

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

Objet et cause du différend : ambiguïté et amalgame entre le mauvais traitement d'un ressortissant guinéen et les créances de sociétés congolaises — Nécessité de percer « le cœur du différend » — Protection des droits de sociétés congolaises et protection d'un national par substitution aux sociétés — Exigence de l'existence d'un différend interétatique et nouveauté de certaines réclamations et défaut de notification — Inexistence de différend international pour une partie de la requête dans l'espèce jugée — Identité et continuité dans le temps entre l'objet des réclamations internes et des réclamations internationales — Différence et discontinuité des réclamations dans la présente affaire — Droits propres d'actionnaire — Les prétendus faits internationalement illicites doivent avoir été dirigés directement contre les droits propres de l'actionnaire en tant que tels — Epuisement des voies de recours internes et nouveauté des réclamations.

J'ai globalement voté avec la majorité de la Cour, notamment en faveur du dispositif conclusif de l'arrêt qui déclare la requête de la Guinée recevable mais seulement dans les limites claires indiquées par l'arrêt de la Cour; toutefois, j'ai maintenu mes formelles réserves dont j'ai fait état à la Cour sur un certain nombre de points. J'aimerais expliquer ce vote favorable au dispositif principal et surtout l'objet de mes réserves sur ces autres aspects.

La Cour elle-même le confirme dans son arrêt, la vérité est que l'affaire a été présentée sous les plus mauvais auspices, l'objet de la requête formulé d'une manière ambiguë, tandis que les Parties sont demeurées dans une sorte de dialogue de sourds et ont eu tout au long de la procédure un comportement contradictoire; cela a amené la Cour à préciser plus d'une fois qu'elle a été obligée d'adapter son raisonnement et sa démarche à la manière dont les Parties avaient présenté les faits ainsi que leurs moyens de droit. Il en a résulté un flottement qui a, à mon avis, lourdement affecté le raisonnement mais aussi l'opinion de la Cour sur différents points de fait et de droit rencontrés dans l'espèce.

1. LA PREMIÈRE EXCEPTION CONGOLAISE

Qualité de la requête : ambiguïté et amalgame

Aussi bien dans ses écritures qu'au cours des plaidoiries, la Guinée prétend fonder son droit d'exercer la protection diplomatique sur deux niveaux, celui des droits de la personne du ressortissant guinéen M. Diallo, et celui de la protection de son ressortissant actionnaire au sein de sociétés congolaises. Mais le premier volet de l'action guinéenne est présenté

SEPARATE OPINION OF JUDGE *AD HOC* MAMPUYA

[Translation]

Subject and underlying cause of the dispute: ambiguity and conflation of mistreatment of a Guinean national and debts owed to Congolese companies — Need to go to the “heart of the dispute” — Protection of the rights of Congolese companies and protection of a national by way of substitution for the companies — Requirement of the existence of a dispute between States; novelty of certain claims and lack of notification — Non-existence of an international dispute in respect of part of the Application here ruled on — Identity and continuity in time of the subject of the domestic claims and the international claims — Dissimilarity and discontinuity of the claims in the present case — Direct rights of a shareholder — Alleged internationally wrongful acts must have been aimed directly at the direct rights of the shareholder as such — Exhaustion of local remedies and novelty of the claims.

I have voted on the whole with the majority of the Court, in particular in favour of that part of the *dispositif* declaring Guinea’s Application to be admissible but only within the clear limits laid down in the Court’s Judgment. I do however maintain the formal reservations which I expressed to the Court on a number of points. I should like to explain my vote in favour of the main operative provision and, more importantly, the subject of my reservations as to other aspects.

As the Court itself affirms in the Judgment, the fact is that the way in which the case has been presented to it does not bode well, the subject-matter of the Application was ambiguously defined, the Parties have remained locked in a dialogue of the deaf, as it were, and each has taken inconsistent positions during the proceedings. This has prompted the Court to make clear more than once that it has been forced to tailor its reasoning and approach to the way in which the Parties have presented the facts and their legal arguments. Inconstancy has resulted and this, in my opinion, has seriously impaired both the Court’s reasoning and its decisions on various issues of fact and law raised in the present case.

1. THE CONGO’S FIRST OBJECTION

Quality of the Application: Ambiguity and Conflation

In both its written pleadings and oral argument, Guinea sought to found its right to exercise diplomatic protection on two bases: the individual rights of Mr. Diallo, a Guinean national; and protection of a Guinean national as shareholder in Congolese companies. But the first basis for Guinea’s action is presented as closely linked to the subject, as

en un lien très intime avec l'objet du différend et de la requête tel que l'interprète la Guinée devant la Cour, en rapport avec les mauvais traitements qu'aurait subis son ressortissant de la part des autorités congolaises, tandis que la protection de l'actionnaire est envisagée par le demandeur sur la base des «droits propres» d'actionnaire et sur celle, particulière et directement liée aux créances de deux sociétés, de la substitution de l'actionnaire à ces deux sociétés congolaises dont il serait l'actionnaire principal.

Je ne dois pas avoir réussi à faire adopter la thèse selon laquelle, toutefois, ces trois statuts différents (droits individuels, droits d'actionnaire et substitution) ont, à travers la protection des droits de deux sociétés, Africom-Zaïre et Africontainers-Zaïre, un arrière-fond omniprésent qui, dans la présentation des faits et dans les conclusions du demandeur, prend le dessus sur les droits propres du ressortissant guinéen. Il me semblait que la Cour dût procéder à un nécessaire éclairage sur l'objet réel du différend qui lui était soumis, la confusion et l'amalgame constamment entretenus par le demandeur dans toutes ses écritures comme dans ses plaidoiries ayant couvert d'un voile et présenté dans des conditions de doute le véritable objet de l'instance, voguant continuellement entre le mauvais traitement d'un ressortissant guinéen et les créances de sociétés congolaises. Une telle démarche eût eu le mérite de vérifier et de dire que la requête guinéenne portait sur un objet principal, les droits et les créances des deux sociétés contrôlées par M. Diallo dont le sort aurait pu affecter les autres objets, à vrai dire secondaires ou subsidiaires dans la démarche du demandeur lui-même. Ce constat m'a semblé important, car il est le seul à expliquer pourquoi la République démocratique du Congo (RDC) fonde sa première exception préliminaire de défaut de qualité de la Guinée par le fait que «sa requête» vise «essentiellement à obtenir la réparation pour des dommages résultant de la violation de droits des sociétés qui ne possèdent pas sa nationalité», c'est-à-dire le non-paiement des créances dues à ces deux sociétés de nationalité congolaise. Tout le malaise ressenti par la Cour s'explique par ce passage continu de ces prétendues violations des droits des sociétés à celles des droits de M. Diallo, tandis que le malentendu et le flottement ont constamment persisté, en particulier dans le fait qu'en relation avec l'exception de non-épuisement des recours internes les deux Parties n'ont argumenté qu'à propos des voies de recours exercées par les sociétés devant les juridictions congolaises.

Certes, on ne peut contester à un Etat partie à un différend le droit de modifier, même jusqu'au dépôt des dernières conclusions à l'issue de la phase orale, la présentation qu'il fait du différend et de ses prétentions auprès des juridictions afin de mieux soutenir sa cause.

Mais dans le cas de la Guinée, nous avons deux requêtes, et tout au long de la procédure le demandeur n'a cessé de passer de l'une à l'autre ou encore d'en amalgamer le contenu. La première requête est, telle que le Greffe de la Cour en a fait notification aux membres le 7 octobre 1998, datée du 23 septembre 1998, référencée n° 1794/MAE/DAJC/98, transmise par une lettre du 21 août 1998 (n° 1579/MAE/DAJC) qui a pour

Guinea sees it and describes it to the Court, of the dispute and of the Application, and as relating to the mistreatment allegedly inflicted by Congolese authorities on its national, while Guinea approaches the question of shareholder protection from the perspective of a shareholder's "direct rights" and from the specific perspective, directly linked to the debts owed to the two companies, of substitution of the shareholder for the two Congolese companies in which he is said to be the main shareholder.

I was apparently unsuccessful in advocating the view that the ever-present background to these three different bases for action (individual rights, shareholder rights and substitution) is the protection of the rights of two companies, Africom-Zaire and Africontainers-Zaire, and that it prevails over the Guinean national's direct rights in the Applicant's presentation of the facts and its submissions. In my opinion, the Court should have brought to light the real subject of the dispute before it, as the Applicant, constantly switching back and forth between mistreatment of a Guinean national and claims held by Congolese companies, offered at every turn in its written and oral arguments a confused amalgam sowing doubt and obscuring the true subject. The virtue in doing so would have lain in the ascertainment and finding that Guinea's Application had a primary subject, the rights and claims of the two companies controlled by Mr. Diallo, the outcome of which could affect other subjects, in reality secondary or subsidiary for the Applicant itself. To me, this realization appeared important, because it alone explains why the Democratic Republic of the Congo (DRC) based its first preliminary objection as to Guinea's lack of standing on the fact that "its Application" seeks "essentially to secure reparation for injury suffered on account of the alleged violation of rights of companies not possessing its nationality", i.e., for the non-payment of debts owed to the two Congolese companies. The uneasiness felt by the Court can be explained by the constant shifting between these alleged violations of the companies' rights and violations of Mr. Diallo's rights, and the misunderstanding and loose thinking prevailed throughout, as evidenced specifically by the fact that, in arguing the objection based on failure to exhaust local remedies, the Parties discussed only the remedies pursued by the companies in Congolese courts.

Granted, a State party to a dispute is undeniably entitled, even as late as in its final submissions at the conclusion of the oral phase, to change the way it presents the dispute and its claims in order to make a better case.

But in the instance of Guinea we have two Applications and throughout the proceedings the Applicant kept jumping back and forth between them and even conflating them. The first Application, dated 23 September 1998 and forwarded to Members of the Court by the Registry on 7 October 1998, bore the reference No. 1794/MAE/DAJC/98, and was transmitted by letter dated 21 August 1998 (No. 1579/MAE/DAJC)

objet «Requête au paiement contre le Gouvernement de la République démocratique du Congo»

«relative au paiement des créances dues à M. Ahmadou Sadio Diallo, un ressortissant guinéen installé depuis plus de trois décennies dans ce pays et qui, pour avoir réclamé le paiement de ses créances dues par l'Etat et des sociétés installées au Zaïre, a été emprisonné durant deux mois et quinze jours et expulsé du Congo en 1996».

La requête elle-même précise, quant à elle, en guise d'objet de la requête, que le ressortissant guinéen était expulsé et

«dépouillé par cette expulsion illégale et arbitraire de ses avoirs bancaires, mobiliers et immobiliers, des retombées de ses entreprises ainsi que de ses nombreuses créances vis-à-vis de l'Etat lui-même et de nombreuses sociétés privées installées sur son territoire» (requête du 23 septembre 1998, p. 2; les italiques sont de moi).

Suivaient, rattachées à la requête, des «notes préliminaires» exposant des éléments de fait et de droit, ainsi qu'un jeu de pièces diverses (voir la lettre d'accusé de réception et celle de transmission de documents du Greffe de la Cour en date du 28 septembre). Dans ses conclusions présentées dans cette requête, la Guinée demandait à la Cour de déclarer la recevabilité de la requête et, quant au fond, d'ordonner à la RDC la présentation des excuses officielles et publiques à la Guinée, de constater le caractère certain, liquide et exigible des créances, de constater que «ces créances doivent être endossées par l'Etat congolais», de condamner la RDC à verser des sommes d'argent représentant les préjudices financiers subis par M. Diallo, les dommages-intérêts de 15%, ainsi que les intérêts bancaires et moratoires de 15% (pour les sommes en dollars américains) et 26% (pour les sommes en zaïres, la monnaie nationale zaïroise alors en circulation).

Pour fonder la recevabilité de cette requête, dans la deuxième partie de ses «notes préliminaires» consacrée aux éléments de droit, la Guinée crut suffisant de n'évoquer, en vertu de l'article 93, paragraphe 1, de la Charte de l'Organisation des Nations Unies, que sa qualité de Membre des Nations Unies et *ipso facto* partie au Statut de la Cour, ainsi que l'article 35 du Statut de la Cour qui stipule que «[l]a Cour est ouverte aux Etats parties au présent Statut». La Guinée n'ayant indiqué aucune base de la compétence de la Cour en cette espèce, le greffier l'invita à «bien vouloir [lui] faire savoir dans les meilleurs délais ce qu'il en est», conformément au paragraphe 2 de l'article 38 du Règlement de la Cour (accusé de réception du Greffe en date du 28 septembre 1998).

Il n'était pas inutile, pour comprendre les confusions que je relève ici, d'évoquer ces circonstances brouillées et emmêlées du dépôt de la requête guinéenne. Le premier fait est qu'à ces dates la Guinée n'avait pas encore souscrit la déclaration d'acceptation de la compétence de la Cour, la RDC l'ayant fait, quant à elle, le 6 février 1989. Cela explique l'invitation

regarding “Application for *payment filed against the Government of the Democratic Republic of the Congo*”

“concerning the payment of sums due to Mr. Ahmadou Sadio Diallo, a Guinean national resident for over 30 years in the Congo, who, in 1996, as a result of having claimed payment of sums owed to him by the State and by various companies established in Zaire, was imprisoned for two months and fifteen days and then unjustly expelled from the Congo”.

The Application itself states, as its object, that the Guinean national was expelled and,

“by this unlawful and arbitrary expulsion, was divested of his bank accounts, his moveable and immovable property, the benefits deriving from his businesses *and of the numerous sums owed to him by the State itself and by a large number of private companies established on that State’s territory*” (Application of 23 September 1998, p. 2; emphasis added).

Annexed to the Application were “Preliminary Notes” setting out points of fact and law, together with various documents (see the letter acknowledging receipt and the letter transmitting documents from the Registry of the Court dated 28 September). In the submissions in this Application, Guinea requested the Court to declare the Application admissible and, on the merits: to order the DRC to make an official public apology to Guinea; to find that the sums claimed were certain, liquidated and legally due; to find that “the Congolese State must assume responsibility for the payment of these debts”; and to order the DRC to make payment in amounts representing financial losses suffered by Mr. Diallo, damages at the rate of 15 per cent and bank and moratory interest at rates of 15 per cent (on amounts denominated in United States dollars) and 26 per cent (on amounts denominated in zaires, Zaire’s national currency at the time).

To justify the admissibility of the Application in Part Two of its “Preliminary Notes”, which was devoted to legal arguments, Guinea thought it need only cite: its status as a Member of the United Nations and, *ipso facto*, as a party to the Statute of the Court pursuant to Article 93, paragraph 1, of the United Nations Charter; and Article 35 of the Statute of the Court, providing “The Court shall be open to the States parties to the present Statute.” As Guinea failed to state any basis for the Court’s jurisdiction in the case, the Registrar asked Guinea to “be good enough to inform [him] as soon as possible of [its] position in this regard”, in accordance with Article 38, paragraph 2, of the Rules of Court (acknowledgment of receipt by the Registry dated 28 September 1998).

For an understanding of the confusion to which I am referring, it was helpful to describe the cloudy and muddled circumstances surrounding the filing of Guinea’s Application. The first fact is that Guinea at those dates had not yet made a declaration recognizing the Court’s jurisdiction. The DRC, for its part, had done so on 6 February 1989. This explains

faite par le Greffe d'indiquer la base de la compétence de la Cour en l'affaire dont elle était saisie. Mais cela explique aussi qu'au lieu d'indiquer cette base, alors inexistante, la Guinée dut déposer une autre requête datée du 23 décembre 1998 (n° 2290/MAE/CAB/98, lettre de transmission n° 2289/MAE/CAB/98), non sans avoir pris soin de signer et de déposer dans la précipitation, le 11 novembre 1998, la déclaration du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut de la Cour qui manquait en août et septembre 1998.

