

SEPARATE OPINION
OF JUDGE CANÇADO TRINDADE

TABLE OF CONTENTS

	<i>Paragraphs</i>
I. <i>PROLEGOMENA</i>	1-3
II. THE SUBJECT OF THE RIGHTS BREACHED AND THE SUBJECT OF THE RIGHT TO REPARATIONS	4-13
III. <i>NEMINEM LAEDERE</i> : INSIGHTS ON REPARATIONS FROM THE “FOUNDING FATHERS” OF THE LAW OF NATIONS (<i>DROIT DES GENS</i>)	14-21
IV. THE DAWN OF STATE RESPONSIBILITY AND THE RATIONALE OF DUTY OF REPARATION	22-31
V. AN INDISSOLUBLE WHOLE: BREACH OF INTERNATIONAL LAW AND COMPLIANCE WITH THE DUTY OF REPARATION FOR DAMAGES	32-40
VI. THE CENTRALITY OF THE VICTIMS IN HUMAN RIGHTS PROTECTION, AND ITS IMPLICATIONS FOR REPARATIONS	41-59
1. The central position of the victims	41-44
2. The implications for reparations	45-49
3. The distinct forms of reparation	50-59
VII. THE CONTRIBUTION OF THE CASE LAW OF THE INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS TRIBUNALS (IACtHR AND ECHR)	60-73
1. The relevance of their case law on reparations due to the victims	60-64
2. The contribution of the Inter-American Court of Human Rights	65-70
3. The contribution of the European Court of Human Rights	71-73
VIII. <i>NEMINEM LAEDERE</i> AND REPARATION FOR MORAL DAMAGE TO INDIVIDUALS	74-80
IX. THE RELEVANCE OF THE REHABILITATION OF VICTIMS	81-85
X. EPILOGUE: CONCLUDING REFLECTIONS	86-101

*

OPINION INDIVIDUELLE
DE M. LE JUGE CANÇADO TRINDADE

[Traduction]

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
I. PROLÉGOMÈNES	1-3
II. LE TITULAIRE DES DROITS VIOLÉS ET DU DROIT À RÉPARATION	4-13
III. LE PRINCIPE <i>NEMINEM LAEDERE</i> , OU LA NOTION DE RÉPARATION DANS L'ESPRIT DES « PÈRES FONDATEURS » DU DROIT DES GENS	14-21
IV. L'AVÈNEMENT DE LA RESPONSABILITÉ DES ÉTATS ET LA RAISON D'ÊTRE DE L'OBLIGATION DE RÉPARATION	22-31
V. LE TOUT INDISSOLUBLE FORMÉ PAR LA VIOLATION DU DROIT INTERNATIONAL ET L'EXÉCUTION DE L'OBLIGATION DE RÉPARER LES DOMMAGES CAUSÉS	32-40
VI. LA PLACE CENTRALE DES VICTIMES DANS LE DOMAINE DE LA PROTECTION DES DROITS DE L'HOMME ET LES CONSÉQUENCES QUI EN DÉCOULENT EN MATIÈRE DE RÉPARATION	41-59
1. La place centrale des victimes	41-44
2. Les conséquences qui en découlent en matière de réparation	45-49
3. Les différentes formes de réparation	50-59
VII. LA CONTRIBUTION DE LA JURISPRUDENCE DES JURIDICTIONS INTERNATIONALES GARANTES DES DROITS DE L'HOMME (CIADH ET CEDH)	60-73
1. La pertinence de leur jurisprudence en matière de répara- tion due aux victimes	60-64
2. La contribution de la Cour interaméricaine des droits de l'homme	65-70
3. La contribution de la Cour européenne des droits de l'homme	71-73
VIII. LE PRINCIPE <i>NEMINEM LAEDERE</i> ET LA RÉPARATION DU PRÉJU- DICE MORAL CAUSÉ À L'INDIVIDU	74-80
IX. L'IMPORTANCE DE RÉHABILITER LES VICTIMES	81-85
X. ÉPILOGUE : CONCLUSIONS	86-101

*

I. PROLEGOMENA

1. I have voted in favour of the adoption of the present Judgment in the case of *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, whereby the International Court of Justice (ICJ) has ordered reparations for the damages suffered by Mr. A. S. Diallo (established in the previous Judgment on the merits, of 30 November 2010), as an individual, under the UN Covenant on Civil and Political Rights (Art. 13), and under the African Charter on Human and Peoples' Rights (Article 12 (4)), as well as under the Vienna Convention on Consular Relations (his right to information on consular assistance, under Article 36 (1) (b)). In the present Judgment, in determining the reparations due ultimately to Mr. A. S. Diallo, as a result of the damages he suffered (para. 57), the ICJ has rightly taken into account the experience of other contemporary international tribunals in the matter of reparations for damages.

2. Amongst those tribunals, of particular importance is the case law of the international tribunals of human rights (in particular that of the Inter-American and the European Courts of Human Rights), as I shall seek to demonstrate in the present separate opinion. Although I have agreed with the Court's majority as to the determination of reparations in the present Judgment, there are some points, not fully reflected in the reasoning of the Court, that I feel obliged to dwell upon in the present separate opinion, so as to clarify the matter dealt with by the Court, and the foundations of my personal position thereon. One of the key points concerns the position of individuals as subjects of contemporary international law, and, accordingly, as *titulaires* of the right to reparation for the damages they have suffered.

3. My reflections, developed in the present separate opinion, pertain to other points as well, at conceptual and epistemological levels, namely: (a) the subject of the rights breached and the subject of the right to reparations; (b) *neminem laedere*: insights on reparations from the "founding fathers" of the law of nations (*droit des gens*); (c) the dawn of State responsibility and the rationale of duty of reparations; (d) an indissoluble whole: breach of international law and compliance with the duty of reparation for damages; (e) the centrality of the victims in human rights protection, and its implications for reparations, and the distinct forms of these latter; (f) assessment of the contribution of the case law of the international human rights tribunals (in particular that of the Inter-American and the European Courts of Human Rights); (g) *neminem laedere* and reparation for moral damage to individuals; and (h) the relevance of the rehabilitation of victims. The way will then be paved, in the epilogue, for the presentation of my concluding reflections on the matter.

I. PROLÉGOMÈNES

1. J'ai voté en faveur de l'adoption du présent arrêt en l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, dans lequel la Cour internationale de Justice (la «Cour») a prescrit des mesures de réparation pour les dommages (constatés dans son précédent arrêt sur le fond du 30 novembre 2010) que M. A. S. Diallo avait subis, en tant qu'individu, au regard du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (art. 13), de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (art. 12, par. 4), ainsi que de la convention de Vienne sur les relations consulaires (non-respect du droit à l'information sur l'assistance consulaire visé à l'alinéa *b*) du paragraphe 1 de l'article 36). En déterminant dans le présent arrêt le montant de la réparation finalement due à M. A. S. Diallo pour les dommages qu'il avait subis (par. 57), la Cour a dûment tenu compte de l'expérience accumulée par d'autres juridictions internationales modernes en matière de réparation.

2. Je songe notamment ici aux juridictions internationales garantes des droits de l'homme (en particulier aux Cours interaméricaine et européenne des droits de l'homme), dont la jurisprudence revêt une importance spéciale, comme je tâcherai de le démontrer dans la présente opinion individuelle. Bien que je rejoigne la majorité quant aux mesures de réparation fixées dans le présent arrêt, il subsiste certains points que la Cour n'a pas suffisamment développés dans son raisonnement et que je me sens tenu d'approfondir ici, afin de mettre en lumière les tenants et les aboutissants de l'affaire ainsi que les fondements de ma position personnelle dans ce domaine. L'un des principaux points a trait au statut de l'individu, qui, en tant que sujet du droit international moderne, est *titulaire* du droit à réparation pour les dommages qu'il a subis.

3. Les réflexions développées dans la présente opinion individuelle touchent aussi d'autres aspects d'ordre conceptuel et épistémologique, qui concernent : *a*) le titulaire des droits violés et du droit à réparation ; *b*) le principe *neminem laedere*, ou la notion de réparation dans l'esprit des «pères fondateurs» du droit des gens ; *c*) l'avènement de la responsabilité des Etats et la raison d'être de l'obligation de réparation ; *d*) le tout indissoluble formé par la violation du droit international et l'exécution de l'obligation de réparer les dommages causés ; *e*) la place centrale des victimes dans le domaine de la protection des droits de l'homme, les conséquences qui en découlent en matière de réparation et les différentes formes de celle-ci ; *f*) la contribution de la jurisprudence des juridictions internationales garantes des droits de l'homme (en particulier celle des Cours interaméricaine et européenne des droits de l'homme) ; *g*) le principe *neminem laedere* et la réparation du préjudice moral causé à l'individu ; et *h*) l'importance de réhabiliter les victimes. Le moment sera enfin venu, en guise d'épilogue, d'exposer mes conclusions en la matière.

II. THE SUBJECT OF THE RIGHTS BREACHED
AND THE SUBJECT OF THE RIGHT TO REPARATIONS

4. In its Judgment on the merits (of 30 November 2010) in the present case, the Court established the violations of the *rights* of Mr. Diallo “as an individual” (*I.C.J. Reports 2010 (II)*, p. 655, para. 34), namely, his rights under Article 13 of the UN Covenant on Civil and Political Rights, and under Article 12 (4) of the African Charter on Human and Peoples’ Rights, in addition to his right to information on consular assistance under Article 36 (1) (*b*) of the Vienna Convention on Consular Relations¹. This was the first time in its history that the Court established violations of human rights, under two human rights treaties, in addition to the relevant provision of the 1963 Vienna Convention.

5. The subject of the rights violated in the *cas d’espèce* was a human being, Mr. A. S. Diallo, not a State. Likewise, the subject of the corresponding right to reparation is a human being, Mr. A. S. Diallo, not a State. He is the *titulaire* of such right to reparation, and the beneficiary of the reparations ordered by the Court in the present Judgment. In the previous Judgment on the merits (of 30 November 2010) the Court referred to the reparation — in the form of compensation — “due to Guinea for the injury suffered by Mr. Diallo” (*ibid.*, p. 691, para. 161). The Court further referred to the compensation owed by the Democratic Republic of the Congo to Guinea “for the injury flowing from the wrongful detentions and expulsion of Mr. Diallo in 1995-1996, including the resulting loss of his personal belongings” (*ibid.*, p. 691, para. 163).

6. In the subsequent proceedings as to reparations (written phase only), Guinea referred repeatedly, in its Memorial of 6 December 2011, to the damages² or injuries³ or harms⁴ suffered by Mr. Diallo, to the discrimination⁵ and arbitrariness⁶ inflicted against him. It also referred to the Democratic Republic of the Congo’s breaches of human rights obligations⁷. For its part, in its Counter-Memorial of 21 February 2012, the Democratic Republic of the Congo (DRC) acknowledged the injuries⁸ or damages⁹ suffered by Mr. Diallo. The two contending Parties thus agreed that reparations were here due to the victim, for the human rights violations he suffered. The *titulaire* of the rights breached, and the *beneficiary* of the reparations due, was the individual concerned, Mr. A. S. Diallo.

¹ *Merits, Judgment, I.C.J. Reports 2010 (II)*, resolutive points 2, 3 and 4 of the *dispositif*.

² Memorial of the Republic of Guinea, paras. 16 and 48, and cf. para. 63.

³ *Ibid.*, paras. 35 and 47, and cf. para. 62.

⁴ *Ibid.*, para. 24.

⁵ *Ibid.*, para. 43.

⁶ *Ibid.*, para. 61.

⁷ *Ibid.*, para. 21.

⁸ Counter-Memorial of the DRC, paras. 2, 4 and 1.05.

⁹ *Ibid.*, paras. 1.05 and 1.44.

II. LE TITULAIRE DES DROITS VIOLÉS ET DU DROIT À RÉPARATION

4. Dans l'arrêt qu'elle a rendu sur le fond de la présente espèce (le 30 novembre 2010), la Cour a constaté que les *droits* «individuels» de M. Diallo avaient été violés (*C.I.J. Recueil 2010 (II)*, p. 655, par. 34), faisant référence aux droits prévus à l'article 13 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, au paragraphe 4 de l'article 12 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, ainsi qu'au droit d'être informé des possibilités d'assistance consulaire en vertu de l'alinéa *b*) du paragraphe 1 de l'article 36 de la convention de Vienne sur les relations consulaires¹. Ainsi, pour la toute première fois de son histoire, la Cour a établi l'existence de violations des droits de l'homme, sur la base de deux traités existant dans ce domaine ainsi que de la disposition susvisée de la convention de Vienne de 1963.

5. Le titulaire des droits violés en l'espèce était un être humain, M. A. S. Diallo, et non un Etat. C'est donc également M. A. S. Diallo, et non un Etat, qui a droit à réparation. Il est à la fois le *titulaire* de ce droit et le bénéficiaire des mesures de réparation prescrites par la Cour dans le présent arrêt. Dans son arrêt antérieur (du 30 novembre 2010) sur le fond de l'espèce, la Cour s'est référée à la réparation — sous la forme d'une indemnisation — qui était «due à la Guinée à raison des dommages subis par M. Diallo» (*ibid.*, p. 691, par. 161). Elle s'est ensuite référée à l'indemnisation due à la Guinée par la RDC «à raison du dommage résultant des détentions et de l'expulsion illicites de M. Diallo en 1995-1996, y compris la perte de ses effets personnels qui en a[va]it découlé» (*ibid.*, p. 691, par. 163).

6. Lors de la phase ultérieure consacrée à la réparation (procédure écrite uniquement), la Guinée a fait état à plusieurs reprises, dans son mémoire du 6 décembre 2011, des dommages², préjudices³ ou conséquences préjudiciables⁴ subis par M. Diallo, ainsi que du traitement discriminatoire⁵ et arbitraire⁶ qui lui avait été infligé. Elle a également accusé la RDC d'avoir manqué à ses obligations en matière de droits de l'homme⁷. Pour sa part, dans son contre-mémoire du 21 février 2012, la RDC a reconnu les préjudices⁸ ou dommages⁹ subis par M. Diallo. Les deux Parties convenaient donc qu'une réparation était due à la victime au titre des violations des droits de l'homme qu'elle avait subies. Le *titulaire* des droits violés, et le *bénéficiaire* de la réparation due, était l'individu lésé, M. A. S. Diallo.

¹ *Fond, arrêt, C.I.J. Recueil 2010 (II)*, points 2, 3 et 4 du dispositif.

² Mémoire de la Guinée, par. 16 et 48; voir aussi par. 63.

³ *Ibid.*, par. 35 et 47; voir aussi par. 62.

⁴ *Ibid.*, par. 24.

⁵ *Ibid.*, par. 43.

⁶ *Ibid.*, par. 61.

⁷ *Ibid.*, par. 21.

⁸ Contre-mémoire de la RDC, par. 2, 4 et 1.05.

⁹ *Ibid.*, par. 1.05 et 1.44.

7. Accordingly, in its Memorial Guinea invoked a recent case from the inter-American system of human rights, concerning Haiti¹⁰. And, for its part, the Democratic Republic of the Congo, in its Counter-Memorial, invoked a series of decisions from the European and the Inter-American Courts of Human Rights and surveyed them¹¹, stressing their importance for the determination of “compensation for non-pecuniary damage suffered by individuals”¹². The Democratic Republic of the Congo made a point of stressing that it deemed it fit to draw on the case law of the Inter-American and European Courts of Human Rights as the corresponding two regional systems of human rights protection

“are the oldest and best developed in the world and which have abundant practice in fixing compensation to make good the non-pecuniary damage resulting from wrongful and prolonged detentions of physical persons by certain States. In the light of the jurisprudence of these two international courts, the Respondent will submit its own proposal to the Court regarding the amount of compensation which it considers reasonable and proportionate in relation to the non-pecuniary damage suffered by Mr. Diallo.”¹³

8. In its present Judgment on reparations the Court has recalled its finding in its previous Judgment on the merits (*I.C.J. Reports 2010 (II)*, p. 691, para. 163) in the *cas d'espèce*, whereby the amount of compensation due to Mr. A. S. Diallo is based on the damage suffered resulting from his “wrongful detentions and expulsion” in 1995-1996 and the consequent “loss of his personal belongings” (Judgment, para. 11). The whole reasoning of the Court is developed on the basis of the damages suffered by Mr. A. S. Diallo, as established by it in its earlier Judgment on the merits (of 30 November 2010). In the present Judgment, the Court reiterates its position that the damages were done to Mr. A. S. Diallo, the individual victim (*ibid.*, para. 57), not to his State of nationality or origin.

9. The fact that the mechanism for dispute-settlement by the ICJ is, as disclosed by its *interna corporis*, an inter-State one, does not mean that the Court’s findings, and its corresponding reasoning, ought to be invariably limited to a strict inter-State approach. Not at all; in their contents, cases vary considerably, and, throughout the last decades, some of them have directly concerned the condition of individuals. I have had the occasion to point this out in my separate opinion in the Court’s recent Advisory Opinion on *Judgment No. 2867 of the International Labour Organization Administrative Tribunal upon a Complaint Filed against the International Fund for Agricultural Development* (*I.C.J. Reports 2012 (I)*,

¹⁰ Memorial of the Republic of Guinea, para. 30.

¹¹ Counter-Memorial of the DRC, paras. 1.07-1.43.

¹² *Ibid.*, para. 1.47, and cf. para. 1.41.

¹³ *Ibid.*, para. 1.07.

7. Dans ce contexte, la Guinée a invoqué dans son mémoire une affaire examinée récemment par la commission interaméricaine des droits de l'homme, qui concernait Haïti¹⁰. La RDC a quant à elle renvoyé dans son contre-mémoire à une série de décisions rendues par les Cours européenne et interaméricaine des droits de l'homme, passant ces précédents en revue¹¹ pour en souligner l'importance aux fins de déterminer le montant des «indemnités [à verser] pour réparer le dommage immatériel subi par des personnes physiques»¹². La RDC a bien insisté sur la nécessité de suivre la jurisprudence des Cours européenne et interaméricaine des droits de l'homme, ces deux organes régionaux de défense des droits de l'homme étant

«les plus anciens et les mieux développés dans le monde, [et ayant] une pratique abondante en ce qui concerne la fixation des indemnités pour réparer les dommages immatériels découlant des détentions illécites et prolongées des personnes physiques par certains Etats. Au regard de la jurisprudence de ces deux juridictions internationales, l'Etat défendeur présentera à la Cour sa propre proposition sur le montant de l'indemnité qu'il considère comme raisonnable et proportionnée par rapport au dommage immatériel subi par M. Diallo.»¹³

8. Dans son présent arrêt sur la réparation due en l'espèce, la Cour rappelle la conclusion qu'elle avait formulée dans son arrêt antérieur sur le fond de l'affaire (*C.I.J. Recueil 2010 (II)*, p. 691, par. 163), à savoir que l'indemnité devait être chiffrée sur la base des dommages causés à M. A. S. Diallo du fait de ses «détentions et de [son] expulsion illicites», dans les années 1995 et 1996, et de la «perte de ses effets personnels» qui en avait résulté (arrêt, par. 11). Le raisonnement tout entier de la Cour est basé sur les dommages subis par l'intéressé, tels qu'établis dans sa décision antérieure sur le fond (du 30 novembre 2010). Dans le présent arrêt, la Cour réaffirme que les dommages ont été causés à M. A. S. Diallo, la personne victime (*ibid.*, par. 57), et non à l'Etat dont il a la nationalité ou dont il est originaire.

9. Le fait que le mécanisme de règlement des différends par la Cour soit, comme le révèlent les textes constitutifs de celle-ci, de caractère inter-étatique ne signifie pas qu'elle doive toujours, dans ses conclusions et dans le raisonnement qui les sous-tend, s'en tenir à une perspective strictement inter-étatique. Bien au contraire. La teneur des affaires peut varier considérablement, et certaines de celles dont la Cour a eu à connaître au fil des dernières décennies mettaient directement en jeu la situation de personnes physiques. J'ai déjà eu l'occasion de le faire observer dans l'opinion individuelle que j'ai jointe au récent avis consultatif de la Cour sur le *Jugement n° 2867 du Tribunal administratif de l'Organisation internationale du Travail*

¹⁰ Mémoire de la Guinée, par. 30.

¹¹ Contre-mémoire de la RDC, par. 1.07-1.43.

¹² *Ibid.*, par. 1.47; voir aussi par. 1.41.

¹³ *Ibid.*, par. 1.07.

pp. 79-80, paras. 78-79), and I do so again in the present separate opinion in the *Diallo* case (Judgment on Reparations).

10. Notorious examples in that sense are provided, e.g., by the *Nottebohm* case (*Liechtenstein v. Guatemala*) (1955, on double nationality); the case concerning the *Application of the Convention of 1902 Governing the Guardianship of Infants* (*Netherlands v. Sweden*) (1958); the case of the *Trial of Pakistani Prisoners of War* (*Pakistan v. India*) (1973); the “*Hostages*” (*United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran* (*United States v. Iran*) case (1980)); the *East-Timor* (*Portugal v. Australia*) case (1995); the case of the *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (*Bosnia-Herzegovina v. Yugoslavia*) (1996); the case of *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria* (*Cameroon v. Nigeria*) (1996); the case of *Armed Activities on the Territory of the Congo* (*Democratic Republic of the Congo v. Uganda*) (2000); the three successive cases concerning consular assistance — namely, the cases “*Breard*” (*Vienna Convention on Consular Relations* (*Paraguay v. United States*) (1998)); *LaGrand* (*Germany v. United States of America*) (2001); and *Avena and Other Mexican Nationals* (*Mexico v. United States of America*) (2004); the case on *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite* (*Belgium v. Senegal*) (Order of 2009); the case of *Ahmadou Sadio Diallo* (*Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo*) (2010); the case of the *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination* (*Georgia v. Russian Federation*) (2011); the case of the *Temple of Preah Vihear* (*Cambodia v. Thailand*) (Order of 2011); and the case of the *Jurisdictional Immunities of the State* (*Germany v. Italy*) (2010-2012).

11. The insufficiency, if not artificiality, of the exclusively inter-State outlook of the procedures before the ICJ has become manifest, in the light of the very nature of some of the contentious cases submitted to it. The same has been disclosed by the exercise of its advisory function, as illustrated by its last two Advisory Opinions, on the *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo* (2010), and on *Judgment No. 2867 of the International Labour Organization Administrative Tribunal upon a Complaint Filed against the International Fund for Agricultural Development* (2012). Despite the limitations of the inter-State conception of its mechanism of operation, the Court can at least disclose its preparedness *to reason* in the light of the progressive development of international law, thus contributing to it, beyond the outdated inter-State outlook.

12. In effect, in the present *Diallo* case, the Court’s Judgments on the merits (2010) and now on reparations clearly show that its findings and reasoning have rightly gone well beyond the straight-jacket of the strict inter-State dimension. There are circumstances wherein the Court is bound to do so, in the faithful exercise of its judicial function, in cases concerning distinct aspects of the condition of individuals. After all,

sur requête contre le Fonds international de développement agricole (C.I.J. Recueil 2012 (I), p. 79-80, par. 78-79), et je le relève encore aujourd'hui dans la présente opinion individuelle que je joins à l'arrêt rendu sur la réparation en l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo*.

10. Je citerai par exemple les affaires suivantes : *Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala)* (double nationalité, 1955); *Application de la convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs (Pays-Bas c. Suède)* (1958); *Procès de prisonniers de guerre pakistanais (Pakistan c. Inde)* (1973); *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran (Etats-Unis d'Amérique c. Iran)* (1980); *Timor oriental (Portugal c. Australie)* (1995); *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie)* (1996); *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria)* (1996); *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)* (2000). Voir également la série de trois affaires relatives à l'assistance consulaire : *Convention de Vienne sur les relations consulaires (Paraguay c. Etats-Unis d'Amérique)* (dite l'affaire « Breard », 1998); *LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique)* (2001); et *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. Etats-Unis d'Amérique)* (2004). Voir enfin *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)* (ordonnance de 2009); *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)* (2010); *Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie)* (2011); *Temple de Préah Vihear (Cambodge c. Thaïlande)* (ordonnance de 2011); *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie)* (2010-2012).

11. Il est devenu évident que confiner les procédures de la Cour dans une logique purement interétatique est insuffisant, voire artificiel, eu égard à la nature même de certaines des affaires contentieuses portées devant elle. Le même constat s'est imposé lorsque la Cour a exercé sa fonction consultative, comme l'illustrent ses deux derniers avis, dont l'un portait sur la *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo* (2010) et l'autre sur le *Jugement n° 2867 du Tribunal administratif de l'Organisation internationale du Travail sur requête contre le Fonds international de développement agricole* (2012). En dépit des limites tenant à sa vocation interétatique, la Cour peut à tout le moins se montrer prête à raisonner en tenant compte du développement progressif du droit international, apportant ainsi sa pierre à l'édifice, sans s'enfermer dans cette conception interétatique qui appartient au passé.

12. De fait, il ressort clairement des arrêts qu'elle a rendus dans la présente affaire *Ahmadou Sadio Diallo*, d'abord sur le fond (en 2010) et aujourd'hui sur la réparation, que, dans ses conclusions et dans son raisonnement, la Cour est allée bien au-delà de la dimension strictement interétatique, un carcan dont elle a eu raison de s'affranchir. La Cour n'a parfois guère le choix, pour rester fidèle à sa fonction judiciaire, lorsque

breaches of international law are perpetrated not only to the detriment of States, but also to the detriment of human beings, subjects of rights — and bearers of obligations — emanating directly from international law itself. States have lost the monopoly of international legal personality a long time ago.

13. Individuals — like States and international organizations — are likewise subjects of international law. A breach of their rights entails the obligation to provide reparations to them. This is precisely the case of Mr. A. S. Diallo; the present case bears eloquent witness of that, and of the limits imposed by contemporary international law upon State voluntarism. States cannot dispose of human beings the way they want, irrespective of their rights acknowledged in the *corpus juris* of the international law of human rights; if they breach their rights enshrined therein, they are to bear the consequences thereof, in particular the ineluctable obligation to provide reparation to the individual victims.

