human Rights (ECHR) and the Inter-American Court of Human Rights (IACHR) — as well as that of the Iran-United States Claims Tribunal. The abundant case law of these courts has enabled principles to be identified, which today govern the examination of any questions raised by the assessment of the reparation and the fixing of the compensation owed by a State whose international responsibility is engaged.

3. It is, therefore, this case law and these principles which, according to the Court itself, should guide it in its approach to reparation in general and in fixing the amount of compensation. However, my analysis of the present Judgment, carried out in the light of these sources, leads me to conclude that they have not, in fact, been taken into account by the Court.

4. I will begin by addressing the question of the determination of the amount of compensation owed for the non-material or moral injury — a straightforward exercise, because it amounts simply to an assessment of the facts. In so doing, I will demonstrate that the Court has failed to respect those principles which have emerged from the established jurisprudence, by fixing an amount which is clearly excessive in view of the practice of all the other courts, including those specializing in the safeguarding of human rights, although these are, in principle, the most favourable to the victims.

5. I will then explain in more detail my view of the Court’s decision to award Guinea compensation — whatever the amount — for “material

à la Guinée pour «préjudice matériel» du fait de la perte alléguée par M. Diallo des biens de ce dernier à la suite de ses détentions et expulsion par la RDC en janvier 1996. Je démontrerai que cette indemnisation n'a aucune espèce de fondement juridique, aucune justification, faute pour la Guinée d'avoir prouvé l'existence du préjudice, preuve qui, sans être une condition de la responsabilité, laquelle découle directement de la commission du fait internationalement illicite, n'en est pas moins la base incontournable de la réparation et la mesure de l'indemnité à allouer. Cette preuve devait, notamment, démontrer que M. Diallo avait effectivement possédé et perdu les biens en question et que leur perte était imputable à la RDC comme la conséquence directe des détentions et expulsion illicites du ressortissant guinéen par cet Etat.

I. MONTANT EXAGÉRÉ DE L'INDEMNITÉ POUR PRÉJUDICE IMMATÉRIEL (PSYCHOLOGIQUE OU MORAL)

6. Il est incontestable que M. Diallo a subi un préjudice moral du fait de ses arrestations et expulsion déclarées illégales et arbitraires par la Cour dans son arrêt du 30 novembre 2010 (*C.I.J. Recueil 2010 (II)*), p. 692, par. 165, points 2, 3 et 4 du dispositif) et que, pour cela, une réparation sous forme d'indemnisation lui est due. Le problème qui se pose est celui du montant d'une «indemnisation appropriée».

7. A cet égard, le montant réclamé par la Guinée (250 000 dollars des Etats-Unis) est manifestement disproportionné au regard de la pratique en cette matière (même de la part des tribunaux internes) et de la nature du préjudice (purement moral et psychologique), à propos duquel la jurisprudence a dans certains cas, notamment lorsqu'il s'est agi de réparer au profit des Etats, souvent limité la réparation à la satisfaction et à un «jugement déclaratoire», comme l'arrêt de fond du 30 novembre 2010 en a jugé concernant la violation par la RDC de l'alinéa *b*) du paragraphe 1 de l'article 36 de la convention de Vienne sur les relations consulaires (*ibid.*, p. 691, par. 161, et p. 693, point 7 du dispositif). Certes, la Cour elle-même a trouvé exagérées et disproportionnées les prétentions guinéennes de 250 000 dollars des Etats-Unis (voir le présent arrêt, par. 10), parce qu'elle ne suit pas la Guinée sur ce point. Mais l'indemnisation de 85 000 dollars des Etats-Unis qu'elle lui accorde va bien au-delà des sommes pratiquées jusque-là pour des violations semblables et même plus graves visant des obligations comparables. Certes, le préjudice moral ne peut se mesurer; on peut même affirmer qu'il n'a pas à se prouver, à strictement parler, parce qu'il est inhérent à la condition humaine en situation de violation des droits. Mais il existe tout de même une aune à laquelle mesurer un tel dommage dans le cas d'espèce, au regard de ses circonstances spécifiques, laquelle ne peut résider que dans les conditions qui ont entouré les détentions et l'expulsion de M. Diallo.

8. De la jurisprudence et de la pratique se dégagent un certain nombre de principes présidant à la fixation du montant de l'indemnité. Au nombre

injury” caused by Mr. Diallo’s alleged loss of his property following his detentions and expulsion by the DRC in January 1996. I will demonstrate that this award of compensation has no legal basis and no justification, since Guinea has failed to provide evidence of the existence of the injury; such evidence, although not a condition of responsibility — which derives directly from the commission of the internationally wrongful act — is nevertheless the indispensable basis for the award of reparation and the measure of the amount of compensation to be awarded. In particular, such evidence should show that Mr. Diallo did in fact possess and lose the property in question, and that its loss was imputable to the DRC as a direct consequence of the wrongful detentions and expulsion of the Guinean national by that State.

I. EXCESSIVE AMOUNT OF COMPENSATION FOR NON-MATERIAL (MENTAL OR MORAL) INJURY

6. It is not disputed that Mr. Diallo sustained moral injury as a consequence of his arrests and expulsion, which were declared unlawful and arbitrary by the Court in its Judgment of 30 November 2010 (*I.C.J. Reports 2010 (II)*), p. 692, para. 165, points 2, 3 and 4 of the operative clause), or that he is therefore entitled to reparation in the form of compensation. The problem is the amount of the “appropriate compensation”.

7. In this connection, the amount claimed by Guinea (US\$250,000) is clearly disproportionate given the practice in this area (even by domestic courts) and the nature of the injury (purely moral and mental), in respect of which, in certain cases, particularly those concerning reparation to States, reparation has often been limited to satisfaction and to a “declaratory judgment”, for example, the finding in the Judgment on the merits of 30 November 2010 that the DRC had violated Article 36, paragraph 1 (*b*) of the Vienna Convention on Consular Relations (*ibid.*, p. 691, para. 161 and p. 693, point 7 of the operative clause). It is clear that the Court also considered Guinea’s claim of US\$250,000 (see para. 10 of the present Judgment) to be both excessive and disproportionate, because it did not accede to Guinea’s request on this point. Nevertheless, the US\$85,000 compensation which it has awarded is significantly higher than the amounts awarded to date for similar and even more serious violations of comparable obligations. Of course, moral injury cannot be measured. One can even argue that, strictly speaking, it does not have to be proved, because it is inherent to the human condition when subjected to a violation of rights. However, there is nevertheless a standard by which to measure such injury in the present case which, in view of its specific circumstances, can only be the conditions surrounding Mr. Diallo’s detentions and expulsion.

8. From the case law and practice a certain number of principles emerge, which govern how compensation should be measured. Among these is the

de ces principes figure celui, incontestable, selon lequel, si l'indemnisation a pour mission première de remédier aussi intégralement que possible à toutes les formes de pertes subies par suite d'un fait internationalement illicite, elle n'a certainement pas pour but de punir l'Etat responsable et ne doit pas non plus avoir un caractère expressif ou exemplaire. La CDI avait déjà retenu cette idée dès ses premiers rapports sur la responsabilité des Etats, citant la doctrine, notamment Jiménez de Aréchaga: «les dommages-intérêts à caractère punitif ou exemplaire sont incompatibles avec l'idée qui est à la base du devoir de réparation» (E. Jiménez de Aréchaga, «International Responsibility», *Manual of Public International Law*, Londres, Macmillan, 1968, cité dans les documents des Nations Unies A/CN.4/425 & Corr. and Add.1 & Corr.1, *Deuxième Rapport sur la responsabilité des Etats*, par M. Gaetano Arangio-Ruiz, rapporteur spécial, 1989, par. 24). Elle la reprend dans son Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat, d'abord en commentant l'article 36 relatif à l'indemnisation, puis à propos de l'article 37, paragraphe 3, qui, pour la satisfaction, fixe la même limite: «[l]a satisfaction ne doit pas être *hors de proportion avec le préjudice* et ne peut pas prendre une forme humiliante pour l'Etat responsable» (*Annuaire de la Commission du droit international*, 2001, vol. II; J. Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility — Introduction, Text and Commentaries*, «Commentary under Article 36», p. 219, et p. 231 et 234; les italiques sont de moi). Ce principe de proportion entre la réparation, quelle qu'en soit la forme, et le préjudice est bien établi, faisant de ce dernier la mesure du niveau ou du montant de l'indemnisation, afin que cette dernière ne représente que la juste compensation du dommage subi. L'indemnité ne doit donc pas dépasser le niveau de la compensation, même s'il est tentant, dans le domaine des droits de l'homme, où l'on considère les violations comme particulièrement choquantes et insupportables pour la dignité de la personne, de dépasser ce niveau, soit pour punir l'Etat ayant ainsi méconnu la valeur de l'humanité, soit, par l'exemplarité ou le caractère spectaculaire, pour intimider ou dissuader les autres Etats de se comporter de la même manière.

9. Certes, toute réparation, surtout pécuniaire, comporte en elle-même un élément de dissuasion, mais c'est un élément inhérent à la réparation dans son principe même, comme la sanction pénale revêt un caractère nécessairement punitif et donc intimidant, sans pour autant procéder d'une volonté de vengeance publique contre le délinquant. Mais la réparation va au-delà de cet aspect et de ce rôle inhérents de dissuasion lorsque, notamment, son montant ne correspond plus à une compensation aussi complète, mais en même temps aussi exacte que possible, de la hauteur du préjudice à réparer; tel est le cas d'une indemnisation manifestement trop élevée. Il est vrai, par ailleurs, qu'un préjudice moral ne peut se mesurer en valeur monétaire, mais, l'argent étant, comme il a été dit, «la commune mesure de toutes les valeurs» (Grotius), parce qu'il faudra ainsi compenser le préjudice par des sommes d'argent, le juge ne dédaignera pas de s'inspirer de la pratique des autres juridictions et arbitres,

undeniable principle that, while the primary aim of compensation is to remedy as fully as possible all forms of loss suffered as a result of an internationally wrongful act, compensation is in no sense intended to punish the responsible State, and nor should it be of an expressive or exemplary nature. This approach was adopted by the ILC from its very first reports on State responsibility, citing, *inter alia*, from the work of Jiménez de Aréchaga: “punitive or exemplary damages . . . are incompatible with the basic idea underlying the duty of reparation” (E. Jiménez de Aréchaga, “International Responsibility”, *Manual of Public International Law*, London, Macmillan, 1968, cited in UN doc. A/CN.4/425 & Corr.1 and Add.1 & Corr.1, *Second Report on State Responsibility*, by Mr. Gaetano Arangio-Ruiz, Special Rapporteur, 1989, para. 24). That principle is incorporated in the ILC’s Draft Articles on State Responsibility, first in the commentary on Article 36 relating to compensation and then in Article 37, paragraph 3, in respect of satisfaction: “[s]atisfaction shall not be *out of proportion to the injury and may not take a form humiliating to the responsible State*” (*Yearbook of the International Law Commission*, 2001, Vol. II; J. Crawford, *The International Law Commission’s Articles on State Responsibility — Introduction, Text and Commentaries*, “Commentary under Article 36”, p. 219 and pp. 231 and 234; emphasis added). This principle of proportionality between the reparation, whatever form it takes, and the injury, is well established: the extent of the injury should be the measure of the level or amount of the compensation, thus ensuring that the latter simply represents fair compensation for the injury suffered. A pecuniary award should not exceed the level of compensation, even though there is a temptation in respect of human rights violations — which are regarded as particularly shocking and offensive to human dignity — to go beyond this, either to punish the State responsible for those violations or, by making an exemplary or spectacular award, to intimidate other States and discourage them from similar conduct.