Nous avons, en cette requête du 23 décembre, une véritable «nouvelle requête», même si la Cour n'avait autorisé aucun acte de procédure sur la base de la requête irrégulière du 23 septembre, sans pourtant l'avoir rejetée. Cette dernière requête est vraiment «nouvelle», même si le mémoire fait un amalgame révélateur, se référant à la requête introduite par la lettre du 21 août et «reçue au Greffe de la Cour le 25 septembre suivant», parle d'une requête qui «a été régularisée le 28 décembre 1998» (mémoire de la Guinée, par. 1.3). Comme nous allons le voir, en fait, il ne s'était agi que d'une régularisation. La requête du 23 décembre fait appel à d'autres moyens de droit : elle a pour objet «Requête aux fins de protection diplomatique»; elle précise l'objet du «différend», qui serait que M. Diallo était «incarcéré», «spolié de ses importants investissements, entreprises et avoirs mobiliers, immobiliers et bancaires» et puis «expulsé» alors qu'il poursuivait le recouvrement d'importantes créances de ses entreprises. Cette nouvelle requête fournit une précision toute nouvelle, importante, selon laquelle la Guinée s'adresse à la Cour «après de vaines tentatives de règlement amiable»; cette précision est reprise dans le mémoire, qui évoque «plusieurs démarches diplomatiques» tentées en vain «pour obtenir du Zaïre, ... qu'il fasse droit aux demandes en réparation de M. Diallo, injustement réduit à l'indigence la plus totale» (mémoire de la Guinée, par. 1.2); elle se termine en concluant que la Guinée est fondée à agir contre la RDC qui

«a violé ... de grands principes du droit international: le principe du traitement des étrangers selon «le standard minimum de civilisation», l'obligation de respect de la liberté et de la propriété des étrangers, la reconnaissance aux étrangers incriminés du droit à un jugement équitable et contradictoire rendu par une juridiction impartiale» (*ibid.*).

Le problème n'est pas celui de l'irrégularité d'une requête unilatérale dont la Cour n'a pas tenu compte parce que non fondée sur une déclaration d'acceptation de la compétence de la Cour ni sur une quelconque clause compromissoire, ni même, selon l'article 38, paragraphe 5 du Règlement de la Cour, sur un consentement postérieur du défendeur. D'autant plus que, notifiée dès le 28 septembre 1998, la RDC, qui aurait pu se prévaloir de ce défaut de base de la compétence de la Cour pour s'opposer à toute instance devant la Cour, n'avait pas réagi négativement à la requête guinéenne, sans doute pour des raisons certes compréhensibles.

why the Registry requested an indication of the basis for the Court's jurisdiction in the case being referred to it. But this also explains why Guinea, instead of asserting a jurisdictional basis which did not exist at the time, filed another Application, this one dated 23 December 1998 (No. 2290/MAE/CAB/98, transmittal letter No. 2289/MAE/CAB/98), after having rushed to sign and file, on 11 November 1998, a declaration under Article 36, paragraph 2, of the Statute of the Court, no such declaration having existed in August and September 1998.

The Application of 23 December is indeed a "new Application"; while the Court did not dismiss the defective Application of 23 September, it did not authorize any procedural action pursuant to it. The later Application is genuinely "new", even though the Memorial revealingly conflates the two, describing the Application submitted by means of the letter of 21 August and "received in the Registry of the Court the following 25 September" as having been "put into proper form on 28 December 1998" (Memorial of Guinea, para. 1.3). As we shall see, the truth is that this did not involve merely putting the document into proper form. The 23 December Application relies on different legal grounds: it is an "Application for purposes of diplomatic protection"; it specifies the subject of the "dispute", which is claimed to be that Mr. Diallo was "imprisoned", "despoiled of his sizable investments, businesses, movable and immovable property and bank accounts" and then "expelled" at a time when he was seeking to collect significant sums owed to his companies. The second Application adds the entirely new and important point that Guinea is turning to the Court "[a]fter vain attempts to arrive at an out-of-court settlement", a point repeated in the Memorial, which refers to "several fruitless diplomatic initiatives aimed at inducing Zaire . . . to accede to requests for compensation made by Mr. Diallo, who had been unjustly reduced to total penury" (Memorial of Guinea, para. 1.2). The Application concludes with the assertion that Guinea is entitled to institute proceedings against the DRC, which

"has violated certain major principles of international law . . . : the principle that foreign nationals should be treated in accordance with a minimum standard of civilization, the obligation to respect the freedom and property of foreign nationals, the right of foreign nationals accused of an offence to a fair trial on adversarial principles by an impartial court" (*ibid.*).

The problem is not that of a flawed unilateral Application which the Court disregarded because it was not founded on a declaration recognizing the Court's jurisdiction, a compromissory clause or even the Respondent's subsequent consent under Article 38, paragraph 5, of the Rules of Court. This is all the more evident since the DRC, which had been notified on 28 September 1998 and could have relied on the lack of basis for the Court's jurisdiction to challenge any proceedings before the Court, did not react adversely to Guinea's Application; this was undoubtedly for easily understood reasons — aggression having led to nearly five mil-

sibles d'une agression qui a provoqué la mort de près de cinq millions de Congolais et un profond climat d'insécurité en sept ans, mais qui n'ont aucune pertinence ici. Le problème n'est pas non plus que la Guinée ait subrepticement reconnu après coup la compétence de la Cour.

Certes, aussi, dans cette nouvelle démarche, la Guinée a laborieusement tenté de découpler sa requête des créances des sociétés contrôlées par M. Diallo, en affirmant dans son mémoire, «pour lever d'emblée toute ambiguïté», «qu'elle prend fait et cause pour l'un de ses nationaux, et agit pour faire respecter les *droits propres* de celui-ci *en tant que personne et en tant qu'actionnaire et dirigeant des sociétés...*» (mémoire de la Guinée, par. 1.12; les italiques sont de moi), et que «M. Diallo est privé de *ses droits d'actionnaire*» (mémoire de la Guinée, par. 1.13; les italiques sont de moi), ajoutant dans ses observations sur les exceptions préliminaires de la RDC que «la République de Guinée ne prétend exercer sa protection diplomatique qu'à l'égard de son ressortissant, M. Sadio Diallo, en ses diverses qualités» (observations de la Guinée, par. 0.10). Mais on se rend compte que l'objet de la première requête, «au *paiement contre le Gouvernement de la République démocratique du Congo*», «*relative au paiement des créances dues à M. Ahmadou Sadio Diallo*», demeure la toile de fond constante de toutes les démarches ultérieures du demandeur, au point de, parfois, submerger le détachement affecté dans quelques-unes de ses assertions. On ne peut apprécier une telle démarche, même et surtout aux fins de la recevabilité de la requête, en faisant abstraction de l'objet réel du différend. La Cour ne peut pas se contenter des assertions tactiques des Parties jouant avec elle au chat et à la souris; elle se doit de percer le voile et découvrir le vrai différend dissimulé derrière.

Dans cette perspective, d'une part, le non-paiement des créances apparaît très clairement comme le cœur du différend mais aussi de la requête, dès les premières lignes des «notes préliminaires» accompagnant la requête de la Guinée, donc pour l'explicitier et l'éclairer, les mêmes que celles qui avaient été attachées à la requête irrégulière de septembre 1998. On y voit dès le début, présentés en première partie comme «éléments de fait» (du différend), non seulement le capital de l'une des sociétés de M. Diallo, mais aussi et surtout l'alignement de ses nombreuses créances, créances contre l'Etat congolais (A) et créances contractuelles (B), dont les longs détails couvrent toute cette première partie. D'autre part, dans la deuxième partie de la requête ayant pour objet «les éléments de droit», on peut lire au point III (le bien-fondé de la protection diplomatique) «[a]ttendu que la Guinée *le protège de même que les sociétés qu'il a créées* et qui lui appartiennent» (mémoire accompagnant la requête, p. 32; les italiques sont de moi). Tout comme, malgré les précautions prises, le mémoire de la Guinée n'a pas pu éviter d'insister de nouveau sur les créances, tentant d'assimiler le recouvrement de ces créances à un droit d'actionnaire, lorsque, au point 1.16, il remarque que, «en particulier, M. Diallo se trouve dans l'incapacité de *recouvrer les créances considérables qu'il possède*» (les italiques sont de moi), mais nous savons que ce sont les créances des deux sociétés congolaises.

lion Congolese deaths and seven years of rampant violence — but they are of little relevance here. Nor is the problem Guinea's surreptitious, after-the-fact recognition of the Court's jurisdiction.

It is also true that Guinea strove in its new approach to dissociate its Application from the debts owed to the companies controlled by Mr. Diallo. It stated in its Memorial “[i]n order to dispel all ambiguity from the outset” that “it is taking up the cause of one of its nationals, and is acting to enforce his *direct rights as an individual and as shareholder and managing director of companies*” (Memorial of Guinea, para. 1.12; emphasis added) and that “Mr. Diallo has been deprived of his *rights as a shareholder*” (Memorial of Guinea, para. 1.13; emphasis added), adding in its Observations on the DRC's Preliminary Objections that “the Republic of Guinea is only seeking to exercise its diplomatic protection in respect of its national, Mr. Ahmadou Sadio Diallo, in his various capacities” (Observations of Guinea, para. 0.10). But it becomes clear that the object of the first Application, “for *payment filed against the Government of the Democratic Republic of the Congo*” “concerning *payment of sums due to Mr. Ahmadou Sadio Diallo*”, remains the ever-present background to all the Applicant's subsequent actions, sometimes even eclipsing the detachment feigned in a number of its assertions. The true subject of the dispute cannot be ignored in assessing the Applicant's case, even and especially in determining the admissibility of the Application. The Court cannot content itself with tactical assertions made by the Parties playing cat and mouse with it; it is duty-bound to pierce the veil and bring to light the real dispute lying concealed behind it.

From this viewpoint, non-payment of the debts clearly emerges as the heart not only of the dispute but also of the Application, as can be seen in the opening lines of the “Preliminary Notes” annexed to Guinea's Application to expound and clarify it; these same notes had been attached to the defective Application submitted in September 1998. At the beginning, among the “facts” (of the dispute) presented in Part One, we find not only a statement of the capital in one of Mr. Diallo's companies but also, and more importantly, a list of the numerous claims held by it (claims against the Congolese State (Section A) and contractual claims (Section B)), the extensive details of which take up all of Part One. Further, it is stated in Section III (“The Right to Diplomatic Protection”) of Part Two of the Application, devoted to “The Law”: “Whereas Guinea is *his protector, and also the protector of the companies which he founded and owns.*” (Memorial accompanying the Application, p. 33; emphasis added.) Likewise, despite the precautions taken, Guinea in its Memorial could not help laying further stress on the debts, seeking to treat their recovery as a right of the shareholder, as seen in its comment in paragraph 1.16: “In particular, Mr. Diallo is unable to *recover the substantial debts owed to him.*” (Emphasis added.) However, as we know, these are owed to the two Congolese companies.

Par ailleurs, l'exposé des faits n'était nulle part l'expulsion de M. Diallo, celle-ci n'apparaissant que brièvement, paradoxalement dans les «garanties légales des créances», le point II de la deuxième partie sur les éléments de droit, et assez longuement dans le point III «du bien-fondé de la protection diplomatique», sous forme de la violation des conventions relatives aux droits des étrangers, alors que les conclusions de la requête sont les mêmes qu'en septembre et, évidemment, s'intéressent exclusivement aux créances. Le flou est d'autant plus artistique que la requête datée du 25 septembre 1998 n'a pas été retirée ni remplacée par une autre mais simplement «régularisée le 28 décembre 1998» (mémoire de la Guinée, par. 1.3), «en fonction des *recommandations de forme* [que le greffier de la Cour avait bien voulu lui faire]» (c'est ce que note la lettre de transmission du ministre guinéen des affaires étrangères, en date du 23 décembre; les italiques sont de moi). Nous savons que la régularisation porte uniquement sur l'indication de la base de la compétence de la Cour et celle de l'agent du demandeur, ainsi que le lui avait conseillé le greffier de la Cour en sa lettre du 28 septembre 1998, tandis que, concrètement, la requête du 23 décembre conserve les mêmes motivations et les mêmes prétentions que celles du 23 septembre, dont l'objet était si clairement le recouvrement des créances.

De fait, après avoir indiqué

«[q]u'au total, la réparation due à la Guinée devant couvrir tout le préjudice matériel et moral devra porter sur la perte subie (*damnum emergens*) et sur le manque à gagner (*lucrum cessans*) sans oublier les intérêts sur les sommes allouées à raison des délais entre la survenance du préjudice et sa réparation effective» (requête, p. 36),

le demandeur, ayant ainsi précisé que «le préjudice» réside dans ces «sommes» représentant le *damnum emergens*, le *lucrum cessans* et les intérêts, conclut:

«PAR CES MOTIFS:

En la forme: Recevoir la présente requête.

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

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

.....

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

Moreover, the statement of facts provides no explanation as to Mr. Diallo’s expulsion, which, strangely, is only referred to briefly in the section on “The Statutory Guarantees of the Debts” under Section II in Part Two on the law and at considerable length under Section III, “The Right to Diplomatic Protection”, in connection with a violation of the conventions governing the rights of aliens; furthermore, the submissions in the Application are the same as those made the previous September and obviously concern the debts alone. The lack of clarity is especially calculated, since the Application dated 25 September 1998 was neither withdrawn nor superseded by another but merely “put into proper form on 28 December 1998” (Memorial of Guinea, para. 1.3) “in the light of the *formal recommendations* [made by the Registrar of the Court]” (as stated in the transmittal letter of 23 December from the Guinean Minister for Foreign Affairs; emphasis added). It is a fact that the only changes made to correct the defective Application consisted of stating the basis for the Court’s jurisdiction and the name of the Agent of the Applicant, as the Registrar of the Court had advised the Applicant to do in his letter of 28 September 1998; substantively, the Application of 23 December repeated the same reasoning and same claims as those of 23 September, which so clearly aimed at recovering the debts.

Thus, after stating:

“[w]hereas in total, given that the compensation due to Guinea should cover all of the damage, both material and moral, it should include not only losses actually suffered (*damnum emergens*) but also loss of profits (*lucrum cessans*), together with interest on the amounts awarded, calculated by reference to the length of time elapsed between occurrence of the injury and its effective reparation” (Application, p. 37),

the Applicant, having thereby made clear that “the damage” lay in these “amounts” corresponding to *damnum emergens*, *lucrum cessans* and interest, asked the Court:

“FOR THESE REASONS:

As to the form: To admit the present Application.

As to the merits: To order the authorities of the Democratic Republic of the Congo to make an official public apology to the State of Guinea for the numerous wrongs done to it in the person of its national Ahmadou Sadio Diallo;

To find that the sums claimed are certain, liquidated and legally due;

.....

To order the Congolese State to pay to the State of Guinea on behalf of its national Ahmadou Sadio Diallo the sums of US\$31,334,685,888.45 and Z14,207,082,872.7 in respect of the financial loss suffered by him;

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

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

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

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

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

Mettre les frais et dépens de la présente procédure à la charge de l'Etat congolais.» (Requête, p. 36; les italiques sont dans l'original.)