III. *NEMINEM LAEDERE*: INSIGHTS ON REPARATIONS FROM THE “FOUNDING FATHERS” OF THE LAW OF NATIONS (*DROIT DES GENS*)

14. This duty of reparation has deep historical roots, going back to the origins of the law of nations: such duty was in fact in the minds of the “founding fathers” of our discipline, as disclosed by their classical writings which have survived the onslaught of time. The present *Diallo* case, unique in the history of this Court — as I pointed out in my separate opinion in its earlier Judgment on the merits (of 30 November 2010) — seems to provide an invitation to embark on the rescue of the earlier thinking on such duty of reparation. In effect, in his celebrated Second *Relectio de Indis* (1538-1539), Francisco de Vitoria made a proposition to the effect that “the enemy who has done the wrong is bound to give all this redress”¹⁴; there is a duty, even amidst armed hostilities, to make restitution (of losses) and to provide reparation for “all damages”¹⁵.

15. One was here in the realm of *jus gentium*, the law of nations, of all peoples, wherein the right to redress was reckoned¹⁶. The rules of that emerging law of nations were to be “just and fitting for all persons”; the

¹⁴ *Op. cit. infra* note 16, Appendix B: Francisco de Vitoria, *Second Relectio: On the Indians [De Indis]* [1538-1539], Oxford/London, Clarendon Press/H. Milford, 1934 [reed.], p. LV.

¹⁵ *Ibid.*; and cf. Francisco de Vitoria, “Relección Segunda: De los Indios” [1538-1539], *Obras de Francisco de Vitoria — Relecciones Teológicas* (ed. T. Urdanoz), Madrid, BAC, 1955, p. 827.

¹⁶ J. Brown Scott, *The Spanish Origin of International Law — Francisco de Vitoria and His Law of Nations*, Oxford/London, Clarendon Press/H. Milford, 1934, pp. 140, 150, 163 and 165.

l'affaire met en jeu différents aspects de la situation d'un individu. Après tout, lorsque le droit international est bafoué, les Etats ne sont pas les seules victimes : les êtres humains en sont également victimes, puisque les droits — et les obligations — qui sont les leurs émanent directement du droit international lui-même. Les Etats ont perdu l'apanage de la personnalité juridique internationale depuis fort longtemps.

13. Les personnes physiques, au même titre que les Etats et les organisations internationales, sont des sujets de droit international. La violation de leurs droits entraîne une obligation de réparation à leur endroit. Tel est précisément le cas de M. A. S. Diallo. La présente affaire en témoigne avec éloquence et montre les limites que le droit international moderne pose à la volonté des Etats, qui ne peuvent disposer à leur gré des êtres humains, au mépris des droits reconnus à ceux-ci dans le *corpus juris* du droit international des droits de l'homme. S'ils violent les droits ainsi conférés à l'individu, ils doivent en assumer les conséquences, en particulier l'obligation de réparation inéluctable qui leur incombe à l'égard des victimes individuelles.

III. LE PRINCIPE *NEMINEM LAEDERE*, OU LA NOTION DE RÉPARATION DANS L'ESPRIT DES « PÈRES FONDATEURS » DU DROIT DES GENS

14. Profondément ancrée dans l'histoire, cette obligation de réparation remonte aux origines du droit des gens : en fait, les « pères fondateurs » de notre discipline l'avaient déjà à l'esprit, comme le révèlent leurs ouvrages classiques qui ont résisté à l'épreuve du temps. La présente affaire *Ahmadou Sadio Diallo*, qui est unique dans l'histoire de la Cour — comme je l'ai déjà fait observer dans l'opinion individuelle que j'ai jointe à l'arrêt précédent sur le fond (du 30 novembre 2010) —, semble inviter à en revenir à la conception première de cette obligation de réparation. De fait, dans sa célèbre *Deuxième leçon sur les Indiens* (1538-1539), Francisco de Vitoria avançait déjà que « [l]es ennemis qui [avaient] commis une injustice [étaient], en effet, tenus à toutes ces obligations [de réparation] »¹⁴ ; même en temps de conflit armé, il existe un devoir de restitution (en cas de perte) et de réparation pour « tous les dommages » causés¹⁵.

15. L'on touchait ici au domaine du *jus gentium* — le droit des gens, de tous les peuples —, dans le cadre duquel le droit à réparation était reconnu¹⁶. Les règles de ce droit des gens en voie de formation devaient être « justes et

¹⁴ *Op. cit. infra* note 16, appendice B : Francisco de Vitoria, *Second Relectio : On the Indians [De Indis]* [1538-1539], Oxford/Londres, Clarendon Press/H. Milford, 1934 (rééd.), p. LV.

¹⁵ *Ibid.* ; voir aussi Francisco de Vitoria, « Relección Segunda : De los Indios » [1538-1539], *Obras de Francisco de Vitoria — Relecciones teológicas* (dir. publ., T. Urdanoz), Madrid, BAC, 1955, p. 827.

¹⁶ J. Brown Scott, *The Spanish Origin of International Law — Francisco de Vitoria and His Law of Nations*, Oxford/Londres, Clarendon Press/H. Milford, 1934, p. 140, 150, 163 et 165.

damages caused by wrongful acts were to be assessed, in order to provide redress to those who suffered them, and restitution of the losses¹⁷. In de Vitoria's understanding, redress of wrongs was to take place in disputes between States, or between groups, or between individuals, i.e., in all sorts of disputes. He viewed the international community of (emerging) States as "co-extensive with humanity"; such redress corresponded, in his conception, to "an international need"¹⁸.

16. Hugo Grotius, for his part, dedicated a whole chapter of his *De Jure Belli ac Pacis* (1625) to the obligation of reparation for damages (Book II, Chap. XVII)¹⁹. In his outlook, the "injured party" was not necessarily a State; he referred to distinct kinds of damage caused by breaches of "rights resulting to us", or from "losses suffered by negligence"; such damages or losses create an obligation of reparation²⁰. In his conception of the *jus gentium*, the (emerging) law of nations, H. Grotius focused on the reasonable, on the dictates of the right reason, bearing in mind also the common needs and, ultimately, the universal human society.

17. Samuel Pufendorf, likewise, in his *Elementorum Jurisprudentiae Universalis — Libri Duo* (1672), asserted that whoever has caused damage by a wrongful act is bound "to make good" and "to restore as much as he contributed to the damage"²¹. In this duty of restitution, each one was bound to provide reparation for the damage he caused, "to restore the whole", on the basis of natural law²². In his work *On the Duty of Man and Citizen* (1673), Pufendorf pondered that one who has suffered loss or damage cannot live in peace with the wrongdoer, without compensation; hence the need of restitution. Natural law, attentive to the sociable (*sociabilis*), condemned vengeance²³. "Natural equity" set forth the "obligation to make restitution" for loss or harm done with malice or negligence²⁴.

¹⁷ *Op. cit. supra* note 16, pp. 172 and 210-211.

¹⁸ *Ibid.*, pp. 282-283; and cf. also, Association Internationale Vitoria-Suarez, *Vitoria et Suarez: contribution des théologiens au droit international moderne*, Paris, Pedone, 1939, pp. 73-74, and cf. pp. 169-170.

¹⁹ H. Grotius, *De Jure Belli Ac Pacis* [1625], *Liber secundus, caput XVII*, The Hague, M. Nijhoff, 1948, pp. 79-82.

²⁰ *Ibid.*, pp. 79-80, paras. I and VIII-IX; and cf. H. Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix* [1625], Paris, PUF, 2005 [reed.], pp. 415-416 and 418, paras. I and VIII-IX.

²¹ S. Pufendorf, *Elementorum Jurisprudentiae Universalis — Libri Duo* [1672], Oxford/London, Clarendon Press/H. Milford, 1931 [reed.], pp. 264-265.

²² *Ibid.*, p. 266.

²³ S. Pufendorf, *On the Duty of Man and Citizen According to Natural Law* [1673], Cambridge University Press, 2003 [5th printing], Book I, Chap. 6, pp. 56-57 and 60.

²⁴ *Ibid.*, pp. 58-59; and cf. S. Pufendorf, *Os Deveres do Homem e do Cidadão de Acordo com as Leis do Direito Natural* [1673], Rio de Janeiro, Liberty Fund/Topbooks, 2007 [reed.], Book I, Chap. 6, pp. 152-153 and 156.

adaptées à chacun» et les dommages causés par les actes illicites évalués, afin d'apporter réparation à ceux qui en avaient pâti et de leur offrir une restitution en cas de perte¹⁷. Selon la conception de Vitoria, la réparation devait avoir lieu dans les différends entre Etats, entre groupes ou entre individus, c'est-à-dire dans toutes les catégories de différends. Pour lui, la communauté internationale des Etats (naissants) était «coextensive à l'humanité»; la réparation répondait à «un besoin international»¹⁸.

16. Hugo Grotius, quant à lui, consacra un chapitre entier de son *De jure belli ac pacis* (1625) à l'obligation de réparer les dommages causés (livre II, chap. XVII)¹⁹. De son point de vue, la «partie lésée» n'était pas nécessairement un Etat; il fit référence à divers types de dommages occasionnés par des violations de «droits revenant à l'individu» ou de «pertes causées par négligence», ces dommages ou pertes donnant lieu à une obligation de réparation²⁰. Selon sa conception du *jus gentium*, du droit des gens (naissant), Grotius s'attachait à ce qui était raisonnable, aux exigences de la *recta ratio*, en tenant également compte des besoins communs et, en définitive, de la société humaine universelle.

17. De même, Samuel Pufendorf, dans son *Elementorum jurisprudentiae universalis — Libri duo* (1672), affirma que quiconque avait causé un dommage par un acte illicite était tenu «d'y porter remède» et «de rétablir la situation autant qu'il avait contribué à la dégrader»²¹. Suivant cette conception du devoir de restitution, chacun était tenu de réparer le dommage qu'il avait causé «afin de rétablir la situation antérieure dans sa globalité», sur la base du droit naturel²². Dans son ouvrage sur les devoirs de l'homme et du citoyen selon le droit naturel (*De officio hominis et civis prout ipsi praescribuntur lege naturali*, 1673), Pufendorf estima qu'une personne victime d'une perte ou d'un dommage ne pouvait vivre en paix avec celui qui en était l'auteur, à moins d'avoir obtenu réparation, d'où la nécessité d'une restitution. Le droit naturel, caractérisé par sa dimension sociale (*sociabilis*), condamnait la vengeance²³. De l'«équité naturelle» découlait l'«obligation de restitution» pour toute perte ou tout dommage causé par malveillance ou négligence²⁴.

¹⁷ *Op. cit. supra* note 16, p. 172 et 210-211.

¹⁸ *Ibid.*, p. 282-283; voir aussi Association internationale Vitoria-Suarez, *Vitoria et Suarez: contribution des théologiens au droit international moderne*, Paris, Pedone, 1939, p. 73-74, et voir p. 169-170.

¹⁹ H. Grotius, *De jure belli ac pacis* [1625], *Liber secundus, caput XVII*, La Haye, M. Nijhoff, 1948, p. 79-82.

²⁰ *Ibid.*, p. 79-80, par. I et VIII-IX; voir aussi H. Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix* [1625], Paris, PUF, 2005 (rééd.), p. 415-416 et 418, par. I et VIII-IX.

²¹ S. Pufendorf, *Elementorum jurisprudentiae universalis — Libri duo* [1672], Oxford/Londres, Clarendon Press/H. Milford, 1931 (rééd.), p. 264-265.

²² *Ibid.*, p. 266.

²³ S. Pufendorf, *On the Duty of Man and Citizen According to Natural Law* [1673], Cambridge University Press, 2003 (5^e éd.), livre I, chap. 6, p. 56-57 et 60.

²⁴ *Ibid.*, p. 58-59; voir aussi S. Pufendorf, *Os deveres do homem e do cidadão de acordo com as leis do direito natural* [1673], Rio de Janeiro, Liberty Fund/Topbooks, 2007 (rééd.), livre I, chap. 6, p. 152-153 et 156.

18. For his part, Christian Wolff held, in his *Jus Gentium Methodo Scientifica Pertractatum* (1764), that whoever caused a loss or wrong “to a citizen or subject of another State” is “bound to repair it”; the same applies in the relations among nations, wherein “the loss caused should be repaired”²⁵. Any international wrong — he added — entails the duty of reparation, or of restoration of the loss²⁶. In his *Principes du droit de la nature et des gens* (1758), Wolff situated the duty to provide reparation for the damage caused in the realm of natural law thinking²⁷.

19. To the writings, on the subject-matter at issue, of Vitoria, Grotius, Pufendorf and Wolff, others could be added, such as the ponderation of Alberico Gentili (*De Jure Belli*, 1598) and of Francisco Suárez (*De Legibus ac Deo Legislatore*, 1612), as to the need of a legal system that would regulate the relations of the members of the universal *societas gentium*, and the approach pursued by Cornelius van Bynkershoek (*De Foro Legatorum*, 1721; *Questiones Juris Publici — Libri Duo*, 1737), in keeping on upholding a multiplicity of subjects of *jus gentium* (nations, peoples, persons). By and large, the attention to the common condition of humankind was proper to natural law, which, with the *recta ratio*, provided the basis for the regulation of human relations with the due respect for each other’s rights²⁸. The duty of reparation responded to an *international need*, in conformity with the *recta ratio* — whether the beneficiaries were States (emerging in their days), peoples, or individuals.

20. Subsequent to the works of Pufendorf and Wolff (*supra*), international legal thinking embarked on the reductionist path of the *jus inter gentes* pursuant to a much stricter inter-State outlook. The juxtaposition of absolute State sovereignties led to the exclusion from that legal order of the individuals as subjects of rights (*titulaires de droits*). At international level, the States assumed the monopoly of the condition of subjects of rights; the individuals, for their protection, were left entirely at the mercy of the discretionary intermediation of their nation-States. The international legal order thus erected — which the excesses of legal positivism attempted in vain to justify — excluded therefrom precisely the ultimate addressee of the juridical norms: the human being.

²⁵ C. Wolff, *Jus Gentium Methodo Scientifica Pertractatum* [1764], Oxford/London, Clarendon Press/H. Milford, 1934 [reed.], p. 162, paras. 318-319.

²⁶ *Ibid.*, pp. 408 and 425, paras. 789 and 821.

²⁷ C. Wolff, *Principes du droit de la nature et des gens* [1758], Vol. III, Caen, Presses Universitaires de Caen, 2011 [reed.], Book IX, Chap. VI, pp. 293-294 and 296, paras. II, IV and XIII.

²⁸ The *right reason* lies at the basis of the law of nations, being the spirit of justice in the line of natural law thinking; this trend of international legal thinking has always much valued the *realization of justice*, pursuant to a “superior value of justice”. P. Foriers, *L’organisation de la paix chez Grotius et l’école de droit naturel* [1961], Paris, J. Vrin, 1987, pp. 293, 333, 373 and 375 [reed. of study originally published in: *Recueil de la Société Jean Bodin pour l’histoire comparative des institutions*, Vol. 15, Part II, Brussels, Libr. Encyclopédique, 1961].

18. Christian Wolff indiqua pour sa part, dans son *Jus gentium methodo scientifica pertractatum* (1764), que quiconque causait une perte ou un tort «à un citoyen ou à un sujet d'un autre Etat» était «tenu d'y remédier», ce qui valait également dans les relations entre nations, dans le cadre desquelles «la perte causée d[evait] être réparée»²⁵. Tout fait illicite international — ajouta-t-il — entraîne une obligation de réparation, ou de restitution en cas de perte²⁶. Dans ses *Principes du droit de la nature et des gens* (1758), Wolff inscrivit l'obligation de réparation dans le cadre de la philosophie du droit naturel²⁷.

19. Aux ouvrages rédigés en la matière par Vitoria, Grotius, Pufendorf et Wolff peuvent être ajoutés d'autres encore, comme les réflexions d'Alberico Gentili (*De jure belli*, 1598) et de Francisco Suárez (*De legibus ac deo legislatore*, 1612) sur le besoin d'un système juridique qui régleme les relations des membres de la *societas gentium* universelle, ainsi que l'approche adoptée par Cornelius van Bynkershoek (*De foro legatorum*, 1721; *Questiones juris publici — Libri duo*, 1737), qui n'a cessé d'insister sur la multiplicité des sujets du *jus gentium* (les nations, les peuples et les personnes). D'une façon générale, ce souci de la condition humaine était propre au droit naturel qui, avec la *recta ratio*, constituait la base sur laquelle les relations humaines pouvaient être réglementées en tenant dûment compte des droits de chacun²⁸. L'obligation de réparation répondait à un *besoin international*, conformément à la *recta ratio* — que les bénéficiaires fussent les Etats (alors en voie de formation), les peuples ou les individus.

20. A la suite des ouvrages de Pufendorf et de Wolff (*supra*), les théoriciens du droit international s'engagèrent sur la voie réductionniste du *jus inter gentes* en s'enfermant dans une conception interétatique bien plus stricte. La juxtaposition des souverainetés absolues des Etats eut pour effet d'exclure de cet ordre juridique les personnes physiques, en tant que titulaires de droits, un statut dont les Etats avaient l'apanage au niveau international; les personnes devaient, pour leur protection, s'en remettre totalement aux tractations discrétionnaires de leur Etat-nation. L'ordre juridique international ainsi érigé — avec les excès que les tenants du positivisme juridique tentèrent en vain de justifier — excluait précisément le bénéficiaire ultime des normes juridiques: l'être humain.

²⁵ C. Wolff, *Jus gentium methodo scientifica pertractatum* [1764], Oxford/Londres, Clarendon Press/H. Milford, 1934 (rééd.), p. 162, par. 318-319.

²⁶ *Ibid.*, p. 408 et 425, par. 789 et 821.

²⁷ C. Wolff, *Principes du droit de la nature et des gens* [1758], vol. III, Caen, Presses universitaires de Caen, 2011 (rééd.), livre IX, chap. VI, p. 293-294 et 296, par. II, IV et XIII.

²⁸ La notion de rectitude (*recta ratio*) est à la base du droit des gens, en tant qu'elle exprime l'esprit de justice qui imprègne la philosophie du droit naturel; ce courant de pensée du droit international a toujours fait grand cas de la *réalisation de la justice*, qui constitue une «valeur supérieure». P. Foriers, *L'organisation de la paix chez Grotius et l'école de droit naturel* [1961], Paris, J. Vrin, 1987, p. 293, 333, 373 et 375 (réimpr. de l'étude initialement publiée dans le *Recueil de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions*, vol. 15, 2^e partie, Bruxelles, Librairie encyclopédique, 1961).

21. The teachings of the “founding fathers” of the law of nations, however, never faded away. Successive grave violations of the rights of the human person (some on a massive scale) awakened human conscience to the need to restore to the human being the central position from where he had been unduly displaced by the exclusive inter-State thinking which prevailed in the nineteenth century. The reconstruction, on human foundations, as from the mid-twentieth century onwards, took, as conceptual basis, the canons of the human being as subject of rights (*titulaire de droits*), of the collective guarantee of the realization of these latter, and of the objective character of the obligations of protection, and of the realization of superior common values. The individual came again to be perceived as subject of the right to reparation for damages suffered.

IV. THE DAWN OF STATE RESPONSIBILITY AND THE RATIONALE OF DUTY OF REPARATION

22. In effect, as from the late nineteenth century, some jurists had the intuition to dwell upon reparation for international wrongs, even before the advent of the era of (contemporary) international tribunals. They wrote within distinct theoretical frameworks. One of the earlier jurists to do so was Dionisio Anzilotti. On the one hand, his views on the legal standing of individuals (acknowledged by him only in positive domestic law)²⁹ became promptly and wholly unacceptable, even in the emerging legal doctrine of his times; this was largely due to the gradual establishment of the direct contacts between individuals and the international legal order (as from, e.g., the pioneering case law of the Central American Court of Justice, 1907-1917, followed by the Advisory Opinion of 1928 of the Permanent Court of International Justice [PCIJ] on the *Jurisdiction of the Courts of Danzig*, 1928) and the gradual recognition of the access of individuals to international justice³⁰.

23. On the other hand, another concern expressed by Anzilotti, as to the duty of reparation of damages resulting from breaches of international law so as to preserve the integrity of the international legal order, seems to retain its contemporaneity, over a century later. In fact, already in 1902, in his book *Teoria Generale della Responsabilità dello Stato nel Diritto Internazionale*, he pondered, in his conceptualization, that a *viola-*

²⁹ D. Anzilotti, “La responsabilité internationale des Etats à raison des dommages soufferts par des étrangers”, *op. cit. infra* note 34, pp. 5-6 and 8.

³⁰ A. A. Cançado Trindade, *El Acceso Directo del Individuo a los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2001, pp. 9-104; A. A. Cançado Trindade, *El Derecho de Acceso a la Justicia en Su Amplia Dimensión*, Santiago de Chile, CECO/Librotecnia, 2008, pp. 61-407; A. A. Cançado Trindade, *The Access of Individuals to International Justice*, Oxford University Press, 2011, pp. 1-236.

21. Les enseignements dispensés par les «pères fondateurs» du droit des gens ne sont toutefois jamais tombés dans l'oubli. Devant les graves violations des droits de la personne qui se sont succédé (et dont certaines ont été commises à grande échelle), l'humanité a pris conscience de la nécessité de rendre à l'être humain la place centrale dont il avait été indûment délogé par la vision exclusivement interétatique qui avait prévalu au XIX^e siècle. Une reconstruction centrée sur l'humain s'est amorcée à partir du milieu du XX^e siècle, fondée sur l'idée que l'être humain était titulaire de droits, qu'il fallait œuvrer collectivement pour assurer le respect de ces droits, que les obligations de protection revêtaient un caractère objectif et que les valeurs communes devaient primer. L'individu fut à nouveau considéré comme le titulaire du droit à réparation pour les dommages subis.

IV. L'AVÈNEMENT DE LA RESPONSABILITÉ DES ÉTATS ET LA RAISON D'ÊTRE DE L'OBLIGATION DE RÉPARATION

22. De fait, dès la fin du XIX^e siècle, certains juristes eurent la clairvoyance de se pencher sur la question de la réparation due pour les faits internationalement illicites, même avant que s'ouvre l'ère des juridictions internationales (contemporaines). Ils s'exprimèrent alors dans des cadres théoriques distincts. L'un des premiers à le faire fut Dionisio Anzilotti. Certes, ses vues sur le statut juridique des personnes physiques (qui, selon lui, n'était reconnu qu'en droit positif interne)²⁹ devinrent vite complètement inacceptables, même dans le contexte de la doctrine juridique naissante de son époque, ce qui s'expliquait en grande partie par le fait que des liens directs se tissaient progressivement entre l'individu et l'ordre juridique international (la Cour de justice centraméricaine fit œuvre de pionnière dans sa jurisprudence des années 1907-1917, avant d'être imitée par la Cour permanente de Justice internationale (la «Cour permanente») dans son avis consultatif de 1928 sur la *Compétence des tribunaux de Dantzig*), et que l'accès des personnes à la justice internationale était en voie de reconnaissance³⁰.

23. Une autre préoccupation exprimée par Anzilotti semble, en revanche, rester d'actualité plus d'un siècle plus tard : elle concerne l'obligation de réparer les dommages résultant de violations du droit international afin de préserver l'intégrité de l'ordre juridique international. En fait, dès 1902, dans sa *Teoria generale della responsabilità dello Stato nel diritto internazionale*, Anzilotti estima, dans son exercice

²⁹ D. Anzilotti, «La responsabilité internationale des Etats à raison des dommages soufferts par des étrangers», *op. cit. infra* note 34, p. 5-6 et 8.

³⁰ A. A. Cançado Trindade, *El acceso directo del individuo a los tribunales internacionales de derechos humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2001, p. 9-104; A. A. Cançado Trindade, *El derecho de acceso a la justicia en su amplia dimensión*, Santiago du Chili, CECO/ Librotecnia, 2008, p. 61-407; A. A. Cançado Trindade, *The Access of Individuals to International Justice*, Oxford University Press, 2011, p. 1-236.

tion of international law (ensuing from an anti-judicial fact, a *factum contra jus*) generates *responsibility*³¹; hence the need to cease that violation (in its effects) and to provide *reparation* for the *damage*³². And Anzilotti added that “il *neminem laedere* è norma giuridica fondamentale nei rapporti degli Stati come in quelli degl’individui [the *neminem laedere* is a fundamental juridical norm in the relations of States as in those of individuals]”³³.

24. Four years later, Anzilotti stressed that any “act contrary to international law” engages international responsibility³⁴. To him, an “international illicit act” is an act which is “in opposition with the objective international law”; thus, “le caractère illicite d’un acte dérive toujours de son opposition avec le droit objectif”³⁵. To him, the damage is always encompassed implicitly in the “anti-judicial character of the act”³⁶. And he added, with insight, that

“any act committed by a subject contrary to the rule [of law] entails an obligation to restore, in one form or another, the juridical position which that subject has disturbed.

[A] violation of international juridical standards by a State bound by those standards thus gives rise to a duty to make reparation, which generally consists in the restoration of the juridical position that has been disturbed.”³⁷

25. In the following years, it became generally accepted that the duty of reparation was one of general or customary international law. Another international law theorist, Hans Kelsen, endeavoured in vain to challenge that. In 1932, dwelling upon reparation, he built his conceptualization within the straight-jacket of the exclusive *inter-State dimension*. He took an isolated position (already in those days) to the effect that the duty of reparation (compliance with which would in his view avoid recourse to force and retaliation or reprisals) would necessarily require a prior *agreement* between the States concerned³⁸. Kelsen overlooked the general acknowledgement, discernible already in his times, that that duty was one of general or customary international law, and could not be entirely sub-

³¹ D. Anzilotti, *Teoria Generale della Responsabilità dello Stato nel Diritto Internazionale*, Part I, Florence, F. Lumachi Libr.-Ed., 1902, pp. 75, 78 and 102-103.

³² *Ibid.*, pp. 95-97 and 100-101.

³³ *Ibid.*, p. 99.

³⁴ He used indistinctly the terms “act” and “fait de l’Etat”; cf. D. Anzilotti, “La responsabilité internationale des Etats à raison des dommages soufferts par des étrangers”, 13 *Revue générale de droit international public* (1906), pp. 292 and 296.

³⁵ *Ibid.*, p. 14.

³⁶ *Ibid.*, p. 13.

³⁷ *Ibid.* [Translation by the Registry.]

³⁸ H. Kelsen, “Unrecht und Unrechtsfolge im Völkerrecht”, 12 *Zeitschrift für öffentliches Recht* (1932), pp. 481-608.

de conceptualisation, qu'une *violation* du droit international (découlant d'un fait anti-juridique, ou *factum contra jus*) était source de *responsabilité*³¹, d'où la nécessité de faire cesser cette violation (ses effets) et d'apporter *réparation* pour le *dommage* causé³². Anzilotti ajouta que «il *neminem laedere* è norma giuridica fondamentale nei rapporti degli Stati come in quelli degl'individui [le principe *neminem laedere* constitue une norme juridique fondamentale dans les relations entre Etats aussi bien qu'entre individus]»³³.