9. Of course, all reparation, particularly pecuniary reparation, entails an element of dissuasion, but this element is inherent to the principle of reparation, just as criminal punishment is necessarily punitive and therefore intimidating, yet does not reflect a desire to punish the offender publicly. However, reparation goes beyond this inherently dissuasive aspect and function when the sum awarded no longer corresponds to an amount of compensation reflecting not only as fully as possible, but at the same time as precisely as possible, the scale of the injury for which reparation must be made; such is the case of compensation which is clearly excessive. It is true, moreover, that a moral injury cannot be measured in monetary terms, but money is, as the saying goes, “the common measure of valuable things” (Grotius), and since the injury must therefore be compensated by sums of money, a court should not decline to be guided by the practice of other courts and arbitral bodies, whose decisions may be

dont les décisions peuvent être regardées comme une indication du niveau moyen des sommes allouées pour «soulager» le préjudice moral des victimes ou de leurs proches.

10. C'est ce qui explique que même la Cour interaméricaine des droits de l'homme, si bienveillante et si généreuse à l'égard des demandes d'indemnisation des victimes de violations des droits de l'homme, a adopté ce principe de proportion dès son tout premier arrêt en matière de réparations, dans l'affaire *Velásquez-Rodríguez c. Honduras* (arrêt du 21 juillet 1989 (réparations et frais), par. 38), devenu la référence en la matière, où elle a déclaré que le droit international ne reconnaissait pas de réparation à caractère pénal contre les Etats. Ce n'est pas que les «dommages-intérêts punitifs» (*punitive damages*) soient absolument inconcevables, c'est plutôt que, même si certains systèmes nationaux en permettent l'octroi, telle n'est pas la destination de la réparation, pécuniaire ou autre, en droit international.

11. Certes, les conditions de détention ou d'expulsion, par exemple l'isolement, la torture, les mauvais traitements, la durée de la détention, etc., sont des circonstances propres à chaque affaire et pourraient, selon le cas, expliquer une indemnisation plus élevée, tandis que leur absence imposerait une indemnisation moins élevée. Or, dans le cas d'espèce, la Cour a reconnu que M. Diallo n'avait pas subi de traitements inhumains ou dégradants au cours de ses détentions. Après y avoir fait une rapide allusion, la Guinée a renoncé à maintenir de telles accusations et n'a pas tenté d'en donner un commencement de preuve (*Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 2010 (II), p. 671, par. 88-89, et p. 693, par. 165, point 5 du dispositif; présent arrêt, par. 21). De même, la durée totale des détentions de M. Diallo n'a guère dépassé, pour retenir, sans considérer les contestations de la RDC, les chiffres contradictoires avancés par la Guinée elle-même (*C.I.J. Recueil 2010 (II)*, p. 659-660, par. 48-52), soixante-six à soixante-douze jours. Certes, la privation de la liberté, qu'elle soit de quelques heures ou de plusieurs années, est condamnable lorsqu'elle est illicite ou arbitraire, mais sa durée n'est pas indifférente pour mesurer les souffrances endurées par la personne détenue et la gravité du préjudice qu'il faudra réparer. Aussi n'aurait-il pas été inutile que la Cour comparât cette durée avec celles, bien plus longues, examinées par d'autres juridictions dont la pratique et l'expérience auraient dû l'inspirer dans la présente affaire.

12. La Cour n'a pas non plus retenu, à proprement parler, de circonstances aggravantes en dehors des caractères illicite et arbitraire des détentions et expulsion, ce à quoi se résume, du reste, la violation de ses obligations par la RDC, car, comme elle le dit elle-même, «le préjudice immatériel subi découle nécessairement des faits illicites dont la Cour a déjà établi l'existence» (arrêt, par. 21). Elle rappelle par la suite (*ibid.*), sans les qualifier expressément d'aggravantes, les circonstances particulières des détentions et de l'expulsion de M. Diallo, telles que décrites dans son arrêt au fond (*C.I.J. Recueil 2010 (II)*, p. 666-670, par. 74-84).

regarded as giving an indication of the average size of the sums awarded to “ease” the moral injury of victims or their relatives.

10. The foregoing explains why even the Inter-American Court of Human Rights, which has a very compassionate and generous attitude towards the compensation claims of victims of human rights violations, adopted this principle of proportionality in its very first judgment on reparation, in the *Velásquez Rodríguez v. Honduras* case (judgment of 21 July 1989 (reparations and costs), para. 38), which has since become a point of reference in the field, and in which it stated that international law did not recognize reparation which punished States. It is not that “punitive damages” are completely inconceivable, rather that, while certain national systems do permit the award of such damages, punishment is not the purpose of reparation, pecuniary or otherwise, in international law.

11. Of course, the conditions of detention or expulsion — for example, solitary confinement, torture, ill-treatment, the length of the detention, etc. — are circumstances specific to each case and could, depending on the case, justify a higher amount of compensation, while their absence would impose a lesser amount. In the present case, however, the Court has acknowledged that Mr. Diallo did not suffer inhuman or degrading treatment during his detentions. Having briefly alluded to such treatment, Guinea chose to abandon any such accusations, and did not attempt to offer the slightest proof that such treatment occurred (*Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, *Merits, Judgment, I.C.J. Reports 2010 (II)*, p. 671, paras. 88-89 and p. 693, para. 165, point 5 of the operative clause; present Judgment, para. 21). Furthermore, the total duration of Mr. Diallo’s detentions did not exceed — to use the variable figures advanced by Guinea (*I.C.J. Reports 2010 (II)*, pp. 659-660, paras. 48-52) and disregarding the DRC’s challenge to those figures — 66 to 72 days. Of course, the deprivation of liberty, whether for a few hours or several years, should be condemned when it is wrongful or arbitrary, but its duration is not irrelevant when measuring the sufferings endured by the individual detained or the seriousness of the injury for which reparation must be made. It would therefore have been useful for the Court to compare the duration of Mr. Diallo’s detention with the much longer detentions considered by other courts, whose practice and experience should have guided the Court in the present case.

12. Nor, strictly speaking, did the Court accept that there were aggravating circumstances beyond the unlawful and arbitrary character of the detentions and expulsion which, moreover, constitute the full extent of the DRC’s violation of its obligations, for, as the Court said itself, “the fact that [Mr. Diallo] suffered non-material injury is an inevitable consequence of the wrongful acts of the DRC already ascertained by the Court” (Judgment, para. 21). It then recalled (*ibid.*), without expressly calling them aggravating, the specific circumstances of Mr. Diallo’s detentions and expulsion, as described in its Judgment on the merits (*I.C.J.*

S'agissant de ces circonstances particulières, même le fait que, expulsé le 31 janvier 1996, M. Diallo «[n']avait reçu [que] le même jour notification de la mesure dont il faisait l'objet», n'est pas, comme tel, relevé comme circonstance aggravante. Et, si la Cour a dit que M. Diallo «avait été détenu pendant une période exagérément longue en attendant son expulsion» (arrêt, par. 21, et *C.I.J. Recueil 2010 (II)*, p. 668, par. 79), c'est par rapport à l'argument qu'avançait la RDC pour justifier la détention par la nécessité d'éviter que l'intéressé ne s'évade et n'échappe à l'expulsion. Ces circonstances constituent précisément la forme prise par la violation.

13. C'est pourquoi la comparaison du cas de M. Diallo avec certaines affaires jugées par la Cour européenne des droits de l'homme ou la Cour interaméricaine des droits de l'homme fait découvrir, sans minimiser pour autant la souffrance de M. Diallo, que les situations portées devant celles-ci étaient très souvent bien plus graves que celle du ressortissant guinéen : notification de la mesure d'expulsion le jour même de son exécution, détention de plusieurs années, tortures, traitements inhumains et dégradants, isolement, disparitions forcées, exécutions extrajudiciaires, etc. Pourtant, dans nombre de ces cas, les juridictions ont alloué des sommes bien plus faibles, approchant tout au plus de la somme de 30 000 dollars des Etats-Unis offerte par le défendeur lui-même comme une indemnisation adéquate compte tenu des circonstances spécifiques de l'affaire. Dans les quelques cas où des sommes relativement élevées furent accordées par la Cour interaméricaine des droits de l'homme, il s'agissait de disparitions forcées, d'enlèvements, d'exécutions extrajudiciaires, etc.

14. Généralement, l'indemnité accordée pour préjudice immatériel est donc relativement modeste, en rapport avec la nature du dommage subi, surtout si celui-ci n'a pas eu de manifestations somatiques notables et prouvées. Ci-dessous figurent quelques exemples des sommes allouées en réparation du préjudice moral :

a) Cour européenne des droits de l'homme : 24 000 euros dans l'affaire *M.S.S. c. Belgique et Grèce* ; 15 000 euros dans l'affaire *Khodzhayev c. Russie* ; 8 000 euros dans l'affaire *Ahmed c. Roumanie* ; 15 000 euros dans l'affaire *Lupsa c. Roumanie*, pour des détentions de plusieurs années accompagnées de circonstances aggravantes ; 50 000 dollars des Etats-Unis dans l'affaire *M. c. Allemagne*, pour une détention arbitraire de plus de huit ans. Dans l'affaire *Nowak c. Ukraine*, la Cour européenne des droits de l'homme a accordé 16 000 euros pour détention illicite, expulsion arbitraire et mauvais traitements, et violation des garanties offertes par le protocole n° 7. Pourtant, M. Nowak était titulaire d'un permis de séjour en cours de validité à la date de son expulsion et était un «étranger résidant régulièrement» en Ukraine au sens de l'article premier du protocole n° 7. De plus, l'arrêt d'expulsion lui a été notifié à la date de son départ dans une langue qu'il ne comprenait pas et dans des circonstances qui ne lui ont pas permis de se faire représenter ou de soumettre des arguments contre son expulsion.

Reports 2010 (II), pp. 666-670, paras. 74-84). In respect of these specific circumstances, even the fact that, expelled on 31 January 1996, Mr. Diallo “[only] received notice of his expulsion on the same day” is not considered as an aggravating circumstance in itself. And while the Court states that Mr. Diallo “was detained for an unjustifiably long period pending expulsion” (present Judgment, para. 21, and *I.C.J Reports 2010 (II)*, p. 668, para. 79), it does so in response to the DRC’s argument that the detention was necessary, in order to prevent the individual concerned from fleeing and escaping expulsion. These circumstances constitute the very form of the violation.