De même, dans les conclusions présentées dans son mémoire, la Guinée montre que ces créances sont le véritable objet du différend et de la requête. Elle dit que

«en le privant de l'exercice de ses droits de propriété et de direction des sociétés qu'il a fondées en RDC, en l'empêchant de poursuivre le recouvrement des nombreuses créances qui *lui* sont dues, *à lui-même et auxdites sociétés*, ... en ne s'acquittant pas de ses propres *dettes envers lui et envers ses sociétés*, la République démocratique du Congo a commis des faits internationalement illicites qui engagent sa responsabilité envers la République de Guinée» (mémoire de la Guinée, par. 5.1.1; les italiques sont de moi).

Réclamant une réparation due sous forme d'indemnisation que, contrairement à la requête, le mémoire, comme c'est sans doute le droit de la Guinée, n'évalue plus, l'Etat demandeur ajoute néanmoins que l'indemnisation doit couvrir «l'ensemble des dommages causés ... y compris le *manque à gagner*, et [doit] comprendre les *intérêts*» (mémoire de la Guinée, par. 5.1, 1-3; les italiques sont de moi).

A la suite de ces conclusions, la Guinée, par un élément supplémentaire, confirme que le contentieux commercial portant sur les créances des sociétés Africom et Africontainers est bien le véritable objet du différend:

«La République de Guinée prie en outre la Cour de bien vouloir l'autoriser à présenter une *évaluation du montant* de l'indemnité qui lui est due à ce titre ... dans une phase ultérieure de la procédure au cas où les deux Parties ne pourraient s'accorder sur son montant dans un délai de six mois suivant le prononcé de l'arrêt.» (Mémoire de la Guinée, par. 5.2; les italiques sont de moi.)

To pay also to the State of Guinea damages equal to 15 per cent of the principal award, that is to say US \$4,700,202,883.26 and Z 2,131,062,430.9;

To award to the applicant State bank and moratory interest at respective annual rates of 15 per cent and 26 per cent from the end of the year 1995 until the date of payment in full;

To order the said State to return to the Applicant all the unvalued assets set out in the list of miscellaneous claims;

To order the Democratic Republic of the Congo to submit within one month an acceptable schedule for the repayment of the above sums;

In the event that the said schedule is not produced by the date indicated or is not respected, to authorize the State of Guinea to seize the assets of the Congolese State wherever they may be found, up to an amount equal to the principal sum due and such further amounts as the Court shall have ordered;

To order that the costs of the present proceedings be borne by the Congolese State.” (Application, p. 37; emphasis in the original.)

Similarly, in the submissions in its Memorial, Guinea shows that these debts are the real subject of the dispute and the Application. It states:

“in depriving him of the exercise of his rights of ownership and management in respect of the companies founded by him in the DRC; in preventing him from pursuing recovery of the numerous debts owed to him — to himself personally and to the said companies — . . . ; in not paying its own debts to him and to his companies, the Democratic Republic of the Congo has committed internationally wrongful acts which engage its responsibility to the Republic of Guinea” (Memorial of Guinea, para. 5.1.1; emphasis added).

Seeking the claimed reparation in the form of compensation to which Guinea, no doubt acting within its rights, ascribes no value in the Memorial, unlike in the Application, the Applicant nevertheless adds that the compensation must cover “the totality of the injuries caused . . . including *loss of earnings*, and [must] also include *interest*” (Memorial of Guinea, paras. 5.1 (1)-(3); emphasis added).

These submissions continue with a new element by which Guinea confirms that the commercial difference over the debts owed to Africom and Africontainers is indeed the real subject of the dispute:

“The Republic of Guinea further requests the Court kindly to authorize it to submit an *assessment of the amount* of the compensation due to it on this account . . . in a subsequent phase of the proceedings in the event that the two Parties should be unable to agree on the amount thereof within a period of six months following delivery of the Judgment.” (Memorial of Guinea, para. 5.2; emphasis added.)

Parallèlement, dans ses exceptions préliminaires, le défendeur lui-même s'en tient même au différend tel qu'il semble naître, par tous ces éléments, du non-paiement des créances dues aux sociétés de M. Diallo. C'est, en effet, sur la base du différend ainsi perçu que la RDC soulève ses deux exceptions portant sur l'irrecevabilité de la requête aux motifs, notamment, que le différend porte sur les créances appartenant à des sociétés congolaises et que, dans cette affaire, la Guinée et son protégé n'auraient pas épuisé les voies de recours internes.

Par ailleurs, jusque dans ses observations sur les exceptions préliminaires de la RDC, la Guinée n'a cessé de, partout, se référer aux affaires des deux sociétés en les collant au sieur Diallo, attribuant à ce dernier les recours internes exercés par les sociétés ou au nom des sociétés (observations de la République de Guinée, par. 3.9. et 3.15, pratiquement toutes les sections 1 et 2 du chapitre consacré à l'exception relative à l'épuisement des recours internes), l'associant aux sociétés dans la propriété des créances (exemple: observations de la République de Guinée, par. 3.4).

Enfin, lors de son premier tour de plaidoiries, la Guinée a, cette fois expressément et sans plus se cacher derrière l'individu Diallo, rappelé à la Cour que

«trois «personnes» différentes sont protégées par la République de Guinée dans cette affaire. Son ressortissant, M. Diallo, mais aussi deux sociétés dont M. Diallo était l'unique gérant et associé...» (CR 2006/51, p. 52, par. 7).

Il est légitime, pour tout le moins, de se demander dans ces conditions quel est, au milieu de ce flou, le véritable objet de la requête guinéenne.

Il me semble que la Cour se soit laissé convaincre par ces «actes de divertissement» que soupçonnait le juge Ranjeva dans sa déclaration relative à l'affaire des *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique)* (arrêt, C.I.J. Recueil 2003, p. 220, par. 3, déclaration du juge Ranjeva) qui, alors et dans la cause présente, donnent un caractère purement artificiel à l'objet du prétendu différend et de la requête tel qu'à la fin le présente la Guinée, sans rapport avec la cause qui est à la base de la protection diplomatique. Elle aurait pu même procéder au «perçement du véritable cœur du différend» opposant les Parties à la présente instance, afin de s'interroger, au-delà du *quid*, sur le *cur* qui permet de pénétrer la cause de l'affaire; cette question se pose certes pour le fond mais, dans le cas d'espèce, elle se pose encore plus au niveau de l'examen de la recevabilité.

Sous un autre point de vue, le percement du véritable cœur du différend aurait contribué à régler sur de meilleures bases, y compris juridiques, le vrai litige: tandis que la tactique de la Guinée, prétendant avancer la situation personnelle de son ressortissant, aura eu un effet pervers en entrant en conflit avec les intérêts directs de ce dernier. En effet, comme nous le montrent les écritures guinéennes, c'est M. Diallo — et son

Similarly, the Respondent itself, in its Preliminary Objections, also confined itself to the dispute as it appeared, based on these various elements, to have arisen from the default in payment of the debts owed to Mr. Diallo's companies. Indeed, it was on the basis of the dispute as thus perceived that the DRC raised its two objections to the admissibility of the Application, on the specific grounds that the dispute concerned claims held by Congolese companies and that Guinea and its protectee had failed to exhaust local remedies in this case.

Further, even as late as in its Observations on the DRC's Preliminary Objections, Guinea continued to refer everywhere to the cases involving the two companies as Mr. Diallo's cases, attributing to him the local proceedings pursued by the companies or in their name (Observations of the Republic of Guinea, paras. 3.9 and 3.15, virtually all of Sections 1 and 2 of the chapter devoted to the objection based on non-exhaustion of local remedies) and treating the claims as the joint property of the companies and Mr. Diallo (e.g., Observations of the Republic of Guinea, para. 3.4).

Finally, in its first round of oral argument Guinea, no longer hiding behind Mr. Diallo in his individual capacity, expressly told the Court that

“three separate ‘persons’ are under the Republic of Guinea’s protection in this case. Its national, Mr. Diallo, but also the two companies of which Mr. Diallo was the sole *gérant* and *associé* . . .” (CR 2006/51, p. 52, para. 7).

Under these circumstances it may at the very least justifiably be asked where the true subject of Guinea's Application lies amidst the prevailing obscurity.

In my view, the Court has allowed itself to be swayed by “diversionary tactics” such as those suspected by Judge Ranjeva, and referred to in his declaration, in the case concerning *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)* (*Judgment, I.C.J. Reports 2003*, p. 220, para. 3, declaration of Judge Ranjeva). As they did in that case, they lend a completely artificial air in the present case to the subject of the alleged dispute, as ultimately described by Guinea, and of the Application, a subject having nothing to do with the cause of action at the root of diplomatic protection. In this case as well, the Court could have “go[ne] directly to the real heart of the dispute” between the Parties to ponder, in addition to the *quid*, the *cur*, by which the underlying cause of the case could be apprehended. This question does of course arise on the merits, but in the present case it is even more acute in respect of admissibility.

From a different perspective, going to the real heart of the dispute would have facilitated the resolution of the actual controversy on more solid bases, including legal grounds. The approach taken by Guinea, claiming to champion the personal cause of its national, will however have the opposite effect, entering into conflict with Mr. Diallo's direct interests. In fact, as shown by Guinea's written pleadings, diplomatic

conseil — qui a provoqué la protection diplomatique, motivé par l'espoir de voir les autorités de son pays l'aider à récupérer les créances litigieuses et non par le souci de voir effacer une quelconque atteinte par les conditions de son expulsion. D'autant plus que, ainsi que nous allons le voir plus loin, sur l'expulsion et les droits d'actionnaire du ressortissant guinéen, il n'a pas surgi de différend entre la Guinée et la RDC.

Sauf profond respect dû à la Cour, il est incontestable que le véritable objet et, même, la cause du différend, malgré leur dilution de la part du demandeur principal, résident dans les créances impayées des sociétés congolaises Africom et Africontainers. En tout état de cause, il est légitime de se demander dans quelle mesure la Cour n'aurait pas dû considérer que l'auteur d'une telle requête a, sinon commis un abus de procédure, du moins

«n'a pas fait connaître l'objet de sa demande dans les conditions de précision et de clarté correspondant aux exigences d'une bonne administration de la justice» (*Phosphates du Maroc, arrêt, 1938, C.P.J.I. série A/B n° 74* (citant le contre-mémoire de la France), p. 16)

et, donc, déclarer sa requête irrecevable, même si le défendeur n'a usé de cette argumentation que brièvement dans ses plaidoiries (CR 2006/50, p. 41). En tout cas, à son propos, il ne me semble pas que la Cour, si elle s'était posé dans ce sens la question, pût à coup sûr répondre, comme en 1938 à la préoccupation de la France, que

«les précisions qui ont été apportées permettent de se former une idée suffisamment claire de l'objet de la demande contenue dans la requête» (*Phosphates du Maroc, exceptions préliminaires, arrêt, 1938, C.P.J.I. série A/B n° 74*, p. 21),

sinon qu'il s'agit des créances présentées dans les conclusions du demandeur. C'est, en effet, l'objet des conclusions que de refléter ce que le plaideur déduit des faits et motifs qu'il allègue; or, les conclusions de la Guinée visent en demande principale le paiement, avec intérêts, des créances, propriété de sociétés qui n'ont pas sa nationalité, bien qu'elle ait pris soin de se dissimuler derrière la façade des droits de la personne de son ressortissant.

Dans ces conditions, même si le défendeur n'a pas opposé d'exception pour *obscuri libelli*, il revenait selon moi à la Cour, sans qu'il puisse lui être reproché d'avoir statué *ultra petita*, d'aller au-delà du seul motif tiré de l'absence du *jus standi*, pour examiner la qualité de la requête elle-même et en tirer les conclusions dans la mesure où la demande principale porte en réalité sur les droits et intérêts de sociétés congolaises. A mon avis, ce n'est qu'après cet examen préalable que la Cour aurait pu alors se demander si, concernant les créances des sociétés, cœur du différend, la requête pouvait s'avérer recevable sur la base de la théorie de substitution avancée par le demandeur; ce n'est également qu'après cet examen que la Cour pouvait passer aux autres griefs.

protection was put in motion by Mr. Diallo and his counsel, acting in the hope that the authorities in his country would help him recover the disputed debts, not out of the desire to see any injury caused by the conditions of his expulsion made good. This is particularly evident in that, as we shall later see, no dispute has arisen between Guinea and the DRC in respect of the Guinean national's expulsion and shareholder rights.

With all the deep respect owed to the Court, I would observe that, notwithstanding the Applicant's obfuscation of them, the real subject of the dispute and its very cause indisputably lie in the unpaid debts owed to the Congolese companies Africom and Africontainers. It is in any case reasonable to ask whether the Court should not have found that the Applicant had, if not committed an abuse of process, at the very least

“not stated the nature of its claim within the degree of precision and clearness requisite for the administration of justice” (*Phosphates in Morocco, Judgment, 1938, P.C.I.J., Series A/B, No. 74* (quoting France's Counter-Memorial), p. 16)

and accordingly should not have declared the Application inadmissible, even though the Respondent only touched on this argument in its pleadings (CR 2006/50, p. 41). In any event, had the Court considered the question from this angle, I do not think that it could have confidently responded with the answer given in 1938 to France's concern —

“the explanations furnished . . . enable [the Court] to form a sufficiently clear idea of the nature of the claim submitted in the . . . Application” (*Phosphates in Morocco, Preliminary Objections, Judgment, 1938, P.C.I.J., Series A/B, No. 74*, p. 21) —

except in respect of the debts described in the Applicant's submissions. Indeed, the object of the submissions is to reflect what the litigant concludes from the facts and arguments put forward; Guinea's submissions aim primarily at obtaining payment, with interest, of the debts held by companies not of Guinean nationality, even though Guinea was careful to hide behind the façade of its national's individual rights.

Accordingly, in my view, even though the Respondent did not raise the *exceptio obscuri libelli*, the Court should have looked beyond the sole ground of lack of standing to examine the quality of the Application itself and to draw the requisite conclusions from it, in so far as the main claim actually concerns the rights and interests of Congolese companies; and it could have done so without exposing itself to criticism for ruling *ultra petita*. I believe that it would only have been after such a preliminary enquiry that the Court could then have considered whether, in respect of the companies' claims, the heart of the dispute, the Application could be found admissible under the theory of substitution advanced by the Applicant; and it was only after this enquiry that the Court could have turned to the other grievances.

Au lieu de cela, mais sans justifier son option, la Cour a implicitement crevé à sa manière le cœur du différend, au différend réel elle a préféré le différend artificiel en estimant, malgré tout cet amalgame aveuglant, que la requête portait nettement et clairement sur les droits individuels et droits propres d'associé d'un ressortissant guinéen, n'abordant l'aspect que j'évoque ici que sous l'angle indirect de la théorie de substitution. Et sur ce point, non convaincu par la démarche implicite de la Cour, j'ai maintenu mes réserves, que je développe ici.