24. Quatre ans plus tard, Anzilotti souligna que tout «acte contraire au droit international» engageait la responsabilité internationale de son auteur³⁴. Pour lui, un «acte illicite international» était un acte «en opposition avec le droit objectif international»; ainsi, «le caractère illicite d'un acte dériv[ait] toujours de son opposition avec le droit objectif»³⁵. Le dommage était toujours compris implicitement dans le «caractère anti-juridique de l'acte»³⁶. Il ajouta, non sans perspicacité, que

«tout acte accompli par un sujet contrairement à la règle [de droit] entraîne en conséquence l'obligation de rétablir, sous une forme quelconque, l'ordre juridique troublé par lui.

La violation de l'ordre juridique international commise par un Etat soumis à cet ordre donne ainsi naissance à un devoir de réparation, qui consiste en général dans le rétablissement de l'ordre juridique troublé.»³⁷

25. Dans les années qui suivirent, il devint généralement accepté que l'obligation de réparation relevait du droit international général ou coutumier. Un autre théoricien du droit international, Hans Kelsen, s'évertua en vain à le contester. En 1932, lorsqu'il examina la question de la réparation, il inscrit toute sa théorie dans le carcan de la *dimension strictement interétatique*. Il était l'un des rares (déjà à l'époque) à soutenir que l'obligation de réparation (dont l'exécution évitait selon lui le recours à la force ou aux mesures de représailles) était nécessairement tributaire de l'*accord* préalable des Etats concernés³⁸. Kelsen ne tenait aucun compte de la reconnaissance générale, déjà perceptible chez ses contemporains, du fait que l'obligation de réparation relevait du droit international

³¹ D. Anzilotti, *Teoria generale della responsabilità dello Stato nel diritto internazionale*, 1^{re} partie, Florence, F. Lumachi Libr.-Ed., 1902, p. 75, 78 et 102-103.

³² *Ibid.*, p. 95-97 et 100-101.

³³ *Ibid.*, p. 99.

³⁴ Il utilisa indifféremment les termes «acte» et «fait de l'Etat»; voir D. Anzilotti, «La responsabilité internationale des Etats à raison des dommages soufferts par des étrangers», *Revue générale de droit international public*, tome 13 (1906), p. 292 et 296.

³⁵ *Ibid.*, p. 14.

³⁶ *Ibid.*, p. 13.

³⁷ *Ibid.*

³⁸ H. Kelsen, «Unrecht und Unrechtsfolge im Völkerrecht», *Zeitschrift für öffentliches recht*, vol. 12 (1932), p. 481-608.

sumed under the will of individual States *tout court*. *Opinio juris communis* stood above the will of each State.

26. Yet, just as it happened with the theory of Anzilotti, in that of Kelsen there is a concern which seems to have subsisted to date, retaining its contemporaneity: reparation cannot “efface” the breach of international law already committed, but it can rather avoid the negative consequences of the wrongful act (i.e., recourse to force and reprisals on the part of the affected State). In Kelsen’s own words, in dwelling upon reparation,

“Ihr Sinn liegt nicht darin, dass durch sie — wie ihr Name sagt — ein begangenes Unrecht wieder ‘gut’ gemacht wird, denn dies ist unmöglich. Der einmal gesetzte Unrechtstatbestand kann nicht aus der Welt geschafft werden. Sondern ihr Sinn liegt darin, dass durch sie kraft Rechtsens der Eintritt der Unrechtsfolge ausgeschaltet wird.” [Its significance does not lie with the fact that through such reparation — as its name implies — a wrong that has already happened will be repaired, as this is impossible. The wrongful behaviour cannot be made to disappear from the world. Its significance lies with the fact that through it, pursuant to a rule, the onset of the consequences of the wrong is made impossible.]³⁹

27. Reparation, in Kelsen’s outlook, would thus contribute not only to justice, but also to peace (a topic which was, later on, towards the end of the Second World War, to attract his attention⁴⁰). In addition, he admitted that reparation (for material and immaterial damage) might take distinct forms⁴¹. On the obligation of reparation, the celebrated dictum of the PCIJ in the *Chorzów Factory* case (Judgment of 26 July 1927) did not escape his attention⁴². Without abandoning his inter-State approach, in his Hague Academy lectures of 1953 he conceded, as to the obligation of reparation, that “an international court must confine itself to finding that an international obligation has been breached and to ordering reparation for the injury caused”⁴³.

28. Despite the constraints of the traditional inter-State outlook, the rationale of reparation began to attract growing attention, and its con-

³⁹ *Op. cit. supra* note 38, p. 560.

⁴⁰ Cf. H. Kelsen, *Peace through Law*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1944, pp. 71-124; and cf. H. Kelsen, *A Paz pelo Direito* [1944], São Paulo, Ed. Martins Fontes, 2011 [reed.], pp. 65-114.

⁴¹ Cf. *op. cit. supra* note 38, pp. 555-560.

⁴² Cf. *ibid.*, p. 550.

⁴³ H. Kelsen, “Théorie du droit international public”, *Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye*, Vol. 84, 1953, p. 96, and cf. p. 30. [Translation by the Registry.]

général ou coutumier, et qu'elle ne pouvait être entièrement soumise à la volonté des Etats tout court. L'*opinio juris communis* primait déjà la volonté individuelle de tel ou tel Etat.

26. Toutefois, comme celle d'Anzilotti, la théorie de Kelsen traduit une préoccupation qui semble avoir subsisté jusqu'à ce jour, restant ainsi d'actualité: la réparation ne saurait «effacer» la violation du droit international déjà commise, mais elle peut permettre d'éviter que l'acte illicite n'entraîne des conséquences négatives (qui peuvent par exemple prendre la forme d'un recours à la force ou à des représailles par l'Etat victime). Comme Kelsen l'a lui-même déclaré en examinant la question de la réparation,

«Ihr Sinn liegt nicht darin, dass durch sie — wie ihr Name sagt — ein begangenes Unrecht wieder «gut» gemacht wird, denn dies ist unmöglich. Der einmal gesetzte Unrechtstatbestand kann nicht aus der Welt geschafft werden. Sondern ihr Sinn liegt darin, dass durch sie kraft Rechtsens der Eintritt der Unrechtsfolge ausgeschaltet wird.» [L'importance de la réparation ne tient pas à ce qu'elle permettrait de réparer — comme son nom l'indique — un acte illicite qui a déjà été commis, ce qui est impossible. Le comportement fautif ne peut être effacé purement et simplement. Si la réparation est importante, c'est parce que, grâce à elle, l'acte illicite ne peut plus, par principe, produire de conséquences.]³⁹

27. La réparation, dans l'esprit de Kelsen, était donc non seulement un facteur de justice, mais aussi un facteur de paix (un sujet sur lequel il revint des années plus tard, vers la fin de la seconde guerre mondiale⁴⁰). En outre, Kelsen admit que la réparation (des dommages matériels ou immatériels) pouvait prendre différentes formes⁴¹. S'agissant de l'obligation de réparation, le célèbre *dictum* formulé par la Cour permanente dans l'affaire relative à l'*Usine de Chorzów* (arrêt du 26 juillet 1927) n'échappa pas à son attention⁴². Sans renoncer à sa conception interétatique, il reconnut dans les cours qu'il donna à l'Académie de La Haye en 1953, au sujet de l'obligation de réparation, qu'«un tribunal international d[evait] se borner à constater la violation d'une obligation internationale et à ordonner la réparation du dommage causé»⁴³.

28. En dépit des contraintes liées à la conception interétatique traditionnelle, la raison d'être de la réparation fit l'objet d'une attention crois-

³⁹ *Op. cit. supra* note 38, p. 560.

⁴⁰ Voir H. Kelsen, *Peace through Law*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1944, p. 71-124; voir aussi H. Kelsen, *A paz pelo direito* [1944], São Paulo, Ed. Martins Fontes, 2011 (rééd.), p. 65-114.

⁴¹ Voir *op. cit. supra* note 38, p. 555-560.

⁴² Voir *ibid.*, p. 550.

⁴³ H. Kelsen, «Théorie du droit international public», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 84 (1953), p. 96, et voir p. 30.

ceptual framework was gradually to take place. The PCIJ much contributed to that, in referring, in the aforementioned *Chorzów Factory* case, to the obligation of reparation as corresponding to a *principle of international law*, and as conforming an “indispensable complement” to the wrongful act, so as to efface *all the consequences* of this latter (i.e., the provision of full reparation). In effect, support to the duty of reparation came from distinct trends of opinion.

29. There were those who held, in the early twentieth century, that that duty originated in the postulates of natural law. Amongst those was Paul Fauchille, who, in 1922, lucidly pondered that the rules governing the international responsibility of States, as to reparations,

“can be summed up in the natural law idea that any act causing injury to others obliges whoever is responsible for that injury to make reparation for it. This idea is applied in private law in the relations between individuals; there is no reason why it should not also be applied in the relations between nations and between nations and individuals.”⁴⁴

Depending on the circumstances of the cases, the duty of reparation for damages may thus be performed to the benefit of States, or else of individuals, whoever has been injured. Parallel to the trend of jusnaturalist thinking on the matter, there were also those who beheld the duty of reparation in all legal systems of (positive) law, without which those systems would simply not exist⁴⁵.

30. In any case, attention began to be turned to the situation of the victim, as beneficiary of reparation, and if there were treaties which provided for reparation, this was so — unlike what Kelsen had assumed — because such treaties acknowledged a pre-existing and well-established principle of *customary* international law to the same effect⁴⁶. At the basis of this principle, found in all national legal systems, was the “philosophical idea” which “translates the natural law precept ‘*neminem laedere*’”⁴⁷. Be that as it may, reparation was already widely acknowledged as a postulate of *customary* international law, whereby a “*prestation*” is owed by the wrongdoer to the victim, as a reparation for the harm done, and the victim has the corresponding right to claim it⁴⁸. By the mid-twentieth century, it was possible to state, as Hildebrando Accioly did, that . . . “[t]he

⁴⁴ P. Fauchille, *Traité de droit international public*, Vol. I, Part I, Paris, Libr. A. Rousseau Ed., 1922, p. 515. [Translation by the Registry.]

⁴⁵ Cf., e.g., L. Reitzer, *La réparation comme conséquence de l'acte illicite en droit international*, Paris, Libr. Rec. Sirey, 1938, p. 30.

⁴⁶ J. Personnaz, *La réparation du préjudice en droit international public*, Paris, Libr. Rec. Sirey, 1939, pp. 53 and 60.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 59. [Translation by the Registry.]

⁴⁸ L. Reitzer, *La réparation comme conséquence de l'acte illicite...*, *op. cit. supra* note 45, pp. 19, 23, 25, 48 and 213.

sante, et ses contours conceptuels se dessinèrent progressivement. La Cour permanente y contribua beaucoup en reconnaissant, dans l'affaire relative à l'*Usine de Chorzów* dont j'ai fait mention plus haut, que l'obligation de réparation constituait un *principe de droit international* et le « pendant indispensable » de l'acte illicite, dont elle visait à effacer *toutes les conséquences* (d'où la notion de réparation intégrale). De fait, les partisans de l'obligation de réparation étaient issus de différents courants de pensée.

29. Il y avait ceux qui, à l'aube du XX^e siècle, estimaient que cette obligation découlait des prémisses mêmes du droit naturel. Ainsi, en 1922, Paul Fauchille fit observer avec lucidité que, en matière de réparation, les règles gouvernant la responsabilité internationale des Etats

« se résum[ai]ent dans l'idée de droit naturel que tout fait qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer. Cette idée est appliquée en droit privé dans les rapports des individus ; il n'y a pas de motifs pour ne pas l'appliquer aussi dans les relations que des collectivités ont entre elles-mêmes ou avec des individus. »⁴⁴

Selon les circonstances de l'affaire, l'obligation de réparation doit donc être exécutée au profit de toute victime, qu'il s'agisse d'un Etat ou d'une personne physique. Parallèlement à cette vision jusnaturaliste des choses, il y avait également ceux qui tendaient à ancrer cette obligation dans tous les systèmes de droit (positif), estimant que ceux-ci ne pouvaient tout simplement exister sans elle⁴⁵.

30. En tout état de cause, l'attention commença à se porter sur la situation de la victime, en tant que bénéficiaire de la réparation, et, si certains traités prévoyaient une réparation, c'était — contrairement aux suppositions de Kelsen — parce qu'ils consacraient un principe de droit international *coutumier* préexistant et déjà bien établi en ce sens⁴⁶. Ce principe, qui se retrouve dans tous les systèmes juridiques internes, reposait sur l'« idée philosophique » qui « traduit[sait] le précepte du droit naturel « *neminem laedere* » »⁴⁷. Quoi qu'il en soit, la réparation était déjà largement reconnue en tant que postulat du droit international *coutumier*, à savoir que tout fautif devait une « prestation » à sa victime pour remédier au préjudice causé, la victime ayant en retour le droit de la réclamer⁴⁸. Au milieu du XX^e siècle, il était possible de dire, comme Hildebrando Accioly,

⁴⁴ P. Fauchille, *Traité de droit international public*, vol. I, 1^{re} partie, Paris, Libr. A. Rousseau Ed., 1922, p. 515.

⁴⁵ Voir par exemple L. Reitzer, *La réparation comme conséquence de l'acte illicite en droit international*, Paris, Libr. Rec. Sirey, 1938, p. 30.

⁴⁶ J. Personnaz, *La réparation du préjudice en droit international public*, Paris, Libr. Rec. Sirey, 1939, p. 53 et 60.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 59.

⁴⁸ L. Reitzer, *La réparation comme conséquence de l'acte illicite...*, *op. cit. supra* note 45, p. 19, 23, 25, 48 et 213.

general principle of the duty of reparation for injury is accepted throughout the international order”⁴⁹.

31. Yet, there was a long way to go, in the progressive development of *reparation* for injuries resulting from international wrongs. The matter continued to be studied — as, in the era of the United Nations, in the long-standing work of the International Law Commission (mainly in the period 1956-2001) —, largely in the framework of the relations among States. With the gradual expansion of international legal personality (and capacity), ineluctably accompanied by the corresponding expansion of international responsibility, the need was felt to consider reparation for damages in other and distinct contexts, beyond that of the strict inter-State framework of dispute-settlement, which became conceptually unsatisfactory.

V. AN INDISSOLUBLE WHOLE: BREACH OF INTERNATIONAL LAW AND COMPLIANCE WITH THE DUTY OF REPARATION FOR DAMAGES

32. The domain of international responsibility is central to international law, as without international responsibility the international legal system would not exist. The duty of full reparation is the prompt and indispensable complement of an internationally wrongful act, so as to cease all the consequences ensuing therefrom, and to secure respect for the international legal order⁵⁰. The duty of reparation within the realm of international responsibility is attached to subjectivity in international law, ensuing from the condition of being subject of rights and bearer of duties in the law of nations (*droit des gens*)⁵¹. The advent of the international law of human rights and of contemporary international criminal law has had the impact of clarifying this whole matter, leaving no doubts that individuals — no longer only States — are also subjects of rights and bearers of duties emanating directly from international law (the *droit des gens*)⁵².

33. The treatment to be dispensed to reparations was only to evolve, and considerably so, with the advent of the international law of human rights, being ineluctably *victim-oriented* as it is. The imperative of compliance with the duty of reparation was not to be limited to the avoidance of sanctions or reprisals (as propounded by Kelsen, *supra*) at inter-State level. Beyond that advantage stood, in the domain of juridical epistemol-

⁴⁹ H. Accioly, “Principes généraux de la responsabilité internationale d’après la doctrine et la jurisprudence”, *Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye*, Vol. 96, 1959, p. 415. [Translation by the Registry.]

⁵⁰ C. Cepelka, *Les conséquences juridiques du délit en droit international contemporain*, Prague, Universita Karlova, 1965, pp. 15, 17-18, 21-22, 60-61 and 79.

⁵¹ *Ibid.*, pp. 15 and 53.

⁵² A. A. Cançado Trindade, *Evolution du droit international au droit des gens — L’accès des particuliers à la justice internationale: le regard d’un juge*, Paris, Pedone, 2008, pp. 1-187.

que «[l]e principe général du devoir de réparation des dommages [était] partout accepté dans l'ordre international»⁴⁹.

31. Pourtant, le développement progressif de la notion de *réparation* pour les préjudices résultant de faits internationalement illicites n'en était qu'à ses prémices. La question continua d'être étudiée — notamment, à l'époque des Nations Unies, par la Commission du droit international dans ses travaux (surtout pendant la période 1956-2001) —, le plus souvent sous l'angle des relations entre Etats. Face à l'expansion progressive de la personnalité (et de la capacité) juridique internationale, qui entraîna inéluctablement celle de la responsabilité internationale, il se révéla nécessaire d'envisager la réparation des dommages dans d'autres contextes et de sortir du cadre strictement interétatique du règlement des différends, qui avait atteint ses limites sur le plan conceptuel.

V. LE TOUT INDISSOLUBLE FORMÉ PAR LA VIOLATION DU DROIT INTERNATIONAL ET L'EXÉCUTION DE L'OBLIGATION DE RÉPARER LES DOMMAGES CAUSÉS

32. Le domaine de la responsabilité internationale occupe une place centrale en droit international, puisque le système juridique international tout entier repose sur la notion de responsabilité. Pendant automatique et indispensable de tout acte illicite international, l'obligation de réparation intégrale vise à mettre fin à l'ensemble des conséquences d'un tel acte et à assurer le respect de l'ordre juridique international⁵⁰. Dans le domaine de la responsabilité internationale, l'obligation de réparation est liée à la qualité de sujet de droit international, c'est-à-dire qu'elle découle du fait d'être titulaire de droits et d'obligations en droit des gens⁵¹. L'avènement du droit international des droits de l'homme et du droit international pénal moderne a eu pour effet d'éclaircir la situation en la matière: il ne fait aujourd'hui plus aucun doute que les personnes physiques — et non plus uniquement les Etats — sont elles aussi titulaires de droits et d'obligations qui émanent directement du droit international (le droit des gens)⁵².

33. La conception de la réparation ne pouvait qu'évoluer, et considérablement, avec l'avènement du droit international des droits de l'homme, qui est naturellement *axé sur les victimes*. Exécuter l'obligation de réparation n'était pas seulement impératif pour éviter que des sanctions ou des mesures de représailles ne soient prises au niveau interétatique (ainsi qu'avancé par Kelsen, *supra*). Par-delà cet avantage, il était également impératif, sur le plan

⁴⁹ H. Accioly, «Principes généraux de la responsabilité internationale d'après la doctrine et la jurisprudence», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 96 (1959), p. 415.

⁵⁰ C. Cepelka, *Les conséquences juridiques du délit en droit international contemporain*, Prague, Universita Karlova, 1965, p. 15, 17-18, 21-22, 60-61 et 79.

⁵¹ *Ibid.*, p. 15 et 53.

⁵² A. A. Cançado Trindade, *Evolution du droit international au droit des gens — L'accès des particuliers à la justice internationale: le regard d'un juge*, Paris, Pedone, 2008, p. 1-187.

ogy, the imperative of the *realization of justice*. The original breach or violation of international law (irrespective of who committed it) came to be regarded as forming an *indissoluble whole* with the compliance with the duty of reparation (irrespective of who is its beneficiary).

34. This is so, irrespective of the circumstances of the case, as that imperative, in my understanding, touches on the foundations of international law. It was soon to meet with judicial recognition of the Hague Court (both the PCIJ and the ICJ). Thus, as early as in 1927-1928, in the [aforementioned] *Chorzów Factory* case, the PCIJ invoked a precept of customary international law, reflecting a fundamental principle of international law, to the effect that “the breach of an engagement involves an obligation to make reparation in an adequate form. Reparation therefore is the indispensable complement of a failure to apply a convention.”⁵³ And the PCIJ added that such reparation “must, as far as possible, wipe out all the consequences of the illegal act and re-establish the situation which would, in all probability, have existed if that act had not been committed”⁵⁴. Furthermore — as I recalled in a recent dissenting opinion (in this Court’s Judgment of 3 February 2012),

“In the present case concerning the *Jurisdictional Immunities of the State*, (. . .) [t]he *State’s* obligation of reparation ineluctably ensues therefrom, as the ‘indispensable complement’ of those grave breaches. As the *jurisprudence constante* of the old PCIJ further indicated, already in the inter-war period, that obligation is governed by international law in all its aspects (e.g., scope, forms, beneficiaries); compliance with it shall not be subject to modification or suspension by the respondent State, through the invocation of provisions, interpretations or alleged difficulties of its own domestic law (*Jurisdiction of the Courts of Danzig, Advisory Opinion, 1928, P.C.I.J., Series B, No. 15*, pp. 26-27; *Greco-Bulgarian “Communities”, Advisory Opinion, 1930, P.C.I.J., Series B, No. 17*, pp. 32 and 35; *Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex, Judgment, 1932, P.C.I.J., Series A/B, No. 46*, p. 167; *Treatment of Polish Nationals and Other Persons of Polish Origin or Speech in the Danzig Territory, Advisory Opinion, 1932, P.C.I.J., Series A/B, No. 44*, p. 24).” (*Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, Judgment, *I.C.J. Reports 2012 (I)*, p. 265, para. 241.)

35. The breach of international law and the ensuing compliance with the duty of reparation for injuries are two sides of the same coin; they form an *indissoluble whole*, which cannot at all be disrupted by an undue invocation of State sovereignty or State immunity. This is the view which I have sustained in my dissenting opinion in the recent case on the *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*

⁵³ *Factory at Chorzów, Jurisdiction, Judgment No. 8, 1927, P.C.I.J., Series A, No. 9*, p. 21.

⁵⁴ *Factory at Chorzów, Merits, Judgment No. 13, 1928, P.C.I.J., Series A, No. 17*, pp. 29 and 47-48.

de l'épistémologie juridique, de faire en sorte que *justice soit rendue*. La violation initiale du droit international (quel qu'en soit l'auteur) fut progressivement considérée comme formant un *tout indissoluble* avec l'exécution du devoir de réparation (quel qu'en soit le bénéficiaire).

34. Tel est le cas dans toutes les affaires, quelles que soient les circonstances, cet impératif touchant selon moi aux fondements mêmes du droit international. La Cour de La Haye le reconnut très vite (tant sous sa forme actuelle qu'à l'époque de sa devancière). Ainsi, dès les années 1927-1928, dans l'affaire (susmentionnée) relative à l'*Usine de Chorzów*, la Cour permanente invoqua un précepte du droit international coutumier reflétant un principe fondamental du droit international, à savoir que «la violation d'un engagement entraîne l'obligation de réparer dans une forme adéquate. La réparation est donc l'indispensable pendant d'un manquement à l'application d'une convention.»⁵³ La Cour permanente ajouta que la réparation «d[evait], autant que possible, effacer toutes les conséquences de l'acte illicite et rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis»⁵⁴. En outre, comme je l'ai rappelé dans une récente opinion dissidente (jointe à l'arrêt de la Cour du 3 février 2012),

«Dans la présente affaire concernant les *Immunités juridictionnelles de l'Etat* ... [l']obligation de l'Etat de réparer en découle nécessairement, en tant que «complément indispensable» de ces violations graves. Comme l'indique en outre la jurisprudence constante de la CPJI, déjà entre les deux guerres, cette obligation est régie par le droit international dans tous ses aspects (par exemple quant à sa portée, ses formes et ses bénéficiaires); son exécution ne saurait être soumise à modification ou à suspension par l'Etat défendeur en invoquant les dispositions, interprétations ou difficultés touchant son droit interne (*Compétence des tribunaux de Dantzig, avis consultatif, 1928, C.P.J.I. série B n° 15, p. 26-27*; «*Communautés*» gréco-bulgares, *avis consultatif, 1930, C.P.J.I. série B n° 17, p. 32 et 35*; *Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex, arrêt, 1932, C.P.J.I. série A/B n° 46, p. 167*; *Traitement des nationaux polonais et des autres personnes d'origine ou de langue polonaise dans le territoire de Dantzig, avis consultatif, 1932, C.P.J.I. série A/B n° 44, p. 24*).» (*Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant))*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2012 (I)*, p. 265, par. 241.)

35. La violation du droit international et l'obligation de réparation qui en découle sont deux faces d'une même médaille: elles forment un *tout indissoluble*, et l'invocation inconsiderée de la souveraineté ou de l'immunité de l'Etat n'y peut rien changer. Tel est le point de vue que j'ai exprimé dans mon opinion dissidente en l'affaire relative aux *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant))*(arrêt,

⁵³ *Usine de Chorzów, compétence, arrêt n° 8, 1927, C.P.J.I. série A n° 9, p. 21.*

⁵⁴ *Usine de Chorzów, fond, arrêt n° 13, 1928, C.P.J.I. série A n° 17, p. 29 et p. 47-48.*

(*Judgment, I.C.J. Reports 2012 (I)*), and which I again sustain in the present Judgment of the *Diallo* case: the reparations are owed by the responsible State concerned to the individuals victimized, as illustrated, in my perception, by both cases. The individual right to reparation is well-established in international human rights law, as demonstrated by the considerable case law of the IACtHR and the ECHR on the matter.

36. Contemporary international tribunals cannot remain oblivious of such significant development in recent years. As I deemed it fit to warn in my aforementioned dissenting opinion in the recent Judgment on the *Jurisdictional Immunities of the State*, it would be without foundation to keep on claiming that the regime of reparations for breaches of human rights would exhaust itself at the inter-State level, “to the detriment of the individuals” concerned. After all, the individual victims of those violations “are the *titulaires* of the right to reparation”, and

“[a]n interpretation of the regime of reparations as belonging purely to the inter-State level would furthermore equate to a complete misconception of the position of the individual in the international legal order. In my own conception, ‘the human person has emancipated herself from her own State, with the acknowledgement of her rights, which are prior and superior to this latter’.”⁵⁵ (*I.C.J. Reports 2012 (I)*, p. 269, para. 252.)

Thus, the regime of reparations for human rights violations could not exhaust itself at the inter-State level, leaving the individual at the end without any reparation, and at the mercy of the entire discretion of the wrongdoing State.

37. The right of access to justice *lato sensu* encompasses not only the access to a competent tribunal (at national or international level), but also the right — and its exercise — to an effective remedy and the guarantees of the due process of law, so as to have one’s case fairly heard and adjudicated upon. It further comprises the reparations owed to the victims (whenever they are due to them), in the full and faithful compliance with, or execution of, the judgments at issue. Thus properly conceptualized, the right of access to justice forms part of international protection itself.