13. Thus, a comparison of Mr. Diallo’s case with certain cases ruled on by the European Court of Human Rights or the Inter-American Court of Human Rights shows that, without making light of Mr. Diallo’s suffering, the situations presented before those courts were often much graver than that of the Guinean national: notification of the expulsion measure on the same day it was carried out, detention of several years, torture, inhuman and degrading treatment, solitary confinement, enforced disappearance, extrajudicial executions, etc. However, in many of these cases, the courts awarded much smaller sums: US\$30,000 at most, which was the amount offered by the Respondent itself as appropriate compensation taking into account the specific circumstances of the case. The few cases in which comparatively high sums were awarded by the Inter-American Court of Human Rights involved enforced disappearance, kidnappings, extrajudicial executions, and so on.

14. In general, the compensation awarded for non-material injury is thus relatively modest, in keeping with the nature of the injury suffered, especially if that injury has had no proven significant somatic effects. Below are some examples of the sums awarded as reparation for moral injury.

- (a) European Court of Human Rights: €24,000 in *M.S.S. v. Belgium and Greece*, €15,000 in *Khodzhayev v. Russia*, €8,000 in *Ahmed v. Romania* and €15,000 in *Lupsa v. Romania* for detentions lasting for several years accompanied by aggravating circumstances; US\$50,000 in *M. v. Germany* for arbitrary detention lasting more than eight years. In *Nowak v. Ukraine* the European Court of Human Rights awarded €16,000 for unlawful detention, arbitrary expulsion and ill-treatment, and violations of guarantees provided by Protocol No. 7. However, Mr. Nowak had a valid residency permit at the time of his expulsion and was an “alien lawfully resident” in Ukraine, within the meaning of Article 1 of Protocol No. 7. Moreover, he was notified of the expulsion order on the day of its execution, in a language which he did not understand and in circumstances which did not allow for him to be represented or to submit arguments against his expulsion.

- b) Cour interaméricaine des droits de l'homme: 30 000 dollars des Etats-Unis dans l'affaire *Neptune c. Haïti*; 20 000 dollars dans l'affaire *Maritza Urrutia c. Guatemala*; 50 000 dollars dans l'affaire *Chaparro Alvarez et Lapo Iñiguez c. Equateur*. Dans l'affaire *Goiburú et autres c. Paraguay*, la Cour interaméricaine des droits de l'homme a, en fait, accordé plusieurs indemnités allant de 10 000 à 50 000 dollars aux différentes victimes de violations collectives graves constituées d'atteintes aux droits à la vie et à la liberté, de disparitions forcées, etc., la disparition entraînant les sommes les plus élevées.
- c) Commission générale des réclamations Etats-Unis d'Amérique/ Mexique: 2 500 dollars des Etats-Unis dans l'affaire *Daniel Dillon*; 8 000 dollars dans l'affaire *Harry Roberts*; 4 000 dollars dans l'affaire *Mary Ann Turner*.

15. A la lumière de ce qui précède, il me semble que, eu égard aux circonstances de l'espèce, aux violations établies et au préjudice moral décrit ci-dessus (voir le présent arrêt, par. 25), la somme de 85 000 dollars des Etats-Unis est largement exagérée: elle ne reflète pas la mesure du préjudice subi, ne constitue pas la juste compensation du préjudice moral réellement subi. Elle ne me paraît donc pas, contrairement à ce qu'affirme l'arrêt (*ibid.*), «appropriée». A coup sûr, au regard de la pratique antérieure, y compris celle des juridictions garantes des droits de l'homme, ce montant, que n'expliquent pas les circonstances de l'espèce, est sans commune mesure avec la pratique et ne me semble pas justifié à satisfaction. On peut s'attendre à ce que, par son caractère inédit et son exemplarité, voire son caractère «punitif» (voir par. 8 et 9 ci-dessus), il attire l'attention et constitue un revirement de jurisprudence sur cette question, ce qui n'est pas la fonction de la réparation.

II. INDEMNISATION SANS FONDEMENT DU PRÉJUDICE MATÉRIEL POUR PERTE DE BIENS PERSONNELS

Les règles juridiques qui commandent la matière

16. En matière d'indemnisation pour responsabilité internationale découlant d'un fait internationalement illicite consistant dans la violation d'une obligation internationale par un Etat, ainsi que le confirme la Cour (arrêt, par. 13), la présente affaire est la deuxième seulement dans laquelle elle est amenée, depuis sa création après la seconde guerre mondiale, à se prononcer sur la fixation de l'indemnité. L'unique précédent fut l'affaire du *Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie)* (*fixation du montant des réparations, arrêt, C.I.J. Recueil 1949, p. 244 et suiv.*), qui concernait la destruction de navires de guerre britanniques et le décès de membres du personnel navigant, affaire aussi «matérielle» en ce qui concerne la nature du préjudice subi par le Royaume-Uni. La Cour se montra alors extrêmement exigeante, refusant de se contenter des allégations du demandeur ou

- (b) Inter-American Court of Human Rights: US\$30,000 in *Neptune v. Haiti*, US\$20,000 in *Maritza Urrutia v. Guatemala*, US\$50,000 in *Chaparro Alvarez and Lapo Iñiguez v. Ecuador*. In *Goiburú et al. v. Paraguay*, the Inter-American Court of Human Rights in fact made several awards, ranging from US\$10,000 to US\$50,000, to the various victims of collective and grave violations, including infringements of the rights to life and liberty, enforced disappearance, etc., with the highest amounts awarded for disappearances.
- (c) United States/Mexico General Claims Commission: US\$2,500 in the *Daniel Dillon* case, US\$8,000 in the *Harry Roberts* case and US\$4,000 in the *Mary Ann Turner* case.

15. In light of the foregoing, it seems to me that, having regard to the circumstances of this case, the established violations and the moral injury described above (see the present Judgment, para. 25), the sum of US\$85,000 is grossly excessive; it does not reflect the extent of the injury suffered and is not proper compensation for the moral injury actually sustained. Thus, contrary to what is stated in the Judgment (*ibid.*), it does not appear to me to be “appropriate”. In view of earlier practice, including that of the human rights courts, it is clear that this amount, which does not reflect the circumstances of the case, bears no relation to the practice, and in my view it has not been adequately justified. Because of its unprecedented size and exemplary, if not punitive, character (see paras. 8 and 9 above), it is likely to attract attention and constitutes a reversal of the jurisprudence on this question, which is not the function of reparation.

II. UNJUSTIFIED COMPENSATION FOR THE MATERIAL INJURY RESULTING FROM THE LOSS OF PERSONAL PROPERTY

The Legal Rules Governing This Area

16. In terms of compensation for an internationally wrongful act consisting in the violation by a State of an international obligation engaging the latter’s international responsibility, this case, as the Court confirms (Judgment, para. 13), is only the second since its creation in the aftermath of World War II in which it has been called upon to fix compensation. The Court’s only precedent is the *Corfu Channel* case (*United Kingdom v. Albania*) (*Assessment of Amount of Compensation, Judgment, I.C.J. Reports 1949*, pp. 244 *et seq.*), which concerned the destruction of British warships and the deaths of naval personnel, and which was also a “material” case in terms of the nature of the injury sustained by the United Kingdom. In that case, the Court was extremely demanding, and was not content to accept the Applicant’s claims or even the evidence of the destruction of

même de l'évidence de la destruction des navires et du décès de membres du personnel. Si la Cour a fini par adjuger ses conclusions au Royaume-Uni et lui allouer l'indemnité demandée, c'était sur la base des preuves documentaires fournies par lui ainsi que par le rapport des experts ayant confirmé l'existence d'un lien de causalité, puisque les dommages matériels allégués étaient bien la conséquence directe de l'explosion des mines (*C.I.J. Recueil 1949*, p. 265) et que les chiffres présentés par le demandeur pouvaient être considérés comme une «évaluation raisonnable et adéquate des dommages subis» (*ibid.*, p. 250). On voit bien clairement apparaître deux conditions: la preuve du préjudice dans l'optique de la justification du montant, ainsi que la preuve du lien de causalité.

17. Cette décision inaugura la jurisprudence et la pratique concernant l'exigence de «preuves suffisantes» du préjudice subi ainsi que celle du caractère «raisonnable» des prétentions pécuniaires de la victime. Cette jurisprudence et cette pratique des juridictions internationales habituées à statuer dans ce genre de réclamations, notamment la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), la Cour interaméricaine des droits de l'homme (CIADH) et les tribunaux mixtes de réclamations, en particulier le Tribunal des réclamations Etats-Unis/Iran, et il en va de même de nombreuses sentences arbitrales, sont aujourd'hui constantes.

18. En l'espèce, il me semble clair que, bien qu'elle ait dit s'en inspirer (arrêt, par. 13), la Cour n'a pas rigoureusement suivi cette démarche lorsqu'elle a accordé l'indemnisation d'un préjudice matériel sans exiger de preuve indépendante des allégations formulées par M. Diallo.

19. La question de droit examinée ici est celle de la charge de la preuve, preuve de l'existence du préjudice, celui-ci étant en effet, dans la tradition juridique comme dans les perspectives envisagées par le Projet d'articles de la CDI, le fondement et la mesure de l'indemnisation, et preuve du lien de causalité entre le préjudice et le comportement illicite de l'Etat responsable.

*Concernant la preuve du préjudice matériel:
l'exigence d'une « preuve suffisante »*

20. Dans bien des cas, il manque de preuve à l'appui des allégations et des réclamations guinéennes. C'est, sans doute, convaincue de ces exigences que la Cour a eu à envisager s'il était possible, sans une telle preuve, d'accorder une réparation sous forme d'indemnité compensatoire. Mais, en même temps, ce souci montre la conviction de la Cour quant à la place centrale qu'occupe l'administration de la preuve en cette matière concernant la responsabilité, la réparation et l'indemnisation. Il est en effet bien établi que, «en règle générale, il appartient à la partie qui allègue un fait au soutien de ses prétentions de faire la preuve de l'existence de ce fait», comme la Cour l'a rappelé dans son arrêt au fond en l'affaire qui nous occupe en cette procédure (*C.I.J. Recueil 2010 (II)*, p. 660, par. 54). C'est ainsi que, dans l'arrêt de 2010, elle n'a pas hésité à rejeter les faits allégués mais non prouvés (*ibid.*, p. 679-687, par. 117-148, et p. 690, par. 157 et 158).

the ships and the deaths of crew members. Although the Court ultimately ruled in favour of the United Kingdom and awarded it the compensation it sought, it did so on the basis of documentary evidence provided both by the United Kingdom and by the experts' report — which confirmed the existence of a causal link, in that the material damage alleged was indeed the direct consequence of the mine explosions (*I.C.J. Reports 1949*, p. 265) — and the figures presented by the Applicant could be considered as a “fair and accurate estimate of the damage sustained” (*ibid.*, p. 250). The emergence of two conditions can clearly be observed: there must be evidence of the injury to justify the compensation amount and there must be evidence of a causal link.

17. This decision marked the introduction, in case law and in practice, of the requirement that there be “sufficient proof” of the injury sustained and that the nature of the victim's pecuniary claims be “fair”. This case law and practice of the international courts which regularly rule on such claims, notably the European Court of Human Rights (ECHR), the Inter-American Court of Human Rights (IACHR) and the various joint claims tribunals, in particular the Iran-United States Claims Tribunal, together with several arbitral awards, are well established today.