Je n'ai pas, pour autant, voulu voter contre la recevabilité de la requête pour défaut de *jus standi* de la Guinée, parce que les objets secondaires et subsidiaires de la requête privilégiés par la démarche de la Cour méritaient d'être examinés, en particulier parce que présentés dans le cadre du respect des droits de l'homme. Une autre raison explique mon vote: il m'a semblé en effet que, en rejetant par son arrêt les prétentions guinéennes de protéger les droits des deux sociétés sur la base d'une prétendue règle générale du droit international d'action par substitution qui serait une exception à la norme classique rappelée par l'arrêt rendu dans l'affaire de la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique c. Espagne)*, la Cour confirme ainsi cette dernière. De ce point de vue, l'état actuel du droit international ne permet pas de constater l'existence d'une règle coutumière consacrant la protection diplomatique par «substitution», à laquelle une partie de la doctrine, interprétant inexactement l'arrêt *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (Etats-Unis d'Amérique c. Italie)*, tout comme les travaux de la CDI donnaient l'impression d'adhérer. Finalement, la Cour s'en tient à son rôle de régler les différends qui lui sont soumis en appliquant le droit international positif *de lege lata*, signifiant par là que, quelle que soit la fonction de développement progressif du droit qu'elle puisse se reconnaître, ce dernier ne saurait consister en l'édiction d'une norme nouvelle par la Cour ou, encore, anticiper, ainsi que l'en priait la Guinée, au regard des travaux de la CDI dont la conclusion reste ainsi, comme c'est de règle pour tous ses projets, réservée aux Etats. La Cour renforce en plus cette règle, nonobstant le fait, avancé avec insistance par la Guinée, qu'il s'agit ici non de sociétés anonymes au centre de l'affaire de la *Barcelona Traction*, mais de sociétés privées à responsabilité limitée (SPRL). A la suite de la Guinée (CR 2006/51, p. 46-50, et CR 2006/53, p. 38-41), il a été en effet prétendu qu'un caractère *intuitu personae* marque celles-ci et aboutit à confondre la société et ses associés, surtout s'il n'existe qu'un seul associé, comme fut présenté le cas des sociétés contrôlées par le ressortissant guinéen en RDC, avec la conséquence qu'il conviendrait alors d'écarter la règle générale de la protection diplomatique qui ne viserait que les sociétés anonymes et, indépendamment de la théorie de substitution, recevoir l'action de M. Diallo ainsi que celle de son Etat de nationalité. Mais cette différence entre sociétés anonymes et SPRL est sans pertinence dans la mesure où la conséquence à laquelle s'était tenue la Cour dans l'affaire de la *Barcelona Traction* est la distinction des personnalités juridiques et des patrimoines entre la société et ses actionnaires. Le présent arrêt rappelle

Instead, and without justifying its choice, the Court implicitly went to the heart of the dispute in its own fashion; it favoured the artificially defined dispute over the real dispute, considering, notwithstanding the glaring confusion, that the Application clearly and plainly concerned a Guinean national's individual rights and direct rights as *associé*, and only addressing indirectly, through the doctrine of substitution, the issue I raise here. And on this point, unpersuaded by the Court's implicit approach, I have maintained my reservations, which I expound here.

I did not however wish to vote against the admissibility of the Application on the ground of lack of standing by Guinea, because the secondary and subsidiary subjects of the Application, which have taken precedence in the Court's view, deserve to be examined, especially since they have been presented in the context of respect for human rights. There is another reason for my vote: it is my view that the Court has reaffirmed the *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)* case in rejecting in the present Judgment Guinea's attempts to protect the rights of the two companies pursuant to an alleged general rule of international law allowing action by substitution and forming an exception to the time-honoured rule set out in the *Barcelona Traction* Judgment. International law as it now stands contains no customary rule enshrining the diplomatic protection by "substitution" to which some writers, who misinterpret the *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (United States of America v. Italy)* Judgment, and the ILC's work have given the impression of subscribing. Ultimately, the Court confines itself to its task of resolving disputes submitted to it by applying positive international law *de lege lata*; this means that, whatever role the Court might see for itself in furthering development of the law, development does not take place by means of the Court proclaiming new rules of law or even anticipating, as Guinea asked it to do, the work of the ILC, the outcome of which depends, as for all its projects, on States. Furthermore, the Court reaffirms the established rule, notwithstanding the fact, stressed by Guinea, that, unlike the company which was the focus of the *Barcelona Traction* case, those involved here are not *sociétés anonymes*, but *sociétés privées à responsabilité limitée* (SPRLs). As Guinea had done (CR 2006/51, pp. 46-50, and CR 2006/53, pp. 38-41), it was later argued that SPRLs were characterized by their *intuitu personae* quality, leading to an identity of company and *associé(s)*, especially where there is only one *associé*, and this is how the companies in the DRC controlled by the Guinean national were described. The claimed consequence was that the general rule of diplomatic protection, said to apply only to *sociétés anonymes*, should be set aside and Mr. Diallo's action and that of his national State should be admitted, independently of the doctrine of substitution. But this distinction between *sociétés anonymes* and SPRLs is irrelevant, since the factor relied on by the Court in the *Barcelona Traction* case was the separateness of the company's legal personality and property, on the one hand, from those of its shareholders, on the other. The present Judgment wisely repeats the Court's statement that "[t]here is . . . no need to inves-

judicieusement ce que la Cour avait déjà dit : «il est ... inutile d'examiner les multiples formes que prennent les différentes entités juridiques dans le droit interne» (*C.I.J. Recueil 1970*, p. 34, par. 40), affirmant que «[c]e qui importe, du point de vue du droit international, c'est de déterminer si celles-ci sont ou non dotées d'une personnalité juridique indépendante de leurs membres» (arrêt, par. 61) et que «[c]ela demeure la règle fondamentale en la matière, qu'il s'agisse d'une SPRL ou d'une société anonyme» (arrêt, par. 63). En raisonnant autrement, la Cour aurait soit péremptoirement modifié le droit congolais des sociétés qui reconnaît cette classification, certes, mais attribue sans distinction une personnalité juridique indépendante, avec toutes les conséquences de droit, à toutes les formes de sociétés, anonymes ou SPRL, soit choisi d'ignorer sans raison le droit interne d'une partie dans une matière et dans un cas où, justement, c'est ce droit seul qui est applicable. C'est donc à juste titre que la Cour rejette la prétention guinéenne. Cependant, tout en refusant d'appliquer la théorie de substitution, la Cour renonce à examiner un moyen de droit ayant constitué la majeure partie de l'argumentation de la Guinée selon laquelle la substitution, telle qu'exprimée par l'article 11, paragraphe *b*), du projet d'articles de la CDI sur la protection diplomatique, serait une exception consacrée par le droit international coutumier (arrêt, par. 93). Je pense, au contraire, qu'on aurait pu s'attendre à ce que la Cour examinât cette question de la valeur de cette proposition de la CDI argumentant la thèse guinéenne, tant que ses destinataires, les Etats, ne l'ont pas encore adoptée comme nouvelle norme et, enfin, trancher. On peut en effet, à la suite de ceux qui se sont penchés avec expertise sur la question, considérer que

« [l]es solutions sont trop diverses pour qu'on puisse affirmer qu'elles sont une preuve ou qu'elles constituent une norme de droit international coutumier » (Diez de Velasco Manuel, «La protection diplomatique des sociétés et des actionnaires», *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, vol. 141 (1974), p. 145; les italiques sont de moi).

Tandis que la CDI elle-même affirme que :

« La jurisprudence est tout aussi peu concluante [que la doctrine et la pratique des Etats]. Les sentences rendues dans les affaires *Alsop*, *Cerruti*, *Orinoco Steamship* et *Ziat Ben Kiran*, qui sont parfois citées à l'appui d'une exception en faveur du droit des actionnaires de demander réparation, n'apportent pas vraiment de force à cet argument. Les sentences rendues dans les affaires *Baasch & Romer* et *Kunhardt* sont, au mieux, vagues mais pourraient être interprétées comme étant contre l'exception en question, étant donné que, dans ces affaires comme dans d'autres affaires, les commissions mixtes vénézuéliennes ont rejeté les recours formés au nom des actionnaires des sociétés de nationalité vénézuélienne. » (CDI, *op. cit.*, par. 70; les italiques sont de moi.)

tigate the many different forms of legal entity provided for by the municipal laws of States” (*I.C.J. Reports 1970*, p. 34, para. 40), affirming that “[w]hat matters, from the point of view of international law, is to determine whether or not these have a legal personality independent of their members” (Judgment, para. 61) and that “[t]his remains the fundamental rule in this respect, whether for a SPRL or for a public limited company” (Judgment, para. 63). Had it reasoned otherwise, the Court would either have imperiously altered Congolese corporate law — which, while recognizing these corporate classifications, does confer independent legal personality, with all attendant legal consequences, without distinction on all forms of companies, whether *sociétés anonymes* or SPRLs — or have chosen without reason to disregard the municipal law of a party in an area and a case in which it is precisely this body of law alone which applies. Thus, the Court rightly rejected Guinea’s argument. However, in refusing to apply the doctrine of substitution, the Court abstains from examining a legal ground which accounted for the greater part of Guinea’s case: substitution, as set out in Article 11, paragraph (*b*), of the ILC draft Articles on Diplomatic Protection, was claimed to be an exception enshrined in customary international law (Judgment, para. 93). For my part, I believe that, as the States to which the ILC proposal has been made have not yet adopted it as a new rule of law, and have not finally resolved the question, the Court could reasonably have been expected to examine the question of the force of the ILC draft language cited in support of Guinea’s argument. The view of those who have applied their expertise to the question can be taken:

“[t]he solutions are too diverse . . . to support the assertion that they are evidence or constitute a norm of customary international law” (Diez de Velasco Manuel, “La protection diplomatique des sociétés et des actionnaires”, *Recueil des cours de l’Académie de droit international*, Vol. 141 (1974), p. 145; emphasis added).

And the ILC itself states:

“Judicial decisions are likewise [i.e., like doctrine and State practice] inconclusive. The *Alsop*, *Cerruti*, *Orinoco Steamship* and *Ziat Ben Kiran* claims, sometimes cited in support of an exception in favour of shareholder claims, do not really provide such support. The *Baasch & Romer* and *Kunhardt* claims are at best unclear, but possibly against the proposed exception, as in these and other claims, the Venezuelan Mixed Commissions rejected claims on behalf of the shareholders of corporations of Venezuelan nationality.” (ILC, *op. cit.*, para. 70; emphasis added.)

De même, en général à propos de toutes ces thèses fondées, comme celle-ci, sur le contrôle économique, on peut encore affirmer comme la CDI qu'«il est douteux qu'une règle en faveur du contrôle économique bénéficie de nos jours de l'appui de la majorité des Etats» (A/CN.4/530, par. 36). Une éventuelle exception ne serait introduite que lorsque les Etats, actuellement saisis de ce projet d'articles, se seront prononcés dans le sens de son article 11, paragraphe *b*).

Soudaineté des réclamations, discontinuité des griefs et inexistence de différend

Dans le cadre de cette première exception, j'ai encore des réserves sur le procédé de la Cour pour la rejeter s'agissant des droits individuels et des «droits propres d'associé» de M. Diallo. C'est que le début des plaidoiries a renforcé l'impression que celles-ci amenaient devant la Cour un autre différend que celui dont l'avait saisie la requête, portant essentiellement sur ces droits du ressortissant guinéen, même si par la suite la Guinée réintroduisait l'amalgame entre ces derniers et les créances dues aux deux sociétés congolaises. Il apparaissait ainsi, certes, avec les plaidoiries, un différend secondaire à travers les prétendues violations de ces droits et un différend subsidiaire relatif à la protection par substitution. L'examen de ces nouveaux litiges par la Cour s'est déroulé sans à aucun moment voir si leur soudaineté et leur nouveauté n'étaient pas de nature à affecter la qualité de l'action guinéenne.

La première question qui aurait pu être examinée est, sans doute, celle de savoir si, en matière de droits privés de personnes, un éventuel différend entre les Etats concernés peut naître directement dans l'ordre juridique interne de l'Etat auquel les violations alléguées sont imputées ou dans l'ordre international. Il ne s'agit pas nécessairement du débat sur les conditions de naissance d'un différend à soumettre à la Cour, mais il me semble logique de se demander si le différend dont est saisie la Cour a existé lors de ces violations alléguées des droits de M. Diallo dans l'ordre interne ou dans le fait que, l'Etat national ayant sans succès pris fait et cause pour son ressortissant devant les autorités compétentes de l'Etat prétendument fautif, il en naît un différend interétatique. Selon l'article 38 de son Statut, la Cour a reçu mission «de régler, conformément au droit international, *les différends* qui lui sont soumis» (les italiennes sont de moi). Il faut donc que du fait illicite allégué soit né un différend juridique entre les Etats concernés pour que la Cour en connaisse. Ce n'est pas la seule saisine de la Cour par une requête qui crée, fait naître ou fait constater le différend. La seule existence d'un fait internationalement illicite au détriment d'un ressortissant étranger ne constitue pas en elle-même un différend entre l'Etat de ce dernier et l'Etat auteur du prétendu fait internationalement illicite, le litige demeurant interne tant que l'Etat de nationalité n'a pas soulevé l'illicéité et élevé une réclamation devant l'Etat auteur du fait. Il ne s'agit pas ici de négociations diplomatiques que certaines clauses de juridiction prévoient comme

Similarly, in respect of all theories based, like this one, on economic control, the ILC's assertion that "it is doubtful whether a rule in favour of economic control enjoys the support of most States in today's world" (A/CN.4/530, para. 36) still holds. Any possible exception would not come into being until States, which are now considering the draft Articles, have taken a decision in accord with draft Article 11, paragraph (b).

*Sudden Assertion of the Claims, Dissimilarity of the Grievances
and Non-existence of a Dispute*

On the subject of the first objection, I still have reservations as to the process by which the Court rejected it in respect of Mr. Diallo's individual rights and his "direct rights as *associé*". This is because the feeling was reinforced early in the hearings that the Court was being presented with a dispute different from the one referred to it by the Application, essentially concerning these rights of the Guinean national, even though Guinea subsequently again conflated them and the debts owed to the two Congolese companies. While it clearly emerged in the hearings that there was a secondary dispute relating to alleged violations of these rights and a subsidiary dispute over protection by substitution, the Court examined these new disputes without ever considering whether their abrupt assertion and their novelty affected the nature of Guinea's action.

The first issue which could have been examined is undoubtedly whether a dispute between States over an individual's private rights arises directly in the internal legal order of the State accused of the alleged violations or in the international order. This does not necessarily involve arguing the conditions required to give rise to a dispute to come before the Court, but I find it logical to ask whether the dispute before the Court existed when the alleged violations of Mr. Diallo's rights under internal law took place or whether an inter-State dispute arose upon the national State's unsuccessful espousal of its national's cause before the competent authorities of the State alleged to be at fault. Under Article 38 of its Statute, the Court's function is "to decide in accordance with international law such *disputes* as are submitted to it" (emphasis added). Thus, for the Court to have jurisdiction, the alleged wrongful act must have given rise to a legal dispute between the States concerned. The mere filing of an Application with the Court does not create a dispute, give rise to one or place one on record. The existence of an internationally wrongful act harmful to an alien does not by itself constitute a dispute between the alien's national State and the State having committed the alleged internationally wrongful act; the dispute remains internal until such time as the national State raises the issue of wrongfulness and asserts a claim against the State having committed the act. What is concerned here is not the diplomatic negotiations required by some jurisdictional clauses as a precondition on referral to the Court, but rather the reasoning usually applied by the

condition préalable à la saisine de la Cour, mais d'une pure logique que suit habituellement la Cour aux fins d'établir l'existence d'un différend interétatique par-delà les faits dont serait victime un individu.