38. In the present domain of reparations, as in others, contemporary international law, the *jus gentium* of our days, has at last liberated itself from the chains of statism. Human rights constitute a basic foundation of the international legal order, with the reassuring advent of the new primacy of the *raison d’humanité* over the *raison d’Etat*. States are aware that nowadays they are bound to respond for the treatment they dispense to

⁵⁵ A. A. Cançado Trindade, *The Access of Individuals to International Justice*, *op. cit. supra* note 30, p. 209; A. A. Cançado Trindade, *Evolution du droit international au droit des gens — L’accès des particuliers à la justice internationale: Le regard d’un juge*, *op. cit. supra* note 52, pp. 29 and 146.

C.I.J. Recueil 2012 (I)), et que je défends à nouveau en l'espèce: l'Etat responsable doit réparation aux victimes individuelles, comme le montrent selon moi ces deux affaires. Le droit de l'individu à réparation est bien établi en droit international des droits de l'homme — il suffit de lire l'abondante jurisprudence développée en la matière par les Cours interaméricaine et européenne des droits de l'homme.

36. Les juridictions internationales modernes ne peuvent ignorer plus longtemps les avancées si importantes de ces dernières années. Pour réitérer la mise en garde que j'estimais nécessaire de formuler dans mon opinion dissidente précitée en l'affaire relative aux *Immunités juridictionnelles de l'Etat*, il serait insensé de s'obstiner à prétendre que le régime de réparation applicable aux violations des droits de l'homme s'épuise au niveau interétatique, «au détriment des personnes» concernées. Ce sont, après tout, les individus victimes de ces violations qui sont les «titulaires du droit à réparation», et

«[i]nterpréter le régime des réparations comme relevant exclusivement du domaine interétatique traduirait en outre une conception totalement erronée de la situation de l'individu dans l'ordre juridique international. Selon ma propre conception, «la personne humaine s'est émancipée de son propre Etat, avec la reconnaissance de ses droits, qui sont antérieurs et supérieurs à ce dernier».»⁵⁵ (*C.I.J. Recueil 2012 (I)*), p. 269, par. 252.)

Partant, lorsque des violations de droits de l'homme sont en jeu, le régime de réparation ne saurait s'épuiser au niveau interétatique, laissant en définitive la personne victime privée de toute forme de réparation, complètement à la merci de l'Etat fautif.

37. Le droit d'accès à la justice au sens large comprend non seulement le droit d'avoir accès à une juridiction compétente (au niveau national ou international), mais aussi le droit à un recours effectif et aux garanties d'une procédure régulière, qui doit pouvoir être exercé afin que toute cause puisse être entendue et jugée de manière équitable. Il comprend en outre la réparation due aux victimes (le cas échéant), pour respecter ou exécuter pleinement et scrupuleusement les décisions rendues. Dûment conceptualisé, le droit d'accès à la justice fait partie de la protection internationale elle-même.

38. Dans le présent domaine de la réparation, comme dans d'autres, le droit international contemporain, ou *jus gentium* des temps modernes, s'est enfin libéré des chaînes de l'immobilisme. Les droits de l'homme constituent un pilier fondamental de l'ordre juridique international, et il est rassurant de constater que la raison d'humanité l'emporte aujourd'hui sur la raison d'Etat. Les Etats sont conscients d'être désormais comp-

⁵⁵ A. A. Cançado Trindade, *The Access of Individuals to International Justice*, op. cit. supra note 30, p. 209; A. A. Cançado Trindade, *Evolution du droit international au droit des gens — L'accès des particuliers à la justice internationale: le regard d'un juge*, op. cit. supra note 52, p. 29 et 146.

human beings under their respective jurisdictions. The present *Diallo* case, decided by the ICJ on the basis of human rights treaties, bears witness of this reassuring evolution.

39. Within this humanized outlook, the *reparatio* (from the Latin *reparare*, “to dispose again”) ceases all the effects of the breaches of international law (the violations of human rights) at issue, and provides satisfaction (as a form of reparation) to the victims; by means of the reparations, the law re-establishes the legal order broken by those violations — a legal order erected on the basis of the full respect for the rights inherent to the human person. The full *reparatio* does not “erase” the human rights violations perpetrated, but rather ceases all its effects, thus at least avoiding the aggravation of the harm already done, besides restoring the integrity of the legal order, as well as that of the victims.

40. One has to be aware that it has become commonplace in legal circles — as is the conventional wisdom of the legal profession — to repeat that the duty of reparation, conforming a “secondary obligation”, comes after the breach of international law. This is not my conception; when everyone seems to be thinking alike, no one is actually thinking at all. In my own conception, breach and reparation go together, conforming an indissoluble whole: the latter is the indispensable consequence or complement of the former. The duty of reparation is a *fundamental* obligation, and this becomes clearer if we look into it from the perspective of the centrality of the victims, which is my own. The indissoluble whole that violation and reparation conform admits no disruption by means of the undue invocation, by the responsible State, of its sovereignty or its immunities, so as to evade the indispensable consequence of the international breaches incurred into: the reparations due to the victims.

VI. THE CENTRALITY OF THE VICTIMS IN HUMAN RIGHTS PROTECTION, AND ITS IMPLICATIONS FOR REPARATIONS

1. *The Central Position of the Victims*

41. International law itself, in recognizing rights inherent to the human person, disauthorized the archaic positivist dogma which purported, in an authoritarian way, to reduce those rights to the ones “granted” or “conceded” by the State. Contrariwise, the recognition of the individual as a subject of both domestic and international law comes at last to give an ethical content to the norms of both legal orders: domestic and international. It further acknowledges the need for all States, in order to avoid new violations of human rights, to answer for the way they treat human beings under their respective jurisdictions, and to provide reparation for

tables du traitement qu'ils dispensent aux êtres humains placés sous leur juridiction. La présente affaire *Ahmadou Sadio Diallo*, que la Cour a tranchée sur la base de traités relatifs aux droits de l'homme, témoigne de cette évolution rassurante.

39. Dans cette optique humanisée, la *reparatio* (du verbe latin *reparare*, «rétablir») met un terme à tous les effets des violations du droit international (des droits de l'homme) qui sont en cause, et elle donne satisfaction (une forme de réparation) aux victimes; grâce à elle, le droit rétablit l'ordre juridique mis à mal par ces violations — un ordre juridique qui repose sur le plein respect des droits inhérents à la personne humaine. La réparation intégrale n'«efface» pas les violations des droits de l'homme qui ont été perpétrées, mais elle permet tout au moins, en en faisant cesser les effets, d'éviter l'aggravation du tort déjà causé tout en assurant le rétablissement tant de l'ordre juridique que des victimes dans leur situation antérieure.

40. Force est de constater qu'il est devenu courant dans les cercles juridiques, où s'expriment les conceptions généralement admises par les professionnels du droit, d'entendre que l'obligation de réparation, perçue comme une «obligation secondaire», vient après la violation du droit international. Ce n'est pas ainsi que je conçois les choses; une pensée unique traduit en fait un manque de réflexion. De mon point de vue, la violation et la réparation vont de pair, formant un tout indissoluble: celle-ci est la conséquence ou le pendant indispensable de celle-là. L'obligation de réparation est *fondamentale*, ce qui devient plus flagrant encore dès lors que l'on se place dans une optique centrée sur les victimes, optique qui est la mienne. Le tout indissoluble que forme le couple violation/réparation résiste aux coups de bélier de l'Etat invoquant à mauvais escient sa souveraineté ou ses immunités pour se soustraire à la conséquence inévitable de violations internationales engageant sa responsabilité: la réparation des dommages causés aux victimes.

VI. LA PLACE CENTRALE DES VICTIMES

DANS LE DOMAINE DE LA PROTECTION DES DROITS DE L'HOMME ET LES CONSÉQUENCES QUI EN DÉCOULENT EN MATIÈRE DE RÉPARATION

1. *La place centrale des victimes*

41. Le droit international lui-même, en reconnaissant les droits inhérents à la personne humaine, a sonné le glas du dogme positiviste archaïque qui tendait à réduire de manière autoritaire ces droits à ceux que l'Etat voulait bien «accorder» ou «concéder». Au contraire, la reconnaissance de l'individu en tant que sujet de droit, tant sur le plan interne qu'à l'échelle internationale, confère enfin une dimension morale aux normes des deux ordres juridiques. Elle confirme également que tous les Etats — pour éviter de nouvelles violations des droits de l'homme — doivent rendre compte de la manière dont ils traitent les êtres humains placés sous leur juridiction et

the harm done to them. Rights, being inherent to the human person, and anterior and superior to the State, are not reduced to those which the State is prepared to “grant” or “concede” to persons under its jurisdiction, at its sole discretion.

42. The subjects of rights and the beneficiaries of reparations (*supra*), under human rights treaties, are the individuals. The *centrality* of their position in the present domain of protection is well-established. This responds to a true *need* of the international community itself, which seeks nowadays to be guided by superior common values. Such need was intuitively perceived and heralded, some decades ago, in the first half of the twentieth century, in a pioneering way, by André N. Mandelstam⁵⁶, Georges Scelle⁵⁷ and Charles de Visscher⁵⁸. In our times, the growing acknowledgment, by the international legal order, of the importance of reparations to victims of human rights violations, is a sign of its maturity, even though there remains a long way to go, to take into other areas the contribution of the international law of human rights. In this way, the historical process of the *humanization* of international law, intuitively detected and propounded, some decades ago, by a generation of jusinternationalists with a humanist formation (such as, e.g., M. Bourquin, A. Favre, S. Sucharitkul and S. Glaser)⁵⁹, will keep on advancing⁶⁰.

43. In fact, no one would, in sane conscience, challenge today that individuals are subjects of rights and bearers of duties which emanate directly from international law, and that States which violate their rights are bound to provide them reparation for the damages. In recent decades, the international community itself has reckoned the *need* to provide protection to the rights of the human beings who compose it (grouped under distinct forms of socio-political organization, either the State or others),

⁵⁶ A. N. Mandelstam, *Les droits internationaux de l'homme*, Paris, Editions internationales, 1931, pp. 95-96, 103 and 138.

⁵⁷ G. Scelle, *Précis de droit des gens — Principes et systématique*, Part I, Paris, Libr. Rec. Sirey, 1932 (reimpr. CNRS, 1984), p. 48.

⁵⁸ Ch. de Visscher, “Rapport: ‘Les droits fondamentaux de l'homme, base d'une restauration du droit international’”, *Annuaire de l'Institut de droit international* (1947), pp. 3 and 9.

⁵⁹ Cf. M. Bourquin, “L'humanisation du droit des gens”, *La technique et les principes du droit public — Etudes en l'honneur de Georges Scelle*, Vol. I, Paris, LGDJ, 1950, pp. 24-38; A. Favre, “Les principes généraux du droit, fonds commun du droit des gens”, *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Geneva, IUHEI, 1968, pp. 369-390; S. Sucharitkul, “L'humanité en tant qu'élément contribuant au développement progressif du droit international contemporain”, *L'avenir du droit international dans un monde multiculturel/The Future of International Law in a Multicultural World* (Colloque de La Haye de 1983, ed. R.-J. Dupuy), The Hague, Nijhoff/Académie de droit international de La Haye/UNU, 1984, pp. 418-427; S. Glaser, “La protection internationale des valeurs humaines”, *60 Revue générale de droit international public* (1957), pp. 211-241.

⁶⁰ Cf. A. A. Cançado Trindade, “International Law for Humankind: Towards a New *Jus Gentium* — General Course on Public International Law, Part II”, *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, Vol. 317, 2005, pp. 19-27 and 269-282.

leur apporter réparation pour les dommages qui leur sont causés. Il s'agit là de droits inhérents à la personne humaine qui sont antérieurs et supérieurs à l'Etat, et qui ne se limitent pas à ceux que ce dernier veut bien «accorder» ou «concéder» à ses ressortissants, à son entière discrétion.

42. Les titulaires des droits et les bénéficiaires de la réparation (*supra*) sont, en vertu des traités relatifs aux droits de l'homme, les personnes physiques. Leur *place centrale* dans le domaine de la protection est bien établie. Elle répond à un véritable *besoin* de la communauté internationale elle-même, qui aspire aujourd'hui à suivre les valeurs universelles d'intérêt supérieur. Ce besoin avait été perçu de manière intuitive et proclamé, il y a quelques décennies, dans la première moitié du XX^e siècle, par une génération de juristes précurseurs (André N. Mandelstam⁵⁶, Georges Scelle⁵⁷ et Charles de Visscher⁵⁸). De nos jours, la reconnaissance croissante, dans l'ordre juridique international, de l'importance d'offrir réparation aux victimes de violations des droits de l'homme est un signe de maturité, même s'il reste fort à faire pour répercuter dans d'autres domaines la contribution du droit international des droits de l'homme. Ainsi, le processus historique d'*humanisation* du droit international, intuitivement décelé et défendu, voici plusieurs dizaines d'années, par une autre génération de juristes formés à l'école humaniste (comme M. Bourquin, A. Favre, S. Sucharitkul et S. Glaser)⁵⁹, continuera de suivre son cours⁶⁰.

43. En fait, nul ne peut décemment contester aujourd'hui que les personnes sont titulaires de droits et d'obligations qui émanent directement du droit international, et que les Etats qui violent leurs droits sont tenus de leur offrir réparation. Ces dernières dizaines d'années, la communauté internationale elle-même a reconnu la *nécessité* de protéger les droits des êtres humains qui la composent (et qui vivent groupés dans différentes formes d'organisations sociopolitiques, dont l'Etat), en prêtant une atten-

⁵⁶ A. N. Mandelstam, *Les droits internationaux de l'homme*, Paris, Editions internationales, 1931, p. 95-96, 103 et 138.

⁵⁷ G. Scelle, *Précis de droit des gens — Principes et systématique*, 1^{re} partie, Paris, Libr. Rec. Sirey, 1932 (réimpr. CNRS, 1984), p. 48.

⁵⁸ Ch. de Visscher, «Rapport sur «Les droits fondamentaux de l'homme, base d'une restauration du droit international»», *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1947, p. 3 et 9.

⁵⁹ Voir M. Bourquin, «L'humanisation du droit des gens», *La technique et les principes du droit public — Etudes en l'honneur de Georges Scelle*, vol. I, Paris, LGDJ, 1950, p. 24-38; A. Favre, «Les principes généraux du droit, fonds commun du droit des gens», *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Genève, IUHEI, 1968, p. 369-390; S. Sucharitkul, «L'humanité en tant qu'élément contribuant au développement progressif du droit international contemporain», *L'avenir du droit international dans un monde multiculturel* (dir. publ., R.-J. Dupuy), colloque de La Haye de 1983, La Haye, Nijhoff/Académie de droit international de La Haye/UNU, 1984, p. 418-427; S. Glaser, «La protection internationale des valeurs humaines», *Revue générale de droit international public*, tome 60 (1957), p. 211-241.

⁶⁰ Voir A. A. Cançado Trindade, «International Law for Humankind: Towards a New *Jus Gentium* — General Course on Public International Law, Part II», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 317 (2005), p. 19-27 et 269-282.

with particular attention to those — individually or in groups — who find themselves in a situation of special vulnerability.

44. Even if, in certain cases, the international legal capacity of some individuals undergoes certain contingencies in view of their juridical or existential condition (children, elderly persons, stateless persons, among others), this in no way affects the essence and fundamental unity of their legal personality. They remain subjects of rights emanating from the *jus gentium*, and their unaffected international legal personality is the concrete expression of their inherent dignity⁶¹. They cannot be mistreated by the holders of the public power of the State, and, in case they are, reparation is owed to them. The international legal personality of the human person and the protection of the law subsist intact, irrespective of his or her juridical or existential condition; and his or her personality imposes limits to the power of the State.

2. *The Implications for Reparations*

45. The implications of the international subjectivity of individuals for reparations due to them were to challenge the postulates of traditional doctrine of State responsibility, and in particular its unsatisfactory and artificial inter-State outlook. Thus, towards the end of the last century, in the mid-1980s, the Cuban jurist F. V. García-Amador criticized the traditional outlook (reminiscent of E. de Vattel) of international responsibility which viewed this latter as a “strictly ‘inter-State’ legal relationship”; he retorted that that traditional approach was not appropriate to deal with claims for reparations to damages to individuals, such as cases of unlawful detention followed by arbitrary expulsion⁶². The damage — he added — is done to the individual himself (and not to his State of nationality), who is subjected to the “unnecessary humiliation” of the expulsion⁶³.

46. In sum, it is a damage done to the human person and not to the State. It is that damage that is taken as “the measure” for the determination of the reparation due⁶⁴, i.e., the damage done to the individual concerned. It is incongruous to approach this matter from a strict “inter-State” outlook. In this respect, García-Amador rightly observed: “The artificiality, and consequently also the inconsistencies and contradictions, of the traditional doctrine become clearly apparent when one considers the criterion generally applied for measuring the reparation.”⁶⁵

⁶¹ IACtHR, advisory opinion OC-17/02 (of 28 August 2002), on the *Juridical Condition and Human Rights of the Child*, concurring opinion of Judge Cançado Trindade, paras. 32-34.

⁶² F. V. García-Amador, *The Changing Law of International Claims*, Vol. II, N.Y./London, Oceana Publs., 1984, pp. 560 and 584-586.

⁶³ *Ibid.*, pp. 563-564.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 562.

⁶⁵ *Ibid.*

tion toute particulière à ceux qui, individuellement ou collectivement, se trouvent dans un réel état de vulnérabilité.

44. Même si, dans certains cas, la capacité juridique internationale de personnes peut varier selon leur situation juridique ou existentielle (enfants, personnes âgées ou apatrides, par exemple), ces contingences n'enlèvent rien à l'essence ni à la cohésion fondamentale de la personnalité juridique des intéressés. Ces personnes restent titulaires de droits émanant du *jus gentium*, et leur personnalité juridique internationale, inaltérée, est l'expression concrète de leur dignité inhérente⁶¹. Elles ne peuvent être maltraitées par des dépositaires de l'autorité publique de l'Etat et, lorsqu'elles le sont, elles ont droit à réparation. La personnalité juridique internationale de la personne humaine et la protection du droit demeurent intactes, quelle que soit la situation juridique ou existentielle de l'individu, et cette personnalité pose certaines limites au pouvoir de l'Etat.

2. Les conséquences qui en découlent en matière de réparation

45. Les implications de cette subjectivité internationale des individus en matière de réparation allaient remettre en cause les postulats sur lesquels reposait la doctrine traditionnelle de la responsabilité étatique et, tout particulièrement, la perspective interétatique peu satisfaisante et artificielle dans laquelle elle se plaçait. Ainsi, vers la fin du siècle dernier, au milieu des années 1980, le juriste cubain F. V. García-Amador critiqua la perspective traditionnelle de la responsabilité internationale (inspirée de E. de Vattel) qui faisait de celle-ci une «relation juridique strictement «interétatique»». Cette approche traditionnelle n'était selon lui pas appropriée pour traiter les demandes de réparation de dommages causés à des individus, tels que les cas de détention illicite suivie d'une expulsion arbitraire⁶². Les dommages — ajoutait-il — sont causés à l'individu lui-même (et non à l'Etat dont il est ressortissant), individu qui est soumis à «l'humiliation inutile» de l'expulsion⁶³.

46. En somme, le dommage est causé à la personne humaine et non à l'Etat, et c'est ce dommage — causé à l'individu concerné — qui fournit «la mesure» aux fins de déterminer le montant de la réparation due⁶⁴. Il est absurde d'aborder cette question d'un strict point de vue «interétatique». A cet égard, García-Amador a très justement fait observer ce qui suit: «Le caractère artificiel et, partant, incohérent et contradictoire, de la doctrine traditionnelle devient clairement évident lorsqu'on se penche sur le critère généralement appliqué pour mesurer la réparation.»⁶⁵

⁶¹ CIADH, *Condition juridique et droits humains de l'enfant*, avis consultatif OC-17/02 du 28 août 2002, opinion individuelle de M. le juge Cançado Trindade, par. 32-34.

⁶² F. V. García-Amador, *The Changing Law of International Claims*, vol. II, New York/Londres, Oceana Publications, 1984, p. 560 et 584-586.

⁶³ *Ibid.*, p. 563-564.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 562.

⁶⁵ *Ibid.*

47. The UN International Law Commission (ILC) itself, in the 2001 Report on its work on the international responsibility of a State, saw it fit to recall, in addressing the obligation “to make full reparation for the injury caused by the internationally wrongful act”, the possibility that

“an internationally wrongful act may involve legal consequences in the relations between the State responsible for that act and persons or entities other than States. This follows from Article 1, which covers all international obligations *of* the State and not only those owed *to* other States. Thus State responsibility extends, for example, to human rights violations and other breaches of international law where the primary beneficiary of the obligation breached is not a State.”⁶⁶

The ILC thus expressly reckoned that the international responsibility of a State “may accrue directly to any person or entity other than a State, and Article 33 makes this clear”⁶⁷.

48. As disclosed by the present *Diallo* case, one is, in sum, faced with a damage done to an individual. He (and not his State of origin) is the subject of the rights breached, he suffered unlawful detention and arbitrary expulsion (from the State of residence), he is the subject of the corresponding right to reparation, and the beneficiary thereof. His case was originally brought before this Court by his State of nationality (in the exercise of diplomatic protection), but, in its decision on the merits (Judgment of 30 November 2010), the Court made clear that the applicable law was the international law of human rights, concerned with the rights of human beings and not at all of States. The *cas d’espèce*, further clarified in this regard by the present Judgment on reparations, bears witness of the reassuring historical process, presently in course, of the *humanization* of international law — as I have been pointing out and supporting since the 1990s⁶⁸.

⁶⁶ ILC, *Report of the International Law Commission on the Work of Its 53rd Session* (2001), N.Y., UN, 2001, p. 214.

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ Cf., to this effect, my earlier individual opinions in the IACtHR (1998 until 2003), namely: IACtHR, case *Castillo Petruzzi and Others v. Peru* (preliminary objections, judgment of 4 September 1998), concurring opinion of Judge Cançado Trindade, paras. 6-7; IACtHR, advisory opinion No. 16 of the *Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the Due Process of Law* (1 October 1999), concurring opinion of Judge Cançado Trindade, paras. 34-35; IACtHR, case of the *Haitians and Dominicans of Haitian Origin in the Dominican Republic* (provisional measures of protection, resolution of 18 August 2000), concurring opinion of Judge Cançado Trindade, para. 12; IACtHR, advisory opinion No. 17 on the *Juridical Condition and Human Rights of the Child* (28 August 2002), concurring opinion of Judge Cançado Trindade, paras. 66-67 and 71; IACtHR, advisory opinion No. 18 on the *Juridical Condition and Rights of Undocumented Migrants* (17 September 2003), concurring opinion of Judge Cançado Trindade,

47. La Commission du droit international de l'ONU («CDI») a elle-même, dans son rapport de 2001 consacré à ses travaux sur la responsabilité internationale des Etats, jugé opportun de rappeler, à propos de l'obligation «de réparer intégralement le préjudice causé par le fait internationalement illicite», la possibilité

«qu'un fait internationalement illicite puisse entraîner des conséquences juridiques dans les relations entre l'Etat responsable de ce fait et des personnes ou des entités autres que des Etats. C'est ce qui découle de l'article premier, qui vise toutes les obligations internationales de l'Etat et non pas seulement celles qui sont dues à d'autres Etats. Ainsi, la responsabilité des Etats s'étend par exemple aux violations des droits de l'homme et autres violations du droit international lorsque le bénéficiaire principal de l'obligation violée n'est pas un Etat.»⁶⁶

La CDI a ainsi expressément reconnu que la responsabilité internationale d'un Etat «p[ouvait] faire naître directement [un droit] au profit d'une personne ou d'une entité autre qu'un Etat et [que] l'article 33 l'indiqu[ait] clairement»⁶⁷.

48. Dans la présente affaire *Ahmadou Sadio Diallo*, nous avons en somme affaire à un dommage causé à un individu. C'est cet individu, et non l'Etat dont il est ressortissant, qui est le titulaire des droits violés — c'est lui qui a subi la détention illicite et l'expulsion arbitraire (de l'Etat dont il était résident) — ainsi que du droit à réparation correspondant, dont il est le bénéficiaire. Certes, son cas a initialement été porté devant la Cour par l'Etat dont il est ressortissant (dans l'exercice de la protection diplomatique), mais, dans l'arrêt qu'elle a rendu sur le fond (le 30 novembre 2010), la Cour a précisé que le droit applicable était le droit international des droits de l'homme, qui concerne les droits des êtres humains, en aucun cas ceux des Etats. Le cas d'espèce témoigne du processus historique d'*humanisation* du droit international actuellement en cours, processus rassurant que je n'ai cessé de mettre en exergue et de défendre depuis les années 1990⁶⁸, et le présent arrêt sur les réparations vient encore clarifier cet aspect.

⁶⁶ *Rapport de la Commission du droit international, 53^e session* (2001), New York, Nations Unies, 2001, p. 230.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 231.

⁶⁸ Voir, en ce sens, l'exposé des opinions individuelles que j'ai précédemment jointes (de 1998 à 2003) à des arrêts et avis rendus par la Cour interaméricaine des droits de l'homme, à savoir: CIADH, affaire *Castillo Petruzzi et autres c. Pérou*, arrêt du 4 septembre 1998 (exceptions préliminaires), opinion individuelle de M. le juge Cançado Trindade, par. 6-7; CIADH, *Droit à l'information sur l'assistance consulaire dans le cadre des garanties du droit à une procédure régulière*, avis consultatif n° 16 du 1^{er} octobre 1999, opinion individuelle de M. le juge Cançado Trindade, par. 34-35; CIADH, affaire des *Haïtiens et Dominicains d'origine haïtienne en République dominicaine*, résolution du 18 août 2000 (mesures conservatoires), opinion individuelle de M. le juge Cançado Trindade, par. 12; CIADH, *Condition juridique et droits humains de l'enfant*, avis consultatif n° 17 du 28 août 2002, opinion individuelle de M. le juge Cançado Trindade, par. 66-67 et 71; CIADH, *Condition juridique et droits des migrants sans papiers*, avis consultatif n° 18 du 17 septembre 2003, opinion

49. This is the situation, how it stands, in the present *Diallo* case, resolved by the ICJ on the basis of the applicable treaties on the protection of the rights of the human person. In other and entirely distinct situations (e.g., in territorial and boundary matters, in the regulation of spaces, in diplomatic relations, among others) damage may be found to have been done to the State. And in yet other circumstances (e.g., in situations of armed conflicts), damage may be found to have been done to both the State and the human person. This is what happened, e.g., in the case concerning *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)* (*Judgment, I.C.J. Reports 2005*), wherein the Court, in recalling that a State responsible for international wrongful acts is under the obligation to make full reparations for the injury caused by those acts, added that, in the *cas d'espèce*, those acts resulted in injury done to the Democratic Republic of the Congo “and to persons on its territory” (*ibid.*, p. 257, para. 259)⁶⁹. Circumstances vary from case to case; but at least they leave it clear that a strict inter-State approach to the State’s compliance with the duty to provide reparation, irrespective of such circumstances, appears anachronistic and unsustainable.