18. In the present case, it seems clear to me that, even though the Court claims to have taken into account the practice in other courts (Judgment, para. 13), it did not rigorously adhere to this when it awarded compensation for a material injury, without requiring independent proof of the allegations made by Mr. Diallo.

19. The point of law at issue here is that of the burden of proof: proof of the existence of the injury, which is, in fact — both in the legal tradition and in the situations contemplated by the ILC's Draft Articles — the basis and measure of compensation, and proof of the causal link between the injury and the wrongful behaviour of the responsible State.

*Evidence of the Material Injury:
The Requirement of “Sufficient Proof”*

20. In many instances there is no evidence in support of Guinea's allegations and claims. Doubtless aware of the evidence requirement, the Court had to consider whether it was still possible, in the absence of evidence, to award reparation in the form of pecuniary compensation. At the same time, however, this concern shows that the Court believes that evidence plays a central role in cases concerning responsibility, reparation and compensation. Thus it is well established that “[a]s a general rule, it is for the party which alleges a fact in support of its claims to prove the existence of that fact”, as the Court recalled in its Judgment on the merits of the case which is the subject of these proceedings (*I.C.J. Reports 2010 (II)*, p. 660, para. 54). This is why, in its 2010 Judgment, the Court did not hesitate to dismiss facts which were alleged but not proved (*ibid.*, pp. 679-687, paras. 117-148, and p. 690, paras. 157 and 158).

21. Il suffira de quelques exemples pour étayer ce principe reconnu par la Cour elle-même : l'affaire *Papamichalopoulos et autres c. Grèce (article 50)* (requête n° 33808/02, arrêt du 31 octobre 1995, CEDH, série A, n° 330-B, par. 37), où il était question de l'expropriation de terrains appartenant à des particuliers, et l'affaire *Akdivar et autres c. Turquie (article 50)* (requête n° 21893/93, arrêt du 1^{er} avril 1998, CEDH, par. 15-34), dans laquelle les requérants demandaient des dommages-intérêts pour le préjudice matériel résultant de la perte de leurs maisons incendiées par les forces de sécurité turques. Alors même que l'existence des terrains et des maisons ne faisait aucun doute, ni l'expropriation des terrains ou l'incendie des maisons par l'armée, pour établir la valeur actuelle des terrains et des maisons, la Cour européenne des droits de l'homme fit appel à des experts et refusa de s'en tenir aux réclamations avancées sans preuve par les requérants. De même, dans l'affaire *McCann et autres c. Royaume-Uni* (requête n° 18984/91, arrêt du 27 septembre 1995, CEDH, A324), où il s'agissait de la violation de l'article 2 de la convention européenne des droits de l'homme (droit à la vie), consistant dans le meurtre de trois membres de l'IRA à Gibraltar par les forces de sécurité britanniques, elle rejeta, faute de preuve, la thèse de l'exécution préméditée avancée par les représentants des victimes. Dans une affaire de violences au cours d'une garde à vue, elle exigea également du Gouvernement autrichien qu'il «établi[sse] de manière satisfaisante que les blessures du requérant [avaient été] causées autrement que — exclusivement, principalement ou partiellement — par les traitements subis pendant la garde à vue» et décida de considérer que, faute de preuve à cet effet, les violations avaient été établies (affaire *Ribitsch c. Autriche*, requête n° 1889/91, arrêt du 4 décembre 1995, CEDH, A336, par. 34). En matière de discrimination, comportement pourtant difficile à prouver, la Cour européenne des droits de l'homme n'en exigea pas moins la preuve que la différence de traitement incriminée reposait sur des motifs discriminatoires liés à une caractéristique protégée et de ce fait stigmatisée (par exemple, sexe, race ou religion), même si, par une sorte de partage de la charge de preuve, il en naissait une présomption de discrimination que le défendeur allait devoir, au moyen de preuves contraires, réfuter (affaire *Timichev c. Russie*, requêtes n^{os} 55762/00 et 55974/00, arrêt du 13 décembre 2005, CEDH, par. 40-44; voir aussi, au même effet, l'arrêt de la CJCE du 26 juin 2001 dans l'affaire *Susanna Brunnhofer c. Bank der österreichischen Postsparkasse AG*, affaire C-381/99, *Recueil 2001*, p. I-04961). Ce partage du fardeau de preuve ne contredit pas la règle traditionnelle en la matière, qui impose à celui qui allègue un fait d'en fournir la preuve. En l'occurrence, les thèses avancées sont contradictoires et il incombe à chacune des parties d'appuyer la sienne par des preuves de nature à emporter la conviction de la juridiction. Enfin, dans l'affaire *H.L.R. c. France* (requête n° 24573/94, arrêt du 29 avril 1997, CEDH), la Cour européenne des droits de l'homme en vint à la conclusion qu'il n'y avait eu aucune violation de l'article 3 de la convention européenne des droits de l'homme du fait de l'expulsion du demandeur colombien, parce qu'aucune preuve pertinente n'avait été apportée à l'appui des allégations de risques de mauvais traitements.

21. Just a few examples will suffice to confirm this principle, which the Court itself recognizes: for example, *Papamichalopoulos and Others v. Greece (Article 50)* (application No. 33808/02, judgment of 31 October 1995, ECHR, Series A, No. 330-B, para. 37), which concerned the question of the expropriation of land belonging to individuals, and *Akdivar and Others v. Turkey (Article 50)* (application No. 21893/93, judgment of 1 April 1998, ECHR, paras. 15-34), in which the applicants sought damages for material injury resulting from the loss of their homes, burnt down by Turkish security forces. Although there was no doubt that the land and the houses had existed, or that the land had been expropriated and the houses burnt down by the army, in order to establish their true value the European Court of Human Rights called experts, refusing to rely on the unsubstantiated claims advanced by the applicants. Similarly, in *McCann and Others v. United Kingdom* (application No. 18984/91, judgment of 27 September 1995, ECHR, A324), which involved a violation of Article 2 of the European Convention on Human Rights (right to life) consisting in the murder of three members of the IRA in Gibraltar by British security forces, the European Court rejected the argument of premeditated execution put forward by the victims' representatives, for lack of evidence. In a case concerning violence in custody, the European Court also demanded that the Austrian Government "satisfactorily [establish] that the applicant's injuries [had been] caused otherwise than — entirely, mainly, or partly — by the treatment he underwent while in police custody"; in the absence of evidence to that effect, it concluded that the violations had been established (*Ribitsch v. Austria*, application No. 1889/91, judgment of 4 December 1995, ECHR, A336, para. 34). In a case involving discrimination — behaviour which is difficult to prove — the European Court of Human Rights demanded proof that the alleged difference in treatment was based on discriminatory grounds related to a protected characteristic (for example, sex, race, religion) and that, therefore, it was wrongful, even though, by a sort of sharing of the burden of proof, there then arose a presumption of discrimination, which the Respondent would have to refute by producing evidence to the contrary (*Timishev v. Russia*, applications Nos. 55762/00 and 55974/00, judgment of 13 December 2005, ECHR, paras. 40-44; see also, to the same effect, the judgment of the ECJ of 26 June 2001 in *Susanna Brunnhofer v. Bank der österreichischen Postsparkasse AG*, case C-381/99, 2001 Reports, p. I-04961). This sharing of the burden of proof does not contradict the established rule in this regard, which stipulates that he who alleges a fact must provide proof of that fact. These are cases where the claims put forward are mutually contradictory, and it is for each party to substantiate its own argument with evidence capable of convincing the court. Finally, in *H.L.R. v. France* (application No. 24573/94, judgment of 29 April 1997, ECHR), the European Court of Human Rights concluded that the expulsion of the Colombian applicant had not violated Article 3 of the European Convention on Human Rights, because no relevant proof had been produced in support of the allegations of risks of ill-treatment.

22. Le Tribunal des réclamations Etats-Unis/Iran s'est quant à lui montré particulièrement strict en ce qui concerne l'établissement de l'existence du dommage allégué sous la forme de perte de biens, exigeant que le requérant démontre que, avant la commission des faits illicites, les biens en question existaient et lui appartenaient (« possession, expropriation et valeur des biens » [traduction libre]). A cet égard, la jurisprudence du Tribunal révèle une préférence pour les preuves documentaires, sans doute les plus sûres, alors même que les requérants, en l'occurrence des ressortissants américains expulsés d'Iran, avaient souvent été contraints de fuir ce pays en abandonnant les documents établissant l'existence des biens prétendument perdus, leur appartenance aux victimes et leur valeur (notamment, affaires *Daley* (*Etats-Unis d'Amérique c. Iran*), sentence 360-10514-1, 1988 WL 637289 (Iran-US Cl. Trib.), *Rankin* (*Etats-Unis d'Amérique c. Iran*), sentence 326-10913-2, 1987 WL 503860 (Iran-US Cl. Trib.) et *Yeager* (*Etats-Unis d'Amérique c. Iran*), sentence 324-10199-1, 1987 WL 503859 (Iran-US Cl. Trib.)).

23. Ainsi dans l'affaire *Daley*, un Américain détenu et expulsé d'Iran qui affirmait avoir perdu au cours de ses mésaventures divers biens (entre autres, une voiture, un pur-sang, une montre Rolex, des bijoux, des pièces de monnaie de collection, un total de 15 000 dollars des Etats-Unis en argent et des tapis de luxe). Le fait que les circonstances de son expulsion ne lui aient pas permis de conserver les pièces justificatives n'a pas empêché le Tribunal d'affirmer, s'agissant du cheval, que, « n'étant pas en mesure de conclure à l'expropriation de ce bien ... [il devait en conséquence rejeter] cette portion des réclamations » (1988 WL 637289, par. 24) [traduction libre]. En ce qui concerne la propriété et la valeur des pièces de collection, il aurait fallu prouver où et quand elles avaient été achetées, qui les avait vendues, les détails de la police d'assurance, etc. L'exigence de preuve est telle que, dans cette même affaire, bien que des tapis aient été vus au domicile de Daley à Téhéran, le Tribunal a jugé que « les preuves étaient insuffisantes pour établir, toutefois, que les tapis et autres pièces d'ameublement se trouvaient dans l'appartement à la date où ils sont censés avoir été pris » (*ibid.*, par. 27) [traduction libre], imposant de surcroît au requérant de « prouver que l'enlèvement des biens en question était le fait d'individus ou de groupements dont les actes étaient susceptibles d'engager la responsabilité de l'Etat iranien » (*ibid.*, par. 28) [traduction libre]. On voit ainsi le Tribunal insister sur la nécessité de prouver le lien de causalité en disant au paragraphe suivant que la présence des tapis et autres objets au domicile du requérant ne permettait pas de conclure qu'ils « avaient été enlevés dans des circonstances de nature à engager la responsabilité de l'Etat iranien ». L'exigence est multiple : établir « la propriété, l'expropriation et la valeur des biens pour lesquels » la réparation est demandée (*ibid.*, par. 30) [traduction libre].