C'est de cette manière que, dans une pratique constante, il est toujours procédé devant la Cour, en cas de requête unilatérale. Il suffirait de citer ici l'une des plus anciennes affaires soumises à la Cour, celle des *Phosphates du Maroc (exceptions préliminaires)*. Le demandeur lui-même, l'Italie, établit qu'un différend est né des faits dont ses ressortissants auraient été victimes. En effet, après avoir exposé tous les faits, notamment les actes qu'elle estimait illicites de la part des autorités chérifiennes et de celles de la puissance protectrice ainsi que *l'opposition persistante* des thèses, y compris sur la nature du règlement du litige, l'Italie en conclut que

«le différend juridique qui en est surgi, n'ayant pu former l'objet d'un compromis d'arbitrage à cause de la persistante attitude évasive du Gouvernement de la République [française], est soumis à la Cour par voie de requête unilatérale» (*arrêt, 1938, C.P.J.I. série A/B n° 74, p. 14* (citant la requête du Royaume d'Italie); les italiques sont de moi).

Parallèlement, le défendeur dans la même instance, la France, pour sa part, estime sur un autre grief que, un différend n'ayant pas surgi sur une partie des faits soulevés, ceux-ci ne pouvaient faire l'objet de la réclamation devant la Cour :

«Attendu que cette question n'a fait l'objet d'aucun examen par la voie diplomatique, et qu'en conséquence elle *ne saurait être déférée à la Cour par voie de requête sur la base des déclarations* par lesquelles la France et l'Italie ont accepté la juridiction obligatoire de la Cour.» (*Ibid.*, p. 17; les italiques sont de moi.)

Je signale que la Cour permanente a répondu à cette objection, sans rejeter le principe, au contraire même, en indiquant que «les négociations diplomatiques préalables ont embrassé tout entière la controverse soumise à la Cour...», faisant pour cela, en particulier, état «[de] clairs avertissements donnés par les intéressés, l'ambassade italienne et l'agent du gouvernement royal» et «[de] deux notes remises» à M. Laval et au Quai d'Orsay (*ibid.*, p. 19).

Aussi, dans l'affaire de *l'Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie, première phase, avis consultatif*, l'une des questions auxquelles devait répondre la Cour était ainsi libellée: «*Ressort-il de la correspondance diplomatique* entre [les trois Etats] et certaines Puissances alliées et associées ... *qu'il existe des différends*» (*C.I.J. Recueil 1950, p. 74*; les italiques sont de moi) pour lesquels une procédure de règlement est prévue par les traités? C'est, sur la base de la définition selon l'arrêt relatif aux *Concessions Mavrommatis en Palestine*, après avoir examiné la correspondance diplomatique échan-

Court in ascertaining whether an inter-State dispute exists over and above the acts from which an individual allegedly suffered.

This is the Court's settled, invariable practice in dealing with unilateral applications. One need only cite one of the oldest cases to have come before the Court, *Phosphates in Morocco* (Preliminary Objections). The Applicant, Italy, established that a dispute had arisen out of acts alleged to have harmed its nationals. After setting out all the facts, including specifically the acts which Italy deemed wrongful on the part of the Shereefian authorities and the authorities of the protecting Power, and describing the *enduring conflict* in the Parties' positions, on *inter alia* the nature of the settlement of the dispute, Italy submitted that

“the legal dispute which has arisen could not form the subject of a special arbitration agreement, owing to the persistently evasive attitude of the Government of the [French] Republic, and is therefore submitted to the Court by a unilateral application” (Judgment, 1938, P.C.I.J., Series A/B, No. 74, p. 14 (quoting the Application of the Kingdom of Italy); emphasis added).

France, the Respondent in the case, asserted in respect of a different grievance that, as no dispute had arisen over some of the facts alleged, they could not be the subject of a claim before the Court:

“Whereas this question has not been investigated through diplomatic channels and as, accordingly, it cannot be submitted to the Court by application on the basis of the declarations whereby France and Italy have accepted the compulsory jurisdiction of the Court.” (Ibid., p. 17; emphasis added.)

I shall point out that the Permanent Court responded to this objection without rejecting the underlying principle; on the contrary even, it stated that “the preliminary diplomatic negotiations covered the whole of the controversy submitted to the Court . . .”, on this point specifically citing “the positive statements made . . . by the interested parties, by the Italian Embassy and by the Royal Government's Agent” and “the two notes . . . handed” one to Mr. Laval and the other to the Quai d'Orsay (*ibid.*, p. 19).

Further, in the Advisory Opinion on *Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, First Phase*, one of the questions to be answered by the Court was: “do the diplomatic exchanges between [the three States] and certain Allied and Associated Powers . . . disclose any disputes” (*I.C.J. Reports 1950*, p. 74; emphasis added) for which the treaties established a settlement mechanism. It was on the basis of the definition formulated in the Judgment in the *Mavrommatis Palestine Concessions* case that, after examining the diplomatic correspondence exchanged between the States concerned and observing that the two

gée entre les Etats concernés, et observé que les points de vue des deux Parties étaient nettement opposés, en particulier que certains Etats avaient porté contre d'autres des accusations que ceux-ci repoussaient, que la Cour en a conclu que des différends internationaux s'étaient produits :

«*Dans la correspondance diplomatique qui a été soumise à la Cour, le Royaume-Uni, agissant de concert avec l'Australie, le Canada et la Nouvelle-Zélande, et les Etats-Unis d'Amérique ont accusé la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie d'avoir enfreint, à divers égards, les dispositions des articles qui, dans les traités de paix, ont trait aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales; ils ont invité les trois gouvernements à prendre des mesures de redressement afin d'exécuter les obligations que leur imposent les traités. Les trois gouvernements, d'autre part, ont repoussé ces accusations. Il s'est donc produit une situation dans laquelle les points de vue des deux parties, quant à l'exécution ou à la non-exécution de certaines obligations découlant des traités, sont nettement opposés. En présence d'une telle situation, la Cour doit conclure que des différends internationaux se sont produits.*» (*Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie, première phase, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1950, p. 74; les italiques sont de moi.*)

La Cour a rappelé ces mêmes termes dans l'affaire de l'*Applicabilité de l'obligation d'arbitrage en vertu de la section 21 de l'accord du 26 juin 1947 relatif au siège de l'Organisation des Nations Unies*, mettant en évidence la nécessité, indépendamment de simples affirmations ou contestations des faits, de déterminer l'existence d'un différend entre l'Organisation et les Etats-Unis. A cet effet, elle a rappelé la résolution 42/229 B du 3 mars 1988, par laquelle l'Assemblée générale confirmait

«la position du Secrétaire général qui a constaté l'existence d'un différend entre l'Organisation des Nations Unies et le pays hôte quant à l'interprétation ou l'application de l'accord entre l'Organisation des Nations Unies et les Etats-Unis d'Amérique relatif au siège de l'Organisation des Nations Unies...» (*Applicabilité de l'obligation d'arbitrage en vertu de la section 21 de l'accord du 26 juin 1947 relatif au siège de l'Organisation des Nations Unies, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1988, p. 13, par. 1*),

et que «l'attitude opposée des parties établissait clairement l'existence d'un différend» (*ibid.*, p. 27, par. 35).

Dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, compétence et recevabilité, la Cour constate

«qu'il n'est pas douteux que, dans les circonstances où le Nicaragua a présenté sa requête à la Cour et d'après les faits qui y sont allégués, il existe un différend entre les Parties: notamment quant à «l'interprétation ou à l'application» du traité» (*arrêt, C.I.J. Recueil 1984, p. 428, par. 83*).

Parties held clearly opposite views, and specifically that the accusations made by some States against others had been denied by those accused, the Court concluded that international disputes had arisen:

“In the diplomatic correspondence submitted to the Court, the United Kingdom, acting in association with Australia, Canada and New Zealand, and the United States of America charged Bulgaria, Hungary and Romania with having violated, in various ways, the provisions of the articles dealing with human rights and fundamental freedoms in the Peace Treaties and called upon the three Governments to take remedial measures to carry out their obligations under the Treaties. The three Governments, on the other hand, denied the charges. There has thus arisen a situation in which the two sides hold clearly opposite views concerning the question of the performance or non-performance of certain treaty obligations. Confronted with such a situation, the Court must conclude that international disputes have arisen.” (Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, First Phase, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1950, p. 74; emphasis added.)

The Court quoted this very language in the Advisory Opinion on the *Applicability of the Obligation to Arbitrate under Section 21 of the United Nations Headquarters Agreement of 26 June 1947*, highlighting the need to look beyond mere assertions or denials of alleged facts to ascertain whether a dispute existed between the United Nations and the United States. To this end, it cited resolution 42/229 B of 3 March 1988, whereby the General Assembly affirmed

“the position of the Secretary-General that a dispute exists between the United Nations and the host country concerning the interpretation or application of the Agreement between the United Nations and the United States of America regarding the Headquarters of the United Nations . . .” (Applicability of the Obligation to Arbitrate under Section 21 of the United Nations Headquarters Agreement of 26 June 1947, I.C.J. Reports 1988, p. 13, para. 1),

and recalled a finding that “the opposing attitudes of the parties clearly established the existence of a dispute” (*ibid.*, p. 27, para. 35).

In the case concerning *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *Jurisdiction and Admissibility*, the Court found:

“there can be no doubt that, in the circumstances in which Nicaragua brought its Application to the Court, and on the basis of the facts there asserted, there is a dispute between the Parties, inter alia, as to the ‘interpretation or application’ of the Treaty” (Judgment, I.C.J. Reports 1984, p. 428, para. 83).

On retrouve la même préoccupation dans l'arrêt du 30 juin 1995 dans l'affaire du *Timor oriental (Portugal c. Australie)* (C.I.J. Recueil 1995, p. 99-100, par. 22), ainsi que dans l'arrêt du 11 juillet 1996 relatif à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie)* (C.I.J. Recueil 1996 (II), p. 614-615, par. 29).

Dans une affaire toute récente (*Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête: 2002)* (*République démocratique du Congo c. Rwanda*), arrêt, C.I.J. Recueil 2006, p. 40, par. 90), la Cour commence par rappeler la définition donnée du différend par l'arrêt des *Concessions Mavrommatis* et reprend sa propre jurisprudence qui décide que «[p]our établir l'existence d'un différend: «Il faut démontrer que la réclamation de l'une des parties se heurte à l'opposition manifeste de l'autre».» (Les italiques sont de moi.) A l'appui de cela, la Cour donne la longue liste des affaires où il avait été ainsi décidé (*Sud-Ouest africain, exceptions préliminaires*, arrêt, C.I.J. Recueil 1962, p. 328; *Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie, première phase, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 1950, p. 74; *Timor oriental (Portugal c. Australie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1995, p. 100, par. 22; *Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. Royaume-Uni)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1998, p. 17, par. 22; *Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. Etats-Unis d'Amérique)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1998, p. 122-123, par. 21; *Certains biens (Liechtenstein c. Allemagne)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2005, p. 18, par. 24). Par la suite, la Cour

«note qu'en l'espèce la RDC a formulé de nombreuses protestations contre les agissements du Rwanda prétendument contraires au droit international relatif aux droits de l'homme, tant au plan bilatéral, à travers des contacts directs avec le Rwanda, qu'au plan multilatéral dans le cadre d'organes internationaux tels que le Conseil de sécurité des Nations Unies et la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples de l'Organisation de l'Unité africaine... Quelle que puisse être la qualification juridique de telles protestations au regard de l'exigence de l'existence d'un différend entre la RDC et le Rwanda...» (*Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête: 2002)* (*République démocratique du Congo c. Rwanda*), arrêt, C.I.J. Recueil 2006, p. 40-41, par. 91; les italiques sont de moi.)

Même si dans cette affaire la clause compromissoire qui prévoyait la juridiction de la Cour la subordonnait, en plus de cette condition de l'existence d'un différend, à une autre concernant la soumission dudit différend à des négociations entre les deux Etats préalablement à la saisine de la Cour, l'essentiel, aux fins de la démonstration qui nous intéresse ici, est

The same concern is to be found in the Judgment of 30 June 1995 in the case concerning *East Timor (Portugal v. Australia)* (*I.C.J. Reports 1995*, pp. 99-100, para. 22) and in the Judgment of 11 July 1996 in respect of *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia)* (*I.C.J. Reports 1996 (II)*, pp. 614-615, para. 29).

In a very recent case (*Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*, *Judgment, I.C.J. Reports 2006*, p. 40, para. 90), the Court began by repeating the definition of “dispute” set out in the *Mavrommatis Concessions* Judgment and quoted its own jurisprudence, providing that “[i]n order to establish the existence of a dispute, ‘it must be shown that the claim of one party is positively opposed by the other’” (emphasis added). In support of this proposition, the Court cited a long list of cases in which it had been so held (*South West Africa, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1962*, p. 328; *Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, First Phase, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1950*, p. 74; *East Timor (Portugal v. Australia), Judgment, I.C.J. Reports 1995*, p. 100, para. 22; *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1998*, p. 17, para. 22; *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United States of America), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1998*, pp. 122-123, para. 21; *Certain Property (Liechtenstein v. Germany), Judgment, I.C.J. Reports 2005*, p. 18, para. 24). The Court then noted:

“in the present case the DRC made numerous protests against Rwanda’s actions in alleged violation of international human rights law, both at the bilateral level through direct contact with Rwanda and at the multilateral level within the framework of international institutions such as the United Nations Security Council and the Commission on Human and Peoples’ Rights of the Organization of African Unity . . . Whatever may be the legal characterization of such protests as regards the requirement of the existence of a dispute between the DRC and Rwanda . . .” (*Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*, *Judgment, I.C.J. Reports 2006*, pp. 40-41, para. 91; emphasis added.)

While the jurisdiction conferred on the Court by the compromissory clause in that case was subject not only to satisfaction of the condition requiring the existence of a dispute but also to submission of the dispute to negotiations between the two States prior to any referral to the Court, what is important for purposes of the argument of interest here is that the

de constater que la Cour confirme qu'il existe bien une «*exigence de l'existence d'un différend*» interétatique, pour engager une procédure devant la Cour mondiale. C'est que, en réalité, cette exigence signifie que ce n'est pas tant des prétendus faits illicites que du différend né de ces faits allégués que la Cour est normalement saisie.

Un différend juridique est constaté lorsqu'il est établi, il ne se présume pas uniquement des faits, encore faut-il que ces faits aient donné lieu, ainsi qu'il en est des créances privées, à une réclamation non satisfaite tel que c'est le sens de la jurisprudence et de la pratique depuis l'arrêt *Mavrommatis*; il ne se produit pas non plus directement par la saisine de la Cour; les prétendues violations de droits de particuliers, en l'absence d'un différend interétatique, demeurent de simples faits, et non un différend interétatique. Cette exigence, exprimée dans tous ces cas à propos de litiges d'Etat à Etat et portant sur des obligations internationales relatives aux rapports interétatiques directs, vaut encore plus impérativement en matière des droits des particuliers spécialement. Certes, dans l'affaire *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. Etats-Unis d'Amérique)*, le Mexique avait directement présenté ses réclamations concernant ses ressortissants devant la Cour, mais il avait expressément conçu, et la Cour en avait pris acte, son action non comme exercice de la protection diplomatique mais comme une requête visant les «violations de la convention de Vienne sur les relations consulaires du 24 avril 1963» à laquelle les deux Etats sont parties (requête du Mexique du 9 janvier 2003, p. 1, et *fond, arrêt, C.I.J. Recueil 2004*, p. 17, par. 1, et p. 28, par. 22).