3. *The Distinct Forms of Reparation*

50. It has been in the domain of international human rights protection that reparations have been reckoned as comprising, in the light of the general principle of *neminem laedere*, the *restitutio in integrum* (re-establishment of the prior situation of the victim, whenever possible), in addition to the indemnizations, the rehabilitation, the satisfaction, and the guarantee of non-repetition of the acts or omissions in violation of human rights. The duty of reparation, corresponding to a general principle, has found judicial recognition (*supra*), and support in legal doctrine⁷⁰. The duty of reparation for damages stands as the indispensable

paras. 27-28; there follow successive references to, and assertions of, the *humanization* of international law, in my other individual opinions in the IACtHR, also from 2004 to 2008. For earlier writings, likewise followed by subsequent ones to the same effect, cf., *inter alia*, A. A. Cançado Trindade, “A Emancipação do Ser Humano como Sujeito do Direito Internacional e os Limites da Razão de Estado”, 6/7 *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro* (1998-1999), pp. 425-434; A. A. Cançado Trindade, “La Humanización del Derecho Internacional y los Límites de la Razón de Estado”, 40 *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte/Brazil (2001), pp. 11-23.

⁶⁹ And cf. also *I.C.J. Reports 2005*, p. 278-279, paras. 342 and 344.

⁷⁰ Cf., *inter alia*, Bin Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Cambridge University Press, 1994 (reprint), p. 233; J. A. Pastor Ridruejo, *La Jurisprudencia del Tribunal Internacional de La Haya — Sistematización y Comentarios*, Madrid, Edit. Rialp, 1962, p. 429; H. Wassgren, “Some Reflections on *Restitutio in Integrum* Especially in the Practice of the European Court of Human Rights”, 6 *Finnish Yearbook of International Law*, Helsinki (1995), pp. 575-595.

49. Telle est la situation en la présente affaire *Ahmadou Sadio Diallo*, que la Cour a résolue sur la base des traités relatifs aux droits de la personne humaine applicables. Dans d'autres situations totalement différentes (par exemple, dans des affaires territoriales ou frontalières, ou en matière de réglementation des espaces ou de relations diplomatiques), il peut être déclaré que le dommage a été causé à l'Etat et, dans d'autres situations encore (par exemple, en cas de conflit armé), qu'il a été causé à la fois à l'Etat et à la personne humaine. C'est ce qui s'est produit, par exemple, dans l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)* (arrêt, C.I.J. Recueil 2005), dans laquelle la Cour, en rappelant qu'un Etat responsable de faits internationalement illicites avait l'obligation de réparer en totalité le préjudice causé par ces faits, a ajouté que, en l'espèce, ces faits avaient entraîné un préjudice pour la République démocratique du Congo, «ainsi que pour des personnes présentes sur son territoire» (*ibid.*, p. 257, par. 259)⁶⁹. Les circonstances varient d'une affaire à une autre, mais il est en tout cas évident qu'une conception strictement interétatique de l'obligation de réparation mise à la charge de l'Etat, quelles que soient ces circonstances, semble aussi anachronique qu'indéfendable.

3. Les différentes formes de réparation

50. C'est dans le domaine de la protection internationale des droits de l'homme qu'on en est venu à considérer, à la lumière du principe général *neminem laedere*, que les réparations comprenaient la *restitutio in integrum* (rétablissement, en tant que possible, de la victime dans la situation antérieure à la violation), en sus de l'indemnisation, la réhabilitation, la satisfaction et la garantie de non-répétition des actes ou omissions constitutifs de violations des droits de l'homme. Le devoir de réparation a, en tant que principe général, été reconnu par les juridictions internationales (*supra*) et soutenu par la doctrine⁷⁰. Le devoir de réparation des dommages est le pen-

individuelle de M. le juge Cançado Trindade, par. 27-28; par la suite (de 2004 à 2008), j'ai encore évoqué et affirmé à plusieurs reprises, devant cette même juridiction, l'*humanisation* du droit international dans l'exposé d'autres opinions individuelles. Pour des écrits antérieurs suivis d'autres écrits dans le même sens, voir notamment A. A. Cançado Trindade, «A Emancipação do Ser Humano como Sujeito do Direito Internacional e os Limites da Razão de Estado», *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro*, n° 6/7 (1998-1999), p. 425-434; A. A. Cançado Trindade, «La Humanización del Derecho Internacional y los Límites de la Razón de Estado», *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte/Brésil, n° 40 (2001), p. 11-23.

⁶⁹ Voir aussi C.I.J. Recueil 2005, p. 278-279, par. 342 et 344.

⁷⁰ Voir notamment Bin Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Cambridge University Press, 1994 (réimpr.), p. 233; J. A. Pastor Ridruejo, *La jurisprudencia del Tribunal Internacional de La Haya — Sistematización y comentarios*, Madrid, Edit. Rialp, 1962, p. 429; H. Wassgren, «Some Reflections on *Restitutio in Integrum* Especially in the Practice of the European Court of Human Rights», *Finnish Yearbook of International Law*, Helsinki, n° 6 (1995), p. 575-595.

complement of the breach of a conventional obligation of respect for human rights⁷¹.

51. Contemporary doctrine has identified the aforementioned distinct forms of reparation from the perspective of the victims, of their claims, needs and aspirations. By the *restitutio in integrum* one seeks the re-establishment — whenever possible⁷² — of the *statu quo ante*. The *rehabilitation* comprises all the measures — medical, psychological, juridical and others — to be taken to re-establish the dignity of the victims. The *indemnizations*, often and unduly confused with the reparation, of which they are but one of the forms, comprise the pecuniary sum owed to the victims for the damages (material⁷³ and moral or immaterial⁷⁴) suffered. The *satisfaction* is linked to the purported aim to cease the effects of the violations, and the *guarantee of non-repetition* (of the breaches) discloses a preventive dimension.

52. Juridical concepts, while encompassing values, are a product of their time, and as such are not unchangeable. The juridical categories crystallized in time and which came to be utilized — in a context distinct from the ambit of the international law of human rights — to govern the determination of reparations were strongly marked by analogies with solutions of private law, and, in particular, of civil law (*droit civil*), in the ambit of national legal systems: such is the case, e.g., of the concepts of material damage and moral or immaterial damage, and of the elements of *damnum emergens* and *lucrum cessans*. Such concepts have been strongly determined by a patrimonial content and interest — which is explained by their origin — marginalizing what is most important in the human person, namely, her condition of spiritual being⁷⁵.

53. The pure and simple transposition of such concepts onto the international level was bound to generate uncertainties and discussion. The criteria of determination of reparations, of an essentially patrimonial content (ensuing from civil law analogies), does not appear to me entirely adequate or sufficient when transposed into the domain of the international law of human rights, endowed with a specificity of its own. It is not surprising that, as from the early 1990s, the matter began to be reassessed

⁷¹ Cf., *inter alia*, P. Reuter, “Principes de droit international public”, 103 *Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye*, Vol. 103, 1961, pp. 585-586; R. Wolfrum, “Reparation for Internationally Wrongful Acts”, *Encyclopedia of Public International Law* (ed. R. Bernhardt), Vol. 10, Amsterdam, North Holland, 1987, pp. 352-353.

⁷² In case of violation of the right to life, for example, restitution becomes impossible.

⁷³ Not seldom, in relation to this point, in practice, reference is made to *damnum emergens* and *lucrum cessans*.

⁷⁴ Which, in most cases, is determined by a judgment of equity.

⁷⁵ This is disclosed by the fact that even the moral damage itself is commonly regarded, in the classical conception, as amounting to the so-called “non-patrimonial damage”. The point of reference still keeps on being the patrimony.

dant indispensable de la violation d'une obligation conventionnelle de respecter les droits de l'homme⁷¹.

51. La doctrine contemporaine a dégagé les *formes* de réparation mentionnées ci-dessus *du point de vue des victimes*, de leurs demandes, de leurs besoins et de leurs aspirations. Par la *restitutio in integrum*, on cherche à rétablir — en tant que possible⁷² — le *statu quo ante*. La *réhabilitation* comprend toutes les mesures — médicales, psychologiques, juridiques et autres — à prendre pour rétablir la dignité des victimes. L'*indemnisation* — qu'on confond souvent, à tort, avec la réparation, dont elle ne constitue que l'une des formes — est une somme d'argent due aux victimes pour les dommages (matériels⁷³ et moraux ou immatériels⁷⁴) qu'elles ont subis. La *satisfaction* répond à l'objectif visant à faire cesser les effets des violations, et la *garantie de non-répétition* (des violations) a une dimension préventive.

52. Les notions juridiques sont chargées de valeurs, mais elles sont également le produit de leur époque et, à ce titre, elles ne sont pas immuables. Les catégories juridiques qui se sont cristallisées au fil du temps, et auxquelles on a eu recours — dans un contexte distinct de celui du droit international des droits de l'homme — pour établir le régime de la détermination des réparations, se sont largement constituées par analogie avec les solutions du droit privé, et du droit civil en particulier, qui relève de la sphère juridique nationale. Tel est, par exemple, le cas des notions de dommage matériel et de dommage moral ou immatériel, ainsi que des éléments constitutifs du dommage que sont le *damnum emergens* et le *lucrum cessans*. Ces notions ont une forte teneur patrimoniale et répondent à un intérêt également très axé sur l'aspect patrimonial — qui s'explique par leur origine —, ce qui marginalise ce que la personne humaine a de plus important, à savoir sa condition d'être spirituel⁷⁵.

53. La transposition pure et simple de telles notions au niveau international ne pouvait que générer incertitudes et débats. Les critères qui régissent la détermination des réparations, établis dans une perspective essentiellement patrimoniale (découlant d'analogies avec le droit civil), ne me semblent pas totalement adéquats ou suffisants lorsqu'on les transpose dans le domaine du droit international des droits de l'homme, qui a sa propre spécificité. Il n'est pas surprenant que, dès le début des années 1990, la question ait com-

⁷¹ Voir notamment P. Reuter, «Principes de droit international public», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 103 (1961), p. 585-586; R. Wolfrum, «Reparation for Internationally Wrongful Acts», *Encyclopedia of Public International Law* (dir. publ., R. Bernhardt), Amsterdam, Hollande-Septentrionale, vol. 10 (1987), p. 352-353.

⁷² En cas de violation du droit à la vie, par exemple, la restitution est impossible.

⁷³ A cet égard, il est en pratique souvent fait référence au *damnum emergens* et au *lucrum cessans*.

⁷⁴ Que les juridictions déterminent, dans la plupart des cas, en statuant en équité.

⁷⁵ En témoigne le fait que même le dommage moral est lui aussi généralement considéré, dans son acception classique, comme équivalant au «dommage immatériel». Le point de référence demeure l'aspect matériel.

in the realm of this latter, at the United Nations⁷⁶, well before the endorsement by the UN General Assembly in 2005 of the “Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law”⁷⁷, elaborated and adopted by the [former] UN Commission on Human Rights⁷⁸ (cf. *infra*).

54. The important point here to retain is that, in the ambit of the international law of human rights, the *forms* of reparation (*restitutio in integrum*, indemnizations, rehabilitation, satisfaction, guarantee of non-repetition) are to be necessarily approached *as from the perspective of the victims themselves*, keeping in mind their claims, their needs and aspirations. Reparations for human rights breaches are, in fact, directly and ineluctably linked to the condition of the victims and their next of kin, who occupy in it a central position herein. Reparations are to be constantly reassessed as from the perspective of the integrality of the personality of the victims themselves, bearing in mind the fulfilment of their aspirations as human beings and the restoration of their dignity⁷⁹.

55. It is crystal clear that the aforementioned 2005 UN Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparations is also ineluctably *victim-oriented*: it rightly pursues a victim-centred approach, envisaging the right to reparation as a right of the individuals victimized, entailing the corresponding duty to have justice done to the individuals victimized, what becomes fundamentally important in cases of grave breaches of their rights⁸⁰. Under certain circumstances, next of kin or dependants of the direct victims may also

⁷⁶ Cf. Th. van Boven (special rapporteur), *Study concerning the Right to Restitution, Compensation and Rehabilitation for Victims of Gross Violations of Human Rights and Fundamental Freedoms — Final Report*, UN/Commission on Human Rights, UN doc. E/CN.4/Sub.2/1993/8, of 2 July 1993, pp. 1-65; and cf. also: [Various Authors], *Seminar on the Right to Restitution, Compensation and Rehabilitation for Victims of Gross Violations of Human Rights and Fundamental Freedoms* (Proceedings of the Seminar of Maastricht of 1992), Maastricht, SIM/Univ. Limburg, 1992, pp. 3-253. And cf., subsequently, M. C. Bassiouni (special rapporteur), *The Right to Restitution, Compensation and Rehabilitation for Victims of Gross Violations of Human Rights and Fundamental Freedoms — Final Report*, doc. E/CN.4/2000/62, of 18 January 2000, pp. 1-11.

⁷⁷ UN General Assembly resolution 60/147, of 16 December 2005.

⁷⁸ By its resolution 2005/35, of 19 April 2005.

⁷⁹ It is significant that the IACtHR, in its judgment (of 27 November 1998) in the case of *Loayza Tamayo v. Peru*, has, besides the measures of reparation that it ordered, also rightly recognized the existence of a damage to the *project of life* (linked to satisfaction) of the victim, caused by her detention (in the circumstances in which it took place). Cf. IACtHR, case of *Loayza Tamayo v. Peru* (reparations), judgment (of 27 November 1998), Series C, No. 42, paras. 83-192, and joint separate opinion of Judges A. A. Cançado Trindade and A. Abreu Burelli, paras. 1-17.

⁸⁰ Cf. P. d’Argent, “Le droit de la responsabilité internationale complété? Examen des principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des

mencé à être réexaminée dans le cadre de ce droit, à l'Organisation des Nations Unies⁷⁶, bien avant que l'Assemblée générale n'adopte, en 2005, les « principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire »⁷⁷, élaborés et adoptés par l'ancienne Commission des droits de l'homme de l'Organisation des Nations Unies⁷⁸ (voir *infra*).

54. Le point qu'il convient de retenir ici est que, dans le cadre du droit international des droits de l'homme, les *formes* de réparation (*restitutio in integrum*, indemnisation, réhabilitation, satisfaction et garantie de non-répétition) sont nécessairement abordées *du point de vue des victimes elles-mêmes*, en gardant à l'esprit leurs demandes, leurs besoins et leurs aspirations. En fait, la détermination des mesures de réparation dues à raison de violations des droits de l'homme est directement et inéluctablement liée à la condition des victimes et de leurs proches, qui sont au cœur de ce processus. Ces mesures doivent en outre constamment être revues en fonction de la personnalité des victimes dans son intégralité, en ayant à l'esprit la réalisation de leurs aspirations d'être humain et le rétablissement de leur dignité⁷⁹.

55. Il ne fait aucun doute que les principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation susmentionnés, que l'Organisation des Nations Unies a adoptés en 2005, sont également inéluctablement *axés sur la victime* : ils s'inscrivent à juste titre dans une démarche centrée sur la victime, dans laquelle le droit à réparation est envisagé comme un droit des individus victimes, qui donne lieu au devoir correspondant de rendre justice à ceux-ci, ce qui constitue un point capital en cas de violations graves de leurs droits⁸⁰. Dans certaines circonstances, les

⁷⁶ Voir Th. van Boven (rapporteur spécial), *Etude concernant le droit à restitution, à indemnisation et à réadaptation des victimes de violations flagrantes des droits de l'homme et des libertés fondamentales — Rapport final*, Commission des droits de l'homme, Nations Unies, doc. E/CN.4/Sub.2/1993/8 du 2 juillet 1993, p. 1-71 ; et voir aussi [divers auteurs], *Seminar on the Right to Restitution, Compensation and Rehabilitation for Victims of Gross Violations of Human Rights and Fundamental Freedoms* (compte rendu du séminaire qui s'est tenu à Maastricht en 1992), Maastricht, SIM/Université du Limbourg, 1992, p. 3-253. Voir aussi ce document plus récent : M. C. Bassiouni (rapporteur spécial), *Le droit à restitution, indemnisation et réadaptation des victimes de violations flagrantes des droits de l'homme et des libertés fondamentales — Rapport final*, doc. E/CN.4/2000/62 du 18 janvier 2000, p. 1-13.

⁷⁷ Résolution 60/147 de l'Assemblée générale des Nations Unies, en date du 16 décembre 2005.

⁷⁸ Par sa résolution 2005/35, en date du 19 avril 2005.

⁷⁹ Le fait que, dans l'arrêt qu'elle a rendu (le 27 novembre 1998) en l'affaire *Loayza Tamayo c. Pérou*, la CIADH ait, en plus des mesures de réparation qu'elle a ordonnées, également reconnu, à juste titre, l'existence d'une atteinte au *projet de vie* (liée à la satisfaction) de la victime, résultant des conditions dans lesquelles celle-ci a été détenue, est significatif. Voir CIADH, affaire *Loayza Tamayo c. Pérou*, arrêt du 27 novembre 1998 (réparations), série C, n° 42, par. 83-192, et opinion individuelle commune de MM. les juges A. A. Cançado Trindade et A. Abreu Burelli, par. 1-17.

⁸⁰ Voir P. d'Argent, « Le droit de la responsabilité internationale complété ? Examen des principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation

be regarded as “victims”, entitled to make use of the right of access to justice.

56. The 2005 UN Basic Principles and Guidelines, at last adopted on 16 December 2005, were preceded by a unique and innovative jurisprudential construction of the IACtHR on this subject-matter (in particular on the distinct forms of reparation), which took place largely in the years 1998-2004, and which has been attracting growing attention of expert writing in recent years⁸¹ (cf. *infra*). It can safely be stated that, in some respects, that jurisprudential construction of the IACtHR has, in its conceptualization, for the purposes of reparation, gone further than the 2005 UN Basic Principles and Guidelines, in fostering the expansion of the notion of victim, by encompassing as such the next of kin, also regarded as “direct victims” in their own right (given their intense suffering), without conditionalities (such as that of accordance with domestic law), in individualized as well as collective cases⁸².

57. The centrality of the position of the victims, as *justiciables*, has implications for the approach to distinct forms of reparations. Let us take, as an example to illustrate this point, *satisfaction* as a form of reparation. Within the framework of strictly inter-State relations, satisfaction as a form of reparation has been met with criticism, given the susceptibilities surrounding the relations between States *inter se*⁸³. However, in the framework of the relations between States and individuals under their

victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l’homme et de violations graves du droit international humanitaire”, 51 *Annuaire français de droit international* (2005), pp. 34-35, 40, 43, 45 and 52.

⁸¹ Cf., e.g., [Various Authors], *Réparer les violations graves et massives des droits de l’homme: la Cour interaméricaine, pionnière et modèle?* (eds. E. Lambert Abdelgawad and K. Martin-Chenut), Paris, Société de législation comparée, 2010, pp. 17-334; M. Scalabrino, “Vittime e Risarcimento del Danno: L’esperienza della Corte Interamericana dei Diritti dell’Uomo”, 22 *Comunicazioni e Studi*, Milan (2002), pp. 1013-1092; C. Sandoval-Villalba, “The Concepts of ‘Injured Party’ and ‘Victim’ of Gross Human Rights Violations in the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights: A Commentary on Their Implications for Reparations”, *Reparations for Victims of Genocide, War Crimes and Crimes against Humanity* (eds. C. Ferstman, M. Goetz and A. Stephens), Leiden, Nijhoff, 2009, pp. 243-282; K. Bonneau, “La jurisprudence innovante de la Cour interaméricaine des droits de l’homme en matière de droit à réparation des victimes des violations des droits de l’homme”, *Le particularisme interaméricain des droits de l’homme* (eds. L. Hennebel and H. Tigroudja), Paris, Pedone, 2009, pp. 347-382; I. Bottigliero, *Redress for Victims of Crimes under International Law*, Leiden, Nijhoff, 2004, pp. 133-145; J. Schönsteiner, “Dissuasive Measures and the ‘Society as a Whole’: A Working Theory of Reparations in the Inter-American Court of Human Rights”, 23 *American University International Law Review* (2007), pp. 127-164.

⁸² A. A. Cançado Trindade, *El Ejercicio de la Función Judicial Internacional — Memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Belo Horizonte/Brazil, Edit. Del Rey, 2011, Annex IV, pp. 313-340.

⁸³ Cf., e.g., B. Graefrath, “Responsibility and Damages Caused: Relationship between Responsibility and Damages”, *Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye*, Vol. 185, 1984, pp. 84-87.

proches ou personnes à charge des victimes directes peuvent également être considérés comme des «victimes», habilités à exercer le droit d'accès à la justice.

56. Les principes fondamentaux et directives de 2005, que l'Organisation des Nations Unies a enfin adoptés le 16 décembre 2005, s'inscrivent dans le sillage d'une jurisprudence unique et innovante de la CIADH sur cette question (en particulier les différentes formes de réparation), qui s'est constituée essentiellement dans les années 1998-2004, suscitant chez les commentateurs un intérêt qui n'a cessé de croître au cours des dernières années⁸¹ (voir *infra*). On peut sans risque affirmer que, en matière de réparation, cette construction jurisprudentielle a, à certains égards, dépassé dans sa conceptualisation les principes fondamentaux et directives de 2005 de l'ONU, en élargissant la notion de victime à celle de proches, également considérés comme des «victimes directes», de plein droit (compte tenu des intenses souffrances subies) et sans réserve (telles les spécificités du droit interne), dans des affaires mettant en jeu des actions individuelles ou collectives⁸².

57. La position centrale des victimes, en tant que *justiciables*, a des répercussions sur la manière d'envisager les différentes formes de réparation. Prenons, par exemple, le cas de la *satisfaction* pour illustrer ce point. Dans le cadre de relations strictement interétatiques, elle a suscité la critique, étant donné les susceptibilités qui sont en jeu dans les relations des Etats *inter se*⁸³. Dans le cadre de relations entre des Etats et des individus relevant de leurs juridictions respectives, elle s'est au contraire avérée être

des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire», *Annuaire français de droit international*, n° 51 (2005), p. 34-35, 40, 43, 45 et 52.

⁸¹ Voir par exemple [divers auteurs], *Réparer les violations graves et massives des droits de l'homme: la Cour interaméricaine, pionnière et modèle?* (dir. publ., E. Lambert Abdelgawad et K. Martin-Chenut), Paris, Société de législation comparée, 2010, p. 17-334; M. Scalabrino, «Vittime e Risarcimento del Danno: L'esperienza della Corte Interamericana dei Diritti dell'Uomo», *Comunicazioni e Studi*, Milan, n° 22 (2002), p. 1013-1092; C. Sandoval-Villalba, «The Concepts of «Injured Party» and «Victim» of Gross Human Rights Violations in the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights: A Commentary on Their Implications for Reparations», *Reparations for Victims of Genocide, War Crimes and Crimes against Humanity* (dir. publ., C. Ferstman, M. Goetz et A. Stephens), Leyde, Nijhoff, 2009, p. 243-282; K. Bonneau, «La jurisprudence innovante de la Cour interaméricaine des droits de l'homme en matière de droit à réparation des victimes des violations des droits de l'homme», *Le particularisme interaméricain des droits de l'homme* (dir. publ., L. Hennebel et H. Tigroudja), Paris, Pedone, 2009, p. 347-382; I. Bottigliero, *Redress for Victims of Crimes under International Law*, Leyde, Nijhoff, 2004, p. 133-145; J. Schönsteiner, «Dissuasive Measures and the «Society as a Whole»: A Working Theory of Reparations in the Inter-American Court of Human Rights», *American University International Law Review*, n° 23 (2007), p. 127-164.

⁸² A. A. Cançado Trindade, *El Ejercicio de la Función Judicial Internacional — Memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Belo Horizonte/Brésil, Edit. Del Rey, 2011, annexe IV, p. 313-340.

⁸³ Voir par exemple B. Graefrath, «Responsibility and Damages Caused: Relationship between Responsibility and Damages», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 185 (1984), p. 84-87.

respective jurisdictions, satisfaction has proven to be a very appropriate form of reparation, and a particularly important one for the human beings, victims of breaches of their rights by the States at issue.

58. The reassuring centrality of the victims in human rights protection (an imperative of justice) has other implications as well, beyond the realm of reparations. It is not my intention to dwell upon them, as they lie beyond the scope of the present separate opinion. I shall limit myself to observing that the victims' central position has helped to awaken conscience as to their importance, and the corresponding need of honouring them, the victims. In our times, over the last decades, attention is at last turning from the past praises of the deeds of national heroes (including military and war heroes, conquerors and the like), to the memory of the silent victims, to the need to honour their suffering in enduring the violations of their fundamental rights, and to avoid dropping their suffering into oblivion⁸⁴.

59. In my dissenting opinion in the case on the *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)* (*Judgment, I.C.J. Reports 2012 (I)*), pp. 267-268, paras. 247-249), I have referred to endeavours, throughout the last decade, to secure reparations also to individuals, in the realm of international humanitarian law (e.g., the 2000 legal regime of the Ethiopia-Eritrea Claims Commission, the 2004 Report of the UN International Commission of Inquiry on Darfur, the 2010 Draft Declaration of International Law Principles on Reparation for Victims of Armed Conflict (Substantive Issues) of the International Law Association's International Committee on Reparation for Victims of Armed Conflict). There appears thus to be an ever-growing awareness nowadays of the individual victims' right to reparation, not only in the domain of the international law of human rights, but encompassing also the realm of international humanitarian law.