24. Il n'est pas inintéressant de présenter ici une sentence arbitrale rendue dans une affaire mettant en œuvre le même chef du dommage et des circonstances factuelles similaires, l'affaire *Chevreau*, qui opposait la France à la Grande-Bretagne et qui était très proche de l'affaire qui nous occupe, parce qu'elle se rapportait à la détention et à l'expulsion illicites d'un étranger de

22. The Iran-United States Claims Tribunal, for its part, has shown itself to be particularly stringent with respect to establishing the existence of an alleged injury in the form of a loss of property, requiring the applicant to demonstrate that, before the commission of the unlawful acts, the property in question existed and was in his or her possession (“possession, expropriation and value of the items”). In this respect, the case law of the Tribunal reveals a preference for documentary proof — undoubtedly the most reliable form of evidence — despite the fact that the applicants, in this case American nationals expelled from Iran, had often been forced to flee that country, thereby abandoning the documents which proved the existence, ownership and value of the property alleged to have been lost (see, in particular, the cases of *Daley* (*United States of America v. Iran*), award 360-10514-1, 1988 WL 637289 (Iran-US Cl. Trib.); *Rankin* (*United States of America v. Iran*), award 326-10913-2, 1987 WL 503860 (Iran-US Cl. Trib.) and *Yeager* (*United States of America v. Iran*), award 324-10199-1, 1987 WL 503859 (Iran-US Cl. Trib.)).

23. The *Daley* case, for example, concerned an American national who claimed to have lost various property (including, a car, a thoroughbred horse, a Rolex watch, jewellery, a coin collection, a total of US\$15,000 in cash and some luxury carpets) when he was detained and expelled from Iran. The fact that the circumstances of his expulsion meant that he was no longer in possession of the supporting documents did not prevent the Tribunal from declaring that it “does not find that the horse was expropriated”, and that “[t]his part of the claim is therefore dismissed” (1988 WL 637289, para. 24). To establish the ownership and value of the coin collection, proof was required as to where and when the coins had been bought, who had sold them, the details of their insurance cover, etc. The burden of proof is such that, in the same case, even though the carpets in question had been seen in the Daley residence in Teheran, the Tribunal found that “[t]he evidence is not sufficient to establish, however, that the carpets or any of the other furniture were at the apartment on the date of the alleged taking” (*ibid.*, para. 27); it also required the applicant to “establish that these items [had been] removed from the premises by individuals or groups for whose acts the Government of Iran is legally liable” (*ibid.*, para. 28). The Tribunal’s insistence on the need for proof of the causal link can be seen in the following paragraph, in which it states that the presence of the carpets and other effects at the applicant’s residence does not enable it to conclude that they “[had been] removed in circumstances which would give rise to liability on the part of the Iranian Government”. The requirement is a manifold one: the “possession, expropriation and value of the items for which” compensation is sought must be established (*ibid.*, para. 30).

24. It is worth mentioning here an arbitral award rendered in a case involving the same head of damage and factually similar circumstances, namely the *Chevreau* case between France and Great Britain, and which was very similar to the present case in that it related to the wrongful detention and expulsion of a foreigner of French nationality, Mr. Chevreau,

nationalité française, M. Chevreau, suivies de la réclamation par le Gouvernement français d'une indemnisation à raison du dommage matériel résultant de la perte de biens personnels lors de la détention et de l'expulsion de l'intéressé (affaire *Chevreau (France c. Royaume-Uni)*, 9 juin 1931, *Recueil des sentences arbitrales [traduction libre]*, vol. II, p. 1113).

25. Il s'agissait en particulier, dans cette affaire ressemblant très fortement à la présente espèce, de biens, c'est-à-dire « argent, montres et bijoux, vêtements, livres et autres objets qui, selon M. Chevreau, se trouvaient dans son logement ... lors de son arrestation, mais qui n'ont pas été retrouvés quand, le 24 décembre 1918, un inventaire fut dressé ... en présence de deux officiers anglais et du Directeur des douanes » (*ibid.*, p. 1140). La liste des biens fournie par M. Chevreau comprenait non seulement les objets dont la présence avait été constatée par l'inventaire du 24 décembre 1918, mais aussi d'autres objets, notamment « argent, montres et bijoux », qu'il disait posséder avant les événements. L'Etat français soutenait donc que l'Etat britannique était responsable de la perte des valeurs et objets énumérés dans la liste de M. Chevreau mais pas dans l'inventaire. L'arbitre a jugé que le Royaume-Uni ne pouvait pas être rendu responsable de cette perte, alors même que les autorités britanniques n'avaient pas nié leur responsabilité pour la conservation des biens en question (*ibid.*, p. 1141). L'arbitre s'en tint donc au contenu de l'inventaire, sans prendre en considération les autres biens réclamés par M. Chevreau qui n'avaient pas été trouvés dans la maison lors de l'établissement de l'inventaire. C'est ainsi que, au seul vu des déclarations et faute de « preuve documentaire », il se dit d'avis que « la réclamation de M. Chevreau pour perte de biens en Perse ne saurait être retenue », et décida, conformément à la logique juridique, que « la charge de la preuve incomb[ait] au Gouvernement français et [que] les allégations de M. Chevreau ne [pouvaient] être acceptées comme *preuves suffisantes* » (*ibid.*, p. 1142; les italiques sont de moi).

26. Dans la présente affaire, pour certaines revendications, la Cour a avec justesse fait application de ce principe et a, pour cela, rejeté le préjudice matériel allégué pour perte de revenus et la demande d'indemnisation formulée par la Guinée pour la perte de biens de grande valeur qui se seraient trouvés dans l'appartement de M. Diallo au moment de son expulsion mais qui n'auraient pas été retrouvés ni répertoriés dans l'inventaire (arrêt, par. 34), ainsi que pour la perte alléguée de revenus (*ibid.*, par. 41, 42, 44, 45 et 46) et de gains potentiels (*ibid.*, par. 48).

27. Comme on le voit, si une certaine souplesse est admise concernant le dommage immatériel, considéré comme inhérent à la condition humaine en situation de violation et comme n'ayant pas à être prouvé, les juges et arbitres ont toujours appliqué une norme de preuve élevée, soit celle de la « preuve suffisante » ou de la « preuve à la satisfaction de la Cour ».

Recours aux principes d'équité

28. Si, concernant le préjudice matériel, la Cour a parfois fondé la réparation sur des considérations d'équité, c'était non pas en raison de doutes

followed by a claim for compensation by the French Government for material damage resulting from the loss of personal property during Mr. Chevreau's detention and expulsion (*Chevreau case (France v. Great Britain)*, 9 June 1931, English version from 27 *American Journal of International Law* 153, 1933).

25. The *Chevreau* case, which bears a very strong resemblance to the present one, concerned in particular property, that is, "money, watches and jewels, clothes, books and other articles which, according to Mr. Chevreau, were in his lodgings . . . when he was arrested, but which were not found on December 24, 1918, when an inventory was made . . . in the presence of two English officers and of the Director of Customs" (*ibid.*, p. 178). The list of property provided by Mr. Chevreau included not only the items whose presence had been noted in the inventory of 24 December 1918, but other items, too, notably "money, watches and jewels", which he claimed were in his possession before the events in question. The French State therefore contended that the British State was responsible for the loss of the securities and articles enumerated in Mr. Chevreau's list, but not detailed in the inventory. The Arbitrator found that the United Kingdom could not be held responsible for this loss, even though the British authorities did not deny that they were responsible for the safe-keeping of the effects in question (*ibid.*, p. 179). Therefore, he took account only of the contents of the inventory, without taking into consideration the other items claimed by Mr. Chevreau, which had not been found at the house when the inventory was drawn up. It was under these circumstances that, on the sole basis of the declarations and because of a lack of "documentary proof", the Arbitrator found that "Mr. Chevreau's claim for loss of effects in Persia could not be sustained", and decided that, in law, "[t]he burden of proof [was] upon the French Government and [that] the allegations of Mr. Chevreau [could] not be accepted as *sufficient proof*" (*ibid.*, p. 181; emphasis added).

26. In the present case, the Court has correctly applied this principle in respect of some of the claims, dismissing the alleged material injury for loss of earnings and the claim for compensation made by Guinea for the loss of high-value items which were alleged to have been in Mr. Diallo's apartment at the time of his expulsion, but which were not found or listed on the inventory (Judgment, para. 34), as well as the claims for the alleged loss of income (*ibid.*, paras. 41, 42, 44, 45 and 46) and potential earnings (*ibid.*, para. 48).

27. As can be seen, although a certain degree of flexibility is permitted in respect of non-material damage, regarded as inherent to the human condition when subjected to violations and not having to be proved, judges and arbitrators have always enforced a higher standard of proof, that of "sufficient proof" or "proof to the satisfaction of the Court".

Recourse to the Principles of Equity

28. While, in respect of material injury, the Court has sometimes based reparation on considerations of equity, it has done so not because the exis-

quant à l'existence ou à la perte douteuses du bien en question, mais uniquement pour l'estimation de la valeur devant servir de base au calcul du montant de l'indemnisation. Ainsi, dans l'affaire *Orhan c. Turquie*, dans laquelle «il n'avait été fourni aucune preuve décisive de la taille et de la destination des maisons, biens et possessions détruits et perdus», la Cour européenne des droits de l'homme dut allouer une indemnité dont le montant serait «fondé sur des conjectures et basé sur les principes d'équité» (*Orhan c. Turquie*, requête n° 25656/94, arrêt du 18 juin 2002, CEDH, par. 423-424) [traduction libre]. De même, concernant la perte d'une maison et d'effets personnels dont aucune preuve n'établissait la valeur, mais dont l'existence et la propriété avaient été établies, la même juridiction décida que «son évaluation des sommes à accorder devait forcément reposer sur les principes d'équité», pour fixer ce montant à 4 500 livres sterling, «en l'absence de toute preuve décisive, et statuant en équité» [traduction libre] (*Bilgin c. Turquie*, requête n° 23819/94, arrêt du 16 novembre 2000, CEDH, par. 140 et 144).

Lien de causalité

29. Par ailleurs, en général comme dans la présente affaire, le préjudice matériel pour perte de biens personnels ainsi que la demande consécutive de réparation sur ce chef de préjudice devraient également être rejetés en cas d'inexistence d'un lien de causalité entre le préjudice allégué et le comportement illicite de l'Etat en cause, en l'occurrence la RDC.

30. Certes, la Cour européenne des droits de l'homme, tout comme la Cour interaméricaine des droits de l'homme, a fait preuve d'une plus grande souplesse en ce qui touche le lien de causalité en matière de préjudice immatériel, présument régulièrement l'existence d'un tel préjudice et du lien de causalité requis en se fondant sur la nature de la violation, parce qu'il ne pouvait être exigé du demandeur qu'il fournisse une quelconque preuve du dommage immatériel subi, lequel, inhérent à la condition humaine, n'a pas à être démontré, ainsi que l'a décidé la Cour interaméricaine des droits de l'homme (affaire *Goiburú et autres c. Paraguay*, arrêt du 22 septembre 2006 (fond, réparations et frais), CIADH).