Une telle exigence d'existence de différend interétatique est d'autant plus logique et compréhensible que, comme le constate et le consigne la CDI dans ses articles sur la responsabilité de l'Etat, il est admis habituellement que l'Etat qui invoque la responsabilité d'un autre Etat lui notifie sa demande, de façon à préciser

- «a) le comportement que devrait adopter l'Etat responsable pour mettre fin au fait illicite si ce fait continue;
- b) la forme que devrait prendre la réparation» (James Crawford, *Articles de la CDI sur la responsabilité de l'Etat, Introduction, textes et commentaires*, article 43, p. 313, 2003).

Certes, le seul fait de la violation par lui d'une obligation internationale qui lui incombe est susceptible d'engager juridiquement la responsabilité de l'Etat, mais, comme le dit Crawford commentant cette disposition,

«la première réaction [de l'Etat lésé] devrait être d'appeler l'attention de l'Etat responsable sur la situation et de lui demander de prendre les mesures voulues pour mettre fin à la violation et réparer» (*ibid.*, p. 313).

En réalité, ce n'est que lorsque pareille demande est restée sans réponse ou sans réponse satisfaisante que naît le différend.

Court affirmed that there is indeed a “*requirement of the existence of a dispute*” between States before proceedings can be brought before the World Court. This requirement actually signifies that what is properly referred to the Court is not so much the alleged wrongful acts as the dispute having arisen out of them.

A legal dispute cannot be found to exist until it has been established; it cannot simply be presumed from the facts. As in the case of private debt claims, those facts have to have given rise to an unmet demand; the jurisprudence and practice have so required ever since the *Mavrommatis* Judgment. Nor does a dispute come into existence directly out of the referral to the Court. In the absence of an inter-State dispute, alleged violations of an individual’s rights remain mere acts; they do not constitute an inter-State dispute. This requirement, expressed in all these cases in respect of inter-State disputes involving international obligations in direct State-to-State relations, is even more compelling in regard to individuals’ rights. Granted, in the *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)* case Mexico presented its claims concerning its nationals directly to the Court, but it expressly framed its action as one involving “violations of the Vienna Convention on Consular Relations (done on 24 April 1963)”, to which the two States are parties (Application of Mexico dated 9 January 2003, p. 1, and *Merits, Judgment, I.C.J. Reports 2004*, p. 17, para. 1, and p. 28, para. 22), not one involving the exercise of diplomatic protection, and the Court took cognizance of this.

That the existence of an inter-State dispute should be required is especially logical and understandable since, as the ILC observes and documents in its Articles on Responsibility of States, it is generally accepted that a State invoking the responsibility of another State must give notice of the claim to it, specifying

- “(a) the conduct that the responsible State should take in order to cease the wrongful act, if it is continuing;
- (b) what form reparation should take” (James Crawford, *The International Law Commission’s Articles on State Responsibility, Introduction, Text and Commentaries*, Article 43, p. 261).

While the fact alone of a State’s breach of an international obligation is capable of giving rise to its responsibility under the law,

“the first step [by an injured State] should be to call the attention of the responsible State to the situation, and to call on it to take appropriate steps to cease the breach and to provide redress” (*ibid.*, p. 261),

as Crawford says in commenting on Article 43. In fact, it is only where there is no response or an unsatisfactory response that the dispute is born.

De fait, le plus souvent, lorsque l'on évoque la définition du différend, on s'arrête à une partie du travail de définition fourni par la Cour dans son arrêt dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine* disant du différend que c'est «un désaccord sur un point de droit ou de fait, une contradiction, une opposition de thèses juridiques ou d'intérêts entre deux personnes» (1924, arrêt, C.P.J.I. série A n° 2, p. 11). Ce faisant, on oublie que la Cour n'énonce cette définition qu'après avoir établi que les conditions d'existence d'un différend sont remplies. Cette opération est menée, dans ce sens, par la Cour dans l'affaire du *Sud-Ouest africain*, lorsqu'elle précise que

«il ne suffit pas que l'une des parties à une affaire contentieuse affirme l'existence d'un différend avec l'autre partie. La simple affirmation ne suffit pas pour prouver l'existence d'un différend, tout comme le simple fait que l'existence d'un différend est contestée ne prouve pas que ce différend n'existe pas. *Il n'est pas suffisant non plus de démontrer que les intérêts des deux parties à une ... affaire sont en conflit. Il faut démontrer que la réclamation de l'une des parties se heurte à l'opposition manifeste de l'autre.*» (*Exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1962, p. 328; les italiques sont de moi.*)

Et, dans cet arrêt de 1962, la Cour procède largement à cette analyse en passant en revue tous les échanges diplomatiques entre les Parties. Encore une fois, on voit bien ainsi que ce dont doit être saisie la Cour ce ne sont pas les faits ou le litige interne, mais le différend qui en naît entre les Etats. La Cour permanente l'avait confirmé à sa manière, dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine*, lorsqu'elle dit que

«il est vrai que le différend a d'abord été celui d'un particulier et d'un Etat, celui de Mavrommatis et de la Grande-Bretagne; *puis le Gouvernement hellénique a pris l'affaire en mains; le différend est entré dans une phase nouvelle: il s'est porté sur le terrain international...; dès lors, la possibilité existe qu'il relève désormais de la compétence de la Cour permanente de Justice internationale*» (1924, arrêt, C.P.J.I. série A n° 2, p. 12; les italiques sont de moi).

Le fait que la RDC n'ait pas contesté l'existence d'un différend entre elle et la Guinée n'a aucune espèce d'importance dans la mesure où cette existence est la première condition, objective, pour que soit régulièrement saisie la Cour (selon l'article 38 de son Statut, chargée de «régler les différends...»), et ne peut aucunement limiter le pouvoir de la Cour de vérifier l'existence préalable d'un différend. D'ailleurs, en examinant cette question dans l'affaire du *Sud-Ouest africain*, la Cour ne le fait pas en tant qu'exception préliminaire soulevée par le défendeur (l'Union sud-africaine) mais, «[a]vant d'entreprendre cette tâche» d'examiner, «au stade actuel de la procédure» les exceptions préliminaires sud-africaines,

The truth is that, more often than not when the definition of “dispute” is under discussion, one stops at that part of it formulated by the Court in its Judgment in the *Mavrommatis Palestine Concessions* case to the effect that a dispute is “a disagreement on a point of law or fact, a conflict of legal views or of interests between two persons” (*Judgment No. 2, 1924, P.C.I.J., Series A, No. 2*, p. 11). Sight is lost of the fact that the Court laid down this definition only after establishing that the conditions for the existence of a dispute had been fulfilled. This was the process followed by the Court in the *South West Africa* case when it made clear:

“it is not sufficient for one party to a contentious case to assert that a dispute exists with the other party. A mere assertion is not sufficient to prove the existence of a dispute any more than a mere denial of the existence of the dispute proves its non-existence. *Nor is it adequate to show that the interests of the two parties to . . . a case are in conflict. It must be shown that the claim of one party is positively opposed by the other.*” (*Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1962*, p. 328; emphasis added.)

And in that 1962 Judgment the Court carried out a thorough analysis in this respect, reviewing the entire diplomatic correspondence between the parties. Once again, it is clear from this that what must be referred to the Court is neither the facts nor the internal controversy, but the inter-State dispute arising out of them. The Permanent Court affirmed this in its own way in the case concerning *Mavrommatis Palestine Concessions* when it said:

“it is true that the dispute was at first between a private person and a State — i.e. between M. Mavrommatis and Great Britain. *Subsequently, the Greek Government took up the case. The dispute then entered upon a new phase; it entered the domain of international law . . . Henceforward therefore it is a dispute which may or may not fall under the jurisdiction of the Permanent Court of International Justice.*” (*Judgment No. 2, 1924, P.C.I.J., Series A, No. 2*, p. 12; emphasis added.)

The fact that the DRC has not denied the existence of a dispute between it and Guinea is wholly immaterial, since the existence of a dispute is the first, objective, condition to be met for a valid referral to the Court (whose function, under Article 38 of its Statute, is “to decide . . . disputes . . .”), and the Court is in no way limited in its power to ascertain whether a dispute already exists. Further, in examining this issue in the *South West Africa* case, the Court addressed it not as a preliminary objection raised by the Respondent (the Union of South Africa) but as a “preliminary question relating to the existence of the dispute which is the subject of the Applications” (*Preliminary Objections, Judgment, I.C.J.*

comme une «question préliminaire touchant l'existence du différend qui fait l'objet des requêtes» (*C.I.J. Recueil 1962*, p. 328), ne procédant à l'examen des exceptions préliminaires qu'ensuite. Il n'est pas non plus pertinent de prétendre que, le défendeur ayant d'emblée accepté la compétence de la Cour, il n'y aurait plus lieu d'examiner cette question : il y a là, de fait, deux problématiques différentes, existence d'un différend et compétence, que la Cour se doit d'examiner l'une et l'autre.

Or, à cet égard, les deux requêtes successives de la Guinée font état de «l'objet du différend», mais, dans les circonstances où elle a présenté sa requête et d'après les faits qui y sont allégués, la Guinée n'établit nulle part, à propos des faits illicites qu'elle impute devant la Cour à la RDC relativement aux mauvais traitements allégués, à l'expulsion et, même, aux droits propres d'associé, à quel moment ni en quels termes s'est manifesté ou a été constaté *le différend juridique* dont la Cour pourrait connaître. La Guinée, sans doute consciente de l'exigence de cette condition d'existence de différend interétatique, cherche à l'établir en prétendant qu'elle n'a saisi la Cour qu'«[a]près de vaines tentatives de règlement amiable» (requête, p. 2), ou après «plusieurs démarches diplomatiques» tentées en vain «pour obtenir du Zaïre ... qu'il fasse droit aux demandes en réparation de M. Diallo, injustement réduit à l'indigence la plus totale» (mémoire de la Guinée, par. 1.2). Il me semble que, rien que pour cela, la Cour aurait pu vérifier ces allégations; elle aurait pu ainsi constater que non seulement ces allégations de tentatives et démarches diplomatiques qui auraient pu faire éclater l'opposition des thèses, c'est-à-dire le différend, ne se réfèrent qu'au contentieux commercial relatif aux sociétés dont M. Diallo est associé et, que, encore, il ne s'agit que de la correspondance échangée entre les autorités guinéennes elles-mêmes. C'est en vain que l'on cherche un seul, parmi les centaines des documents annexés par la Guinée, qui porte sur une quelconque démarche diplomatique ou autre du Gouvernement guinéen, ministre ou ambassadeur, auprès de l'une quelconque des autorités congolaises. Il est, par ailleurs, symptomatique que même dans sa plaidoirie la Guinée n'en ait plus fait état. En effet, la seule correspondance gouvernementale guinéenne relative à M. Diallo a lieu entre les autorités guinéennes elles-mêmes ou entre le ministre des affaires étrangères et son ambassadeur à Kinshasa, ces échanges de lettres n'ayant du reste comme seul objet que les créances de M. Diallo (mémoire de la Guinée, annexes 203, 216, 217 et 223).

Que le conseil de M. Diallo ait, lui seul, adressé aux autorités congolaises les seules correspondances envoyées à ces dernières figurant dans le dossier, cela reste dans le cadre de démarches en vue du règlement du litige relatif aux créances des deux sociétés engagées par M. Diallo en tant que gérant desdites sociétés, ne changeant rien au fait qu'aucun document déposé auprès de la Cour ne prouve l'existence de démarches diplomatiques en vue de solder le dossier des prétendues vexations imposées à M. Diallo par son emprisonnement et son expulsion. Bien plus, le dossier en la possession de la Cour ne contient aucune pièce prouvant

Reports 1962, p. 328), “[b]efore undertaking th[e] task” of considering South Africa’s preliminary objections “in the present phase of the proceedings”; the Court only turned to consideration of the preliminary objections afterwards. Nor is it correct to claim that there is no longer any need to deal with this question because the Respondent accepted the Court’s jurisdiction at the outset; these are in fact two separate issues — existence of a dispute and jurisdiction — each of which the Court is duty bound to consider.

Now, in this context Guinea’s two successive Applications set out the “subject of the dispute”, but nowhere does Guinea show, through the circumstances surrounding the submission of its Application or through the facts alleged therein, either when or in what terms *the legal dispute* cognizable by the Court became apparent or acknowledged in respect of the wrongful acts it ascribes to the DRC in connection with Mr. Diallo’s alleged mistreatment, his expulsion and even his direct rights as *associé*. Guinea, no doubt aware that the existence of an inter-State dispute is required, seeks to establish one by claiming that it only turned to the Court “[a]fter vain attempts to arrive at an out-of-court settlement” (Application, p. 3) or after “several fruitless diplomatic initiatives aimed at inducing Zaire . . . to accede to requests for compensation made by Mr. Diallo, who had been unjustly reduced to total penury” (Memorial of Guinea, para. 1.2). I believe that for this reason alone the Court could have checked the substance of these allegations; it would then have seen not only that any alleged attempts and diplomatic initiatives which might have been capable of precipitating the conflict of views, that is to say the dispute, concerned only the commercial disagreements involving the companies in which Mr. Diallo is *associé*, but also that they consisted of nothing but correspondence exchanged between various Guinean authorities themselves. Among the hundreds of documents annexed by Guinea, not even one can be found bearing on any diplomatic or other approach made by the Guinean Government, a minister or ambassador to any Congolese authority. Incidentally, it is telling that Guinea made no further reference to these in oral argument. In fact, the only correspondence of the Guinean Government concerning Mr. Diallo was between Guinean authorities themselves or between the Minister for Foreign Affairs and his Ambassador in Kinshasa; moreover, the sole subject dealt with in these letters was Mr. Diallo’s debt claims (Memorial of Guinea, Anns. 203, 216, 217 and 223).

The only correspondence sent to the Congolese authorities which appears in the record was from Mr. Diallo’s counsel, and him alone, and fell within the scope of steps taken in pursuit of a settlement of the litigation which Mr. Diallo, as the companies’ *gérant*, brought over the debts owed to them. This in no way detracts from the fact that no document filed with the Court proves that diplomatic *démarches* were undertaken to resolve the matter of the alleged harm suffered by Mr. Diallo from his imprisonment and expulsion. What is more, the record before the Court contains no evidence substantiating any official approaches to the DRC

des démarches officielles auprès de la RDC concernant quelque aspect de l'affaire, même les créances. Certes, la correspondance du conseil de M. Diallo au président de la République démocratique du Congo fait état de «[t]outes les correspondances adressées par le ministère des affaires étrangères de la République de Guinée aux autorités congolaises» qui seraient «restées sans réponse, dans le mépris vexatoire de la courtoisie diplomatique», avant de lui signifier la décision *de son client* «de saisir les instances internationales compétentes pour obtenir justice» (mémoire de la Guinée, annexes 245 et 248, lettres des 4 février et 16 mars 1998, annexes 246 et 249, lettres au ministre de la justice de la RDC en date des 4 février et 16 mars 1998, leur demandant, sur recommandation du secrétaire général du CIRDI, leur agrément pour la saisine de cet organisme d'arbitrage international).

Mais, si le conseil de M. Diallo, certainement de bonne foi, sans toutefois pouvoir vérifier quoi que ce soit, a cru le ministre qui lui avait dit avoir envoyé plusieurs correspondances aux autorités congolaises, le dossier transmis à la Cour et les plaidoiries prononcées en la phase orale n'en contiennent aucune trace.