VII. THE CONTRIBUTION OF THE CASE LAW OF THE INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS TRIBUNALS (IACtHR AND ECHR)

1. The Relevance of Their Case Law on Reparations Due to the Victims

60. In the light of all the aforesaid, the contribution of the case law of the international human rights tribunals (the IACtHR and the ECHR) is

⁸⁴ Cf., e.g., [Various Authors], *Commémorer les victimes en Europe — XVI^e-XXI^e siècles* (eds. D. El Kenz and F.-X. Nérard), Champ Vallon, 2011, pp. 10, 18, 25, 65, 144, 262 and 328-330.

une forme de réparation très appropriée, particulièrement importante pour les êtres humains dont les droits avaient été violés par les Etats en cause.

58. La rassurante position centrale des victimes en matière de protection des droits de l'homme (qui répond à un impératif de justice) a également des conséquences au-delà du domaine des réparations. Je ne m'y attarderai pas, car elles ne relèvent pas de l'objet de la présente opinion individuelle. Je me bornerai à faire observer que la position centrale des victimes a contribué à éveiller les consciences quant à l'importance de celles-ci et à la nécessité corrélative de les honorer. De nos jours, au cours des dernières décennies, l'attention se détourne enfin des exploits des héros nationaux (notamment des militaires, héros de guerre, conquérants et autres personnages du même acabit) tant loués par le passé pour se porter sur la mémoire des victimes silencieuses et la nécessité d'honorer les souffrances qu'elles ont endurées du fait de la violation de leurs droits fondamentaux, et d'éviter ainsi que ces souffrances ne tombent dans l'oubli⁸⁴.

59. Dans l'exposé de l'opinion dissidente que j'ai jointe à l'arrêt en l'affaire relative aux *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant))* (C.I.J. Recueil 2012 (I), p. 267-268, par. 247-249), j'ai évoqué les efforts déployés ces dernières décennies, dans le cadre du droit international humanitaire, pour obtenir des réparations également pour les individus (par exemple, le régime juridique de la commission des réclamations entre l'Erythrée et l'Ethiopie établi en 2000, le rapport établi en 2004 par la commission internationale d'enquête pour le Darfour instaurée par l'Organisation des Nations Unies, le projet de déclaration de principes de droit international sur la réparation en faveur des victimes de conflit armé (questions de fond) adopté en 2010 par le comité international sur la réparation en faveur des victimes de conflit armé de l'Association de droit international). L'époque actuelle semble donc marquée par une prise de conscience croissante du droit à réparation des victimes individuelles, non seulement dans le domaine du droit international des droits de l'homme, mais également dans celui du droit international humanitaire.

VII. LA CONTRIBUTION DE LA JURISPRUDENCE DES JURIDICTIONS INTERNATIONALES GARANTES DES DROITS DE L'HOMME (CIADH ET CEDH)

1. *La pertinence de leur jurisprudence en matière de réparation due aux victimes*

60. Eu égard aux développements qui précèdent, la contribution de la jurisprudence des juridictions internationales garantes des droits de

⁸⁴ Voir par exemple [divers auteurs], *Commémorer les victimes en Europe — XVI^e-XXI^e siècles* (dir. publ., D. El Kenz et F.-X. Nérard), Champ Vallon, 2011, p. 10, 18, 25, 65, 144, 262 et 328-330.

noteworthy, and deserves particular attention for the consideration of the matter of the reparations due to victims of human rights violations. The growing case law of the IACtHR and the ECHR in recent years, on reparations to the victims of human rights violations, has contributed to shift attention to the victims, human beings (and not States), disclosing the centrality of their position in the present domain of protection (cf. *infra*). In this respect, the present *Diallo* case is a landmark in the evolving case law of the ICJ itself, as this latter has, for the first time in its history, established violations of rights enshrined into human rights treaties. The victim, the subject of rights and *titulaire* of the right to reparations, is a human being (and not a State), Mr. A. S. Diallo.

61. To him, and not to his State of origin or of nationality, reparations are due, pursuant to the human rights treaties at issue (the UN Covenant on Civil and Political Rights, and the African Charter on Human and Peoples' Rights). In determining those reparations, it is only too natural that the ICJ takes into due account the case law of the two human rights courts, in construction for many years, and which has further been invoked by the contending Parties themselves in the course of the present proceedings before this Court, namely, the Inter-American and the European Courts of Human Rights.

62. This is most reassuring, given the common mission of contemporary international tribunals of securing the *realization of justice*. Both the IACtHR and the ECHR have built a pioneering case law on the *condition of the victims* for purposes of reparation. The IACtHR has, moreover, much contributed to the evolution of the international law of human rights itself with its creative jurisprudential construction of the distinct *forms of reparation* (cf. *infra*). To the recently-established African Court on Human and Peoples' Rights a similar role is reserved⁸⁵, in the years to come.

63. In the first meeting ever, which brought together members and special guests of the three contemporary Human Rights Courts (held at the *Palais des Droits de l'Homme* in Strasbourg, on 8-9 December 2008, on the occasion of the 60th anniversary of the Universal Declaration of Human Rights)⁸⁶, one of the topics more extensively discussed, as I well

⁸⁵ In this respect, reference can be made to the practice, on reparations, of the African Commission on Human and Peoples' Rights; cf., *inter alia*, e.g., G. J. Naldi, "Reparations in the Practice of the African Commission on Human and Peoples' Rights", 14 *Leiden Journal of International Law* (2001), pp. 681-693.

⁸⁶ For accounts of the meeting, cf. A. A. Cançado Trindade, "Vers un droit international universel: la première réunion des trois cours régionales des droits de l'homme", XXXVI *Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano* (2009), Washington, D.C., Secretaría General de la OEA, 2010, pp. 103-125; Ph. Weckel, "La justice internationale et le soixantième anniversaire de la Déclaration universelle des droits de l'homme", 113 *Revue générale de droit international public* (2009), pp. 5-17.

l'homme (la CIADH et la CEDH) est remarquable et mérite qu'on lui prête une attention toute particulière lorsqu'on examine la question des réparations dues aux victimes de violations des droits de l'homme. La jurisprudence de la CIADH et de la CEDH en matière de réparation due aux victimes de violations des droits de l'homme, de plus en plus abondante ces dernières années, a contribué à faire basculer l'attention vers les victimes, les êtres humains (et non plus les Etats), en leur accordant une position centrale dans ce domaine de protection (voir *infra*). A cet égard, la présente affaire *Ahmadou Sadio Diallo* fera date dans l'évolution de la jurisprudence de la CIJ elle-même, car celle-ci a, pour la première fois, établi l'existence de violations de droits garantis par des traités relatifs aux droits de l'homme. La victime, le sujet des droits et le titulaire du droit à réparation, est un être humain (et non un Etat), M. Ahmadou Sadio Diallo.

61. C'est à lui, et non à l'Etat dont il est originaire ou ressortissant, que des réparations sont dues en application des traités relatifs aux droits de l'homme qui sont en cause (le Pacte international relatif aux droits civils et politiques adopté par l'Organisation des Nations Unies, et la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples). Pour déterminer ces réparations, il est tout à fait naturel que la CIJ tienne dûment compte de la jurisprudence établie au fil de nombreuses années par les deux juridictions garantes des droits de l'homme, à savoir les Cours interaméricaine et européenne des droits de l'homme, jurisprudence qui a de surcroît été invoquée par les Parties elles-mêmes dans le cadre de la présente procédure.

62. Cette évolution est très rassurante, au regard de la mission que partagent les juridictions internationales contemporaines de veiller à ce que *justice soit faite*. La CIADH et la CEDH ont toutes deux élaboré une jurisprudence innovante sur la *condition des victimes* aux fins de réparation. Avec sa construction jurisprudentielle créative touchant aux différentes formes de réparation (voir *infra*), la CIADH a en outre fortement contribué à faire évoluer le droit international des droits de l'homme lui-même. Un rôle similaire est réservé⁸⁵, dans les années à venir, à la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, récemment créée.

63. Dans la toute première réunion rassemblant les membres des trois cours des droits de l'homme actuelles ainsi que leurs invités spéciaux (qui s'est tenue au palais des Droits de l'homme à Strasbourg, les 8 et 9 décembre 2008, à l'occasion de la commémoration du soixantième anniversaire de la Déclaration universelle des droits de l'homme)⁸⁶,

⁸⁵ A cet égard, on peut se reporter à la pratique de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples en matière de réparation; voir notamment G. J. Naldi, «Reparations in the Practice of the African Commission on Human and Peoples' Rights», *Leiden Journal of International Law*, n° 14 (2001), p. 681-693.

⁸⁶ Pour un compte rendu de la réunion, voir A. A. Cançado Trindade, «Vers un droit international universel: la première réunion des trois cours régionales des droits de l'homme», *Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano*, n° XXXVI, 2009, Washington, D.C., secrétariat général de l'OEA, 2010, p. 103-125; Ph. Weckel, «La justice internationale et le soixantième anniversaire de la Déclaration universelle des droits de l'homme», *Revue générale de droit international public*, n° 113 (2009), p. 5-17.

recall, was precisely the experience accumulated by the IACtHR and the ECHR in the matter of reparations to victims of human rights violations, and the role reserved, from now onwards, to the three co-existing international human rights tribunals in the ongoing evolution of the international case law on the matter.

64. Other contemporary international tribunals have much to benefit from the experience gathered in this specific domain, in being attentive to it and taking it into due account. Parallel to this development, in the last two decades there have been endeavours to construct the practice of reparations also in the ambit of international humanitarian law⁸⁷. Attention has thereby been turned, for the purposes of protection, to the *condition of the victims*, human beings, to the actual situation wherein they find themselves. The human person has thus gradually recovered the central place reserved to it in the contemporary international legal order, in the new *jus gentium* of our times. The growing jurisprudence on reparations for human rights violations bears witness of that.

2. *The Contribution of the Inter-American Court of Human Rights*

65. Reference has already been made to the unique and innovative jurisprudential construction of the IACtHR in the matter of reparations due to the victims of human rights violations (para. 56, *supra*). It has not passed unperceived in expert writing that the IACtHR has relied on the greater precision of the terms of Article 63 (1) of the American Convention on Human Rights⁸⁸ to construct its innovative and progressive case law on the matter⁸⁹. To start with, the IACtHR has singled out the role of considerations of equity in setting forth the amounts of reparations due to individual victims, even in the absence of sufficient evidence (even more forcefully in certain cases where respondent States withheld their virtual monopoly of evidence).

66. Thus, for example, in the case of *El Caracazo v. Venezuela* (reparations, judgment of 29 August 2002), the IACtHR proceeded to the determination of compensation on the basis of equity, taking into account the suffering and “the alterations in the conditions of existence” of the victims and their next of kin (paras. 99-100). In the case of *Cantoral Benavides v. Peru* (reparations, judgment of 3 December 2001), the IACtHR

⁸⁷ Recent examples of the recognition of the right of individual reparation also in the domain of international humanitarian law, are provided in my dissenting opinion in the case of the *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012 (I), pp. 267-269, paras. 247-250.

⁸⁸ Cf. note 93, *infra*.

⁸⁹ Cf., to this effect, *inter alia*, e.g., G. Cohen-Jonathan, “Responsabilité pour atteinte aux droits de l’homme”, *La responsabilité dans le système international* (Société française pour le droit international, colloque du Mans), Paris, Pedone, 1991, pp. 114 and 116.

l'un des sujets les plus abondamment débattus a — je m'en souviens bien — précisément été l'expérience accumulée par la CIADH et la CEDH en matière de réparation due aux victimes de violations des droits de l'homme, et le rôle qui incombait dorénavant aux trois juridictions internationales coexistantes dans la poursuite de l'évolution de la jurisprudence internationale en la matière.

64. Les autres juridictions internationales contemporaines ont fort à gagner à s'intéresser à l'expérience acquise dans ce domaine spécifique et à en tenir dûment compte. Parallèlement à cette évolution, des efforts ont été déployés ces deux dernières décennies pour instaurer une pratique en matière de réparation également dans le domaine du droit international humanitaire⁸⁷. L'attention s'est ainsi tournée vers la *condition des victimes*, des êtres humains, vers la situation dans laquelle elles se trouvent effectivement, et ce afin de les protéger. La personne humaine a ainsi progressivement retrouvé la place centrale qui lui était réservée dans l'ordre juridique international contemporain, dans le nouveau *jus gentium* de notre époque. L'abondance croissante de la jurisprudence relative à la réparation due à raison de violations des droits de l'homme en témoigne.

2. *La contribution de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*

65. J'ai déjà évoqué la jurisprudence unique et innovante de la CIADH en matière de réparation due aux victimes de violations des droits de l'homme (par. 56, *supra*). Il n'a pas échappé aux commentateurs que la CIADH s'est appuyée sur le libellé plus précis du paragraphe 1 de l'article 63 de la convention américaine relative aux droits de l'homme⁸⁸ pour établir sa jurisprudence novatrice et progressiste en la matière⁸⁹. Elle a commencé par mettre en évidence le rôle des considérations d'équité dans la détermination du montant des réparations dû aux victimes individuelles, même en l'absence d'éléments de preuve suffisants (et ce avec encore plus de vigueur dans les affaires dans lesquelles l'Etat défendeur refusait de communiquer ces éléments, dont il avait pratiquement le monopole).

66. Ainsi, dans l'affaire *El Caracazo c. Venezuela* (arrêt du 29 août 2002 (réparations)), la CIADH a statué en équité pour déterminer le montant de l'indemnisation, en tenant compte de la souffrance et de «la dégradation des conditions d'existence» des victimes et de leurs proches (par. 99-100). Dans l'affaire *Cantoral Benavides c. Pérou* (arrêt du 3 décembre 2001 (réparations)), elle a également statué en équité (par. 80

⁸⁷ Des exemples récents de reconnaissance du droit à réparation individuel également dans le domaine du droit international humanitaire sont cités dans l'exposé de l'opinion dissidente que j'ai jointe à l'arrêt rendu par la Cour en l'affaire relative aux *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant))*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2012 (I)*, p. 267-269, par. 247-250.

⁸⁸ Voir note 93 *infra*.

⁸⁹ Voir en ce sens, notamment, G. Cohen-Jonathan, «Responsabilité pour atteinte aux droits de l'homme», *La responsabilité dans le système international* (Société française pour le droit international, colloque du Mans), Paris, Pedone, 1991, p. 114 et 116.

also decided on the basis of equity (paras. 80 and 87). In my separate opinion in the case of *Cantoral Benavides v. Peru*, I pondered *inter alia* that

“In the present judgment, the Inter-American Court extended the protection of the law to the victim in the *cas d’espèce*, in establishing, *inter alia*, the State’s duty to provide him with the means to undertake and conclude his university studies in a centre of recognized academic quality. This is, in my understanding, a form of providing reparation for the damage to his project of life, conducive to the *rehabilitation* of the victim. The emphasis given by the Court to his *formation*, to his *education*, places this form of reparation (from the Latin *reparatio*, derived from *reparare*, ‘to prepare or to dispose again’) in an adequate perspective, from the angle of the integrality of the personality of the victim, bearing in mind his self-accomplishment as a human being and the reconstruction of his project of life.” (Para. 10.)

67. In effect, the IACtHR has ordered a wide range of forms of reparation (*restitutio in integrum*, compensation, victim satisfaction, victim rehabilitation, acts of public apology, guarantees of non-repetition of human rights breaches), unparalleled in the case law of other contemporary international tribunals. In the recent cycle of cases of massacres⁹⁰ adjudicated by the IACtHR (cf., *inter alia*, e.g., *Aloeboetoe and Others v. Suriname* case, reparations, judgment of 10 September 1993; case of the *Massacre of Plan de Sánchez v. Guatemala*, reparations, judgment of 19 November 2004; case of the *Moiwana Community v. Suriname*, judgment of 15 June 2005; case of the *Massacres of Ituango v. Colombia*, judgment of 1 July 2006), the reparations ordered by the IACtHR have included health, housing, education and human development initiatives. In a distinct context, such measures of reparations were also ordered by the IACtHR in the paradigmatic case of the *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua* (judgment of 31 August 2001), concerning the communal property of the members of an indigenous community. The IACtHR thereby indicated, in such cases, that the rehabilitation of victims (cf. *infra*) may also have a collective dimension, when it concerns the members of a given community.

68. In the leading case of the “*Street Children*” (*Villagrán Morales and Others*) v. *Guatemala* (reparations, judgment of 26 May 2001), the Court deemed it fit to warn that the obligation to make reparation is regulated, in all aspects (scope, nature, forms and determination of the beneficiaries) by international law; the respondent State “may not invoke provisions of its domestic law in order to modify or fail to comply” with that obligation (para. 61). The IACtHR has reiterated this warning in successive cases, e.g., its judgments on the cases of *Bulacio v. Argentina* (18 September

⁹⁰ For a recent study, cf. A. A. Cançado Trindade, *State Responsibility in Cases of Massacres: Contemporary Advances in International Justice* (Inaugural Address, 10 November 2011), Universiteit Utrecht, 2011, pp. 1-71.

et 87). Dans l'exposé de l'opinion individuelle que j'ai jointe à l'arrêt rendu en cette affaire, j'ai notamment fait part de la réflexion suivante :

« Dans le présent arrêt, la Cour interaméricaine a étendu la protection du droit à la victime en l'espèce, en établissant notamment que l'Etat avait le devoir de lui fournir les moyens d'entreprendre ses études universitaires dans un établissement dispensant un enseignement de qualité reconnue, et ce, jusqu'à leur terme. A mon sens, cela constitue une forme de réparation de l'atteinte portée au projet de vie de la victime, de nature à conduire à sa *réhabilitation*. Le fait que la Cour ait insisté sur la *formation* et l'*éducation* de la victime place cette forme de réparation (du latin *reparatio*) dans la bonne perspective, celle de l'intégralité de la personnalité de la victime, dans laquelle son accomplissement personnel en tant qu'être humain et la reconstruction de son projet de vie ne sont pas perdus de vue. » (Par. 10.)

67. De fait, la CIADH a ordonné de multiples formes de réparation (*restitutio in integrum*, indemnisation, satisfaction de la victime, réhabilitation de la victime, excuses publiques, garanties de non-répétition des violations des droits de l'homme), inédites dans la jurisprudence des autres juridictions internationales contemporaines. Dans le cycle d'affaires relatives à des massacres⁹⁰ sur lesquelles la CIADH s'est récemment prononcée (voir notamment affaire *Aloboetoe et autres c. Suriname*, arrêt du 10 septembre 1993 (réparations); affaire du *Massacre de Plan de Sánchez c. Guatemala*, arrêt du 19 novembre 2004 (réparations); affaire de la *Communauté Moiwana c. Suriname*, arrêt du 15 juin 2005; affaire des *Massacres d'Ituango c. Colombie*, arrêt du 1^{er} juillet 2006), elle a ordonné des réparations consistant en des mesures touchant à la santé, au logement, à l'éducation et au développement humain des victimes. Dans un autre contexte, celui de l'affaire emblématique de la *Communauté Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua* (arrêt du 31 août 2001), qui concernait les biens communaux des membres d'une communauté indigène, elle a également ordonné de telles mesures de réparation, indiquant ainsi que, lorsqu'elle concerne les membres d'une communauté donnée, la réhabilitation des victimes (voir *infra*) peut également avoir une dimension collective.

68. Dans le précédent des « *Enfants des rues* » (*Villagrán Morales et autres c. Guatemala*) (arrêt du 26 mai 2001 (réparations)), la Cour a jugé opportun de signaler que l'obligation de réparer est, dans tous ses aspects (portée, nature, formes de réparation et détermination des bénéficiaires), régie par le droit international et que, dès lors, l'Etat défendeur « ne saurait invoquer les dispositions de son droit interne pour [en] modifier l'exécution ou ne pas l'exécuter » (par. 61). Elle a réitéré cet avertissement dans des affaires successives, par exemple *Bulacio c. Argentine* (arrêt du

⁹⁰ Pour une étude récente, voir A. A. Cançado Trindade, *State Responsibility in Cases of Massacres: Contemporary Advances in International Justice* (discours d'ouverture, 10 novembre 2011), Universiteit Utrecht, 2011, p. 1-71.

2003, para. 72), of *Las Palmeras v. Colombia* (reparations, 26 November 2002, para. 38), of *Hilaire, Constantine and Benjamin and Others v. Trinidad and Tobago* (21 June 2002, para. 203), of *Trujillo Oroza v. Bolivia* (reparations, 27 February 2002, para. 61), of *Bámaca Velásquez v. Guatemala* (reparations, 22 February 2002, para. 39), and, earlier on, of *Suárez Rosero v. Ecuador* (reparations, 20 January 1999, para. 42). This point forms today part of its *jurisprudence constante* on reparations.

69. Still as to the forms of reparation, the IACtHR has ordered, for example, acts to honour the memory of victims, as in its judgments in the cases of *Bámaca Velásquez v. Guatemala* (of 22 February 2002, reparations), of *Myrna Mack Chang v. Guatemala* (25 November 2003), of the *Moiwana Community v. Suriname* (of 15 June 2005), of *Trujillo Oroza v. Bolivia* (of 27 February 2002, reparations), of the *Massacre of Plan de Sánchez v. Guatemala* (of 19 November 2004, reparations). In this last and dramatic case, those acts were to be accompanied (as they in fact were) by social programmes (rehabilitation) for the members of the affected community.

70. Furthermore, the IACtHR has also ordered, e.g., the public dissemination of the Court's decisions and/or of the result of the ordered investigations. It has done so in its judgments in the aforementioned cases of *Bulacio*, of *Bámaca Velásquez*, of *El Caracazo*, as well as in the cases of *Barrios Altos v. Peru* (14 March 2001), and of the *Juvenile Reeducation Institute v. Paraguay* (2 September 2004). Moreover, in its judgments in the aforementioned case of *Bámaca Velásquez* (merits, 25 November 2000, and reparations, 22 February 2002) as well as in that of *19 Merchants v. Colombia* (5 July 2004), the IACtHR dwelt upon the right to truth as a measure of reparation. In addition thereto, satisfaction as a form of reparation for damage to the victim's "project of life" was ordered by the IACtHR, in its judgments both in the aforementioned case of *Canntoral Benavides*, and in the case of *Loayza Tamayo v. Peru* (reparations, 27 November 1998). Last but not least, the guarantee of non-repetition of human rights breaches was ordered by the IACtHR in, *inter alia*, e.g., its judgments in the aforementioned case *Bulacio*, as well as in that of *Castillo Páez v. Peru* (reparations, 27 November 1998).

3. *The Contribution of the European Court of Human Rights*

71. Like the IACtHR (*supra*), the ECHR has also pointed out the role of considerations of equity in the determination of the amounts of reparations due. Thus, for example, in the case of *Lupsa v. Romania* (judgment of 8 June 2006), the ECHR found that "deporting the applicant did objectively disrupt the management of his business", and that "the consequences of that disruption cannot be precisely quantified" (para. 70); it then ordered a sum on an equitable basis, to cover all heads of damage (para. 72, and cf. paras. 73-77). In the case *Assanidze v. Georgia* (judgment of 8 April 2004), concerning arbitrary detention, the ECHR ruled like-

18 septembre 2003, par. 72), *Las Palmeras c. Colombie* (arrêt du 26 novembre 2002 (réparations), par. 38), *Hilaire, Constantine et Benjamin et autres c. Trinité-et-Tobago* (arrêt du 21 juin 2002, par. 203), *Trujillo Oroza c. Bolivie* (arrêt du 27 février 2002 (réparations), par. 61), *Bámaca Velásquez c. Guatemala* (arrêt du 22 février 2002 (réparations), par. 39) et, auparavant, *Suárez Rosero c. Equateur* (arrêt du 20 janvier 1999 (réparations), par. 42). Ce point fait désormais partie de sa jurisprudence constante en matière de réparation.

69. Toujours en ce qui concerne les formes de réparation, la CIADH a ordonné, par exemple, que des mesures soient prises pour honorer la mémoire des victimes, comme dans les affaires *Bámaca Velásquez c. Guatemala* (arrêt du 22 février 2002 (réparations)), *Myrna Mack Chang c. Guatemala* (arrêt du 25 novembre 2003), *Communauté Moiwana c. Suriname* (arrêt du 15 juin 2005), *Trujillo Oroza c. Bolivie* (arrêt du 27 février 2002 (réparations)) et du *Masacre de Plan de Sánchez c. Guatemala* (arrêt du 19 novembre 2004 (réparations)). Dans cette dernière et dramatique affaire, ces mesures devaient être assorties de programmes de nature sociale (et de fait le furent) pour les membres de la population touchée (en vue de leur réhabilitation).

70. La CIADH a également ordonné, par exemple, la diffusion publique de ses arrêts ou du résultat des enquêtes qu'elle avait ordonnées. Tel a été le cas dans les affaires *Bulacio, Bámaca Velásquez* et *Caracazo* précitées, ainsi que dans les affaires *Barrios Altos c. Pérou* (arrêt du 14 mars 2001) et de l'*Institut de rééducation des mineurs c. Paraguay* (arrêt du 2 septembre 2004). De plus, dans l'affaire *Bámaca Velásquez* (arrêts du 25 novembre 2000 (fond) et du 22 février 2002 (réparations)) précitée, ainsi que dans celle des *19 commerçants c. Colombie* (arrêt du 5 juillet 2004), elle a insisté sur le droit à la vérité en tant que mesure de réparation. Elle a de surcroît ordonné, dans l'affaire *Cantoral Benavides* précitée ainsi que dans l'affaire *Loayza Tamayo c. Pérou* (arrêt du 27 novembre 1998 (réparations)), des mesures tendant à la satisfaction de la victime en tant que forme de réparation de l'atteinte portée à son « projet de vie ». Enfin et surtout, elle a ordonné la garantie de non-répétition des violations des droits de l'homme, notamment dans l'affaire *Bulacio* précitée et dans l'affaire *Castillo Páez c. Pérou* (arrêt du 27 novembre 1998 (réparations)).

3. La contribution de la Cour européenne des droits de l'homme

71. Tout comme la CIADH (*supra*), la CEDH a elle aussi souligné le rôle des considérations d'équité dans la détermination du montant des réparations dû aux victimes. Ainsi, dans l'affaire *Lupsa c. Roumanie* (arrêt du 8 juin 2006), elle a déclaré que « l'expulsion du requérant a [avait] objectivement perturbé la gestion de son entreprise » et que « les conséquences [de ces perturbations] ne se prêt[ai]ent pas à un chiffrage exact » (par. 70), après quoi, statuant en équité, elle a ordonné que soit allouée une certaine somme au requérant pour l'ensemble des préjudices qu'il avait subis (par. 72 et par. 73-77). Dans l'affaire *Assanidzé c. Géorgie* (arrêt du

wise on an equitable basis (para. 201, and cf. paras. 204-207), and awarded a lump-sum amount for all heads of (material and immaterial) damage, without setting out the reasons that led it to the specified amount (para. 201).