31. Mais, même pour la Cour interaméricaine des droits de l'homme, la plus favorable de toutes les juridictions quant à la sauvegarde et à la réparation en matière de droits de l'homme, il doit exister un lien de causalité minimal. Elle définit en effet le préjudice matériel indemnisable comme «la perte de revenus de la victime, les frais encourus en raison des faits de la cause et les conséquences de caractère *pécuniaire qui ont un lien de causalité direct avec les faits incriminés*» (arrêt *Cantoral Benavides c. Pérou*, par. 166, et arrêt *La Cantuta c. Pérou*, 29 novembre 2006, par. 213 [traduction tirée de Karine Bonneau, «Le droit à réparation des victimes de violations des droits de l'homme: le rôle pionnier de la Cour interaméricaine des droits de l'homme», *Droits fondamentaux*, n° 6, janvier-décembre 2006, p. 12]; les italiques sont de moi).

32. Pour autant, la souplesse caractéristique dont cette juridiction fait preuve pour ainsi dire systématiquement ne saurait être étendue avec les

tence or loss of the property in question was in doubt, but simply for the purpose of estimating the value to be used as the basis for assessing the amount of compensation. Thus, in *Orhan v. Turkey*, in which “no decisive . . . proof of the size and nature of the houses, property and possessions destroyed and lost [was] provided”, the European Court of Human Rights had to award compensation which was “speculative and based on principles of equity” (*Orhan v. Turkey*, application No. 25656/94, judgment of 18 June 2002, ECHR, paras. 423-424). Similarly, in a case involving the loss of a house and personal effects, whose value had not been proved, but whose existence and ownership had been established, the same court ruled that “[its] assessment of the amounts to be awarded must, by necessity, be based on principles of equity”; it fixed that amount at GBP 4,500, “[i]n the absence of any decisive evidence and making its assessment on an equitable basis” (*Bilgin v. Turkey*, application No. 23819/94, judgment of 16 November 2000, ECHR, paras. 140 and 144).

Causal Link

29. Furthermore, generally speaking — and in this case — material injury resulting from the loss of personal property and any subsequent claim for reparation in respect of that injury should be rejected if there is no causal link between the alleged injury and the wrongful conduct of the State in question, in this case the DRC.

30. It is true that the European Court of Human Rights, like the Inter-American Court of Human Rights, has shown greater flexibility in respect of the causal link for non-material injury, often presuming that such an injury and the necessary causal link exist on the basis of the nature of the violation, since the applicant could not be required to furnish evidence of the non-material damage sustained, because this is inherent to the human condition and does not have to be proved, as indicated by the Inter-American Court of Human Rights (*Goiburú and al. v. Paraguay*, judgment of 22 September 2006 (merits, reparations and costs), IACHR).

31. However, even the Inter-American Court of Human Rights, the most favourable of all the courts in terms of safeguarding human rights and providing reparation for their violation, insists that there must be a minimal causal link. Indeed it defines material injury for which compensation may be made as “the loss or impairment of the victims’ income, the expenses incurred as a result of the facts and the monetary consequences thereof *bearing a causal link to the facts of the instant case*” (*Cantoral Benavides v. Peru* judgment, para. 166, and *La Cantuta v. Peru*, judgment of 29 November 2006, para. 213; emphasis added).

32. That said, the characteristic flexibility which is shown almost systematically by that court should not be applied elsewhere, with the same

mêmes raisons ou les mêmes justifications. De fait, si, comme dans son actuel arrêt, la Cour a été amenée à évoquer certains aspects relatifs aux droits de l'homme, d'une part, l'espèce en elle-même ne cesse pas d'être avant tout une affaire de protection diplomatique entre Etats et, d'autre part, la Cour n'en devient pas pour autant une cour garante des droits de l'homme. Par ailleurs, la Cour interaméricaine a une raison historique spécifique d'être déjà ancrée dans une pratique de souplesse en matière de preuve, se prononçant essentiellement en équité sur l'existence de la violation, ainsi que sur l'existence du préjudice et sur l'évaluation de l'indemnisation: en effet, les premiers arrêts de cette juridiction sont intervenus dans des affaires de disparitions massives de personnes sous les régimes dictatoriaux en place durant de longues décennies dans les Etats d'Amérique latine. Et aux atrocités des dictatures s'ajoutèrent, au nom des contraintes de la raison d'Etat et de la sécurité nationale, à une période où nombre de ces Etats étaient engagés dans des guerres contre des groupes armés rebelles («sentier lumineux» et autres «maoïstes»), les arrestations, détentions, tortures et exécutions de suspects, comme les deux frères Gómez-Paquiyaury tués au Pérou par les forces de sécurité (affaire *Frères Gómez-Paquiyaury c. Pérou*, arrêt du 8 juillet 2004 (fond, réparations et frais), CIADH). On se trouve ici dans le contexte de ces crimes d'Etat systématiques qui ont fait dire au juge Cançado Trindade, parlant de la tragédie comme d'une réalité qui a toujours existé au cœur de la race humaine, quels que soient le régime et l'époque, que, pour les victimes de cette tragédie, «rien ne sera plus comme avant» et qu'«aujourd'hui les survivants ont le souvenir d'un paradis perdu» (affaire *Frères Gómez-Paquiyaury c. Pérou*, opinion individuelle de M. le juge Cançado Trindade, par. 6). Dans ces conditions, on comprend que, dès son premier arrêt en matière de réparation et de fixation de l'indemnisation, l'arrêt *Velásquez Rodríguez c. Honduras*, rendu le 21 juillet 1989 (c'est-à-dire avant l'arrêt *Frères Gómez-Paquiyaury*), la Cour interaméricaine des droits de l'homme ait adopté cette attitude, considérant que la pratique systématique des violations du droit à la vie constituait une «violation autonome des droits de l'homme» (affaire *Velásquez Rodríguez c. Honduras*, arrêt du 29 juillet 1988 (fond), CIADH, par. 155 [traduction tirée d'Elise Hansbury, *Le juge interaméricain et le jus cogens*, Genève, Institut de hautes études internationales et du développement, par. 34]). C'est ce qui a donné naissance à la théorie de la «responsabilité aggravée», qu'on ne trouve pas sous d'autres latitudes. Le genre d'affaires qui étaient soumises à la Cour interaméricaine des droits de l'homme se prêtait donc à la mansuétude: les circonstances de ces disparitions et tortures systématiques imputables à l'Etat privaient en effet les victimes ou leurs survivants de la possibilité de prouver les violations (droit à la vie, tortures, etc.) ou de prouver qu'elles en avaient ressenti les souffrances déshumanisantes dans leur chair et dans leur cœur. On ne saurait donc s'étonner que cette juridiction ait, dès le début, posé en principe que ce genre de souffrances n'avait pas à se prouver, jouissant ainsi d'une sorte de présomption irréfutable quant à leur existence. Mais

reasoning or the same justification. In reality, even though this Court has had cause to address certain aspects relating to human rights in the present case, it remains a case of diplomatic protection between States, and the Court has not become a human rights court. Furthermore, there is a specific historical reason as to why the Inter-American Court has an already established practice of flexibility towards evidence, essentially working on the basis of equity in order to determine the existence of the violation and of the injury and in assessing compensation: the court's first judgments were in cases concerning mass disappearances of persons under dictatorships which were in place for decades in the States of Latin America. As well as the atrocities of dictatorships, these cases also concerned a period in which a number of these States were, for reasons of national interest and security, engaged in wars against armed rebel groups ("Shining Path" and other "Maoists") and in the arrest, detention, torture and execution of suspects, such as the two Gómez-Paquiyaury brothers, who were killed by security forces in Peru (*Gómez-Paquiyaury Brothers v. Peru*, judgment of 8 July 2004 (merits, reparations and costs), IACHR). These are systematic crimes by the State, which led Judge Cançado Trindade, who described this tragedy as a reality which has always existed at the heart of the human race — irrespective of the régime or the era — to state that, for the victims of this tragedy, "[n]othing will be as it was before" and "[t]he survivors . . . today have the memory of paradise lost" (*Gómez-Paquiyaury Brothers v. Peru*, separate opinion of Judge Cançado Trindade, para. 6). Under these circumstances, it is understandable that, from its first judgment on reparation and the assessment of compensation, the *Velásquez-Rodríguez v. Honduras* judgment rendered on 21 July 1989 (that is to say, before the *Gómez-Paquiyaury Brothers* judgment), the Inter-American Court of Human Rights adopted this attitude, whereby it considered the systematic practice of violations of the right to life as constituting an "autonomous human rights violation" [see Elise Hansbury, *Le juge interaméricain et le "jus cogens"*, Geneva, Graduate Institute of International and Development Studies, para. 34, referring to the case of *Velásquez-Rodríguez v. Honduras*, judgment of 29 July 1988 (merits), IACHR, para. 155]. This gave rise to the theory of "aggravated responsibility", which is not found elsewhere. The type of cases submitted to the Inter-American Court of Human Rights have thus lent themselves to a less stringent approach: the circumstances of the systematic disappearances and acts of torture for which the State was responsible actually deprived the victims, or their relatives, of the possibility of establishing the violations (right to life, torture, etc.) or of proving that they had suffered both physical and mental inhuman treatment. It is not surprising, therefore, that from the outset this court decided in principle that this type of suffering did not have to be proved, and thus that it benefited from a sort of irrefutable presumption as to its existence. But can it be said that such specific conditions could ever justify the general, systematic application of such flexibility — and its extension to all types of material injuries — by the Court, which does not deal either with crimes of the

peut-on soutenir que des conditions aussi spécifiques puissent jamais fonder la généralisation, la systématisation et l'extension à tous types de préjudices matériels de ce genre de souplesse, au niveau de la Cour qui ne connaît pas de ces crimes d'Etat ni de ces «violations autonomes des droits de l'homme»? Rien n'est moins sûr.

33. Quant à elle, la Cour européenne des droits de l'homme a toujours estimé, pour les dommages matériels, que la charge de la preuve relative à l'existence de ceux-ci et au lien de causalité incombait normalement au requérant, et l'absence de preuve sous l'un ou l'autre de ces rapports a régulièrement conduit au rejet de la demande. Dans l'affaire *Borisenko c. Ukraine*, par exemple, si elle accorda une indemnité de 1 700 euros, «statuant en équité, relativement au dommage non pécuniaire» [*traduction libre*], ce fut à raison du préjudice immatériel, puisqu'elle écarta le préjudice matériel pour lequel le plaignant réclamait une indemnisation: «La Cour n'arrive à discerner aucun lien de causalité entre les violations constatées et le dommage pécuniaire invoqué; aussi rejettera-t-elle cette partie de la demande.» [*Traduction libre.*] (*Borisenko c. Ukraine*, requête n° 25725/02, arrêt du 12 janvier 2012, CEDH, par. 67.) De même, en l'affaire *Airey c. Irlande*, la même juridiction a rejeté la demande relative au préjudice matériel, faute pour la demanderesse d'avoir établi le lien de causalité entre les violations alléguées et les pertes subies (*Airey c. Irlande*, requête n° 6289/73, arrêt du 6 février 1981, CEDH, par. 12).