Bien plus, même la lettre du ministre guinéen des affaires étrangères à l'ambassadeur de Guinée, ayant constaté l'interdiction de séjour qui frappait M. Diallo, évoque l'éventualité en disant «à moins que cette interdiction ne soit levée officiellement» (mémoire de la Guinée, annexe 216), et celle du ministre de la justice de Guinée (mémoire de la Guinée, annexe 212), en date du 11 décembre 1996 (un mois et demi après la signature du décret d'expulsion et un mois et demi avant l'expulsion), par laquelle il dit rester à la «disposition pour le suivi du dossier», transmet à son collègue des affaires étrangères *un rapport sur l'expulsion de M. Diallo* et lui expose la «possibilité d'exercer la protection diplomatique» auprès de la RDC, ne font entreprendre aucune démarche dans ce sens. Il n'y a, dans les documents sous les yeux de la Cour, aucune trace d'une simple protestation diplomatique face aux prétendus mauvais traitements et à l'expulsion, pourtant réputés notoires parce que médiatisés, qu'aurait subis M. Diallo; ce grief, si tant est qu'il ait existé, n'a jamais été porté sur le terrain international pour devenir un différend interétatique.

Enfin, à la suite de cette logique, il est de pratique diplomatique et d'exigence judiciaire constantes que, indépendamment de la condition de l'épuisement préalable des voies de recours internes, le requérant international fasse valoir devant la justice internationale les mêmes griefs que ceux qu'il a portés devant les instances nationales de l'Etat «responsable»: «les instances étatiques et internationales devront *examiner les mêmes questions...*», les griefs doivent «*être identiques* et s'en prendre aux *mêmes droits prétendument violés*» (P. Daillier et A. Pellet, *Droit international public*, LGDJ, 7^e éd., 2002, p. 814; J. Guinant, «La règle de l'épuisement des voies de recours internes dans le cadre des systèmes internationaux de protection des droits de l'homme», *Revue belge de*

in respect of any aspect of the case, not even the debt claims. In his letter to the President of the Democratic Republic of the Congo, Mr. Diallo's counsel does of course refer to "[a]ll of the letters sent by the Minister for Foreign Affairs of the Republic of Guinea to the Congolese authorities", to which "no response has been forthcoming, in a showing of vexatious disregard for diplomatic courtesy", but he then informs the President of *his client's* decision "to refer the matter to the competent international bodies in order to obtain justice" (Memorial of Guinea, Anns. 245 and 248, letters of 4 February and 16 March 1998, Anns. 246 and 249, letters to the Minister of Justice of the DRC dated 4 February and 16 March 1998, seeking their consent, as required by the Secretary-General of the ICSID, to the submission to that international arbitration body).

However, while Mr. Diallo's counsel, undoubtedly acting in good faith but in no position to check anything, believed the Minister's assertion that he had sent several letters to the Congolese authorities, no evidence of them is to be found in the written record before the Court or the statements made in the oral proceedings.

What is more, no diplomatic *démarche* followed even from the letter from the Guinean Minister for Foreign Affairs to the Guinean Ambassador referring to Mr. Diallo's banishment from Zaire and raising the possibility of an approach in stating "unless that ban is officially lifted" (Memorial of Guinea, Ann. 216), or from the letter from the Guinean Minister of Justice (Memorial of Guinea, Ann. 212) dated 11 December 1996 (a month-and-a-half after the expulsion order was signed and a month-and-a-half before the expulsion), in which the Minister states that he remains at the "disposal [of the Minister for Foreign Affairs] to follow up the case", transmits *a report on Mr. Diallo's expulsion* to his counterpart at the Ministry of Foreign Affairs and raises the "possibility of exercising diplomatic protection" vis-à-vis the DRC. There is no evidence in the documents before the Court of even a simple diplomatic protest against Mr. Diallo's alleged mistreatment and his expulsion, even though these received media coverage and must therefore be deemed to have been matters of public knowledge; this grievance, insofar as there was any substance to it, was never raised at the international level in such a way as to become a dispute between States.

Finally, in accordance with this logic, it is settled diplomatic practice and an established judicial requirement that, apart from having first to exhaust local remedies, an international applicant must assert the same claims before the international court as those raised before the national courts of the "responsible" State: "the national and international judicial fora must *examine the same questions . . .*"; the claims must "*be identical and must aim at the same allegedly violated rights*" (P. Daillier and A. Pellet, *Droit international public*, LGDJ, 7th ed., 2002, p. 814; J. Guinant, "La règle de l'épuisement des voies de recours internes dans le cadre des systèmes internationaux de protection des droits de l'homme", *Revue belge de droit international*, 1968, pp. 476-477; emphasis added).

droit international, 1968, p. 476-477; les italiques sont de moi). Or, devant les instances nationales congolaises, le demandeur exigeait le paiement des créances des deux sociétés congolaises, tandis que, devant la Cour, il s'agit de réparer de prétendus mauvais traitements d'un individu et les violations alléguées des droits propres d'un associé; un tout autre litige, un tout autre procès. De fait, la réclamation guinéenne, pour autant que, au vu de l'enchevêtrement des argumentations, il soit possible de la limiter aux seuls prétendus mauvais traitements du ressortissant guinéen, n'apparaît pour la première fois que devant la Cour, surprenant par sa soudaineté le défendeur. Ainsi, n'ayant connu du litige que ce qui a été produit devant la Cour au moment du dépôt de la requête guinéenne, la RDC n'a pas pu évoquer autrement qu'elle ne l'a fait le «différend» sur les droits individuels et les droits propres d'associé. Cette problématique est tout à fait indépendante de celle de la compétence incontestable de la Cour acceptée par ailleurs sans réserve par le défendeur.

Sur ces aspects relatifs à la qualité de la requête, *obscuri libelli*, soudaineté des réclamations et discontinuité de griefs, j'ai eu l'impression que la Cour s'éloignait d'une pratique qui me semblait logique, sans que j'aie compris pourquoi, et il ne m'a pas semblé satisfaisant que la Cour ait fait l'économie d'une analyse si utile. Enfin, le fait que la RDC s'est d'emblée jointe à la procédure sans élever des réserves ni des objections sur ces points n'a aucune importance ici et, pour répondre à l'intention du défendeur de voir déclarer irrecevable une requête, la Cour

«reste libre dans le choix des motifs sur lesquels elle fondera son arrêt et n'est pas tenue d'examiner toutes les considérations présentées par les Parties, si d'autres lui paraissent suffisantes...» (*Application de la convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1958, p. 62*).

2. LA DEUXIÈME EXCEPTION CONGOLAISE

Je rappelle, à sa suite, que la Cour s'est trouvée limitée par le fait que les deux Parties n'ont fait état que des voies de recours exercées par les sociétés, sans se préoccuper de celles que devait ou qu'aurait dû exercer M. Diallo pour la défense de ses «droits propres» d'associé ou d'actionnaire (arrêt, par. 74).

Si cet état de choses peut s'expliquer pour le défendeur, la RDC, qui a calqué ses exceptions préliminaires sur l'objet du différend tel qu'il fut présenté par la requête, mais toutefois sans adapter ses moyens juridiques aux nouveaux griefs exprimés par le demandeur, cela est moins compréhensible de la part de ce dernier, la Guinée, qui a eu le temps de «corriger» sa démarche en y introduisant des prétendues violations des droits individuels et des droits propres d'associé de son ressortissant, mais

Now, in the Congolese domestic courts the Applicant sought payment of the debts owed to the two Congolese companies, while what is being sought in this Court is reparation for the alleged mistreatment of an individual and for claimed violations of the direct rights of an *associé*: completely different disputes, completely separate proceedings. In fact, Guinea's claim, insofar as the intertwined arguments allow it to be confined strictly to the alleged mistreatment of Guinea's national, first arose before the Court, its sudden appearance taking the Respondent by surprise. Thus, the DRC, whose knowledge of the controversy was limited to the information presented to the Court when Guinea filed its Application, could only respond as it did in respect of the "dispute" over individual rights and direct rights of an *associé*. The issue here is completely separate from the question of the Court's incontrovertible jurisdiction, which has moreover been accepted unreservedly by the Respondent.

In respect of these points concerning the quality of the Application, *obscuri libelli*, the sudden assertion of the claims and the dissimilarity of the grievances, it was my impression that the Court was retreating from what seemed to me a logical practice, and I failed to understand why. I found it unsatisfactory that the Court should dispense with such a productive analysis. Finally, the fact that the DRC has participated in the proceedings from the outset without reservation or objection on these points is immaterial here and, in acting on a respondent's attempt to have an application declared inadmissible, the Court

"retains its freedom to select the ground upon which it will base its judgment, and is under no obligation to examine all the considerations advanced by the Parties if other considerations appear to it to be sufficient . . ." (*Application of the Convention of 1902 Governing the Guardianship of Infants, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1958*, p. 62).

2. THE CONGO'S SECOND OBJECTION

Like the Court, I shall observe that it found itself constrained by the fact that the Parties discussed only those remedies sought by the companies and paid no attention to those which Mr. Diallo might or should have pursued to safeguard his "direct rights" as *associé* or *actionnaire* (Judgment, para. 74).

While this may be understandable in the case of the Respondent, the DRC, which geared its preliminary objections to the subject-matter of the dispute as described in the Application, without tailoring its legal arguments to the new claims asserted by the Applicant, it is less easily understood in the case of the Applicant, Guinea, which found the time to "rectify" its claims by incorporating within them alleged violations of its national's individual rights and direct rights as *associé*, without however

toutefois sans indiquer qu'à leur strict propos toutes les voies de recours auraient été épuisées ou se seraient avérées inefficaces ou inexistantes.

Je me suis trouvé en désaccord avec la Cour sur l'argumentation développée pour rejeter cette deuxième exception. Collant aux allégations de la Guinée, jusqu'aux plus contestables, la Cour a admis, d'une part, qu'il n'existerait pas dans le système juridique congolais de voies de recours contre la mesure d'expulsion ayant frappé M. Diallo et, d'autre part, que l'existence des recours contre les violations alléguées des droits propres d'associé de ce dernier est tributaire de son expulsion.

La thèse guinéenne suivie par la Cour était que la RDC a délibérément expulsé M. Diallo pour l'empêcher d'exercer ses droits d'associé et que, par elle-même, son expulsion a violé ses droits propres d'associé. Dans les propos de la Guinée, il s'est entretenu comme une idée d'un complot de la part de la RDC contre M. Diallo, jusque et y compris dans l'argument selon lequel la RDC aurait délibérément camouflé derrière une mesure de «refoulement», non susceptible de recours, l'expulsion dont M. Diallo était frappé; cette thèse, exposée au paragraphe 46, rejaillit sur le raisonnement de la Cour au paragraphe 73 de l'arrêt. D'une part, en approuvant cette interprétation, la Cour fait comme si M. Diallo ignorait qu'il était frappé d'expulsion, s'était comporté comme s'il savait au contraire qu'il était refoulé et s'était en conséquence abstenu d'exercer des recours d'ailleurs non prévus dans ce cas. Or, l'échange de correspondance entre les autorités guinéennes montre qu'elles étaient au courant de ce décret «portant expulsion d'une personne étrangère de la République du Zaïre», alors même que l'objet de ces deux mesures est différent: on expulse d'un pays quelqu'un qui y réside déjà et on refoule celui qui n'arrive encore qu'à la frontière. D'autre part, une telle imputation est d'autant plus inutilement dommageable à un Etat qu'elle introduit une contradiction, en tout cas une incohérence, avec les paragraphes 47 et 48 de l'arrêt qui développent un argument plus acceptable, plus conforme à la réalité et à lui seul suffisant, qui établit que, en fait, ce n'est pas parce qu'il s'agissait, même dans le chef de la RDC, d'une mesure de refoulement que M. Diallo ne pouvait exercer des recours, mais c'est parce que la RDC «n'a pas démontré qu'il existait dans son ordre juridique des voies de recours disponibles et efficaces qui auraient permis à M. Diallo de contester son expulsion». Certes, il n'appartenait pas à la Cour de rechercher par elle-même l'existence des recours effectifs en droit congolais contre l'expulsion, mais la démonstration simplificatrice rejetant la thèse d'erreur matérielle, et qui conduit à assimiler refoulement et expulsion au moment de l'exécution de la mesure d'expulsion de M. Diallo, ne me semble pas suffisante. J'aurais plus facilement compris l'idée que, selon une jurisprudence incontestable, on peut affirmer qu'étant éloigné du territoire congolais M. Diallo ne pouvait pas ou n'aurait pas pu exercer ces recours, quels qu'ils soient, tandis que la conclusion que de tels recours n'existent pas me semble être un jugement que fait gratuitement la Cour du système juridique d'un Etat partie à son Statut. Mais par ailleurs, si la RDC n'a pas pu démontrer l'existence de recours contentieux, elle a fait état de recours gracieux. Il n'est pas vrai, à cet égard, que les recours

stating that all specific remedies for these had been exhausted or had proved ineffective or non-existent.

I have found myself in disagreement with the Court on the reasoning expounded in rejecting the second objection. Closely following Guinea's contentions, including the most dubious of them, the Court accepted the arguments that the Congolese legal system offered no remedies against the decision to expel Mr. Diallo and that the availability of any remedies against the alleged violations of his direct rights as *associé* was a function of his expulsion.

As upheld by the Court, Guinea's thesis was that the DRC deliberately expelled Mr. Diallo to prevent him from exercising his rights as *associé* and that the expulsion *per se* was a violation of his direct rights as *associé*. The insinuation of a plot by the DRC against Mr. Diallo runs through Guinea's case, even taking form in the argument that the DRC deliberately camouflaged Mr. Diallo's expulsion as a non-appealable "refusal of entry" ("*refoulement*"); this contention, described in paragraph 46, resurfaces in the Court's reasoning in paragraph 73 of the Judgment. Further, in sanctioning this interpretation, the Court proceeds on the basis that Mr. Diallo was unaware that he had been expelled, acted as though he thought that he had been refused entry instead, and accordingly refrained from pursuing remedies that were at any rate not available for refusal of entry. However, the correspondence exchanged between Guinean authorities shows that they had knowledge of the decree "expelling an alien from the Republic of Zaire". And these two measures have different objects: expulsion from a country involves someone already residing there, while entry is refused to someone at the border. Further, this charge is all the more prejudicial to a State, and to no avail, in that it introduces a contradiction, or in any event an inconsistency, with paragraphs 47 and 48 of the Judgment, which expound a more acceptable argument, one closer to the truth and sufficient on its own, showing that in reality Mr. Diallo was prevented from pursuing remedies not because the measure involved was a refusal of entry, at least as so designated by the DRC, but because the DRC "has not proved the existence in its domestic legal system of available and effective remedies allowing Mr. Diallo to challenge his expulsion". True, it was not for the Court to seek *proprio motu* to ascertain whether effective remedies against expulsion existed under Congolese law, but the simplistic reasoning rejecting the claim of clerical error and leading to treating refusal of entry and expulsion as alike upon enforcement of the order expelling Mr. Diallo is, I believe, deficient. It would have been easier for me to understand the conclusion, in accordance with unassailable jurisprudence, that Mr. Diallo, having been removed from the Congo, was unable to pursue these remedies, whatever they might be, whereas, in concluding that there are no such remedies, the Court, it seems, is gratuitously passing judgment on the legal system of a State party to its Statute. Moreover, while the DRC was unable to prove the existence of contentious remedies, it did draw attention to remedies of grace. It is not true that remedies of

gracieux soient à exclure de l'obligation d'épuiser les voies de recours internes parce qu'ils ne traduiraient qu'une pure pitié ou faveur comme le laisse entendre l'arrêt (arrêt, par. 47). Cela est important car, si, comme le prétend la Guinée, «la doctrine s'est toujours montrée hostile» au recours gracieux, une autre doctrine, tout aussi crédible, estime que le recours à l'autorité administrative est une voie de recours qui est généralement, aux côtés des recours contentieux, admise comme l'une des voies de recours efficaces à propos desquelles l'épuisement des voies de recours internes est exigé: P. Daillier et A. Pellet disent que le particulier victime de l'acte illicite doit avoir «épuisé tous les recours internes — *gracieux et contentieux* — prévus et mis à sa disposition par l'ordre juridique de l'Etat...» (*Droit international public*, 2002, p. 812; les italiques sont de moi). Par ailleurs, alors que l'arrêt laisse entendre qu'il existerait plusieurs formes de recours gracieux, on ne peut pas faire autrement que, par la nature même du recours gracieux, son issue, à la différence du recours juridictionnel, dépende discrétionnairement de l'autorité administrative compétente, ce qui ne devrait rien enlever à sa valeur en tant que recours.