72. In the same line of thinking, in the case of *Orhan v. Turkey* (judgment of 18 June 2002), the ECHR decided, at the “level of just satisfaction”, on the basis of considerations of equity (paras. 431-434, and cf. paras. 423-424). It did the same in the case *Lustig-Prean and Beckett v. United Kingdom* (judgment of 25 July 2000), as compensation, on an “equitable basis”, for “emotional and psychological” disturbances (paras. 12 and 23). And again in the case *Selçuk and Asker v. Turkey* (judgment of 24 April 1998), the ECHR likewise awarded reparations for damages on the basis of equitable considerations (paras. 109-112, and cf. para. 106). And once more, in the *Delta v. France* case (judgment of 19 December 1990), the ECHR took its decision, of award of compensation, on an “equitable basis” (para. 43).

73. Parallel to such considerations of equity, as for the awarding of reparations itself, the case law of the ECHR has, however, never been as proactive as that of its sister institution across the Atlantic, the IACtHR. It has not disclosed the same creativity, and has in general been particularly cautious, in generally starting from predetermined categories of pecuniary and non-pecuniary damages, at times conveying the impression that compensation would better be left for national courts to decide⁹¹. The distinct drafting of the respective provisions on reparations of the European and the American Conventions on Human Rights, furthermore, conveys the impression that the phraseology of Article 41 of the European Convention⁹² did not ascribe to the ECHR as wide a horizon for the determination of reparations than the one ascribed by Article 63 (1) of the American Convention⁹³ to the IACtHR; in any case, this is at least what the ECHR seems to have understood to date. It is thus not surprising to find arguments as to the need for the ECHR “to revisit”

⁹¹ Cf., *inter alia*, e.g., L. Wildhaber, “Reparations for Internationally Wrongful Acts of States — Article 41 of the European Convention on Human Rights: Just Satisfaction under the European Convention on Human Rights”, 3 *Baltic Yearbook of International Law* (2003), pp. 1-18.

⁹² Article 41 (formerly Article 50) — on just satisfaction — of the European Convention states that: “If the Court finds that there has been a violation of the Convention or the Protocols thereto, and if the internal law of the High Contracting Party concerned allows only partial reparation to be made, the Court shall, if necessary, afford just satisfaction to the injured party.”

⁹³ Article 63 (1) of the American Convention states that:

“If the Court finds that there has been a violation of a right or freedom protected by this Convention, the Court shall rule that the injured party be ensured the enjoyment of his right or freedom that was violated. It shall also rule, if appropriate, that the consequences of the measure or situation that constituted the breach of such right or freedom be remedied and that fair compensation be paid to the injured party.”

8 avril 2004), qui concernait un cas de détention arbitraire, la CEDH, statuant également en équité (par. 201 et par. 204-207), a alloué au requérant un montant forfaitaire pour l'ensemble des préjudices subis (matériels et immatériels), sans exposer les raisons qui l'avaient conduite à ce montant précis (par. 201).

72. Dans le même ordre d'idées, dans l'affaire *Orhan c. Turquie* (arrêt du 18 juin 2002), la CEDH a statué sur la base de considérations d'équité au «niveau de la satisfaction équitable» (par. 431-434, et voir par. 423-424). Elle a fait de même dans l'affaire *Lustig-Prean et Beckett c. Royaume-Uni* (arrêt du 25 juillet 2000), «statuant en équité» pour établir le montant de l'indemnisation allouée au titre des troubles «émotionnels et psychologiques» subis par les requérants (par. 12 et 23). Dans l'affaire *Selçuk et Asker c. Turquie* (arrêt du 24 avril 1998), elle s'est aussi appuyée sur des principes d'équité pour évaluer les montants à octroyer aux requérants au titre des dommages qu'ils avaient subis (par. 109-112, et voir par. 106). Et encore une fois, dans l'affaire *Delta c. France* (arrêt du 19 décembre 1990), elle a «statu[é] en équité» (par. 43) pour déterminer le montant de l'indemnité allouée au requérant.

73. Parallèlement à ces considérations d'équité, s'agissant de l'attribution même des réparations, la CEDH ne s'est cependant jamais montrée aussi audacieuse que son homologue d'outre-Atlantique, la CIADH. Elle n'a pas fait preuve d'autant de créativité, et s'est même généralement montrée particulièrement prudente, s'appuyant sur les catégories pré-établies des dommages matériels et immatériels, donnant ainsi parfois l'impression que la question de l'indemnisation serait mieux tranchée par les juridictions nationales⁹¹. De surcroît, le libellé distinct des dispositions relatives aux réparations figurant respectivement dans les conventions européenne et américaine des droits de l'homme donne l'impression que l'article 41 de la convention européenne⁹² n'a pas conféré à la CEDH autant de latitude pour déterminer les réparations que le paragraphe 1 de l'article 63 de la convention américaine⁹³ n'en a conféré à la CIADH; du moins, tel est ce que semble avoir compris la CEDH jusqu'à présent. Il n'est donc pas surprenant que d'aucuns invitent la CEDH à «revisiter» sa

⁹¹ Voir notamment L. Wildhaber, «Reparations for Internationally Wrongful Acts of States — Article 41 of the European Convention on Human Rights: Just Satisfaction under the European Convention on Human Rights», *Baltic Yearbook of International Law*, n° 3 (2003), p. 1-18.

⁹² L'article 41 (anciennement article 50) de la convention européenne des droits de l'homme, relatif à la satisfaction équitable, est ainsi libellé: «Si la Cour déclare qu'il y a eu violation de la convention ou de ses protocoles, et si le droit interne de la Haute Partie contractante ne permet d'effacer qu'imparfaitement les conséquences de cette violation, la Cour accorde à la partie lésée, s'il y a lieu, une satisfaction équitable.»

⁹³ Le paragraphe 1 de l'article 63 de la convention américaine est ainsi libellé:

«Lorsqu'elle reconnaît qu'un droit ou une liberté protégés par la présente convention ont été violés, la Cour ordonnera que soit garantie à la partie lésée la jouissance du droit ou de la liberté enfreints. Elle ordonnera également, le cas échéant, la réparation des conséquences de la mesure ou de la situation à laquelle a donné lieu la violation de ces droits et le paiement d'une juste indemnité à la partie lésée.»

its own case law on just satisfaction/*satisfaction équitable*, and in particular on reparation for moral (or “non-pecuniary”) damages, so as to enlarge its horizon to the benefit of the *justiciables*⁹⁴.

VIII. *NEMINEM LAEDERE* AND REPARATION FOR MORAL DAMAGE TO INDIVIDUALS

74. In domestic legal systems, the whole theory of civil liability/*responsabilité civile* found inspiration in the fundamental principle *neminem laedere* (cf. *supra*). The conception of damage and of the reaction of the legal system to wrongful acts, requiring reparation, goes back to Roman law, to the theory of *id quod interest*, whereby the harmed person is entitled to redress. One restored thereby the balance or equilibrium needed in human relations. There was also concern to safeguard thereby human personality as such, the integrity of the human person. From ancient to modern times, unlike material damage, it proved particularly hard to conceptualize moral damage (*dommage moral*/non-pecuniary damage).

75. This latter became the object of endless discussions (ever since the first codifications), given the resistance of some doctrinal trends to attribute a value or price to the suffering of the victims (*pretium doloris*). The prolonged construction of the theory of the *responsabilité civile* was made possible, however, by the recourse to general criteria, such as, e.g., the gravity of the breach, the intensity of the suffering it generated, the social repercussion of the breach, the consequences for the victim and the intentionality and *culpa* of the perpetrator.

76. The moral character of the damage was regarded as an infringement of the *human personality*, not only in what is most intimate to it but also in the human relations in its social milieu. It was against such damage that the legal system reacted, requiring reparation to the victim, so as to preserve the integrity of the human personality of the victim. Hence the conception of *responsabilité civile*, emanating from the immemorial general principle of *neminem laedere*. Such juridical construction was transposed from domestic law into international law, by means of private law analogies⁹⁵ (mainly of civil law). They were thereby heavily marked by a patrimonial content and interest (what can be explained by their origin). Hence their conceptualization, in civil law and also in common

⁹⁴ Cf., *inter alia*, e.g., P. Tavernier, “La contribution de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme relative au droit de la responsabilité internationale en matière de réparation — une remise en cause nécessaire”, 72 *Revue trimestrielle des droits de l’homme* (2007), pp. 945-966.

⁹⁵ E.g., the concepts of material and moral damages, the elements of *damnum emergens* and *lucrum cessans*, among others.

jurisprudence relative à la satisfaction équitable, en particulier en ce qui concerne la réparation du dommage moral (ou «immatériel»), de manière à élargir son horizon au profit des justiciables⁹⁴.

VIII. LE PRINCIPE *NEMINEM LAEDERE* ET LA RÉPARATION DU PRÉJUDICE MORAL CAUSÉ À L'INDIVIDU

74. Dans les systèmes juridiques internes, la théorie de la responsabilité civile a entièrement été inspirée du principe fondamental *neminem laedere* (voir *supra*). La conception du dommage et de la réaction du système juridique aux faits illicites, à savoir l'exigence d'une réparation, trouve sa source dans le droit romain, et plus précisément dans la notion d'*id quod interest*, selon laquelle toute personne lésée a droit à réparation. Ce faisant, on rétablissait l'équilibre nécessaire aux relations humaines, mais on répondait également au souci de préserver la personnalité humaine en tant que telle, l'intégrité de la personne humaine. Cependant, contrairement à la notion de dommage matériel, celle de dommage moral ou immatériel s'est avérée particulièrement difficile à définir, et ce, depuis l'Antiquité.

75. Elle est devenue l'objet de débats incessants (depuis les premières codifications), une partie de la doctrine se refusant à attribuer une valeur ou un prix à la souffrance des victimes (*pretium doloris*). La théorie de la responsabilité civile put néanmoins continuer à se construire grâce au recours à des critères généraux, tels que la gravité de la violation, l'intensité de la souffrance engendrée par celle-ci, ses répercussions sociales, ses conséquences pour la victime et le caractère intentionnel et fautif du comportement de l'auteur des faits.

76. L'aspect moral du dommage était perçu comme une violation de la *personnalité humaine*, non seulement dans ce qu'elle a de plus intime, mais également dans les relations humaines qu'elle entretient dans le cadre de son milieu social. C'est contre ce dommage que le système juridique a réagi, exigeant qu'il soit fait réparation à la victime, de manière à préserver l'intégrité de sa personnalité humaine. D'où la notion de responsabilité civile, qui plonge ses racines dans le principe général immémorial *neminem laedere*. Cette construction juridique a été transposée du droit interne au droit international par analogie avec le droit privé⁹⁵ (principalement le droit civil). Elle était ainsi fortement marquée par son aspect patrimonial, tant par sa teneur que par l'intérêt auquel elle répondait (ce

⁹⁴ Voir notamment P. Tavernier, «La contribution de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative au droit de la responsabilité internationale en matière de réparation — une remise en cause nécessaire», *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, n° 72 (2007), p. 945-966.

⁹⁵ Par exemple, les concepts de dommages matériel et moral, et les éléments constitutifs du dommage que sont le *damnum emergens* et le *lucrum cessans*, notamment.

law countries, as “non-pecuniary damage”⁹⁶. The point of reference was patrimonial or financial.

77. The simple transposition of such concepts to international law level was bound to raise uncertainties. Yet, at least it did not pass unnoticed, in the debates on the matter going back to the nineteenth century, that consideration of moral damages inevitably turns attention to human suffering⁹⁷, proper to human beings rather than to States. In fact, States do not suffer; not seldom, they tend to inflict suffering upon human beings under their respective jurisdictions or elsewhere. The importance of moral damages became manifest in face of the need of protection of individuals⁹⁸.

78. The analogies with solutions proper to common law or to civil law (*droit civil*) have never appeared convincing or satisfactory to me, as, by focusing — for the purpose of reparation — on the relationship of the human person with material goods, they marginalized the most important trait in the human person, as a spiritual being⁹⁹. Moral damages should not be reduced to a consideration of material goods, patrimony, capacity for work, and the projection of these elements in time — as upheld by the regrettable cosmivision of the *homo oeconomicus* so widespread in our times. It was necessary to wait for the advent of the international law of human rights, in order to go beyond these short-minded categories, and look also into the human person’s aspirations, freedom and integrity.

79. Juridical concepts, encompassing values, are the product of their time, and are open to progressive development. With the formation of the *corpus juris* of the international law of human rights, it became clearer that the determination of reparations should keep in mind the integrality of the personality of the victim, should consider the impact on this latter of the violation of the rights inherent to her, should approach the matter from an integral, rather than patrimonial or financial outlook, with special attention to the aspirations, personal freedom and integrity of the individual victim. Hence the importance of *restitutio in integrum* (not

⁹⁶ For comparative law surveys, cf., e.g., [Various Authors], *Damages for Non-Pecuniary Loss in a Comparative Perspective* (ed. W. V. Horton Rogers), Vienna, Springer-Verlag, 2001, pp. 1-311; [Various Authors], *Redress for Non-Material Damage/ Réparation du préjudice moral* (London Colloquy of 1969), Strasbourg, Council of Europe, 1970, pp. 4-127.

⁹⁷ Cf. R. André and A. Smedts, *La réparation du dommage moral*, Anvers, Impr. Dugardin & Persoons, [1951], pp. 6, 17 and 125, and cf. p. 10.

⁹⁸ L. Reitzer, *La réparation comme conséquence de l’acte illicite...*, *op. cit. supra* note 45, p. 124.

⁹⁹ In this respect, the 1948 American Declaration on the Rights and Duties of Man states, in its fourth preambular paragraph that: “Inasmuch as spiritual development is the supreme end of human existence and the highest expression thereof, it is the duty of man to serve that end with all his strength and resources.”

qui s'explique par son origine), ce qui a débouché, tant dans les pays de code civil que dans les pays de *common law*, sur la notion de «dommage immatériel»⁹⁶. Le point de référence était patrimonial ou financier.

77. La transposition pure et simple de tels concepts en droit international ne pouvait qu'être source d'incertitude. Pourtant, dans les débats menés sur cette question depuis le XIX^e siècle, il n'est au moins pas passé inaperçu que l'examen des dommages moraux attire inévitablement l'attention sur la souffrance humaine⁹⁷, qui est propre à l'être humain, à l'exclusion des Etats. De fait, ces derniers n'éprouvent pas la souffrance, même s'il n'est pas rare qu'ils infligent eux-mêmes des souffrances aux individus se trouvant sur leur territoire respectif ou ailleurs. L'importance des dommages moraux a été mise en évidence par la nécessité de protéger les individus⁹⁸.

78. L'analogie avec les solutions propres au droit anglo-saxon (*common law*) ou au droit romano-germanique (droit civil) ne m'a jamais semblé convaincante ou satisfaisante, parce que, pour les besoins de la réparation, ces solutions ne s'attachent qu'aux rapports de l'être humain avec les choses matérielles, marginalisant ce que celui-ci a de plus important, en tant qu'être spirituel⁹⁹. Les dommages moraux ne devraient pas être réduits à des considérations relatives aux biens matériels, au patrimoine, à la capacité de travail et à la projection de ces éléments dans le temps — contrairement à l'approche retenue dans la regrettable cosmovision de l'*homo oeconomicus* si répandue de nos jours. Il a fallu attendre l'avènement du droit international des droits de l'homme pour dépasser ces catégories à courte vue et prendre également en considération les aspirations, la liberté et l'intégrité de la personne humaine.

79. Les notions juridiques, chargées de valeur, sont le produit de leur époque et sont susceptibles d'évoluer progressivement au cours du temps. La formation du *corpus juris* du droit international des droits de l'homme a mis en lumière le fait que la détermination des réparations devait se faire en tenant compte de l'intégralité de la personnalité de la victime et de l'impact sur cette dernière de la violation des droits qui lui sont inhérents, qu'elle devait s'inscrire dans le cadre d'une approche intégrale, et non purement patrimoniale ou financière, dans laquelle une attention toute particulière est portée aux aspirations, à la liberté personnelle

⁹⁶ On trouvera des études de droit comparé, par exemple, dans les ouvrages suivants: [divers auteurs], *Damages for Non-Pecuniary Loss in a Comparative Perspective* (dir. publ., W. V. Horton Rogers), Vienne, Springer-Verlag, 2001, p. 1-311; [divers auteurs], *Redress for Non-Material Damage/Réparation du préjudice moral* (colloque organisé à Londres en 1969), Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1970, p. 4-127.

⁹⁷ Voir R. André et A. Smedts, *La réparation du dommage moral*, Anvers, Impr. Dugardin & Persoons [1951], p. 6, 17 et 125, et voir p. 10.

⁹⁸ L. Reitzer, *La réparation comme conséquence de l'acte illicite...*, *op. cit. supra* note 45, p. 124.

⁹⁹ A cet égard, le quatrième paragraphe du préambule de la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme, adoptée en 1948, dispose ce qui suit: «Comme la vie spirituelle est la fin suprême de l'humanité et sa plus haute catégorie, l'homme a pour devoir de servir l'esprit, de toutes ses forces et de toutes ses ressources.»

always possible), given the manifest insufficiencies of indemnizations (for material damage).

80. On the basis of my own experience as magistrate serving successively two international jurisdictions, that of the IACtHR and then of the ICJ, I attribute particular importance to reparations for moral damages. In some cases of particular gravity, I dare to say that they prove to be even more significant or meaningful to the victims than those for pecuniary damages, or indemnizations. The granting of reparations for moral damages, by international human rights tribunals, has been made feasible by their recourse to considerations of *equity*. Given the prolongation of the proceedings of the *cas d'espèce* opposing Guinea to the Democratic Republic of the Congo, in the merits as well as the reparations stages (suggesting that the time of human justice is not the time of human beings), I have felt obliged to draw attention, in my declaration (*I.C.J. Reports 2011 (II)*, pp. 637-639, paras. 1-4) appended to the Court's Order of 20 September 2011 in the present *Diallo* case, to the relevance of the award of reparations within a reasonable time (as justice delayed is justice denied), as well as to the *considerations of equity* to bear in mind for the determination of reparations (mainly for moral damages).

IX. THE RELEVANCE OF THE REHABILITATION OF VICTIMS

81. The *reparatio* for damages comprises distinct forms of compensation to the victims for the harm they suffered, at the same time that it re-establishes the legal order broken by wrongful acts (or omissions) — a legal order erected on the basis of the full respect for the rights inherent to the human person. The observance of human rights is the *substratum* of the legal order itself. The legal order, thus re-established, requires the guarantee of non-repetition of the harmful acts. The *realization of justice* thereby achieved (an imperative of *jus cogens*) is in itself a form of reparation (satisfaction) to the victims. Such *reparatio* does not put an end to the suffering ensuing from the human rights violations already perpetrated, but, in ceasing the effects of those breaches, it at least alleviates the suffering of the individual victims (as *titulaires* of the right to reparation), by removing the indifference of the social milieu, the oblivion of the victims and the impunity of the perpetrators.

82. In this framework, the *rehabilitation* of the victims is of the utmost importance. It is a matter of not only re-establishing the legal order broken by wrongful acts (or omissions), but also of seeking to rehabilitate the victims themselves of such wrongs, as subjects or *titulaires* of the rights recognized therein that have been breached. After all, the individual victims (and not the States) occupy a central position in the framework of the international law of human rights, oriented towards them — which is

et à l'intégrité de la victime individuelle. D'où l'importance de la *restitutio in integrum* (qui n'est pas toujours possible), l'indemnisation (du dommage matériel) étant manifestement insuffisante.

80. L'expérience que j'ai acquise en tant que magistrat au service de deux juridictions internationales successives, la CIADH puis la CIJ, m'a convaincu de l'importance particulière que revêt la réparation des dommages moraux. Dans certains cas, particulièrement graves, j'irais même jusqu'à dire qu'elle s'avère plus importante ou significative encore pour la victime que celle des dommages matériels, l'indemnisation. C'est en ayant recours à des considérations d'*équité* que les juridictions internationales garantissent des droits de l'homme ont pu accorder des réparations à raison de dommages moraux. Etant donné la durée de la procédure dans la présente affaire opposant la Guinée à la République démocratique du Congo — tant au stade du fond qu'à celui des réparations (ce qui donne à penser que le temps de la justice humaine n'est pas celui de l'être humain) —, je me suis senti obligé d'attirer l'attention, dans la déclaration (*C.I.J. Recueil 2011 (II)*), p. 637-639, par. 1-4) que j'ai jointe à l'ordonnance rendue par la Cour le 20 septembre 2011 en la présente affaire *Ahmadou Sadio Diallo*, sur l'importance d'accorder des réparations dans un délai raisonnable (car justice tardive est justice déniée), ainsi que sur les *considérations d'équité* qu'il convient d'avoir à l'esprit pour déterminer les réparations (principalement en ce qui concerne les dommages moraux).

IX. L'IMPORTANCE DE RÉHABILITER LES VICTIMES

81. La *reparatio* des dommages compense, sous diverses formes, le préjudice subi par les victimes, en même temps qu'elle rétablit l'ordre juridique perturbé par les actes (ou omissions) illicites — lequel ordre repose sur le respect scrupuleux des droits inhérents à la personne humaine. Le respect des droits de l'homme est le substrat même de l'ordre juridique. Cet ordre, ainsi rétabli, exige que soit garantie la non-répétition des faits préjudiciables. Faire ainsi en sorte que justice soit rendue (en tant qu'impératif du *jus cogens*) constitue en soi une forme de réparation (satisfaction) pour les victimes. La *reparatio* ne met pas fin aux souffrances découlant des violations des droits de l'homme déjà commises, mais, en en faisant cesser les effets, elle contribue à tout le moins à alléger la souffrance des victimes individuelles (en tant que titulaires du droit à réparation) en faisant échec à l'indifférence du milieu social, à l'oubli des victimes et à l'impunité pour les responsables.

82. Dans ce contexte, la *réhabilitation* des victimes revêt la plus haute importance. Il ne s'agit pas simplement de rétablir l'ordre juridique perturbé par les actes (ou omissions) illicites, mais également de veiller à réhabiliter les victimes elles-mêmes de ces faits illicites, en tant que sujets ou titulaires des droits reconnus dans cet ordre et qui ont été violés. Après tout, ce sont les victimes individuelles (et non les Etats) qui occupent une position centrale dans le cadre du droit international des droits de

a law of protection (*droit de protection*). By granting the individual victims *jus standi*, or else *locus standi in judicio*, in this domain of protection at international level, the international law of human rights has rescued the central position occupied therein by the victimized¹⁰⁰ (even in situations of great vulnerability, if not defencelessness), and has thereby asserted the (active) international subjectivity of individuals in the law of nations (*droit des gens*) at large.

83. The centrality of the victims in the present domain of protection draws attention to the pressing need of their *rehabilitation* — to be considered as from the integrality of the personality of the victims¹⁰¹ — in the framework of *restorative justice*. The rehabilitation of the victims projects itself into their social milieu. It has both individual and social dimensions. Restorative justice has made great advances in the last decades, due to the evolution of the international law of human rights, humanizing the law of nations (the *droit des gens*). Such advances are now being felt, though in a lesser degree but a reassuring one, also in the domain of international humanitarian law and of contemporary international criminal law. The universal juridical conscience seems to be at last awakening as to the need to honour the victims of human rights abuses and to restore their dignity.

84. Rehabilitation of the victims acquires a crucial importance in cases of grave violations of their right to personal integrity. In effect, there have been cases where medical and psychological assistance to the victims has been ordered — mainly by the IACtHR — as a form of reparation, aiming at their rehabilitation¹⁰². Such measures have intended to overcome the extreme vulnerability of victims, and to restore their identity and integrity. Rehabilitation of the victims mitigates their suffering and that of their next of kin, thus irradiating itself into their social milieu.

85. Rehabilitation, discarding the apparent indifference of their social milieu, helps the victims to recuperate their self-esteem and their capacity to live in harmony with others. Rehabilitation nourishes the victims' hope in a minimum of social justice¹⁰³. Rehabilitation helps to restructure the psyche of the victims, in their difficult quest for recovery from the injustice of humiliation. Rehabilitation as a form of reparation is intended to reorder ultimately the human relations disrupted by acts of cruelty,

¹⁰⁰ To this effect, IACtHR, case *Castillo Petruzzi and Others v. Peru* (preliminary objections, judgment of 4 September 1998), concurring opinion of Judge Cançado Trindade, paras. 5 and 12; IACtHR, case *Tibi v. Ecuador* (merits and reparations, judgment of 7 September 2004), separate opinion of Judge Cançado Trindade, paras. 16 and 18-20.

¹⁰¹ A. A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, Vol. III, Porto Alegre/Brazil, S.A. Fabris Ed., 2003, p. 442.

¹⁰² A. A. Cançado Trindade, *El Ejercicio de la Función Judicial Internacional ...*, *op. cit. supra* note 82, pp. 329-330.

¹⁰³ *Ibid.*, pp. 330-332.

l'homme — un droit de protection, qui est orienté vers eux. En accordant aux victimes individuelles le *jus standi*, ou *locus standi in judicio*, dans ce domaine de protection au niveau international, le droit international des droits de l'homme a rétabli la position centrale qu'y occupaient les victimes¹⁰⁰ (même lorsqu'elles se trouvent dans une situation de grande vulnérabilité, voire sont sans défense), et a ainsi établi que, dans le domaine du droit des gens en général, l'individu est un sujet international (qui plus est, un sujet actif).

83. La position centrale qu'occupent les victimes dans le présent domaine de protection attire l'attention sur le besoin pressant d'assurer, dans le cadre de la justice réparatrice, leur *réhabilitation*, compte tenu de leur personnalité dans son intégralité¹⁰¹. La réhabilitation des victimes a des répercussions dans leur milieu social. Elle a une dimension à la fois individuelle et sociale. La justice réparatrice a beaucoup progressé au cours des dernières décennies, en raison de l'évolution du droit international des droits de l'homme, humanisant ainsi le droit des gens. Ces progrès se font à présent sentir également, quoique dans une moindre mesure mais de façon néanmoins rassurante, dans les domaines du droit international humanitaire et du droit international pénal contemporain. La conscience juridique universelle semble au moins s'éveiller à la nécessité d'honorer les victimes de violations des droits de l'homme et de rétablir leur dignité.