34. Dans l'affaire *Ahmed c. Roumanie* (requête n° 34621/03, arrêt du 13 juillet 2010, CEDH), après avoir accordé une indemnisation du préjudice immatériel pour détention arbitraire de plus de six mois suivie d'expulsion illicite, elle a rejeté la demande relative au préjudice matériel pour perte de biens, faillite de l'entreprise et réinstallation dans un autre pays, faute de preuve du lien de causalité:

«63. La Cour constate qu'il n'y a pas de lien de causalité entre les violations établies et le dommage matériel allégué. Toutefois, la Cour estime que le requérant a subi un dommage moral indéniable du fait des violations constatées. Eu égard à l'ensemble des éléments se trouvant en sa possession et statuant en équité ... elle décide d'allouer au requérant 8 000 euros à ce titre.» (Les italiques sont de moi.)

Circonstance particulière concernant la Cour européenne des droits de l'homme, la notion d'équité est expressément prévue par l'article 41 de la convention européenne des droits de l'homme, qui stipule que, «[s]i la Cour déclare qu'il y a eu violation de la convention ou de ses Protocoles ... la Cour accorde à la partie lésée, s'il y a lieu, une satisfaction *équitable*» (les italiques sont de moi). Il s'agit donc non pas d'une généralisation de la pratique courante dans le domaine des droits de l'homme, mais d'une disposition limitée à l'indemnisation.

35. De même, l'affaire *Somogyi c. Italie* mettait en jeu la violation de l'article 6 de la convention européenne. La Cour européenne des droits de

State or with “autonomous human rights violations” of this kind? That is highly doubtful.

33. For its part, the European Court of Human Rights has always maintained that, in respect of material injuries, the burden of proof relating to the existence of those injuries and to the causal link should normally be borne by the applicant, and the absence of proof of one or other of these has frequently led to the rejection of the claim. In *Borisenko v. Ukraine*, for example, although the court awarded compensation of €1,700, “ruling on an equitable basis, in respect of non-pecuniary damage”, this was on account of the non-material injury, the court having dismissed the material injury for which the applicant was claiming compensation: “The Court does not discern any causal link between the violations found and the pecuniary damage alleged; it therefore rejects that claim.” (*Borisenko v. Ukraine*, application No. 25725/02, judgment of 12 January 2012, ECHR, para. 67.) Similarly, in *Airey v. Ireland*, the European Court rejected the claim for material injury on the grounds that the applicant had failed to establish that there was a causal relation between the alleged violations and the losses suffered (*Airey v. Ireland*, application No. 6289/73, judgment of 6 February 1981, ECHR, para. 12).

34. In *Ahmed v. Romania* (application No. 34621/03, judgment of 13 July 2010, ECHR), the Court, having awarded compensation for non-material injury resulting from an arbitrary detention lasting more than six months and followed by an unlawful expulsion, rejected the claim for material injury on account of the loss of property, the bankruptcy of the company and resettlement in another country, because of a lack of evidence of the causal link:

“63. The Court finds that there is *no causal link between the established violations and the alleged material damage*. However, it is of the opinion that the applicant has suffered an undeniable moral injury as a result of the established violations. Taking account of all of the facts in its possession and ruling on the basis of equity . . . it decides to award the applicant a sum of €8,000 in this connection.” (Emphasis added.)

There is one circumstance specific to the European Court of Human Rights: the notion of equity is expressly provided by Article 41 of the European Convention on Human Rights, which states that “[i]f the Court finds that there has been a violation of the Convention or the Protocols thereto . . . the Court shall, if necessary, afford *just* satisfaction to the injured party” (emphasis added). It is not, therefore, a general reflection of current practice in the area of human rights, rather a provision limited to compensation.

35. The case of *Somogyi v. Italy* also involved a violation of Article 6 of the European Convention. The European Court of Human Rights

l'homme s'est exprimée ainsi en ce qui concerne d'abord le dommage matériel, puis le préjudice moral :

«83. La Cour ne considère pas approprié de dédommager le requérant des pertes alléguées. *Aucun lien de causalité* ne se trouve en effet établi entre la violation constatée et les répercussions négatives que la condamnation aurait eues sur les activités commerciales et les relations sociales de l'intéressé. (Les italiques sont de moi.)

85. Quant au préjudice moral, la Cour estime que, dans les circonstances de l'espèce, le constat de violation constitue en soi une satisfaction équitable suffisante (voir *Brozicek c. Italie*, arrêt du 19 décembre 1989, série A, n° 167, p. 20, par. 48; *F. C. B. c. Italie*, arrêt précité, p. 22, par. 38; *T. c. Italie*, arrêt précité, p. 43, par. 32.)» (*Somogyi c. Italie*, requête n° 67972/01, arrêt du 18 mai 2004, CEDH, par. 83-85.)

36. S'il fallait opérer une sélection, exemplaire à cet égard, dans la jurisprudence du Tribunal des réclamations Etats-Unis/Iran, il y aurait lieu de citer à nouveau ces affaires similaires à la nôtre, les affaires *Rankin, Daley* et *Yeager*, où le Tribunal a exigé la preuve d'un lien de causalité entre la perte de biens alléguée et le comportement de l'auteur du fait internationalement illicite en demandant aux requérants de démontrer que, lorsqu'ils avaient quitté l'Iran, ils avaient abandonné le bien en question ou que celui-ci leur avait été confisqué («*expropriation*»).

37. Au vu de tout ce qui précède, il me semble que, chaque fois que le préjudice est lié à un objet, à une chose palpable dont l'existence peut toujours être constatée par une preuve, il n'y a pas lieu de conjecturer, ni de statuer en vertu de l'équité, comme a choisi de le faire la majorité de la Cour dans le présent arrêt, ni d'agir sur la base de toute autre raison ou considération, si ce n'est sur celle d'une preuve suffisante, c'est-à-dire nécessairement documentaire.

Le cas d'espèce

38. L'application de cette jurisprudence et de cette pratique à la présente affaire aurait exigé, en toute logique, que la Cour déboute la Guinée sur chaque chef de préjudice matériel ou de perte de biens matériels pour lequel elle n'avait pas fourni de «preuve suffisante» à l'appui de sa prétention. C'est ce que la Cour a fait concernant la perte alléguée de revenus (arrêt, par. 44, 45 et 46).

39. En effet, si les considérations d'équité peuvent, en cas de perte matérielle, être utilisées pour chiffrer l'indemnité lorsque n'est pas indiquée ou ne peut être connue la valeur précise de l'objet de la perte (bien matériel ou revenu), on ne peut pas faire l'économie de la preuve pour établir l'existence de l'objet en question, bien ou revenu.

40. Dans l'affaire *Diallo*, en dehors de l'inventaire, établi par les soins de l'ambassade guinéenne, des biens personnels de M. Diallo, inventaire

stated the following, first in respect of material damage and then in relation to moral damage:

“83. The Court does not consider it appropriate to compensate the applicant for the alleged losses, *no causal link* having been established between the violation found and the negative effects the applicant’s conviction allegedly had on his commercial activities and his social relations. (Emphasis added.)

.....

85. As regards non-pecuniary damage, the Court considers that, in the circumstances of the case, the finding of a violation constitutes in itself sufficient just satisfaction (see *Brozicek v. Italy*, judgment of 19 December 1989, Series A, No. 167, p. 20, para. 48; *F. C. B. v. Italy*, cited above, p. 22, para. 38; and *T. v. Italy*, cited above, p. 43, para. 32).” (*Somogyi v. Italy*, application No. 67972, judgment of 18 May 2004, ECHR, paras. 83-85.)

36. If one had to choose some exemplary cases in this respect from the case law of the Iran-United States Claims Tribunal, it would be appropriate to recall those which are similar to the one before the Court, namely the *Rankin, Daley* and *Yeager* cases, in which the Tribunal demanded proof of a causal link between the alleged loss of property and the conduct of the author of the internationally wrongful act, requiring the applicants to demonstrate that they had abandoned the property in question on leaving Iran, or that the property had been expropriated.

37. In view of all of the foregoing, it seems to me that whenever an injury is linked to an object, a tangible thing whose existence can be substantiated by evidence, decisions should not be made on the basis of conjecture or of equity — as the majority of the Court has chosen to do in the present Judgment; nor should the Court act on the basis of any reason or consideration other than that of sufficient proof, that is to say, proof evidenced by documents.

The Present Case

38. Had this case law and practice been applied in the present case, the Court would inevitably have had to reject Guinea’s claims for every head of material injury or loss of material property for which it had failed to provide “sufficient proof” in support of its claim. This is what the Court did in respect of the alleged loss of earnings (Judgment, paras. 44, 45 and 46).

39. Thus, although considerations of equity may be used in the event of material loss in order to put a figure to the compensation —when the exact value of the loss sustained (property or earnings) is not indicated or cannot be determined — it is not possible to dispense with evidence in order to prove the existence of the object in question, be it property or earnings.

40. In the *Diallo* case, beyond the inventory of Mr. Diallo’s personal property drawn up by the Guinean Embassy — an inventory which is

rapporté par la RDC dans son contre-mémoire mais fourni par la Guinée elle-même (voir annexes 199 et 200 du mémoire introductif d'instance), aucune preuve n'a été administrée par la Guinée qu'il existait d'autres biens. Ce n'est certainement pas le luxe dans lequel vivait M. Diallo en 1984 (montres Cartier, grandes réceptions et vêtements de haute couture) qui prouverait la présence, non constatée par l'inventaire, de nombreux biens de luxe et de prestige jusqu'en 1996, alors que, depuis 1995, M. Diallo s'était fait déclarer indigent et connaissait des difficultés financières. Si M. Diallo a dû renoncer aux biens qu'il prétend avoir perdus, c'est en raison des difficultés financières des sociétés qu'il dirigeait, et non du fait de l'expulsion illicite opérée par les autorités congolaises.

41. Par ailleurs, la norme de preuve, ne serait-ce que pour l'évaluation de la valeur à rembourser, est telle que, dans l'affaire *Chevreau*, l'arbitre, tout en admettant qu'il paraissait « probable que M. Chevreau ait possédé dans son logement plus de vêtements que ceux qui figurent à l'inventaire », dut renoncer, après en avoir considéré la possibilité, à accorder une indemnité pour la perte de ces vêtements, « *faute de renseignements lui permettant de calculer une indemnité de ce chef* » (affaire *Chevreau*, précitée, par. 24-25 et 41-42; les italiques sont de moi).

42. On peut également penser que, si, dans l'affaire *Chevreau*, l'arbitre fit une exception concernant la perte d'un violon non répertorié, c'est parce qu'il avait été établi qu'un étui à violon avait bien été retrouvé vide dans la maison, ce qui permit de présumer que M. Chevreau avait pu détenir un violon, pour l'éventuelle perte duquel il lui fut alloué une indemnité de 100 livres sterling. Dans la présente affaire, la Cour ne dispose même pas d'une présomption convaincante qui montrerait que M. Diallo ait disposé d'autres biens que ceux listés dans l'inventaire.