Quant à la violation des droits propres d'associé de M. Diallo, traitée «comme une conséquence directe de son expulsion», sans doute aurait-il été également utile, sans nécessairement toucher lourdement au fond, de démontrer plus explicitement le lien que l'on prétend établir entre l'expulsion et la violation des droits propres d'associé de M. Diallo. Le débat dès lors eût porté sur, tout au moins comme une simple allégation à démontrer au stade du fond, le fait que la RDC a posé des actes visant ou non directement ces droits propres. De fait, dans la mesure où les droits propres d'associé ne sont exigibles qu'à la société dont la personne est l'associé, ils ne peuvent concerner les tiers qu'à travers des actes incriminés qui, selon l'expression de la Cour dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, sont «dirigés contre les droits propres ... en tant que tels», excluant l'hypothèse d'un impact indirect ou collatéral, ou à cause d'ingérences de l'Etat concerné dans le fonctionnement de la société ou dans les relations entre celle-ci et ses associés. C'est ce que démontre la sentence arbitrale dans l'affaire de la *Salvador Commercial Co.* (*RSA*, vol. XV, p. 474-475) qui donne des exemples logiques en visant certains actes d'ingérence, comme le remplacement arbitraire d'administrateurs, la convocation de réunions d'organes dirigeants de la société au mépris des règles statutaires ou sans avertir les actionnaires majoritaires, le refus de laisser certains actionnaires consulter des documents de la société, etc., ou tout autre acte de même nature. Or, nulle part, la Guinée, même en réservant la démonstration à la phase de l'examen au fond, n'a prétendu que la RDC a commis des faits internationalement illicites dans ce sens «dirigés contre les droits propres d'associé en tant que tels» de M. Diallo, n'invoquant que la simple incidence d'une mesure dirigée contre l'individu Diallo et non contre ses droits propres d'associé. La démarche différente adoptée par la Guinée et acceptée par la Cour consiste à ne pas examiner si les mesures reprochées à la RDC visaient ou, mieux encore, avaient pour cible directe les droits propres d'associé de M. Diallo «en tant que

grace fall outside the scope of the obligation to exhaust local remedies on the ground that they reflect nothing more than mercy or a favour, as the Judgment implies (Judgment, para. 47). This is important because, if it is true, as Guinea contends, that “scholarly opinion has always been hostile” to remedies of grace, another, equally credible, school of thought holds that remedies sought from administrative authorities are generally recognized, together with contentious remedies, to be effective local remedies required to be exhausted: according to P. Daillier and A. Pellet, an individual having suffered from a wrongful act must have “exhausted all local remedies — *both of grace and contentious* — provided for and available in the State’s legal order . . .” (*Droit international public*, 2002, p. 812; emphasis added). Moreover, although the Judgment implies that remedies of grace exist in several forms, it cannot help but be observed that, owing to the very nature of a remedy of grace, the outcome of a petition for one, unlike that of an application in a legal action, lies within the discretion of the competent administrative authority and this should not detract from its value as a remedy.

As for the violation of Mr. Diallo’s direct rights as *associé*, dealt with “as a direct consequence of his expulsion”, it would undoubtedly also have been useful to show more explicitly, but without necessarily addressing the merits in depth, the claimed link between the expulsion and the violation of Mr. Diallo’s direct rights as *associé*. The discussion would then have dealt with the question, at the very least as a point to be proved in the merits phase, whether or not the DRC’s actions were specifically aimed at the direct rights. In fact, since the direct rights of an *associé* can only be exercised vis-à-vis the company in which the individual is *associé*, third parties can only be concerned where the complained-of acts are, in the words of the Court in the *Barcelona Traction* case, “aimed at the direct rights . . . as such”, thus ruling out cases of indirect or collateral impact, or where the State interferes in the operation of the company or in its relations with its *associés*. This can be seen in the Arbitral Award in the case concerning *Salvador Commercial Co.* (*RIAA*, Vol. XV, pp. 474-475), which gives logical examples of interference, such as arbitrarily replacing directors, calling meetings of a company’s management bodies in violation of the rules or without notifying majority shareholders, refusing to allow certain shareholders to inspect corporate records, and other acts similar in nature. Yet there has been no allegation by Guinea, not even one which it reserved the right to prove in the merits phase, that the DRC committed internationally wrongful acts “aimed at [Mr. Diallo’s] direct rights as *associé* as such”; it merely cited the effect of an action taken against Mr. Diallo as an individual, not against his direct rights as *associé*. The different approach taken by Guinea, and accepted by the Court, was to refrain from seeking to determine whether the complained-of actions by the DRC concerned or, better yet, specifically targeted, Mr. Diallo’s direct rights as *associé* “as such” or whether this was merely a collateral effect of a measure aimed solely at Mr. Diallo as an individual; it attached no importance to the fundamental distinction

tels» ou s'il ne s'agit que d'un effet collatéral d'une mesure visant uniquement l'individu M. Diallo; elle ne fait aucun cas de la distinction essentielle établie par la Cour elle-même dans l'affaire de la *Barcelona Traction*. Il y a là comme une insinuation que la RDC ne cherchait par cette expulsion qu'à violer les droits propres d'associé, insinuation se comprenant ainsi qu'un procès d'intention, auquel je ne peux adhérer, fait au défendeur en lui attribuant, comme arrière-plan d'une mesure frappant clairement un individu, une intention invérifiable d'atteindre non pas l'individu lui-même mais ses droits propres d'associé. Ce faisant, la Cour a implicitement entériné, au détriment de la formulation claire et juridiquement précise de son arrêt dans l'affaire de la *Barcelona Traction* — «actes dirigés contre les droits propres des actionnaires en tant que tels» —, celle de la CDI à l'article 12 de son projet — fait qui «*porte directement atteinte* aux droits des actionnaires en tant que tels» (les italiques sont de moi); c'est en effet cette dernière, trop large et ouvrant une véritable boîte de Pandore, qui a inspiré l'argumentation guinéenne qui traite «la violation alléguée des droits propres de M. Diallo en tant qu'associé comme une conséquence directe de son expulsion», argumentation que la Cour reprend à son compte (arrêt, par. 74).

Un autre aspect est à retenir sur l'exception de non-épuisement des recours internes s'agissant des droits propres d'associé. Tout en précisant que les Parties «se sont limitées ... à l'examen des recours ouverts aux sociétés ... sans aborder ceux éventuellement ouverts à M. Diallo en tant qu'associé» (*ibid.*), la Cour rejette néanmoins l'exception congolaise sur une motivation qui note l'absence d'une démonstration par la RDC, que ni la requête ni le déroulement de la procédure ne permettent d'exiger du défendeur, de l'existence de voies de recours «qui auraient été distinctes de celles relatives à son expulsion» (*ibid.*) et, donc, estimant qu'il n'existe pas de recours contre l'expulsion, elle en déduit qu'il n'en existe pas non plus contre les éventuelles violations des droits d'associé. En tout cas, la démonstration qui aboutit à cette assimilation entre expulsion, même considérée comme source des violations alléguées des droits propres d'associé, et ces dernières n'est pas convaincante. Mais la Cour a éludé la difficulté devant laquelle elle se trouvait du fait qu'aucune conséquence déterminante logique et raisonnable ne peut être tirée du silence des deux Parties concluant à l'existence ou à l'inexistence de voies de recours propres aux droits d'associé; elle le fait en décidant que,

«[d]ans la mesure où il n'a pas été avancé qu'il existait des voies de recours internes que M. Diallo aurait dû épuiser en ce qui concerne ses droits propres en tant qu'associé, la question de l'efficacité de ces voies de recours, en tout état de cause, ne se pose pas» (*ibid.*).

Cette assimilation rapide ne semble pas pouvoir aller de soi; en effet, les voies de recours contre l'expulsion, spécifiques du fait de la nature même de l'expulsion en tant que relevant du contentieux administratif, ne

drawn by the Court itself in the *Barcelona Traction* case. This is akin to insinuating that the DRC's intent in expelling Mr. Diallo was precisely to violate his direct rights as *associé*; the insinuation is tantamount to holding the Respondent responsible — and I cannot countenance this — not for its acts but for its supposed motives, ascribing to it, as the impetus for an action clearly taken against an individual, an unascertainable motive to strike not at the individual himself but at his direct rights as *associé*. In so doing, the Court has, in preference to the clear and legally precise language in its Judgment in the *Barcelona Traction* case — an “act . . . aimed at the direct rights of the shareholder as such” —, implicitly ratified the ILC's formulation in Article 12 of its draft — an act which “causes direct injury to the rights of shareholders as such” (emphasis added). Indeed, it is this latter, over-broad interpretation, opening a veritable Pandora's box, that informed Guinea's argument dealing with “the alleged violation of Mr. Diallo's direct rights as *associé* . . . as a direct consequence of his expulsion”, reasoning which the Court then adopted as its own (Judgment, para. 74).

Another point concerning the objection based on failure to exhaust local remedies bears noting in respect of the direct rights as *associé*. While observing that the Parties “have confined themselves . . . to examining remedies open to Africom-Zaire and Africontainers-Zaire, without considering any which may have been open to Mr. Diallo as *associé*” (*ibid.*), the Court nevertheless rejects the Congo's objection pursuant to reasoning premised on the DRC's failure to show that remedies “distinct from those in respect of Mr. Diallo's expulsion” (*ibid.*) existed, even though neither the Application nor anything else in the proceedings provides a basis for requiring such a showing by the Respondent. Accordingly, having taken the view that there are no remedies against expulsion, the Court concludes that there are likewise none against any violations of rights as *associé*. In any event, the reasoning that thus leads to equating expulsion and alleged violations of direct rights as *associé*, even where expulsion is deemed the source of the alleged violations, is unpersuasive. But the Court has got round the difficulty created for it by the fact that no conclusive, logical inference as to the existence or non-existence of remedies specific to rights as *associé* can reasonably be drawn from the Parties' silence; it has done so by deciding:

“Inasmuch as it has not been argued that there were remedies that Mr. Diallo should have exhausted in respect of his direct rights as *associé*, the question of the effectiveness of those remedies does not in any case arise.” (*Ibid.*)

This facile assimilation is not self-evident; remedies against expulsion, which are specific owing to the nature itself of expulsion as a matter for the administrative courts, are not the same as those to protect direct

sont pas les mêmes que celles destinées à protéger les droits propres de l'associé, qui sont les voies de recours qu'organise le droit congolais comme le montre le cas d'espèce avec les recours exercés par les deux sociétés, démonstration tentée par le défendeur dans une argumentation que l'arrêt présente à son paragraphe 69. La prise en compte d'une différence entre expulsion et droits propres d'associé ainsi que de la distinction des contentieux (administratif ou commercial) relatifs aux deux matières aurait dû conduire la Cour à ainsi reconnaître l'existence de voies de recours en droit congolais en matière commerciale qui se prêtaient aux violations alléguées des droits propres d'associé et à en examiner l'efficacité, quitte à conclure, à cet égard, qu'elles sont inefficaces.

En tout état de cause, le principe de l'identité et de la continuité de l'objet du litige que nous avons évoqué plus avant est ainsi au cœur de la logique et du bien-fondé de la règle de l'épuisement préalable des voies de recours internes. Dans la mesure où la réclamation internationale de l'Etat de nationalité ne fait qu'endosser la réclamation déjà portée et traitée devant le juge interne ou les autorités de l'Etat de résidence, un Etat ne peut porter devant la juridiction internationale, au nom d'un particulier, une cause toute nouvelle dont n'ont jamais été saisies les autorités nationales de l'Etat de résidence, et qui ne leur a jamais été notifiée. De ce point de vue, le litige sur les droits propres d'associé de M. Diallo est un nouveau litige qui a fait brutalement irruption directement devant la Cour; il est clair, en ces circonstances, qu'il n'a pu avoir fait l'objet de recours internes qui auraient dû au moins être tentés. Tout en sachant qu'un recours, quel qu'il soit, n'est pas réputé efficace uniquement quand l'intéressé obtient satisfaction et inefficace quand il est débouté, au moins *«une tentative aurait dû être faite pour épuiser ces recours, si éventuels et théoriques qu'ils pussent être»*, pour citer le juge Lauterpacht (*Certains emprunts norvégiens, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1957*, p. 39, opinion individuelle du juge Lauterpacht).

Selon ce raisonnement, la Cour aurait pu retenir l'exception préliminaire de non-épuisement préalable des voies de recours internes en ce qu'elle a trait à la protection des droits propres dont M. Diallo est titulaire en tant qu'associé des sociétés Africom-Zaïre et Africontainers-Zaïre.

(Signé) Auguste MAMPUYA.

rights of an *associé*, and Congolese law offers the latter remedies, as evidenced in the present case by the avenues of redress pursued by the two companies. The Respondent sought to show this in an argument described in paragraph 69 of the Judgment. Had the Court taken account of the difference between expulsion and direct rights as *associé* and of the distinction between the types of litigation (administrative or commercial) possible in these two subject-matters, it would have recognized the existence under Congolese law of commercial remedies suitable as redress for the alleged violations of direct rights as *associé* and would have examined their effectiveness, even if doing so might have led it to conclude that they were ineffective in this context.

In any event, the previously discussed principle requiring identity and continuity of the subject-matter of the dispute thus lies at the heart of the logic and wisdom of the local remedies rule. Since the assertion of an international claim by a national State is nothing more than the espousal of a claim already referred to and dealt with by a domestic court or the authorities in the State of residence, a State cannot, acting on an individual's behalf, seize an international court of a wholly new cause of action never referred or notified to the national authorities of the State of residence. The dispute as to Mr. Diallo's direct rights as *associé* is just such a new dispute, which sprang into existence directly before the Court. Under the circumstances, it clearly could not have been the object of proceedings for local remedies, which at the very least should have been pursued. While it is true that a remedy, any remedy, is not deemed effective only where the party seeking it prevails and ineffective where that party loses, at the very least, "*however contingent and theoretical these remedies may be, an attempt ought to have been made to exhaust them*", to quote Judge Lauterpacht (*Certain Norwegian Loans, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1957*, p. 39, separate opinion of Judge Lauterpacht).

In line with this reasoning, the Court could have upheld the preliminary objection on account of non-exhaustion of local remedies in so far as it concerns protection of Mr. Diallo's direct rights as *associé* in Africom-Zaire and Africontainers-Zaire.

(Signed) Auguste MAMPUYA.