84. La réhabilitation des victimes devient cruciale en cas de violations graves de leur droit à l'intégrité personnelle. De fait, une aide médicale et psychologique aux victimes a parfois été prescrite — principalement par la CIADH — comme une forme de réparation, en vue d'assurer leur réhabilitation¹⁰². De telles mesures visaient à permettre aux victimes de surmonter leur extrême vulnérabilité et de recouvrer leur identité et leur intégrité. La réhabilitation des victimes, en atténuant leur souffrance et celle de leurs proches, se répercute dans leur milieu social.

85. Parce qu'elle va à l'encontre de l'apparente indifférence de leur milieu social, la réhabilitation aide les victimes à retrouver l'estime d'elles-mêmes et leur capacité à vivre en harmonie avec les autres. Elle nourrit leur espoir qu'existe un minimum de justice sociale¹⁰³. Dans la pénible lutte que mènent les victimes pour se rétablir de l'injustice de l'humiliation, la réhabilitation contribue à la restructuration de leur psychisme. En tant que forme de réparation, elle a pour but de rétablir en définitive

¹⁰⁰ Voir en ce sens CIADH, affaire *Castillo Petrucci et autres c. Pérou*, arrêt du 4 septembre 1998 (exceptions préliminaires), opinion individuelle de M. le juge Cançado Trindade, par. 5 et 12; CIADH, affaire *Tibi c. Equateur*, arrêt du 7 septembre 2004 (fond et réparations), opinion individuelle de M. le juge Cançado Trindade, par. 16 et 18-20.

¹⁰¹ A. A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. III, Porto Alegre/Brésil, S.A. Fabris Ed., 2003, p. 442.

¹⁰² A. A. Cançado Trindade, *El Ejercicio de la Función Judicial Internacional...*, op. cit. supra note 82, p. 329-330.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 330-332.

in breach of human rights. In sum, rehabilitation restores one's faith in human justice.

X. EPILOGUE: CONCLUDING REFLECTIONS

86. As we have seen in the present separate opinion, reparation and its rationale, in the light of the basic principle of *neminem laedere*, are deeply-rooted in international legal thinking, going back in time to the early beginnings of the law of nations (the *droit des gens*). Consideration of the subject-matter marked presence, as I have pointed out¹⁰⁴, in the writings of de Vitoria, H. Grotius, S. Pufendorf and C. Wolff (as well as in those of A. Gentili, F. Suárez and C. van Bynkershoek), from the sixteenth to the eighteenth centuries. Concern to secure *reparations for damages done to the human person* was present therein, and in a way even antedated their writings, going far back to the fifteenth century, when the term “person” (meaning the physical or moral person) had then been conceptualized¹⁰⁵, as referring to the subject of rights.

87. By then — and certainly by the following time of the insights of de Vitoria in the early sixteenth century, and of Suárez and Grotius in the early seventeenth century (followed by those of Pufendorf in the late seventeenth century, and of Wolff in the eighteenth century) — it had been understood that the human person “embodied” humanity, and a damage done to him/her was a *wrong*, which required reparation. The reductionist outlook which followed (starting with Vattel in the mid-eighteenth century) of an international legal order conformed in pursuance of a strict inter-State conception (in the light of distinct trend of legal positivism) — with individuals subjected to their respective States, as upheld mainly by Hegelian legal philosophy, as from the early nineteenth century, with its personification of the all-powerful sovereign State — with the disastrous consequences which followed, was incapable of removing the human person from the framework of the law of nations, as originally conceived.

88. As a matter of fact, even at the dark time when absolute State sovereignty (devoid of any precise meaning) came to be invoked, also in the ambit of the relations between States and individuals, to attempt to justify, and to cover-up, grave abuses against these latter, there were those who raised their voices to unmask such deception. Examination of this particular point lies beyond the purposes of the present separate

¹⁰⁴ Cf. Section III, paras. 14-21, *supra*.

¹⁰⁵ In ancient times, it may be recalled, the term *person* (the Etruscan *phersu*, the Greek *prôsopon*, the Latin *persona*) meant the mask, in theatrical representation; later on, it came to refer to the character (*personnage*), paving the way for the medieval sense of “person” (the human person), meaning, from the fifteenth century onwards, the physical or moral person, as subject of rights.

l'ordre dans les relations humaines perturbées par les actes de cruauté qui ont été commis en violation des droits de l'homme. En somme, la réhabilitation redonne foi en la justice humaine.

X. ÉPILOGUE: CONCLUSIONS

86. Comme nous l'avons vu dans la présente opinion individuelle, la réparation et sa raison d'être, eu égard au principe fondamental *nemi-nem laedere*, sont profondément ancrées dans la pensée juridique internationale et remontent aux prémices du droit des gens. Ce sujet fut largement évoqué, comme je l'ai souligné¹⁰⁴, dans les écrits de F. Vitoria, H. Grotius, S. Pufendorf et C. Wolff (et dans ceux de A. Gentili, F. Suárez et C. van Bynkershoek), du XVI^e au XVIII^e siècle. Le souci d'assurer la réparation des dommages infligés à la personne humaine y était exprimé et, en quelque sorte, était même antérieur à ces ouvrages et remontait au XV^e siècle, époque à laquelle la notion de « personne » (au sens de personne physique ou morale) fut définie¹⁰⁵ comme faisant référence au sujet des droits.

87. A ce moment-là — et assurément au moment où Vitoria, au début du XVI^e siècle, puis Suárez et Grotius, au début du XVII^e siècle, livrèrent leurs enseignements (suivis de Pufendorf, à la fin du XVII^e siècle, et de Wolff, au XVIII^e siècle) —, on en était venu à comprendre que la personne humaine « incarnait » l'humanité, et que tout dommage qui lui était causé était un *acte illicite* appelant réparation. La perspective réductrice qui se fit jour ultérieurement (à partir de Vattel, au milieu du XVIII^e siècle) d'un ordre juridique international obéissant à une logique strictement interétatique (sous l'influence d'un courant distinct, le positivisme juridique) — les individus étant soumis à leurs Etats respectifs, comme le soutenait principalement, à partir du début du XIX^e siècle, la philosophie juridique hégélienne, qui personnifiait l'Etat souverain tout-puissant —, avec les conséquences désastreuses qui s'ensuivirent, fut incapable d'évincer la personne humaine, telle qu'elle avait initialement été conçue, du cadre du droit des gens.

88. A vrai dire, même à la sinistre époque où l'on invoquait la puissance absolue de l'Etat (sans que cela revête une signification précise) jusque dans le domaine des relations entre Etats et individus pour tenter de justifier, et de masquer, de graves abus commis à l'encontre de ces derniers, d'aucuns élevèrent la voix pour dénoncer pareille supercherie. L'examen de cet aspect particulier ne relève pas de la présente opinion

¹⁰⁴ Voir *supra* section III, par. 14-21.

¹⁰⁵ Je rappellerai que, dans l'Antiquité, le terme *personne* (*phersu* en étrusque, *prôsonon* en grec et *persona* en latin) désignait le masque utilisé dans les représentations théâtrales; plus tard, il fut utilisé pour désigner le personnage, ouvrant ainsi la voie au sens médiéval du mot « personne » (la personne humaine), qui, à partir du XV^e siècle, a désigné la personne physique ou morale, en tant que sujet de droits.

opinion. Suffice it here only to recall that, in the early twentieth century, Léon Duguit, in his philosophical construction of the “*solidarisme de la liberté*”, outlining State obligations vis-à-vis the human person (individually or in groups), denounced the gross abuses perpetrated in the name of State sovereignty as unwarranted tyrannical oppression¹⁰⁶.

89. Throughout the twentieth century, despite so many abuses and successive atrocities victimizing millions of individuals, a trend of humanist thinking flourished, in the writings of Emmanuel Mounier (1905-1950) and Gabriel Marcel (1889-1973), asserting the juridical “*personalism*”, aiming at doing justice to the *individuality of the human person*, to her inner life and the need for transcendence (on the basis of her own experience of life). In a world of violence amidst the misuses of language, there were, thus, also those who succeeded in preserving their lucidity. This and other precious trends of humanist thinking, almost forgotten (surely by the legal profession) in our hectic days, can, in my view, still shed much light towards further development of reparations for moral damages done to the human person.

90. Such reparations for moral damages¹⁰⁷ should not be limited always to awards of reparations on a pecuniary basis only; there are times, depending on the circumstances of the cases, when they call for other forms of (non-pecuniary) reparations (obligations of *doing*, such as satisfaction and rehabilitation of the victims). Be that as it may, I dare to nourish the hope that the day will come when it is properly learned and well-established that the State’s duty to provide reparations for damages it did to individuals is an ineluctable and indispensable one: it cannot, in my understanding, be evaded by an unacceptable, unethical and unfounded invocation of State sovereignty or of State immunity¹⁰⁸.

91. Another lesson we can extract from the present case, unprecedented in this Court’s history, is that the determination of reparations for human rights breaches is not a matter of legal technique only, as the incidence of considerations of equity fully demonstrates. In this respect, also in the previous Judgment of the Court (on the merits, of 30 November 2010) in the present *Diallo* case, I pointed out, in my separate opinion thereon, that the individual concerned is the subject of the right to reparation and its ultimate beneficiary (*I.C.J. Reports 2010 (II)*, pp. 797-801, paras. 200-212), beyond the inter-State dimension (*ibid.*, pp. 802-805, paras. 213-221).

¹⁰⁶ He did so, e.g., in his lucid and thoughtful lectures of 1920-1921, as Visiting Professor at Columbia University; cf. Léon Duguit, *Souveraineté et liberté* [1920-1921], Paris, Ed. La Mémoire du droit, 2002 [reed.], pp. 126-127, 132-134, 150-151 and 202.

¹⁰⁷ Cf. Section VIII, paras. 74-80, *supra*.

¹⁰⁸ Cf., in this sense: case of *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, Judgment, *I.C.J. Reports 2012 (I)*, dissenting opinion of Judge Cançado Trindade, pp. 181-290, paras. 1-316.

individuelle, et je me bornerai donc à rappeler ici que, au début du XX^e siècle, Léon Duguit, dans sa construction philosophique du «solidarisme de la liberté» — qui met en exergue les obligations de l'Etat vis-à-vis de la personne humaine (en tant qu'individu ou que membre d'un groupe) —, a qualifié les graves abus perpétrés au nom de la souveraineté de l'Etat d'oppression tyrannique injustifiée¹⁰⁶.

89. Tout au long du XX^e siècle, en dépit des innombrables abus et atrocités perpétrés à l'encontre de millions d'individus, un courant de pensée humaniste s'est développé, dans les écrits d'Emmanuel Mounier (1905-1950) et de Gabriel Marcel (1889-1973), pour affirmer le «*personnalisme*» juridique, qui vise à rendre justice à l'*individualité de la personne humaine*, à sa vie intérieure, et la nécessité de la transcendance (à partir de sa propre expérience de la vie). Ainsi, dans un monde de violence sur fond d'abus de langage, certains parvinrent malgré tout à conserver leur lucidité. Cette tendance de la pensée humaniste, ainsi que d'autres, presque tombées dans l'oubli à notre époque agitée (et en tout cas assurément chez les juristes), demeurent, à mon sens, d'une aide précieuse pour le développement du régime de réparation des dommages moraux causés à la personne humaine.

90. Or, la réparation des dommages moraux¹⁰⁷ ne devrait pas invariablement se limiter à une indemnisation fondée sur des considérations d'ordre matériel, car les circonstances de l'affaire en cause appellent parfois d'autres formes (immatérielles) de réparation (à savoir, des obligations de *faire*, telles que la satisfaction et la réhabilitation des victimes). Quoi qu'il en soit, j'ose espérer que le jour viendra où le fait qu'il est inéluctable et indispensable que l'Etat ait le devoir de réparer les dommages qu'il a fait subir à des individus sera fermement ancré dans les esprits et bien établi : à mon sens, l'Etat ne saurait échapper à ce devoir en arguant de sa souveraineté ou de son immunité¹⁰⁸, motif tout à la fois inacceptable, infondé et contraire à l'éthique.

91. On peut tirer de la présente affaire, qui est sans précédent dans l'histoire de la Cour, un autre enseignement : la réparation de la violation des droits de l'homme ne se résume pas à la simple application de techniques juridiques, comme le montre amplement l'incidence des considérations d'équité. A cet égard, j'ai également fait observer, dans l'exposé de l'opinion individuelle que j'ai jointe à l'arrêt précédemment rendu par la Cour sur le fond (le 30 novembre 2010) en la présente affaire *Diallo*, que, au-delà de la dimension interétatique (*C.I.J. Recueil 2010 (II)*, p. 802-805, par. 213-221), l'individu concerné est le titulaire du droit à réparation et son bénéficiaire ultime (*ibid.*, p. 797-801, par. 200-212).

¹⁰⁶ Il s'est ainsi exprimé, par exemple, dans les conférences pleines de lucidité et de profondeur qu'il a données en 1920-1921 en tant que professeur invité à l'université Columbia ; voir Léon Duguit, *Souveraineté et liberté* [1920-1921], Paris, Ed. La Mémoire du droit, 2002 (rééd.), p. 126-127, 132-134, 150-151 et 202.

¹⁰⁷ Voir *supra* section VIII, par. 74-80.

¹⁰⁸ Voir en ce sens l'affaire relative aux *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant))*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2012 (I)*, opinion dissidente de M. le juge Cançado Trindade, p. 181-290, par. 1-316.

92. As the Court stated in that Judgment on the merits of 30 November 2010, the *cas d'espèce* concerns breaches of human rights treaties (cf. *supra*). And as I pondered in my earlier separate opinion appended to that Judgment on the merits, the hermeneutics of human rights treaties has put limits to the excesses of State voluntarism (*I.C.J. Reports 2010 (II)*, pp. 755-758, paras. 82-88); it has done so in pursuance of the principle *pro persona humana* (*ibid.*, pp. 758-759, paras. 89-92). In a larger horizon, one is here guided by the principle of humanity (*ibid.*, pp. 759-762, paras. 93-105), in conformity with the *necessary* law of the *societas gentium*, regulating relations in the international community constituted by human beings socially organized in States and co-extensive with humankind (*ibid.*, pp. 762-763, para. 106).

93. As I deemed it fit to add in the aforementioned separate opinion, that necessary law of the *societas gentium* has — pursuant to natural law thinking — “prevailed over the will of individual States”, thus remaining

“respectful of the human person, to the benefit of the common good¹⁰⁹. The precious legacy of natural law thinking, evoking the natural law of the right human reason (*recta ratio*), has never faded away, and this should be stressed time and time again (. . .)” (*Ibid.*).

Furthermore, the old monopoly of States of the titularity of rights at international level can no longer be sustained.

94. The reasserted presence — and a central one — of the individual in the framework of the law of nations has much contributed, as I have sought to demonstrate in the present separate opinion, to the more recent progressive development of international law in respect of reparations for damages ensuing from violations of human rights. With the rescue of the individual as subject of the contemporary *jus gentium*, the centrality of victims in the international protection of human rights is nowadays well-established and beyond question. In the present domain of protection, reparations are due to individual victims, and not to States. The victim-centred outlook has entailed implications for the reparations due, has clarified their forms, has fostered the progressive development of international law in the present domain.

95. The international subjectivity of individuals has had this additional beneficial impact upon contemporary *jus gentium*. The contribution of the case law of the international tribunals of human rights (the IACtHR and the ECHR) bears witness of this. The centrality of victims singles out, in particular, as we have just seen, the relevance, in particular, of reparation of moral damage to individuals, so as to alleviate their suffering, as well as of the rehabilitation of victims. The *realization of justice* is of key importance to the victims, and belongs, in my understanding, to the

¹⁰⁹ A. A. Cançado Trindade, *A Humanização do Direito Internacional*, Belo Horizonte/Brazil, Edit. Del Rey, 2006, pp. 9-14, 172, 318-319, 393 and 408.

92. Ainsi que l'a déclaré la Cour dans cet arrêt sur le fond du 30 novembre 2010, la présente affaire porte sur des violations de traités relatifs aux droits de l'homme (voir *supra*). Or, comme je l'ai exposé dans l'opinion individuelle précitée, l'herméneutique de ces traités a, dans une optique *pro persona humana* (C.I.J. Recueil 2010 (II), p. 758-759, par. 89-92), posé des limites aux excès de la volonté de l'Etat (*ibid.*, p. 755-759, par. 82-88). De façon plus générale, c'est ici le principe d'humanité qui est à l'œuvre (*ibid.*, p. 759-762, par. 93-105), conformément à la nécessaire loi de la *societas gentium*, qui régit les relations dans la communauté internationale constituée par des êtres humains socialement organisés en Etats et qui coïncide avec l'humanité (*ibid.*, p. 762-763, par. 106).

93. Comme j'ai jugé bon de l'ajouter dans cette même opinion individuelle, la nécessaire loi de la *societas gentium* a — sous l'influence de la doctrine jusnaturaliste — «[eu] préséance sur la volonté des Etats individuels», ainsi

«tenus de respecter la personne humaine dans l'intérêt du bien commun¹⁰⁹. Le précieux legs du droit naturel, qui évoque un droit fondé dans la raison humaine juste (*recta ratio*), ne s'est jamais évanoui, et il convient de le souligner sans cesse...» (*Ibid.*).

De surcroît, voir dans l'Etat le titulaire monopolistique des droits au niveau international est une conception surannée devenue indéfendable.

94. La présence réaffirmée de l'individu au cœur même du droit des gens a, comme j'ai tenté de le démontrer dans la présente opinion individuelle, largement contribué aux dernières avancées du droit international en matière de réparation des dommages résultant de violations des droits de l'homme. L'individu ayant été rétabli comme sujet du *jus gentium* contemporain, la position centrale des victimes en matière de protection internationale des droits de l'homme est de nos jours bien établie et n'est plus remise en cause. Dans ce domaine de protection, les réparations sont dues aux victimes individuelles, et non aux Etats. Cette perspective centrée sur les victimes a eu des répercussions sur les réparations dues, elle a contribué à clarifier les formes que celles-ci devaient prendre et a favorisé le développement progressif du droit international en la matière.

95. Le fait que l'individu soit un sujet international a eu cette influence positive supplémentaire sur le *jus gentium* contemporain, comme en témoigne la contribution de la jurisprudence des juridictions internationales garantes des droits de l'homme (CIADH et CEDH). La position centrale des victimes met notamment en exergue, comme nous venons de le voir, l'importance qu'il y a, entre autres, à réparer les dommages moraux subis par les individus, de manière à atténuer leur souffrance, et à réhabiliter les victimes. Il est capital pour les victimes que *justice soit faite*, et pareil objec-

¹⁰⁹ A. A. Cançado Trindade, *A Humanização do Direito Internacional*, Belo Horizonte/Brésil, Edit. Del Rey, 2006, p. 9-14, 172, 318-319, 393 et 408.

domain of *jus cogens*. Without it, the right of access to justice *lato sensu*, there is no legal system at all.

96. The jurisprudential and doctrinal developments that I have cared, and felt obliged, to examine in the present separate opinion, have been made possible in the light of the recognition that the victims, subjects of the right to reparation, are the ones who actually suffered the damage — human beings of flesh and bone, and not their States. It is, furthermore, not to be forgotten that the legal construction on the matter, existing today in international law (but still in its infancy), was transposed to it from the secular experience gathered earlier in domestic legal systems; the recent contribution of international human rights tribunals (the IACtHR and the ECHR) sheds new light into it (cf. *supra*), and develops the aptitude on international law to regulate relations in circumstances such as those of the present *Diallo* case. The traditional and strict inter-State dimension is of little use, if any, here.

97. Furthermore, in modern times, since the dawn of State responsibility, it has become clear that the breach of international law and the compliance with the duty of reparation for damages form an indissoluble whole, which cannot at all be disrupted by undue and irresponsible invocations of State sovereignty or State immunity. The obligation to provide reparation of damages stands as a *fundamental* one, rather than as a “secondary” one. It is an imperative of justice.

98. The resurgence of individuals as subjects of the law of nations (the new *jus gentium*) has entailed other consequences, in addition to that on reparations for damages resulting from human rights violations (*supra*), and related to this latter. It has, for example, called for a reassessment of issues pertaining to international legal procedure. This has been recently reckoned by this Court itself, in its most recent Advisory Opinion (of 1 February 2012) on *Judgment No. 2867 of the Administrative Tribunal of the International Labour Organization upon a Complaint Filed against the International Fund for Agricultural Development*. In my separate opinion appended thereto, I sustained that the international legal personality (and capacity) of individuals, requiring the observance of the basic principle of procedural equality (equality of arms/*égalité des armes*), corresponds to a *necessity* of the international legal order itself in our days (*I.C.J. Reports 2012 (I)*, pp. 52-93, paras. 1-118).

99. Last but not least, I come back to my initial point. Bearing in mind that in the present case the damages were done to an individual (Mr. A. S. Diallo) and not to a State, there is one precision that I deem it fit to make at this final stage in this separate opinion. In the *dispositif* of the present Judgment, the Court fixes the amount of compensation for *non-material* as well as *material* damage “suffered by Mr. Diallo” (resolatory points (1) and (2)). I have concurred with the Court majority’s decision as to a larger amount of compensation for non-material damage, given the particular importance that I attach to reparation for moral damages (cf. *supra*).

tif relève, à mon sens, du *jus cogens*. A défaut d'un tel droit d'accès à la justice *lato sensu*, il n'est tout simplement point de système juridique.

96. Les évolutions jurisprudentielles et doctrinales que j'ai pris soin — et que je me suis senti tenu — d'examiner dans la présente opinion individuelle ont été rendues possibles par la reconnaissance du fait que ce sont les victimes, titulaires du droit à réparation — des êtres humains faits de chair et d'os, et non les Etats dont ils sont ressortissants —, qui ont effectivement subi le dommage. Il convient par ailleurs de ne pas perdre de vue que la construction juridique dans ce domaine, qui existe aujourd'hui en droit international (bien que toujours balbutiante), y a été transposée à partir de l'expérience acquise au cours des siècles dans les systèmes juridiques internes; la contribution récente des juridictions internationales garantes des droits de l'homme (la CIADH et la CEDH) jette un nouvel éclairage en la matière (voir *supra*) et rend le droit international mieux apte à régir les relations dans des circonstances telles que celles de la présente affaire *Diallo*. En l'espèce, la dimension traditionnelle strictement interétatique est de peu d'utilité, voire d'aucune.

97. De surcroît, à l'époque actuelle, depuis l'avènement de la responsabilité de l'Etat, il est devenu évident que la violation du droit international et le respect du devoir de réparer les dommages constituent un tout indissoluble, que l'invocation illégitime et irresponsable de la souveraineté ou de l'immunité de l'Etat ne saurait en aucun cas dissoudre. L'obligation de réparer les dommages est *fondamentale*, et non «secondaire». Elle répond à un impératif de justice.

98. Les conséquences de la résurgence de l'individu en tant que sujet du droit des gens (le nouveau *jus gentium*) se sont fait sentir au-delà du domaine de la réparation des dommages résultant des violations des droits de l'homme (*supra*) ou liés à celles-ci. Cette résurgence a, par exemple, nécessité un réexamen des questions relatives à la procédure juridique internationale. C'est ce que la Cour a elle-même estimé, dans l'avis consultatif qu'elle a très récemment rendu (le 1^{er} février 2012) sur le *Jugement n° 2867 du Tribunal administratif de l'Organisation internationale du Travail sur requête contre le Fonds international de développement agricole*. Dans l'exposé de l'opinion individuelle que j'ai jointe à cet avis, j'ai soutenu que la personnalité (et la capacité) juridique internationale de l'individu, qui exige le respect du principe fondamental de l'égalité des armes, correspond aujourd'hui à une *nécessité* de l'ordre juridique international lui-même (*C.I.J. Recueil 2012 (I)*, p. 52-93, par. 1-118).

99. Enfin, et surtout, j'en reviens au point de départ de mon raisonnement. Compte tenu du fait que, dans la présente affaire, c'est un individu (M. A. S. Diallo), et non un Etat, qui a subi les dommages, il me semble utile d'apporter une précision à ce stade final de la présente opinion individuelle. Dans le dispositif du présent arrêt, la Cour a fixé le montant de l'indemnité due pour les préjudices *immatériel* et *matériel* «subi[s] par M. Diallo» (points 1 et 2 du dispositif). Etant donné l'importance particulière que j'attache à la réparation des dommages moraux (voir *supra*), j'ai souscrit à la décision de la majorité de la Cour tendant à ce qu'un montant d'indemnité plus important soit accordé au titre du dommage immatériel.

100. Although the amounts of compensation are formally due from the Democratic Republic of the Congo (as respondent State in the *cas d'espèce*) to Guinea (as complainant State in the present case), the ultimate subject (*titulaire*) of the right to reparation and its beneficiary is Mr. A. S. Diallo, the individual who suffered the damages. The amounts of compensation have been determined by the Court to *his benefit*. This is the proper meaning, as I perceive it, of resolutive points (1) and (2) of the *dispositif* of the present Judgment, in combination with paragraph 57 of the reasoning of the Court.

101. This understanding is well in accordance with the basic postulates of the international law of human rights (the applicable law in the present case), and bears witness of the international legal personality of the individual as subject of contemporary international law. This is clearly so, even if, out of a surpassed dogmatism, individuals remain deprived of their international legal capacity, of their *locus standi in judicio*, that would otherwise have enabled them — as it should happen, in the light of all the aforementioned — to appear directly in legal proceedings before this Court.

(Signed) Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE.

100. Bien que, officiellement, les montants d'indemnité soient dus par la République démocratique du Congo (en tant qu'Etat défendeur en l'espèce) à la République de Guinée (en tant qu'Etat demandeur en l'espèce), le titulaire ultime du droit à réparation, et son bénéficiaire, est M. A. S. Diallo, à savoir la personne qui a subi les dommages. Le montant des différentes composantes de l'indemnité a été fixé par la Cour *en faveur de celui-ci*. Tel est, selon moi, le véritable sens des points 1 et 2 du dispositif du présent arrêt, lus à la lumière du paragraphe 57 des motifs de la Cour.

101. Cette interprétation est parfaitement conforme aux postulats fondamentaux sur lesquels repose le droit international des droits de l'homme (qui est le droit applicable dans la présente affaire), et elle met en évidence la personnalité juridique internationale de l'individu en tant que sujet du droit international contemporain. Il en est manifestement ainsi même si, par l'effet d'un excès de dogmatisme, l'individu demeure privé de la capacité juridique internationale, du *locus standi in judicio*, qui lui aurait sinon permis — comme cela devrait être le cas, au vu de tout ce qui précède — de comparaître directement devant cette Cour.

(Signé) Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE.