43. Certes, le sort des biens en question après l'établissement de l'inventaire n'a pas pu être établi avec précision, mais il n'a pas non plus été démontré qu'ils avaient été perdus. Sur ce point, le Gouvernement congolais soutient, et aucune preuve à l'effet contraire n'a été présentée, que ces biens devaient s'être retrouvés dans l'appartement, sans doute sous la garde de l'ambassade guinéenne. En tout état de cause, rien n'a été tenté pour prouver que la RDC serait responsable de leur perte ou de leur vol éventuels, alors qu'ils étaient sous la garde des fidèles employés de la maison de M. Diallo, de ses amis ou de l'ambassade guinéenne elle-même. Cet argument a été utilisé par la RDC pour montrer que, de son point de vue, l'inventaire des biens trouvés dans l'appartement qu'occupait M. Diallo constituait une pièce probante et crédible parce qu'il avait été dressé à l'initiative et par les soins de l'ambassade guinéenne elle-même. Le défendeur a soutenu également, comme le rappelle l'arrêt (par. 31), que, jusqu'à preuve du contraire, cet inventaire faisait état de la totalité des biens détenus par M. Diallo dans son appartement et que, ensuite, ils avaient été récupérés par l'ambassade parce que le Gouvernement congolais n'avait eu aucune occasion ni aucune raison d'en prendre possession, ni ne les avait confisqués.

44. De même, si l'arbitre saisi de l'affaire *Chevreau* considéra qu'il n'avait pas été prouvé à sa satisfaction qu'un lien de causalité existât

mentioned by the DRC in its Counter-Memorial, but actually provided by Guinea itself (see Annexes 199 and 200 of the Memorial) — no evidence has been produced by Guinea attesting to the existence of any other property. Mr. Diallo's lavish lifestyle in 1984 (Cartier watches, grand receptions and designer clothes) does not prove that a number of luxury and prestige items, not listed on the inventory, still existed in 1996, in circumstances where, in 1995, Mr. Diallo had had himself declared indigent and was experiencing financial difficulties. If Mr. Diallo was forced to abandon the property which he claims to have lost, it was because of the financial difficulties of the companies he managed, and not because of the wrongful expulsion carried out by the Congolese authorities.

41. Furthermore, the standard of proof — if only in respect of the evaluation of the amount to be reimbursed — is such that, in the *Chevreau* case, while accepting that it appeared “probable that Mr. Chevreau had in his rooms more clothing than was indicated in the inventory”, the arbitrator, having contemplated the possibility of awarding an indemnity for the loss of this clothing, was obliged to reject that claim “*for lack of information which would permit him to calculate an indemnity on this ground*” (*Chevreau* case, cited above, paras. 24-25 and 41-42; emphasis added).

42. One might also add in respect of the *Chevreau* case that, although the arbitrator made an exception concerning the loss of a violin, whose existence had not been recorded, he did so because it had been established that an empty violin case had been found at the house, allowing for the presumption that Mr. Chevreau could have owned a violin. For the potential loss of the violin, he was awarded compensation of 100 pounds sterling. In the present case, the Court is unable even to raise a convincing presumption that Mr. Diallo owned possessions other than those listed on the inventory.

43. It is true that it has not been possible to establish definitively the fate of the property in question following the drawing up of the inventory; however, nor has it not been demonstrated that they had been lost. On this point, the Congolese Government argues — and no evidence to the contrary has been produced — that this property should have been in the apartment, which in all likelihood was under the guard of the Guinean Embassy. In any event, no attempt has been made to prove that the DRC is responsible for the possible loss or theft of that property while it was under the guard of Mr. Diallo's trusted household staff, his friends or the Guinean Embassy itself. This reasoning was adopted by the DRC to support its view that the inventory of the property found in the apartment occupied by Mr. Diallo was a credible piece of evidence of probative value, since it had been drawn up on the initiative of and by the Guinean Embassy itself. As the Judgment recalls (para. 31), the Respondent also maintained that, in the absence of evidence to the contrary, that inventory included all Mr. Diallo's property that was in his apartment and that this property had subsequently been recovered by the Embassy, because the Congolese Government had had no opportunity or reason to take possession of it, nor had it confiscated it.

44. Equally, while the arbitrator in the *Chevreau* case considered that it had not been satisfactorily established that there was a causal link

entre la perte, alléguée par le Gouvernement français, de certains biens de M. Chevreau et le comportement du Gouvernement britannique alors même que ce dernier n'avait pas nié avoir eu la responsabilité de la garde des biens (affaire *Chevreau*, précitée, par. 24-25 et 41-42), en l'espèce, la situation est plutôt incertaine. En effet, la Cour elle-même laisse entendre qu'il n'y aurait aucun lien de causalité clairement établi et permettant de conclure que les biens prétendument perdus «l'[avaient] été en conséquence du comportement illicite de la RDC» (arrêt, par. 32). De plus, elle admet volontiers que «[l]a Guinée n'avance aucune preuve que M. Diallo aurait tenté de déménager les biens qui se trouvaient dans son appartement ou de les céder à des tiers, et il n'a pas davantage été démontré que la RDC l'en aurait empêché», et que «la Guinée n'a ... pas réussi à établir l'étendue de la perte subie par M. Diallo en ce qui concerne ses biens personnels répertoriés dans l'inventaire ni la mesure dans laquelle cette perte aurait été causée par le comportement illicite de la RDC» (*ibid.*, par. 31), ne trouvant donc aucun lien de causalité rattachant une éventuelle perte de biens aux détentions et à l'expulsion illicites de M. Diallo.

45. De toute façon, aucune preuve n'a été faite de la perte de tels biens, ni de leur valeur, ni du fait que la RDC fût responsable de cette prétendue perte, ainsi que la Cour le reconnaît (*ibid.*, par. 31-33); ce chef de préjudice aurait donc dû être rejeté.

46. Mais, paradoxalement, après avoir pourtant ainsi conclu à l'inexistence de quelque preuve «certaine», la Cour alloue une indemnité qu'elle fonde sur une sorte d'argument supplétif inattendu. En effet, tout en envisageant que puisse être fondée «l'affirmation de la RDC selon laquelle ces biens de M. Diallo se seraient trouvés entre les mains de représentants guinéens et de proches de M. Diallo après l'expulsion de ce dernier», elle considère néanmoins qu'«à tout le moins l'intéressé aurait eu à les déménager en Guinée ou à prendre des mesures pour pouvoir en disposer en RDC». La réparation n'est donc plus envisagée en raison de la perte certaine des biens en question ni du rôle joué par le Gouvernement congolais dans cette perte; du coup, elle ne repose plus sur aucun fondement. Toutefois, ne pouvant sérieusement avancer la circonstance du «déménagement» des biens en Guinée ou de leur «disposition» en RDC comme fondement d'une indemnisation, ce qui supposerait la preuve de l'existence de leur existence, de leur perte et du lien de causalité entre cette perte et le comportement de la RDC, c'est visiblement par artifice et sans motivation évidente que la majorité de la Cour se contente (*ibid.*, par. 36) d'affirmer que, «étant parvenue aux conclusions qui précèdent ... au sujet des biens personnels de M. Diallo ... la Cour décide d'attribuer la somme de 10 000 dollars des Etats-Unis au titre de ce chef de préjudice». Or, sur ce point précis, on se rend compte, bien au contraire, que la Cour était parvenue à la conclusion qu'aucun élément de preuve n'avait été fourni par la Guinée. Alors, au titre de quel préjudice?

47. Je suis donc d'avis que la majorité n'a pas correctement apprécié la situation en jugeant qu'elle était fondée à accorder une indemnisation pour la perte de biens matériels dont ni l'existence, ni la valeur, ni même

between the loss, as alleged by the French Government, of certain property belonging to Mr. Chevreau and the conduct of the British Government — even though the latter did not deny that it was responsible for safeguarding the property (see *Chevreau* case, cited above, paras. 24-25 and 41-42), the situation in the present case is somewhat unclear. In effect, the Court itself lets it be understood that there is no clearly established causal link enabling it to be concluded that the alleged loss of that property “was caused by the DRC’s unlawful conduct” (Judgment, para. 32). Moreover, it freely admits that “Guinea does not point to any evidence that Mr. Diallo attempted to transport or to dispose of the property in the apartment, and there is no evidence before the Court that the DRC barred him from doing so” and that “Guinea has failed to prove the extent of the loss of Mr. Diallo’s personal property listed on the inventory and the extent to which any such loss was caused by the DRC’s unlawful conduct” (*ibid.*, para. 31), concluding therefore that there is no causal link between the alleged loss of property and the wrongful detentions and expulsion of Mr. Diallo.

45. In any event, no evidence has been produced which attests to the loss of this property, or to its value, or to the fact that the DRC was responsible for that purported loss, as the Court recognizes (*ibid.*, paras. 31-33); this head of damage should therefore have been rejected.

46. Paradoxically, however, having thus concluded that there is no “definite” proof, the Court proceeds to award compensation by producing a sort of unexpected auxiliary argument. Thus, while accepting that the DRC might be correct in its “contention that Guinean officials and Mr. Diallo’s relatives were in a position to dispose of that personal property after Mr. Diallo’s expulsion”, the Court nevertheless considers that, “at a minimum, Mr. Diallo would have had to transport his personal property to Guinea or to arrange for its disposition in the DRC”. Reparation is thus no longer envisaged on account of the definite loss of the property in question, nor of the role played by the Congolese Government in that loss; consequently, it no longer has any legal basis. However, unable to rely on the “transport” of the property to Guinea or its “disposition” in the DRC as a serious basis for compensation — which would imply that there was proof of the property’s existence, its loss and the causal link between that loss and the DRC’s conduct — it is by pure artifice, and with no clear reasoning, that the majority of the Court is content to state (*ibid.*, para. 36) that “in view of the Court’s conclusions above . . . regarding the personal property of Mr. Diallo . . ., the Court awards the sum of US\$10,000 under this head of damage”. However, on this precise point, it can be seen that the Court had, in fact, reached the opposite conclusion — that no evidence whatsoever had been supplied by Guinea. What, then, is the head of damage in question?

47. I am therefore of the opinion that the majority has failed to assess the situation correctly in holding that it was entitled to award compensation for loss of physical property whose existence and value have not been

la perte et l'imputabilité de celle-ci à la RDC, ne sont établies. Il semble qu'il eût été difficile de ne pas comparer la hauteur des prétentions initiales de la Guinée et celle des réparations auxquelles elle pouvait finalement prétendre sur la base du dossier présenté par elle et jugé par la Cour. Cette idée de la compensation ne me semble pas correspondre, en l'espèce, à ce qu'on pourrait appeler l'«équité».

(Signé) Auguste MAMPUYA.

established, nor its loss, or the DRC's responsibility for that loss. It appears to have been difficult to avoid comparing the size of Guinea's initial claims with the amount of reparation that it was ultimately entitled to claim on the basis of the case file submitted by it and considered by the Court. That notion of compensation does not, in my view, correspond in the present case to what might be called "equity".

(Signed) Auguste MAMPUYA.
